

**ERROR SOBRE PRESUPUESTOS OBJETIVOS
DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACION**
¿Error de tipo, de tipo permisivo o de prohibición?

FERNANDO CORDOBA

I. Hoy se afirma, prácticamente sin discusión, que una acción será antijurídica si realiza un tipo penal y no concurre en favor de su autor una causa de justificación. Esta es la premisa base de la concepción del ilícito dominante, que propugna el análisis de la tipicidad y la antijuridicidad en dos niveles valorativos independientes.

El sistema, sin embargo, se completa con otra premisa, que termina de configurarlo, y que podría ser formulada del siguiente modo: así como la tipicidad es consecuencia sólo de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo en cuestión, para afirmar que una conducta típica está justificada es preciso que ésta se adecue al tipo objetivo y subjetivo de una causa de justificación. Y como fundamento de esta afirmación se aduce: "desde un punto de vista sistemático, no cabe otra solución para la teoría de lo injusto personal: si lo injusto se caracteriza por un disvalor de acción y un disvalor de resultado, su negación reclama la negación de ambos elementos".

Pues bien, siguiendo esta línea de razonamiento, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justifi-

¹ Bacigalupo, *Enrique: Derecho Penal. Parte General*, Hammurá, 1987, ps. 243 y 222.

cación, en la medida en que la situación justificante no se da en la realidad, constituye un caso de adecuación incompleta y, por lo tanto, no produce la justificación de la conducta típica, que deviene entonces antijurídica. El error sobre los presupuestos objetivos de la justificación sí tiene relevancia, para algunos, como error de prohibición, en tanto que, para otros, como un error que por sus peculiares características merece ser tratado "como si fuera un error de tipo" aunque en rigor no lo sea². Pero sea cual fuere la solución que finalmente se adopte, lo cierto es que en el contexto del ilícito la circunstancia de que concurra el tipo subjetivo de la justificación no es suficiente por sí sola para eliminar el carácter injusto de la acción, por lo que la antijuridicidad indicada en la tipicidad se concreta.

Como se puede ver, pues, la exigencia de que la conducta se adecue tanto objetiva como subjetivamente a la causa de justificación para que esté justificada, se funda, básicamente, en la idea de que *la exclusión de la antijuridicidad depende de la negación de todo el contenido de ilicitud fundamentado por el disvalor de acción y el disvalor de resultado*. Y la regulación del error sobre los presupuestos objetivos de la justificación es, en principio, una consecuencia directa de la aplicación inmediata de este criterio al plano de la teoría del error.

Ahora bien, no obstante la lógica de esta argumentación, todavía se podría intentar esta otra: si el ilícito consiste en la realización de una acción típica no justificada, una conducta será antijurídica si *se adecua a un tipo penal y no se adecua al supuesto de hecho de una causa de justificación*.

Luego, si la adecuación al tipo requiere la concurrencia de los aspectos objetivos y subjetivos, la no adecuación sólo debería verse satisfecha cuando no se diera esta doble subsunción, esto es, con la ausencia total tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo de la causa de justificación.

En otras palabras, la regla debería rezar así: una acción será antijurídica *si se adecua objetiva y subjetivamente a un tipo y no se adecua, también objetiva y subjetivamente, a una causa de justificación*.

¿Por qué debería ser esto así?

Porque si la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad,

² Cf., *supra*, pto. II para la teoría "estricta" de la culpabilidad; y pto. III para la teoría "limitada" de la culpabilidad.

de tal manera que una conducta típica va a ser antijurídica a menos que proceda aplicar una norma permisiva; y si este indicio de antijuridicidad, para surgir, ha necesitado de la presencia de un disvalor de acción y un disvalor de resultado, entonces, parece claro que para concretarse debería seguir gozando del fundamento de ambos. No es lógico que se sea más estricto cuando la antijuridicidad es provisoria que cuando se confirma.

Dicho de otra manera: *la antijuridicidad de una acción debería estar condicionada a la subsistencia de todo el contenido de ilicitud fundamentado por ambos disvalores*. Y el ilícito no sólo se ve disminuido cuando falta alguno de los disvalores (de acción o de resultado) que lo fundamentan sino también cuando concurre alguno de los valores (de acción o de resultado) que lo excluyen.

Es que, así como la conducta que se adecua objetiva y subjetivamente al tipo no equivale a la que sólo se adecua objetivamente a él (es decir, al caso del error de tipo), en la justificación la conducta que no se adecua ni objetiva ni subjetivamente a la causa de justificación tampoco tiene la misma significación que posee la que por lo menos se adecua subjetivamente a ella (esto es, al caso del error sobre presupuestos objetivos justificantes). La doctrina tradicional, al justificar sólo cuando el autor realiza objetiva y subjetivamente los elementos del permiso, trata como igualmente antijurídicos al comportamiento —por ejemplo— del que mata sin más miramientos, que al del que mata porque se cree víctima de una agresión. Valorativamente, sin embargo, ambas situaciones no significan lo mismo, sino que, como sucede en el plano de la tipicidad, también aquí la conducta del que sabe lo que hace es más grave que la del que actúa por error. Y esto justifica un tratamiento diferenciado ya a nivel de la antijuridicidad.

Se podría responder, por eso, a quienes condicionan la justificación a la negación de ambos disvalores, que si al injusto lo fundamenta un disvalor de acción y un disvalor de resultado la ilicitud nunca debería poder concretarse con uno de ellos neutralizado. En este sentido, se puede decir que la antijuridicidad se construye sobre dos pilares, de tal manera que si uno de ellos es destruido, aquélla carece ya de suficiente basamento e indefectiblemente cae.

De acuerdo con este punto de vista, entonces, la antijuridicidad de una conducta sólo podrá afirmarse cuando ésta

se adecue objetiva y subjetivamente a un tipo y no se adecue ni objetiva ni subjetivamente al tipo de una causa de justificación.

Ahora bien, el error sobre los presupuestos objetivos justificantes, al dejar intacta la parte subjetiva de la justificación, haría fallar este requisito de no subsunción total y la conducta no devendría antijurídica, sino que estaría justificada.

En otras palabras, así como el error de tipo elimina la primera subsunción, el error sobre el "tipo" del permiso excluye la segunda (que, como vimos, es una no-adequación). Luego, una no-no adecuación es una adecuación, y si la conducta es adecuada está justificada...

Pero un error que justifica definitivamente no puede ser un error de tipo; tampoco un error de prohibición, pues éste en todo caso hará a la conducta inculpable (lo que ya supone que la acción es antijurídica). La única posibilidad que queda es, pues, que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación constituya, simplemente, un error "de tipo permisivo" (o de tipo de la norma permisiva); es decir, una categoría de error distinta de las anteriormente nombradas, con una regulación propia consecuente con esta identidad también propia³.

³Por cierto, la aplicación del mismo criterio al caso inverso, esto es, al supuesto en el que el autor realiza el tipo objetivo dolosamente sin saber que se dan simultáneamente los presupuestos objetivos de una causa de justificación (rompe de una pedrada el ventanal del vecino, sin saber que aquél yacía desvanecida en el interior de la casa, víctima de un escape de gas, y que con esto le ha salvado la vida, por ejemplo), también debería conducir a la justificación de la conducta típica, pues el disvalor de resultado representado por el tipo objetivo se vería así neutralizado por el valor de resultado contenido en el "tipo objetivo de la justificación" presente. Esto no significa, sin embargo, que la conducta así justificada deba quedar impune, pues el remanente de ilícito que subsiste en virtud de que el disvalor de acción fundamentado por el dolo ha quedado intacto, perfectamente podría ser el antecedente de una consecuencia jurídica punitiva proporcional a este ilícito disminuido, si es que la ley así lo tiene previsto. Dado que, al igual que como sucede con la tentativa, aquí también el objeto de imputación lo constituye el disvalor de acción (dolo) no neutralizado, la consecuencia jurídica correspondiente debería asemejarse mucho en su quantum a la que se halla prevista para ella. De *lege lato*, incluso, esta suerte de "tentativa de actuar antijurídicamente" que ha dado comienzo el autor, y que se ha visto frustrada por la presencia de una situación de justificación objetiva que es ajena a su voluntad, podría verse ya contenida en la fórmula utilizada en el art. 42 del Cód. Pen.: "el que con el fin de cometer un delito determinado...". Una solución semejante no debería extrañar

II. Pero, ¿cómo compatibilizar esta conclusión con la afirmación que hace la "teoría estricta de la culpabilidad" de que el error sobre presupuestos objetivos justificantes constituye un caso de error de prohibición?

Ante todo corresponde hacer una aclaración. Con la expresión "error de tipo" aludimos, en realidad, al error que recae sobre el tipo de una norma prohibitiva; mientras que con la denominación "error sobre presupuestos objetivos justificantes" nos estamos refiriendo al error que recae sobre el tipo de una norma permisiva. En ambos casos se trata de errores que recaen sobre el tipo de una norma y no sobre la norma misma que da fundamento al tipo. La diferencia reside, sin embargo, en que mientras en el primer caso el autor yerra sobre los presupuestos que fundamentan la ilicitud (tipo prohibitivo), en el segundo, yerra sobre los presupuestos que la excluyen (tipo permisivo).

Ahora bien, en realidad tanto el error de tipo prohibitivo como el error de tipo permisivo son errores de prohibición, en la medida en que, al impedir el conocimiento de las circunstancias que determinan la antijuridicidad de la acción (fundamentándola o excluyéndola), importan en última instancia un desconocimiento de la antijuridicidad misma.

Así como quien supone erróneamente una situación justificante cree que su acción está permitida, quien no sabe que dispara contra un hombre, por ejemplo, tampoco sabe que su conducta está prohibida.

Para decirlo con palabras de Stratenwerth:

"Dado que la conciencia de la ilicitud — no puede ser abstracta, sino que debe apoyarse precisamente en aquellos momentos del hecho que lo hacen aparecer como jurídica-

si se tiene en cuenta que en la actualidad estos casos son solucionados por la teoría dominante mediante la aplicación analógica a ellos de las reglas de la tentativa, sobre la base de considerar, precisamente, que al igual que en esta última sólo el *divalor* de acción queda subsistente, en tanto el *divalor* de resultado ha sido compensado por el "valor" de resultado derivado de la presencia de la situación objetiva justificante. Al respecto, pero referido al caso de error de tipo permisivo que venimos tratando, cf. *infra*, III y V. Por lo demás, sobre la posibilidad de una tentativa cuando el autor comience la ejecución dolosamente, en forma antijurídica, culpable y punible, pero produce el resultado cuando alguno de esos requisitos que condicionan la posibilidad del hecho doloso consumado ha desaparecido como tal, cf. Baccinetti, Marcelo, *Casos de Derecho Penal*, 2ª ed., Hammurabi, 1986, pp. 102 y sigs.

mente prohibido, necesariamente desaparecerá en el caso de un error sobre las circunstancias de hecho, o en la suposición errónea de una situación de hecho justificante.

"El que no sabe que una cosa que daña es de propiedad ajena, no puede saber que el daño está prohibido; lo mismo vale para aquellos que erróneamente creen que realizan la acción con consentimiento del propietario."⁴

Se trata, entonces, de un desconocimiento mediato, indirecto, de la antijuridicidad, producto de suponer erróneamente los presupuestos que la excluyen, pero, también, de desconocer los presupuestos que la fundamentan. *El autor, en ambos casos, se motiva por la norma aplicable a la situación de hecho errónea y no por la norma aplicable a la situación de hecho real.*

Por eso la teoría tradicional, al llegar a la culpabilidad con un error que hasta allí no había producido ningún efecto (dado que, como vimos, la adecuación subjetiva por sí sola no bastaba para justificar), y teniendo en cuenta esta ignorancia mediata de la antijuridicidad que todo error (en el injusto) significa, lo clasificó como un supuesto más de error de prohibición. De allí el nombre de error de prohibición indirecto con el que algunos autores lo denominan por contraposición a los errores de prohibición directos, es decir, a los que recaen directamente sobre las normas (prohibitivas e imperativas o permisivas).

¿Es correcto afirmar, entonces, que el error que recaen sobre el tipo permisivo es un error de prohibición?

Sí, si se utiliza la expresión error de prohibición en sentido amplio, es decir, abarcando todo desconocimiento, incluso indirecto, de la antijuridicidad. Pero en este sentido, también el error de tipo prohibitivo deberá ser considerado un error de prohibición.

No, si se excluyen del concepto de error de prohibición los casos de error sobre situaciones de hecho que explican la antijuridicidad. En este caso, sólo los errores de prohibición "directos" serán verdaderos errores de prohibición.

Por eso, la afirmación relativa a que el error que recaen

⁴ Stratenwerth, Günter; *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 3ª ed., Carl Heymanns Verlag, K.G. Köln-Berlin-München, 1981, p. 171, nros. 568 y sigs. (*Derecho Penal. Parte General, El hecho punible*, 2ª ed., trad. de Gladys Romero, Ederas, 1976, p. 161, nros. 568 y sig.).

sobre el tipo permisivo justifica no está, en verdad, en contradicción con lo sostenido por la teoría estricta de la culpabilidad.

Se trata, simplemente, de reconocerle eficacia ya en su carácter de error sobre un "tipo" y no —como lo hace esta doctrina— por el desconocimiento indirecto de la antijuridicidad que todo "error de tipo" implica.

Ambos errores (de tipo prohibitivo y de tipo permisivo) excluirían el injusto, sólo que cada uno en el respectivo nivel valorativo al que pertenece. Dicho de otra manera: así como el error de tipo prohibitivo excluye la tipicidad (es decir, la antinormatividad), el error de tipo permisivo excluiría la antijuridicidad.

III. Pero más significativa aun resulta la confrontación de esta solución con la llamada "teoría limitada de la culpabilidad", así denominada por oposición a la anterior.

Como acabamos de ver, para la teoría estricta de la culpabilidad la adopción en el ámbito del ilícito del criterio que condiciona la justificación a la concurrencia simultánea de elementos objetivos y subjetivos determina, en el ámbito de la teoría del error, que la suposición errónea de los presupuestos objetivos justificantes sólo pueda tener relevancia como error de prohibición, atenuando o excluyendo la culpabilidad dolosa, según la evitabilidad o inevitabilidad del error.

La teoría limitada de la culpabilidad, en cambio, hoy en día doctrina mayoritaria, ve excesivamente riguroso este tratamiento y propugna una morigeración en sus efectos mediante la aplicación analógica, a estos casos, de las reglas correspondientes al error de tipo.

Dos son las vías argumentativas a través de las cuales se pretende arribar a esta solución.

El punto de partida de ambas es el reconocimiento de que este error, en rigor, no es ni un error de tipo ni un error de prohibición, sino que se trata de un error con características propias, un error *sui generis*, que comparte estructuralmente características tanto de uno como de otro, pero sin coincidir por completo con ninguno de ellos⁸.

⁸ Cf. Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-

En lo que sigue, cada una de ellas fundamenta de distinta manera el por qué se considera mayor la analogía que presenta el error sobre presupuestos objetivos justificantes con el error de tipo, y, consiguientemente, se encuentra más conveniente, a los efectos de su regulación legal, la aplicación también a él por vía de analogía de las reglas del error del tipo.

Unos sostienen que en estos supuestos, aun cuando el dolo está presente, falta en cambio el ilícito doloso, porque la presencia del valor de acción fundamentado por el elemento subjetivo de la justificación compensa, o excluye, el disvalor de la acción fundamentado por el dolo, dejando subsistente sólo al disvalor de resultado. Ciertamente, la conducta no deja por eso de ser antijurídica, pero el hecho de que cualitativamente presente un contenido de ilicitud más similar al que resta cuando el autor obra con error de tipo que cuando se ve afectado por uno de prohibición, justifica que, por vía de analogía, se le apliquen también a ella las reglas más benignas correspondientes al primero (teoría limitada de la culpabilidad excluyente del ilícito doloso)⁶.

Otros, en cambio, entienden que no es el ilícito doloso lo que está ausente sino, en todo caso, la culpabilidad dolosa; y ello es lo que justifica que se trate a estos supuestos con las consecuencias jurídicas propias del error de tipo. Quienes sostienen este punto de vista cuestionan la tesis anterior según la cual los aspectos subjetivos se neutralizarían excluyendo el injusto doloso, pues señalan que en la medida en que el error no sea inevitable permanece todavía un resto de disvalor, bajo la forma de ilícito doloso, proveniente de la falta

New York, 1991, ps. 372, 11/46, 49 y 51; Stratenwerth, *Strafrecht*, p. 153, n° 561; Wessels, Johannes, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihre Aufbau*, 22ª ed., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, p. 137, § 11, III, 1 (*Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., trad. de Conrado Fíndi, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 136 y sigs.); Paeflgen, Hans, *Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Keymanns Verlag, K.G. Köln-Berlin-München, 1989, p. 400; Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samariego, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 418, § 41, III, 2.

⁶ Cf. Jakobs, *Strafrecht*, ps. 373, 11/49 y 374, 11/51; Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C.H. Beck, 1992, p. 388, § VIII, nros. 55 y 56; Stratenwerth, *Strafrecht*, ps. 153 y siga, nros. 501 y sigs.; Wessels, *Strafrecht*, ps. 137 y 138, § 11, III, 1b y c; Paeflgen, *Anmerkungen...*, ps. 400, 405 y sigs., en especial, nota 33; Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, p. 419, § 41, III, 2c.

de atención en el examen de la existencia de la situación de hecho justificante. Sostienen, sin embargo, que el hecho de que el reproche de culpabilidad sólo pueda referirse a este ilícito producto de un examen descuidado, y no a una falta de valoración jurídica, fundamenta su equiparación con la culpabilidad por imprudencia y la consiguiente utilización de las consecuencias jurídicas correspondientes a ella (teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica)⁷.

Ahora bien, más allá de estas diferencias de fundamentación, lo cierto es que ambas variantes tienen un núcleo común: tanto en una como en otra subyace la idea de una suerte de compensación entre el disvalor de acción y el elemento subjetivo de justificación, que haría menor el contenido de ilícito de la conducta, en comparación con lo que sucedería si la causal de justificación faltara íntegramente. Menor contenido de ilicitud, a causa de la neutralización del disvalor de acción, que determina, para la primera de las variantes expuestas, la exclusión del ilícito doloso, en tanto que para la segunda, la exclusión de la culpabilidad dolosa.

Pero si se observa bien, se advertirá que estas mismas consideraciones fueron las que nos permitieron formular aquel criterio para interpretar la relación tipicidad-antijuridicidad, según el cual la antijuridicidad sólo debería concretarse en la medida en que el contenido de ilicitud, fundamentado por ambos disvalores, no se viera neutralizado por la presencia de los elementos (objetivos o subjetivos, respectivamente) de la justificación. En efecto, tanto en la formulación de este criterio como en las dos variantes de la teoría limitada de la culpabilidad que acaban de ser expuestas, lo que se tiene en cuenta para cuestionar la solución tradicional de tratar como un caso más de error de prohibición al error sobre presupuestos objetivos justificantes, es la distinta significación valorativa de este último supuesto, merced a la presencia del valor de acción fundamentado por el elemento subjetivo de la justificación.

La diferencia reside en que mientras que en el primer caso esta distinta significación se hace valer ya en el ámbito del ilícito, determinando la justificación de la conducta, en

⁷ Cf. Jakobs, *Strafrecht*, p. 374, 11/61; Resin, *Strafrecht*, p. 388, § VIII, n.º 66; Wehm, *Strafrecht*, p. 138, § 11, III, 1c (*Derecho Penal*, p. 136 y sigs.); Paaffgen, *Anmerkungen...*, p. 400, 405 y sigs., en especial, nota 33; Jeschek, *Hans, Tratado de Derecho Penal*, p. 420, § 41, III, 2d.

las soluciones de la teoría limitada de la culpabilidad sólo influye en la determinación de la escala penal aplicable a ella, dejando intacto su carácter antijurídico. La pregunta que podríamos hacernos, por eso, es la siguiente: ¿tiene sentido sostener que una acción es antijurídica para luego tratarla "como si no lo fuera"?

Al optar por el criterio que condiciona la justificación a la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos justificantes, esta doctrina no puede hacer otra cosa más que negar, a este error, todo efecto justificante. Pero también la solución tradicional consistente en reconocerle eficacia como error de prohibición se evidencia, a los ojos de los sostenedores de esta teoría como insatisfactoria, pues la suposición errónea de una situación justificante no coincide valorativamente con los demás supuestos de error de prohibición, lo cual torna injusta la aplicación, también a este caso, de las reglas mucho más estrictas que rigen para ellos. Sin embargo, habiendo aceptado el carácter antijurídico de la conducta, ya no pueden volver hacia atrás y no les queda otro recurso para atenuar esos efectos más que recurrir a las reglas más benignas del error de tipo, para aplicarlas así analógicamente a estos supuestos.

Cabría preguntarse, entonces, si más que frente a un error *sui generis* no estamos en presencia de una categoría de error independiente de las antes nombradas; es decir, de un error con una identidad propia distinta a la del error de tipo y a la del error de prohibición. Así se explicaría tanto aquella comunidad estructural como esa falta de total coincidencia con alguno de ellos que tiene en cuenta esta postura, porque un error que justifica necesariamente es un error que, sistemáticamente, se encuentra a medio camino entre el error de tipo y el de prohibición (y de allí las semejanzas con ambos), pero más afín al primero, por pertenecer también al ámbito del ilícito.

Por otra parte, si la discusión se plantea, por un lado, con relación a lo excesivo que resulta la aplicación de las consecuencias mucho más estrictas del error de prohibición y, por el otro, a lo intolerable de someter estos supuestos a las reglas propias del error de tipo (sobre todo en los casos en que no está prevista la responsabilidad por imprudencia), ¿no significaría un error que justifica, por su lugar sistemático, una atenuación de los efectos de los primeros al mismo tiempo que una agravación en los de los segundos? Al ya pre-

suponer que el autor actuó con dolo, por fuerza sus consecuencias deberán ser más graves que las del error de tipo, en tanto que por verse ya excluido el carácter antijurídico de la acción deberán ser más leves que las del error de prohibición, que presupone que la acción es antijurídica⁸.

Esto implicaría no "tratar del mismo modo a quien cree que mata a una mosca que a quien cree matar a un hombre en legítima defensa", respetando de esta forma la significación autónoma del comportamiento típico. De esta manera, no sólo desde el punto de vista teórico (como lo hace la doctrina aquí comentada), sino también desde el punto de vista de los efectos prácticos se mantendrían "...las diferencias esenciales de valor entre lo permitido y lo jurídicamente irrelevante"⁹.

IV. Particular importancia tiene también para el desarrollo del tema la llamada teoría de los elementos negativos del tipo.

"Según ella no debe admitirse una diferencia valorativa entre la comprobación de la tipicidad y de la antijuridicidad: la conducta es típica si es antijurídica. El tipo penal no estaría compuesto solamente de elementos 'positivos' (que deben concurrir), como por ejemplo: en el homicidio, la acción de matar, la imputación objetiva y el resultado de muerte, sino también por elementos 'negativos' (que no deben concurrir), como por ejemplo: que la acción de matar no haya sido la acción necesaria para defenderse de una agresión antijurídica actual e inminente"¹⁰.

Para esta teoría el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, por ser estos elementos negativos del tipo, constituye un verdadero error de tipo que excluye el dolo, dejando subsistente, eventualmente, la responsabilidad por imprudencia.

No es sin embargo de interés para nuestro análisis la cuestión de qué es lo que debe abarcar el concepto de tipo, pero sí interesa aquí preguntarse lo siguiente: *¿cómo puede ser que el carácter antijurídico de una acción varíe según la cantidad de niveles en que se estructure el ilícito?*

⁸ Para las restantes consecuencias diversas de la posibilidad del hecho principal, ver *infra*, pto. V, nota 17.

⁹ Walsel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Ed. Jur. de Chile, p. 118 y sig.

¹⁰ Badgualupo, *Derecho Penal*, cit. p. 160.

Lo que se le critica a la teoría de los elementos negativos del tipo es el desconocimiento que hace de "las diferencias esenciales de valor entre lo permitido y lo jurídicamente irrelevante", lo cual lleva a tratar, dentro de lo que es adecuado a Derecho, a la conducta prohibida pero permitida y al comportamiento que desde el inicio está en consonancia con el orden jurídico como valorativamente idénticos¹¹. Nada se le critica, en cambio, en relación a que con su forma de concebir el ilícito estaría tomando en lícito lo que en verdad es antijurídico: la conducta del que yerra sobre los elementos objetivos justificantes.

Es más, no sólo no se le critica a esta teoría que excluya la antijuridicidad allí donde realmente existe, sino que además, como vimos, actualmente se reconoce que los casos de justificación putativa se asemejan más, valorativamente más, a los casos de error de tipo (causal de exclusión del ilícito) que a los de prohibición (que supone el carácter ilícito de la conducta)¹².

Ahora bien, si un ilícito estructurado en un solo nivel puede ser excluido tanto por el error de tipo como por el error sobre las circunstancias objetivas justificantes, un ilícito estructurado en dos niveles debería poder ser excluido también por ambos errores y no sólo por el primero. Ambos deberían conservar el mismo efecto; sólo que cada uno en el respectivo nivel al que ahora pertenece. El dividir en dos subcategorías el contenido del ilícito sólo debería tener como consecuencia el reagrupamiento de ese contenido, pero de ninguna manera la eliminación de parte de lo que antes incluía; esto es, sus dos causales de exclusión, que sólo deberían sufrir las consecuencias de esta reestructuración en lo que se refiere al ámbito (dentro del ilícito) en el que ahora deberían producir sus efectos. De otra manera, en la medida en que desdobláramos en dos categorías o uniéramos en un tipo amplio la totalidad de las circunstancias relevantes para lo ilícito, le estaríamos negando o reconociendo absurdamente una causal de exclusión.

¹¹ Por el contrario, más allá de estas objeciones valorativas, la doctrina acepta la posibilidad de estructurar un tipo amplio que contenga la totalidad de los elementos relevantes para la antijuridicidad señalando, por ejemplo, que "ambas concepciones pueden ponerse en práctica sin que se den contradicciones lógicas internas" (Stratenwerth, *Strafrecht*, cit., p. 72, n° 178), o que "las dos concepciones del tipo...son lógicamente posibles" (Welzel, *Derecho Penal Alemán*, cit. p. 118 y sigs.).

¹² Cf. la solución de las distintas variantes de la teoría limitada de la culpabilidad, *supra*, pto. III.

El hecho de adoptar un tipo que contenga la totalidad de los elementos relevantes para la antijuridicidad, o un tipo restringido únicamente a aquellos que la fundamentan, puede tener por efecto la disminución o ampliación de la cantidad de casos que excluirán el ilícito ya en el nivel de la tipicidad, pero de ninguna manera cambiar la naturaleza de causal de exclusión del ilícito del error que recae sobre el resto de esos supuestos.

Quizás hallemos la respuesta a este interrogante si analizamos los criterios que una y otra concepción del ilícito utilizan para determinar el carácter antijurídico de una conducta. En efecto, ¿cuál es la relación que existe, para la teoría de los elementos negativos, entre los presupuestos que fundamentan la antijuridicidad (positivos) y los que la excluyen (negativos)?

Ya vimos que para esta teoría una acción típica es una acción antijurídica; y un comportamiento será típico (= antijurídico) siempre que concurren los elementos positivos del tipo y no concurren los negativos (los presupuestos de las causas de justificación). Por consiguiente, la teoría de los elementos negativos del tipo condiciona la antijuridicidad de una conducta a que se dé una adecuación (positiva) con respecto a los presupuestos objetivos y subjetivos que la fundamentan y una no adecuación (adecuación negativa), también objetiva y subjetiva, con relación a los que la excluyen. Es decir, a que concurren el disvalor de acción y de resultado y no lo hagan ni el valor de acción ni el de resultado.

Y trasladado este razonamiento a la terminología de la teoría tradicional, ¿no estaría la antijuridicidad condicionada a la adecuación objetiva y subjetiva a un tipo y a la no adecuación, también objetiva y subjetiva, a una causa de justificación? En otras palabras ¿no coincide este criterio con aquel que expusimos al comienzo como forma alternativa para interpretar la relación tipicidad-antijuridicidad?

La teoría de los elementos negativos, al agrupar la totalidad de los elementos esenciales para la antijuridicidad en un solo tipo, respecto del cual debe darse la adecuación, debe, por fuerza, ser coherente en cuanto a pedir tanto la presencia como la ausencia total de los elementos positivos y negativos, respectivamente, para que surja la tipicidad (y por consiguiente la antijuridicidad) de la acción.

La suposición errónea de una situación justificante, en

tanto deja intacta la parte subjetiva de aquellos elementos negativos, que no deben concurrir, hace fallar el requisito de no adecuación con respecto a ellos, excluyendo, por tanto, la tipicidad (= antijuridicidad) de la conducta.

Es ésta y no otra la razón del por qué el error sobre presupuestos objetivos justificantes excluye o no la ilicitud de la acción, según se adopte una u otra concepción del tipo. Que el carácter antijurídico de una acción realizada en la creencia de que concurría una situación justificante varíe, de acuerdo al número de niveles en que se estructure al ilícito, no se debe, entonces, al hecho de reconocer o negar la significación valorativa independiente de normas prohibitivas y normas permisivas; se debe, exclusivamente, al criterio que para determinar esa antijuridicidad se adopte, pues —como hemos visto— también es posible fundamentar la exclusión de un ilícito estructurado en dos niveles mediante la adopción de un criterio más conveniente.

V. Al afirmar que el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación era un error que justificaba, ya estábamos haciendo alusión a su eficacia. Ahora corresponde tratar la cuestión de las consecuencias prácticas que se derivan de esta concepción con más detenimiento.

En este punto es preciso señalar que, en lo que hace a la regulación de estos supuestos, el paralelo con el error de tipo es evidente. En efecto, en ambos casos se trata de errores que recaen sobre "tipos", es decir, sobre la "materia" de la norma. Normas prohibitivas, por un lado, y normas permisivas, por el otro, describen sendos tipos, que consisten en los comportamientos a los que se dirigen, sólo que en un caso prohibiéndolos (tipo de la norma prohibitiva), mientras que en el otro permitiéndolos (tipo de la norma permisiva facultativa).

Ambos errores se diferencian, entonces, en que, en el primero, el autor desconoce que realiza un hecho que objetivamente coincide con un tipo penal, en tanto que, en el segundo, lo que desconoce es que realiza un hecho que no se subsume objetivamente bajo el tipo de una causa de justificación. En ambos casos, sin embargo, el sujeto supone una situación que, de existir, o no estaría prohibida o estaría permitida; es decir, que estaría en consonancia con el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, así como el error de tipo prohibitivo determina que el hecho no sea típico (antinormativo), el error sobre

los presupuestos objetivos justificantes determina que el hecho típico no sea considerado antijurídico. Ya vimos que no sólo la falta de voluntad de actuar típicamente, sino también la voluntad de obrar justificadamente es decisiva para la exclusión del carácter antijurídico de la acción¹³.

Pero entonces, ¿qué sucede cuando en los casos de justificación putativa el error podría haberse evitado con un obrar más diligente? A la persona que mata a otra, creyéndose agredida por ésta, todavía podría reprochársele la falta de cuidado en la verificación de que realmente se trataba de una agresión antijurídica. Aquí también se pone de manifiesto el paralelo entre ambos errores a que hacíamos referencia: así como excluido el dolo (voluntad de realización del tipo), el autor responde por la realización del comportamiento típico si ha infringido un deber de cuidado (y si el respectivo tipo imprudente existe), presente la voluntad de realizar el tipo objetivo de la justificación, al autor se le podría reprochar, todavía, el haber actuado en ausencia de la no realización de los elementos objetivos justificantes como consecuencia de un obrar descuidado, negligente.

En otras palabras, en ambos casos la eliminación de la responsabilidad por la realización de la acción final dirigida a la producción del tipo y de la situación de justificación, deja subsistente la posibilidad de responsabilizar al autor por la realización de la acción precedente, consistente en el examen descuidado previo. De esta manera, no sólo el error de tipo, sino también el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación abre la posibilidad de verificar si la conducta es la consecuencia de un obrar negligente¹⁴.

Pero en tanto en el error de tipo el autor "en cierta medida carece completamente de representación respecto de lo que ocurre", en estos supuestos, en cambio, sabe de la realización

¹³ Ver lo dicho en igual sentido, *supra*, punto II.

¹⁴ Cf., en este sentido, Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Delito y Desarrollo de Acción*, Hammurabi, 1991, ps. 568 y sigs. "Lo que produce, por tanto, el error, es que la norma prohibitiva referida a la lesión del objeto de bien jurídico no se concreta en dolo, por el valor de acción... pero sí se concreta en dolo la norma que le impone conducirse con mayor cuidado en la apreciación de la situación. ..." "la conducta dolosa que él emprende, como tal, pueda ejecutarse; lo que no puede ser creer que concurre la situación de necesidad que le permite ejecutarla; dicho en sus palabras (se refiere a Zlebnik): 'aquello que el autor creía hacer lo estaba permitido hacerlo, pero no le estaba permitido creerlo'".

del tipo, lo que "le da o debería darle el impulso de verificar la existencia real de la situación justificante que supone". Ahora bien, precisamente porque esta forma "imprudente" presupone la existencia de una conducta dolosa justificada (función de llamada del dolo), deberán ser sus consecuencias más estrictas que aquellas que se derivan de la realización imprudente en que justamente el autor carece de la voluntad dirigida a la realización del tipo. Es la consecuencia lógica de estructurar en dos niveles el ilícito, de manera tal de mantener la distinta significación valorativa que existe entre el comportamiento atípico y el comportamiento típico pero permitido.

Puede decirse, entonces, que para no tratar del mismo modo a quien cree que mata a una mosca que a quien cree que mata en legítima defensa, no hace falta considerar a esta última situación como un supuesto más de error de prohibición; en ambos casos se trata de errores sobre los elementos determinantes de la antijuridicidad, pero no sobre la antijuridicidad misma y, en tal carácter, debe reconocérseles ya eficacia. Las diferencias valorativas de estas situaciones surgirán del hecho de que el autor, en el segundo de los casos, conozca ya la realización del tipo, lo que se traducirá, por un lado, en la mayor rigurosidad en cuanto a los criterios que para decidir sobre la evitabilidad de este error se utilicen (es decir, en los mayores recaudos que deberá tomar el autor para verificar la existencia de la situación de la que parte)¹⁵ y, por otro, en una escala penal más alta que la prevista para el tradicional delito imprudente en el que el autor no quiere la producción de la situación típica; o por lo menos, la previsión de un *numerus apertus* de tipos imprudentes para este tipo de error¹⁶.

En nuestro Derecho positivo, sin embargo, el precepto que contempla los casos de error evitable sobre los presupuestos objetivos justificantes, esto es, el artículo 35 del Código Penal, dispone que en estos supuestos el autor "...será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia". Esto significa que el legislador, por medio de esta disposición, ha decidido no sólo castigar estos casos con la misma pena a ambos supuestos de imprudencia, sino también que la punibilidad de estos supuestos queda condici-

¹⁵ Sancinetti, *Teoría del Delito...*, cit., p. 596.

¹⁶ Cf., en este sentido, Sancinetti, *Sistema...*, cit. pá. 4 y sigs. en especial, p. 22.

da a la existencia del correspondiente delito imprudente. También en lo referente a estos errores rige un sistema de *numerus clausus*.

Si bien es cierto, entonces, que en teoría ambas formas imprudentes no reclaman un tratamiento idéntico, en la práctica, sin embargo, sucede lo contrario; por lo menos en lo que a la ocasión en la que podrá penárselas y a la pena con la que deberá hacérselo se refiere¹⁷.

¹⁷ Al momento de tratar las consecuencias de la postura aquí sostenida no es posible pasar por alto algunas objeciones. Se podría objetar que la atribución de efectos justificantes al error sobre presupuestos de justificación cerraría la posibilidad de responsabilizar penalmente al partícipe con más conocimiento, que actúa sabiendo del error en el que se halla el autor. De acuerdo con las premisas de la teoría limitada de la accesoriedad, en efecto, la participación sólo es posible en relación a un hecho principal típico y antijurídico.

Se podría objetar, también, que el titular del bien jurídico agredido perdería el derecho de defensa frente a una agresión objetivamente innecesaria que no tiene por qué soportar, porque la unidad del ordenamiento jurídico determina que no sea posible la legítima defensa contra el que obra justificadamente. La justificación de la conducta del que actúa por error, además, provocaría no sólo la exclusión de la responsabilidad penal, sino también de la civil, administrativa, etc.

Todas estas objeciones han sido suficientemente rebatidas por Ziehlinski (*Discusión de Acción y Discusión de Resultado en el Concepto de Ilícito*, Hammurabi, 1990, trad. de Marcelo Sancinetti, ps. 346 y sigs.) y, en particular en lo referente a la accesoriedad de la participación, por Sancinetti (*Teoría del Delito y Discusión de Acción*, ps. 731 y sigs.), quienes desde otro punto de partida llegan a la misma propuesta y a las mismas consecuencias. No obstante, su tratamiento en este lugar excedería los límites de este trabajo, que no pretende agotar la discusión sobre este tema en todos sus detalles, por lo que corresponde remitirse a ellos para su desarrollo.