

CONSIDERACIONES ACERCA DEL ERROR SOBRE LA CONCURRENCIA DE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Juan Pablo Mañalich R.*

Introducción; I. Teoría limitada de la culpabilidad: precisiones terminológicas; II. Teoría de los elementos negativos del tipo; III. Teoría limitada de la culpabilidad en sentido estricto; IV. Teoría que remite a las consecuencias jurídicas; V. Otras construcciones que coinciden con la teoría limitada de la culpabilidad en sentido amplio; VI. El debate al interior de la teoría de la culpabilidad: la teoría limitada frente a la teoría estricta; VII. Error de tipo permisivo al revés.

INTRODUCCION

En la dogmática penal alemana, la teoría limitada de la culpabilidad ha tendido a imponerse sobre la teoría estricta de la culpabilidad en cuanto a la solución para el tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, en el contexto de la consolidación de la teoría de la culpabilidad (más allá de sus variantes) sobre la teoría del dolo (en sus distintas variantes). En general, la teoría de la culpabilidad postula que el conocimiento de la antijuridicidad no forma parte del dolo, que integra el tipo (por lo cual el dolo se concibe como un dolo “avalorado”), sino que constituye un elemento independiente de la culpabilidad. Por lo tanto, el error de prohibición no excluye el dolo². La teoría del dolo, en cambio, sostiene que el conocimiento de la antijuridicidad forma parte del dolo (que por lo mismo se entiende como un dolo “valorado”), por lo cual, el error de prohibición excluye el dolo. Ambas teorías discrepan, además, en cuanto la teoría del dolo exige conocimiento efectivo de la antijuridicidad para afirmar responsabilidad por dolo (dado que el dolo constituye conocimiento actual), mientras que la teoría de la culpabilidad sólo exige para la imputación de responsabilidad por dolo que haya existido la posibilidad de conocer la antijuridicidad del comportamiento.

Este artículo tiene por objeto revisar las razones que se han esgrimido para la preferencia de la teoría limitada de la culpabilidad por sobre la teoría estricta de la culpabilidad. Para ello se examinarán primero las distintas fórmulas que se han elaborado para alcanzar la solución por propugnada por la primera, para luego determinar la corrección de tal solución frente a la propuesta por la segunda.

* Estudiante egresado. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Este artículo constituye una versión revisada y corregida de una ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, celebrado del 25 al 28 de septiembre de 2002 en Valparaíso. De más está explicitar que el origen de estas inquietudes debe ser imputado a la intensa preocupación por la dogmática del error desarrollada por el profesor Miguel Soto Piñeiro. Debo asimismo agradecer al profesor Antonio Bascuñán Rodríguez por las observaciones que formulara a este trabajo.

² Existen, no obstante, construcciones marginales en la doctrina que, manteniendo el dolo en la categoría sistemática de la culpabilidad, tratan la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad como un elemento autónomo de la culpabilidad, que no forma parte del dolo. Es decir, se trata de construcciones que afirman la teoría de la culpabilidad, pero manteniendo el dolo (avalorado) en la culpabilidad. Un exponente de tal construcción en la doctrina chilena es Sergio Politoff. *Vid.* Politoff, *Derecho Penal*, Tomo I, ConoSur, 1997, pág. 444 y ss.

I. Teoría limitada de la culpabilidad: precisiones terminológicas

Bajo el título “teoría limitada de la culpabilidad” son designadas construcciones dogmáticas disímiles entre sí, dirigidas a hacer aplicable el tratamiento del error de tipo a los casos de error sobre el presupuesto de las causas de justificación. La divergencia entre las distintas variantes de la teoría limitada de la culpabilidad es tal que aun resulta complejo afirmar que sean, efectivamente, todas variantes de una misma teoría. En efecto, Grünwald³ ha puesto de manifiesto que ya en la presentación del conjunto de las distintas teorías que postulan la solución propia del error de tipo para la clase de error que nos ocupa, estas teorías son agrupadas de manera disímil, dependiendo ello del criterio que se adopte para la diferenciación. Así, habría quienes, como Rudolphi, Wessels o Schünemann, distinguirían sólo dos variantes, no obstante la denominación de cada una no sería coincidente de un autor a otro. En cambio, Jescheck, Zipf y otros reconocerían tres variantes distintas de la teoría limitada de la culpabilidad, produciéndose entre ellos también, empero, una disparidad terminológica. Lo que resulta más problemático es que precisamente una de las dos o tres variantes, según sea el criterio clasificatorio que se maneje, suele ser denominada “teoría limitada (o restringida) de la culpabilidad”, lo cual podría generar confusiones en la medida que las otras variantes sean definidas a su vez como especies de este género.

Para los efectos del presente análisis, nos referiremos al conjunto de estas teorías como “teoría limitada de la culpabilidad en sentido amplio”, mientras que reservaremos la expresión “teoría limitada de la culpabilidad en sentido estricto” para una de aquellas teorías.

En general, dentro de la teoría limitada de la culpabilidad en sentido amplio se comprenden la teoría de los elementos negativos del tipo, la teoría limitada de la culpabilidad en sentido estricto y la teoría que remite a las consecuencias jurídicas. Nos referiremos a continuación a cada una de ellas, considerando, además, algunas construcciones que parecerían no constituir variantes de la teoría limitada de la culpabilidad en sentido amplio, pero que tienden a arribar a la misma solución material. En rigor, lo que es común a todas estas teorías es el tratamiento que postulan para el autor de un comportamiento objetivamente típico, que sabe que realiza ese comportamiento, pero que supone la concurrencia del presupuesto objetivo de una causa de justificación: si el error es inevitable, la solución es la impunidad; si el error es evitable, la solución es la aplicación de la pena asignada al delito imprudente correspondiente, siempre que exista un tipo imprudente para el delito de que se trate. Tanto en la justificación sistemática de este tratamiento como en sus consecuencias para otros problemas dogmáticos, estas teorías difieren sustancialmente.

II. Teoría de los elementos negativos del tipo

Como se sabe, la teoría de los elementos negativos del tipo es una construcción basada en una concepción monista de las normas, la antigua teoría de los imperativos, según la cual los mandatos y las prohibiciones (esto es, los imperativos) son las únicas normas independientes, respecto de las cuales las proposiciones permisivas no constituyen

³ *Acerca de las variantes de la teoría limitada de la culpabilidad*, en: Frisch-Puppe-Kindhäuser-Grünwald-Paeffgen, *El Error en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 167 y ss.

sino proposiciones dependientes⁴: la norma permisiva define el alcance del imperativo, recorta el ámbito de su extensión posible (y no sólo el ámbito de su aplicabilidad). En otros términos, bajo esta concepción no se trata de una relación entre dos normas bajo la modalidad regla general-excepción (o bien bajo la forma de una eventual antinomia), sino que la proposición permisiva constituye ya una limitación interna de la extensión de la norma prohibitiva o imperativa, que es la única norma.

Esta concepción monista de las normas suele ser atribuida a August Thon⁵. La consecuencia que de ella deriva para el sistema de la teoría del delito es obvia: los elementos que configuran el supuesto de hecho de la norma permisiva (causa de justificación) constituyen elementos negativos del supuesto de hecho de la norma prohibitiva (tipo de comportamiento activo) o de la norma imperativa (tipo de omisión), por lo cual la realización del tipo supone ya la no-concurrencia de los presupuestos fácticos de la norma permisiva. Si bien estas proposiciones permisivas se encuentran expresadas por regla general en disposiciones de la Parte General del Código Penal (y no en las disposiciones que formulan los tipos en la Parte Especial), ello se debe sólo a una razón de técnica legislativa, “para no tener que repetirlas en cada precepto penal”⁶. Luego, el tipo es un “tipo total de injusto”⁷, derivándose de ello que tipicidad y antijuridicidad no constituyen categorías autónomas: la tipicidad es *ratio essendi* (y no mera *ratio cognoscendi*) de la antijuridicidad⁸.

Consecuentemente, esta teoría debe calificar los casos de error sobre el presupuesto fáctico de la justificante como casos de auténtico error de tipo, pues lo que resulta excluido es el dolo, cuyo objeto de referencia está constituido por todos los elementos que configuran el tipo objetivo, incluida en esta teoría la no-concurrencia de los presupuestos fácticos de las causas de justificación. Luego, si se supone la concurrencia de estos presupuestos, se produce un error de tipo, específicamente un “error de tipo negativo”⁹.

Podría objetarse la calificación de la teoría de los elementos negativos del tipo como una variante de la teoría limitada de la culpabilidad en sentido amplio, a partir de una referencia a su génesis histórica. En efecto, esta teoría fue desarrollada sobretudo por dogmáticos vinculados al sistema neoclásico o neocausalista, representado, entre otros, por Mezger, sistema que mantenía la corrección de la teoría del dolo en el ámbito de la dogmática del error. Sin embargo, no existen inconvenientes para la reformulación de esta teoría a partir de la ubicación del dolo en el injusto. Lo único que la teoría de los elementos negativos debe afirmar para mantenerse como tal es que los presupuestos objetivos de las causas de justificación constituyen elementos negativos del tipo, por lo cual el error sobre su concurrencia constituye un error de tipo que excluye el dolo, independientemente de que la exclusión del dolo opere en el contexto de la culpabilidad o en el contexto del injusto.

⁴ Welzel, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires, 2001, pág. 92.

⁵ Vid. Bustos, *Introducción al Derecho Penal*, ConoSur, Santiago, 1989, pág. 45 y ss.

⁶ Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, §10, núm. 14.

⁷ Roxin, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 274 y ss.

⁸ Bustos, *op. cit.*, pág. 47.

⁹ Silva-Sánchez, *Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad*, en: *Consideraciones sobre la Teoría del Delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 276.

Una versión particular de esta teoría se encuentra en la obra de Mir Puig¹⁰, quien sostiene que es preferible reservar el uso del concepto de tipo en el sentido clásico de tipo positivo, debiendo distinguirse de éste el “supuesto de hecho” como hecho prohibido, el cual sí requiere la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación. Tipo positivo y tipo negativo constituyen los dos componentes del supuesto de hecho. Luego, la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación constituye un error de tipo negativo, que es una especie de error de tipo¹¹. Esta construcción, en todo caso, resulta muy cercana a la teoría limitada de la culpabilidad en sentido estricto, como se verá¹².

Las críticas dirigidas a la teoría de los elementos negativos del tipo son, en primer lugar, las que tradicionalmente se han formulado a la concepción imperativo-monista de las normas, fundamentalmente por excluir conceptualmente la idea de derecho subjetivo¹³. Pero la verdad es que esta objeción no puede considerarse en modo alguno concluyente, si es que se toma en cuenta la afirmación de Atienza y Ruiz Manero en el sentido de que “la cuestión de la existencia o no de normas permisivas es uno de los problemas más debatidos en la teoría del Derecho”¹⁴. En cuanto a su concreción en la sistemática del delito, se sostiene que esta teoría desconocería la diferencia valorativa que existe entre los juicios de tipicidad y de antijuridicidad: como lo afirma Jakobs, “el tipo de injusto es una unidad de sentido jurídica (y social) propia, con independencia de una situación justificante dada, ya que la justificación puede anular la antijuridicidad, pero no la anormalidad social del suceso”¹⁵. Es decir, la diferencia entre atipicidad y justificación

¹⁰ *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Autor/es, Barcelona, 1998, Lección 6, núm. 31.

¹¹ Mir Puig, *op. cit.*, Lección 16, núm. 22.

¹² Cuestión distinta en el planteamiento de Mir Puig es la relativa al problema de la exigencia de la cognoscibilidad de la antijuridicidad de la conducta para la afirmación de la infracción de la norma (de comportamiento) por el destinatario de la misma. A partir del reconocimiento de tal exigencia es que Mir Puig distingue entre antijuridicidad objetiva y antinormatividad. *Vid.* Mir Puig, *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal*, en: ADPCP, Tomo XLVII, Fascículo I, 1994, pág. 5 y ss.

¹³ Bustos, *op. cit.*, pág. 48.

¹⁴ Atienza y Ruiz Manero, *Sobre permisos en el derecho*, en DOXA, 15-16, 1994, pág. 815. En cuanto a las reglas regulativas (de comportamiento), que es lo que aquí interesa, su análisis se centra fundamentalmente en si la formulación de una norma permisiva atribuye un *status* deóntico a un determinado supuesto de hecho que no se dé ya con la inexistencia de una norma prohibitiva o de mandato respecto del mismo supuesto de hecho. En términos de Alchourrón y Bulygin, el problema consiste en la corrección o incorrección de la distinción entre permisión fuerte y permisión débil. Después de diferenciar normas y proposiciones normativas, en el nivel de estas últimas (esto es, en el ámbito de los caracteres de la conducta que es objeto de la norma y no en el ámbito de los caracteres de la norma) Alchourrón y Bulygin distinguen la permisión fuerte en tanto proposición que constata la existencia de una norma que permite una conducta en un caso determinado (“Definición de permisión fuerte: p está permitido en sentido fuerte en el caso q en el sistema $\alpha = Df.$ De α se infiere una norma que permite p en el caso q”) de la permisión en sentido débil en tanto proposición que constata la inexistencia de una norma prohibitiva respecto de una conducta en un caso determinado (“Definición de permisión débil: p es permitido en el sentido débil en el caso q en el sistema $\alpha = Df.$ Entre las consecuencias de α no existe una norma que prohíba (= no permita) p en el caso q”). Esta distinción, según Alchourrón y Bulygin, resulta necesaria para el análisis del “Principio de Prohibición” (“todo lo que no está prohibido, está permitido”), el cual también puede ser formulado en una versión débil o en una versión fuerte. En su versión débil, el Principio de Prohibición constituye “un enunciado necesariamente verdadero, pues es analítico” (o sea, tautológico) y, por lo tanto, no clausura el sistema. En su versión fuerte, el Principio de Prohibición no es verdadero a menos que en el sistema exista una regla de clausura, o sea, es contingente en la medida en que presupone que se trata de un sistema cerrado. *Vid.* Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, pág. 171 a 179.

¹⁵ Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, Apartado 6, núm. 58.

radica en el hecho de si un comportamiento es tolerable sólo en un determinado contexto (justificación) o de si no supone una perturbación, aun sin tener en cuenta el contexto (atipicidad)¹⁶.

Una objeción más directamente vinculada al problema que nos ocupa consiste en que, según las premisas que adopta la teoría de los elementos negativos del tipo, para la afirmación del dolo se requeriría el efectivo conocimiento de que en el caso concreto no concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Es decir, no bastaría con no suponer que concurren estos presupuestos, sino que se requeriría saber positivamente que no concurren, lo cual parecería ser, al menos, poco operativo para la determinación del dolo. Paeffgen da cuenta de que esta objeción se intentó revertir sosteniendo que “no se requeriría la representación de la ausencia de los elementos negativos del tipo, sino que alcanzaría con la falta de su representación”¹⁷. Sin embargo, ello parecería conducir a contradicciones insolubles, fundamentalmente respecto de los elementos del tipo formulados negativamente¹⁸ (que sí son elementos del tipo aunque se rechace la teoría de los elementos negativos del tipo: paradigmáticamente, el consentimiento¹⁹).

III. Teoría limitada de la culpabilidad en sentido estricto

Esta teoría supone una construcción que para los casos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación propone también la exclusión del injusto doloso, aunque sin postular por ello una estructura bipartita del concepto de delito, esto es, sin adherir a la teoría de los elementos negativos del tipo²⁰. Esta teoría parte de la base de que el injusto doloso supone una decisión contra el bien jurídico típicamente protegido o bien una decisión en un sentido discrepante al de las normas jurídicas, sentido que estaría ausente cuando el agente supone la concurrencia de circunstancias que convertirían su comportamiento en permitido o justificado²¹.

Ahora bien, sostener que lo que se excluye es el *injusto doloso* no equivale, sin más, a sostener que lo que se excluye es el *dolo*. Sobre la base de esta constatación hay quienes proceden a efectuar algunas precisiones conceptuales. Destaca en este punto la opinión de

¹⁶ Jakobs, *op. cit.*, Apartado 6, núm. 51.

¹⁷ *Observaciones acerca del error de tipo permisivo*, en: *El Error en el Derecho Penal*, pág. 190.

¹⁸ Paeffgen, *op. cit.*, *loc. cit.* Como expone Paeffgen, la base de esta réplica se encuentra en un planteamiento de Armin Kaufmann, en cuya virtud “la tesis que sostiene que debido a la negatividad de estas circunstancias, para el dolo no es necesaria la conciencia de su *no* existencia, sino que basta la *falta* de conciencia de su existencia” no resultaba conciliable con el antiguo § 59 del StGB (que fijaba el objeto de referencia del dolo), y “quien quisiera dejar de lado esta disposición, tendría que hacer lo mismo con respecto a todas las demás circunstancias negativas de la parte especial” (Armin Kaufmann, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 325).

¹⁹ La tesis de que el consentimiento constituye una causa de atipicidad y no una causa de justificación ha sido defendida principalmente por Roxin, sobre la base de una teoría liberal del bien jurídico orientado al individuo. Según Roxin, en la medida en que se entiende que los bienes jurídicos son “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (*Derecho Penal*, § 2, núm. 9), “no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo sino que, por el contrario, constituye su expresión” (*Derecho Penal*, § 13, núm. 12).

²⁰ *Vid.* Frisch, *El error como causa de exclusión de lo injusto y/o como causa de exclusión de la antijuridicidad*, en *El Error en el Derecho Penal*, pág. 43.

²¹ Frisch, *op. cit.*, pág. 44.

Roxin, quien propone distinguir entre el “dolo típico” (del § 16 I del StGB, que regula el error de tipo) y el “dolo de injusto”. A este último pertenecería, además del conocimiento de las circunstancias del tipo legal (§ 16 I), la no-suposición de circunstancias justificantes²². Por ende, si bien la suposición errónea de la concurrencia de circunstancias justificantes no excluye el dolo típico, sí excluye el dolo de injusto. Lo que subyace a esta formulación es una tesis que propugna diferenciar tres conceptos de tipo: el tipo garantía, el tipo sistemático y el tipo del error²³. En lo que aquí interesa, el “tipo para el error” se extiende “a todas las circunstancias que determinan el injusto, mientras que el tipo sistemático (el tipo legal del § 16 I) queda limitado a los elementos del tipo de delito que determinan el injusto de las descripciones de los hechos de la Parte especial”²⁴. Esta distinción es coincidente, por lo demás, con la diferenciación propuesta por Grünwald²⁵ entre “dolo de tipo” y “dolo de la situación de hecho del ilícito”.

La teoría limitada de la culpabilidad posibilita de este modo aplicar una solución completamente equivalente a la postulada por la teoría de los elementos negativos del tipo para los supuestos de error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación, sin adherir a la premisa de un tipo total de injusto. A este respecto resulta sumamente ilustrativa la evolución del pensamiento de Roxin. En un primer momento, Roxin fue partidario de la tesis del tipo total de injusto “como fundamento de la estructura del delito”, a partir de la consideración de las ventajas que el mismo en tanto concepción del tipo sistemática presentaría como “concepto básico de la sistemática jurídico-penal”, ventajas consistentes en que “realiza completamente la moderna idea del carácter de injusto del tipo penal (*a*), muestra el tipo claramente como la *ratio essendi* de lo injusto punible (*b*), es sistemáticamente utilizable tanto como elemento fundamentador como delimitador (*c*), tiene una considerable significación didáctica con respecto a la teoría del error y de la tentativa (*d*) y cumple con las propias exigencias de Welzel y con los progresos dogmáticos de la teoría final de la acción mejor de lo que podría hacerlo cualquier otro tipo penal, en tanto expresa lo injusto personal (*e*) y el sentido social de la acción (*f*) de una manera tan clara como resulta posible”²⁶.

Con posterioridad, sin embargo, el mismo Roxin se ha inclinado por la conveniencia “de mantener el tipo, en el sentido de *typus* delictivo (o sea, de los respectivos elementos del injusto específicos del delito), como una categoría autónoma frente a la antijuridicidad; pues el tipo y la antijuridicidad no se agotan en su significado para la averiguación y comprobación del injusto, sino que tienen especiales funciones político-criminales, que corren el riesgo de echarse a perder si no se las tiene en cuenta también a efectos sistemáticos”²⁷. Estas funciones especiales serían las siguientes. En primer término, “los tipos reúnen las circunstancias que fundamentan el contenido de merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito”, en tanto que las causas de justificación “operan más allá de la correspondiente clase (*typus*) de delito y son válidas para todos los tipos o al menos para un gran número de ellos y por eso adoptan sus regulaciones, no describiendo fragmentos de la vida típicamente delictivos, sino sentando principios de orden social (principio de ponderación de bienes, principio de

²² Roxin, *Derecho Penal*, § 14, núm. 68.

²³ *Vid.* Roxin, *Teoría del Tipo Penal*, pág. 169 y ss.

²⁴ Roxin, *Derecho Penal*, § 14, núm. 70. Esta distinción se funda, además, en la consideración de que el dolo no puede referirse a sí mismo, por lo cual cabría desde ya excluir el tipo subjetivo del tipo para el error.

²⁵ *Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada*, pág. 174.

²⁶ Roxin, *Teoría del Tipo Penal*, pág. 281.

²⁷ Roxin, *Derecho Penal*, § 10, núm. 19.

autoprotección, etc.)”²⁸. De ahí que la interpretación de las disposiciones que expresan causas de justificación no esté vinculada al límite del tenor literal sino sólo a estos principios ordenadores. Y en segundo término, a diferencia de lo que es propio del juicio de tipicidad, el juicio de injusto “contiene siempre una valoración negativa de la conducta del autor en el caso **individual**, y no se refiere a la clase de delito, sino a la **concreta dañosidad social del suceso único**, y es el resultado de una ponderación de enfrentados intereses jurídicamente protegidos”²⁹. Una consecuencia fundamental de esto está constituida por el hecho de que “una conducta justificada está autorizada por el ordenamiento jurídico y en principio ha de ser soportada por el afectado, mientras que una actuación atípica no está necesariamente permitida, sino que está situada en el “ámbito fuera del derecho” o incluso puede ser antijurídica”³⁰. En todo caso, lo anterior no obsta a la corrección de la configuración del injusto como “unidad superior de tipo y antijuridicidad, separándolo, en cuanto compendio de las circunstancias decisivas para la prohibición penal, de la responsabilidad como suma de los elementos relevantes para la responsabilización del autor”³¹.

Una cuestión sumamente controvertida en relación con la teoría limitada de la culpabilidad se concreta en la pregunta relativa a si el tratamiento de los casos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación por ella propuesta debe explicarse como una aplicación inmediata o una aplicación analógica de la norma expresada en el § 16 del StGB³². Parecería que tiende a prevalecer la segunda opinión³³. Pero la verdad es que el problema se entiende mejor a partir de la constatación de la pretensión de diferenciación que esta teoría conlleva respecto de la denominada teoría que remite a las consecuencias jurídicas, pues esta última también dice resolver el problema aplicando la norma del § 16 analógicamente. En rigor, se trata de dos aplicaciones analógicas, con distinta fundamentación, de la misma disposición.

IV. Teoría que remite a las consecuencias jurídicas

Esta teoría postula la misma solución material que las dos anteriores para la punibilidad del agente que obra suponiendo en forma equivocada la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Sin embargo, a diferencia de ellas, la impunidad en caso de invencibilidad del error o la imposición de la pena del delito imprudente (si existiere un tipo imprudente para el tipo doloso respectivo) en caso de vencibilidad del error no se decide en el ámbito del injusto sino en el ámbito de la culpabilidad³⁴. O sea, el error sobre el presupuesto objetivo de las causas de justificación no excluye el injusto doloso sino la culpabilidad dolosa, y si el error es invencible se excluirá, además, la culpabilidad por imprudencia. No resulta extraño, entonces, que se suela asociar esta teoría a la así denominada “doctrina de la doble posición del dolo”³⁵, según la cual el dolo es elemento tanto del tipo de injusto como del tipo de la culpabilidad,

²⁸ Roxin, *Derecho Penal*, § 10, núm. 20.

²⁹ Roxin, *Derecho Penal*, § 10, núm. 21.

³⁰ Roxin, *Derecho Penal*, *loc. cit.*

³¹ Roxin, *Derecho Penal*, § 10, núm. 23.

³² Sobre esto, Grunwald, *op. cit.*, pág. 170 y ss.

³³ Roxin, *Derecho Penal*, § 14, núm. 54.

³⁴ Así, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Comares, Granada, 1993, pág. 420.

³⁵ Vid. Silva Sánchez, *Sobre la evolución de la dogmática del derecho penal en Alemania*, en, del mismo *Consideraciones sobre la Teoría del Delito*, pág. 18.

resultando excluido sólo el segundo en los casos de error sobre el presupuesto objetivo de la justificante.

Esta construcción de la solución se justifica por sus partidarios por dos clases de consideraciones: una de carácter dogmático-sistemático y otra de carácter político-criminal. En primer lugar, se sostiene que el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación es un error de prohibición que, sin embargo, debe ser sometido a las consecuencias jurídicas del § 16 del StGB. Pero el énfasis está en que este error difiere en su estructura lógico-objetiva del error de tipo³⁶. Esto se afirma a partir de la adhesión a una de las premisas fundamentales de la teoría estricta de la culpabilidad, defendida hasta hoy por autores de inspiración finalista: la función de llamada o alerta del dolo. Sobre esto volveremos más adelante, al examinar el rendimiento de dicha teoría frente a la solución propuesta por la teoría limitada de la culpabilidad en sentido amplio. Lo anterior, no obstante, posibilita la comprensión de que la analogía que propone la teoría que remite a las consecuencias jurídicas difiere de la propugnada por la teoría limitada de la culpabilidad en sentido estricto. Pues la primera sostiene que lo que se aplica analógicamente es la pena asignada al delito imprudente en caso de error evitable (que sigue siendo un error de prohibición), mientras que la segunda sostiene que la analogía opera ya en la calificación del error (puesto que se trata de un error en todo equiparable al error de tipo).

Pero además de este argumento sistemático, los defensores de la teoría de la remisión a las consecuencias postulan que ésta es más conveniente en cuanto uno de sus efectos es impedir la impunidad del partícipe que accede a la realización del agente que supone equivocadamente la concurrencia de circunstancias justificantes, cuando aquel partícipe no incurre en tal error. Pues, en la medida en que se mantenga la corrección del principio de la accesoriad limitada, de admitirse que tal error excluye ya el injusto doloso, la impunidad del partícipe no será controvertible, pues no existirá un comportamiento típico y antijurídico al cual pueda acceder. Luego, se señala, la teoría de la remisión a las consecuencias permite evitar esta “laguna de punibilidad”.

Esta construcción se encuentra expuesta a fuertes reparos, los cuales han sido sintéticamente puestos de manifiesto, y con contundencia, por Schünemann³⁷. Primero: la aplicación analógica del § 16 se funda en la distinción entre error sobre los presupuestos fácticos (sobre el objeto de la valoración) y error sobre la valoración jurídica (sobre la valoración del objeto), distinción que debería constituir el criterio de delimitación entre error de tipo y error de prohibición, concluyéndose entonces que el § 16 debería aplicarse no analógica sino directamente³⁸. Segundo: la culpabilidad no exige conocimiento actual sino sólo potencial de lo injusto, por lo cual ante casos de error evitable o vencible no existiría razón para su exclusión por analogía con el § 16. Tercero: en relación con las consecuencias para la punibilidad del partícipe, en caso de no satisfacerse las exigencias para imputar una realización en virtud de autoría mediata con instrumento no doloso, sobretudo tratándose de delitos especiales propios, la impunidad del partícipe (*extraneus*) debe asumirse como una decisión del legislador³⁹. Y cuarto: la aplicación analógica defendida por la teoría que remite a las consecuencias constituye más bien una analogía *in malam partem*, pues si se concluye que debe excluirse la culpabilidad dolosa en casos de

³⁶ Grünwald, *op. cit.*, pág. 176 y 177

³⁷ *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*, en, del mismo, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 60, nota 89.

³⁸ Así, Schünemann parecería acercarse más bien a la teoría de los elementos negativos del tipo.

³⁹ Coincide Roxin, *Derecho Penal*, § 14, núm. 73.

evitabilidad del error, no puede recurrirse a la analogía para rechazar la impunidad y afirmar la culpabilidad por imprudencia.

V. Otras construcciones que coinciden con la teoría limitada de la culpabilidad en sentido amplio

Existen otras posiciones que también terminan adhiriendo a la solución que se sigue de la teoría de la culpabilidad limitada, aunque su forma de justificar tal resultado es aún más divergente. De particular interés resulta la tesis defendida por Hruschka en el contexto de una aproximación a la teoría del delito desde la perspectiva de la teoría de las normas, específicamente a partir de la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación⁴⁰. Hruschka propone una estructura del delito tripartita resultante de la combinación de dos sistemas de reglas distintos desde un punto de vista lógico. Las reglas de comportamiento son aquellas que determinan la calificación de un hecho como antijurídico o como conforme a derecho. A este sistema de reglas corresponden tanto los mandatos y prohibiciones (tipos de los delitos de omisión y comisión, respectivamente) como las reglas permisivas (reglas que rigen la justificación de un hecho). A las reglas de este sistema corresponde una función en la prospectiva y una función en la retrospectiva. Su función en la prospectiva se corresponde con la comprensión de estas reglas como directivas de conducta. En palabras de Hruschka, estas reglas “son mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer; o son reglas permisivas que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que le está permitido hacer o dejar de hacer”⁴¹. En cuanto a su función en la prospectiva, ella se corresponde con la comprensión de estas reglas como baremos de medición. En este sentido, se trata de “tipos delictivos o de justificación que llevan aparejada una valoración de la que resulta la antijuricidad o no antijuricidad de la conducta”⁴². A las reglas de imputación, en cambio, corresponde sólo una función en la retrospectiva. Y al igual que las reglas de comportamiento en su función en la retrospectiva, las reglas de imputación “se dirigen a la persona que juzga con posterioridad el hecho”⁴³. Ahora, la imputación se da en dos niveles. En el primer nivel de imputación, se trata de “la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la *lex*”⁴⁴, o sea, en la situación relevante según las reglas de comportamiento. La imputación de segundo nivel, en cambio, “es la imputación <<al merecimiento>> de un hecho que ha sido juzgado en atención a la *lex*”⁴⁵.

La estructura del delito que resulta es la siguiente. Primero tiene lugar la imputación de primer nivel, por la cual “son imputados el hecho y las circunstancias del hecho que son relevantes para emitir eventualmente el juicio de antijuricidad”⁴⁶. En segundo término tiene lugar el propio juicio de antijuricidad, “si en la medida en que resulte de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de

⁴⁰ Hruschka, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en ADPCP, Tomo XLVII, Fascículo III, 1994, pág. 343 y ss.

⁴¹ Hruschka, *op. cit.*, pág. 344.

⁴² *Op. cit.*, pág. 345.

⁴³ *Op. cit.*, pág. 346.

⁴⁴ *Op. cit., loc. cit.*

⁴⁵ *Op. cit., loc. cit.*

⁴⁶ Hruschka, *op. cit.*, pág. 356.

medición”⁴⁷. Y finalmente tiene lugar la imputación de segundo nivel, “por la que se imputa el hecho antijurídico a la culpabilidad”⁴⁸.

En lo que aquí interesa, debe destacarse que, según Hruschka, entre las hipótesis en que resulta excluida la imputación de primer nivel figuran los casos en que “el autor virtual no ha tenido conocimiento de la situación relevante o de la alternativa que le era dada al proceso o a la inactividad de la que respectivamente se trata”⁴⁹. En cambio, el desconocimiento de la antijuridicidad del comportamiento sólo puede excluir la imputación de segundo nivel, puesto que “el autor que obra en error de prohibición o de mandato comete un hecho antijurídico, ya que se halla en situación de ejecutar la acción mandada o de omitir la acción prohibida; sin embargo, no tiene ningún motivo para obrar conforme a deber, puesto que no conoce la regla de comportamiento pertinente”⁵⁰. Pues bien, en tanto se acepta que las reglas permisivas corresponden al mismo plano lógico que los mandatos y prohibiciones (en tanto reglas de comportamiento), los supuestos de hecho de las causas de justificación han de corresponder al mismo plano lógico que los tipos de los delitos comisivos y omisivos. Luego, sostiene Hruschka, “los errores sobre las circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación, quedan en principio equiparados a los errores sobre circunstancias que son relevantes según un tipo delictivo, y deben, por ello, ser tratados de forma análoga. Los problemas relacionados con ellos son, así, problemas de la imputación de primer nivel”⁵¹. Esto significa, según el propio Hruschka, que “la suposición errónea por parte del autor de circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación, debe ser reconocida como excluyente del dolo”⁵².

Pero esta exclusión de la imputación de primer nivel por desconocimiento de la situación fáctica relevante no implica necesariamente que no pueda tener lugar otra clase de imputación. En efecto, Hruschka sostiene que además de los dos niveles de imputación, debe distinguirse dos tipos de imputación: la ordinaria y la extraordinaria. Según Hruschka, “en los dos niveles de imputación de un hecho (antijurídico), es ésta <<ordinaria>>, si y porque el juzgador no aprecia razón alguna que la excluya. La imputación es, por el contrario, <<extraordinaria>>, si en efecto concurre una tal causa de exclusión de la imputación y, sin embargo, precisamente por ello, se hace responsable al autor”⁵³. Un ejemplo paradigmático de imputación extraordinaria es la *actio libera in causa*. La imputación extraordinaria puede tener lugar tanto en uno y otro nivel de imputación. Y precisamente en el primer nivel de imputación se produce imputación extraordinaria en los casos de imprudencia “en los que la imputación ordinaria del hecho ha quedado excluida a causa del desconocimiento del hecho y, sin embargo, se hace responsable al autor por haber desconocido las circunstancias fácticas”⁵⁴. Luego, cuando el autor sea responsable de su desconocimiento de las circunstancias fácticas, ya sea del tipo de delito o del tipo de justificación, podrá afirmarse una imputación extraordinaria de primer nivel por imprudencia.

⁴⁷ *Op. cit.*, pág. 356.

⁴⁸ *Op. cit., loc. cit.*

⁴⁹ *Op. cit.*, pág. 350.

⁵⁰ *Op. cit.*, pág. 351.

⁵¹ *Op. cit.*, pág. 356.

⁵² *Op. cit., loc. cit.* Es interesante constatar así que en el juicio de imputación de primer nivel concurrirían cuestiones de imputación objetiva y de imputación subjetiva.

⁵³ *Op. cit.*, pág. 352.

⁵⁴ *Op. cit., loc. cit.*

Otra construcción que alcanza una solución análoga, y que resulta muy cercana a la teoría que remite a las consecuencias jurídicas, es la denominada “teoría de la culpabilidad dependiente” defendida por Günther Jakobs⁵⁵. El punto de partida de Jakobs es que “la suposición errónea de una situación de justificante es un error tan independiente como la justificación es una categoría dogmática autónoma”⁵⁶. Ahora bien, según Jakobs es innegable que este error no puede modificar el carácter doloso de la realización del tipo, así como tampoco puede revertir el juicio de culpabilidad dolosa (responsabilidad por un injusto doloso), salvo que el error sea inevitable y se excluya así la culpabilidad. Por tanto, cuando el error es evitable ha de imputarse responsabilidad a título de culpabilidad dolosa, pero sólo “cuando la ley ponga de manifiesto, mediante un marco penal aplicable a la imprudencia, cómo ha de responderse en el ámbito inferior de la imputabilidad”⁵⁷. De ahí el nombre que designa a esta teoría: la culpabilidad, en caso de suposición evitable de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, es dependiente de la punibilidad de la imprudencia. Pero no se trata, dice Jakobs, de la remisión a la consecuencia jurídica del delito imprudente, sino de la concreción del marco penal del delito doloso. En este sentido, la teoría de la culpabilidad dependiente, conceptualmente por lo menos, se acerca a la teoría estricta de la culpabilidad, aunque en sus resultados en cuanto a punibilidad y penalidad sea equivalente a la teoría que remite a las consecuencias jurídicas.

Una tercera construcción que en su resultado para el problema dogmático que nos ocupa es equivalente a la teoría limitada de la culpabilidad, es la propuesta por Zielinski, y que ha sido latamente desarrollada por el profesor argentino Marcelo Sancinetti. La tesis de Zielinski no se vincula tanto a la teoría del error como a la teoría del ilícito⁵⁸. Su orientación metodológica y dogmática se corresponde con una radicalización de la vía que, desde la escuela finalista fundada por Welzel, desarrolló Armin Kaufmann, radicalización que consiste en sostener que el injusto se agota en el disvalor de acción, desempeñando el resultado el papel de mera condición objetiva de punibilidad (por exigencias de *lege lata*) en el delito consumado⁵⁹. Ello se deriva de la idea de que las normas sólo pueden dirigirse a evitar acciones, no resultados⁶⁰. Y desde esta perspectiva, en la determinación del ilícito el resultado no ha de jugar papel alguno. En otros términos, el contenido de la norma de valoración debería ser plenamente coincidente con el contenido de la norma de determinación, del imperativo: sólo aquello que integra el contenido del imperativo (de aquello a lo que se pretende motivar) es aquello mismo que se debe valorar⁶¹. Lo anterior se concreta en la tesis de que el dolo, en cuanto voluntad de realización del tipo, fundamenta ya la realización del respectivo tipo doloso, con lo cual el paradigma de realización de injusto pasa a quedar radicado en la tentativa inidónea (acabada). Pues bien, si ello es así, la voluntad de actuar sobre la base de la concurrencia de los presupuestos de la justificante (dolo de justificación) debe realizar totalmente el tipo de justificación. Ya que en definitiva se trata de una “tentativa acabada de justificación”,

⁵⁵ Jakobs, *Derecho Penal*, Apartado 11, núm. 42 y ss.

⁵⁶ *Op. cit.*, Apartado 11, núm. 53.

⁵⁷ *Op. cit.*, Apartado 11, núm. 54.

⁵⁸ Sancinetti, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 15.

⁵⁹ Silva Sánchez, *Sobre la evolución de la dogmática del derecho penal en Alemania*, pág. 21.

⁶⁰ Zielinski, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 156 y 157.

⁶¹ Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pág. 64.

cuyo “valor de acción” revierte todo el disvalor del ilícito, esto es, el disvalor de acción⁶². Entonces, aun el error de justificación evitable ha de conducir a la efectiva justificación de la conducta dolosa⁶³. Sin embargo, según Zielinski la evitabilidad del error supone que el agente ha infringido el “deber de examen” (que deriva de la función de alerta del dolo), por lo cual ha de imputársele responsabilidad a título de imprudencia, siempre que exista el tipo imprudente correspondiente. Sancinetti, no obstante, no concuerda con la última afirmación, ya que considera posible sostener que no obstante en el ámbito de los tipos de delito exista un *numerus clausus* para la punibilidad de la imprudencia, en el ámbito de la justificación pueda regir un *numerus apertus*, lo cual posibilitaría la punibilidad de todo error evitable sobre los presupuestos objetivos del tipo de permiso⁶⁴. De este modo lo que parecería pretender Sancinetti es acercarse a la solución propuesta desde el comienzo por Welzel al formular la teoría estricta de la culpabilidad.

Es importante destacar el hecho de que la tesis de Zielinski, si bien parecería ser la más cercana a la teoría limitada de la culpabilidad en sentido estricto, dado que considera que el error sobre el tipo permisivo no excluye el dolo típico, pero sí el injusto doloso, tiene, sin embargo, una significación profundamente diversa. Pues en definitiva, para Zielinski la suposición errónea de circunstancias justificantes *justifica* efectivamente la realización dolosa. Por ende, no se trata de un problema de error, por cuanto desde esta perspectiva la situación objetiva que debe ser imputada (tanto en la tipicidad como en la justificación) a la subjetividad del agente es irrelevante, ya que esta subjetividad por sí sola decide la imputación.

Además de objeciones de tipo metodológico⁶⁵, la cuestión dogmática que surge, más allá de todas las objeciones que deben formularse a esta teoría sobre la base de un paradigma de derecho penal que pretenda legitimarse de algún modo en la prevención de la irrogación de perjuicio efectivo respecto de determinados intereses⁶⁶, consiste en si es posible que una concepción de la afirmación y de la exclusión de lo injusto como ésta sea compatible con una noción de antijuridicidad que se pretende sea la misma en todo el ordenamiento jurídico, esto es, con una noción de antijuridicidad general. Pues aunque se conceda (como hipótesis de trabajo) a Zielinski y a Sancinetti que la sola representación del agente puede excluir lo injusto en el ámbito penal, ello parece extremadamente dudoso en otros contextos de imputación de responsabilidad jurídica. ¿No tendría que coincidir Zielinski, en la defensa de su tesis sobre la fundamentación del injusto, con H. L. Günther acerca de la existencia de causas de exclusión de una antijuridicidad específicamente

⁶² Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 531

⁶³ Sancinetti, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, loc. cit.

⁶⁴ Sancinetti, *Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa*, Temis, Santa Fe, 1995, pág. 250.

⁶⁵ Haffke imputa “un defecto metodológico de gran importancia” a aquellas “posturas que construyen el sistema del delito únicamente desde la perspectiva de la infracción de la norma de conducta”, consistente en el desconocimiento de que “la situación de acción del autor, en la que le alcanza la llamada norma de conducta, es simplemente un elemento entre muchos otros que la norma de sanción orientada retrospectivamente debe considerar y tratar de modo absolutamente autónomo” (Haffke, *El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal*, en *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 134 y 135).

⁶⁶ A este respecto es de interés la opinión de Carlos S. Nino acerca de la falta de coincidencia que resulta de las posturas subjetivistas que prescinden de la consideración del resultado, entre las acciones punibles (cuya punibilidad se afirma) y las acciones que se intenta prevenir. Sobre esto *vid.* Nino, *Los Límites de la Responsabilidad Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 304 y ss.

penal⁶⁷ Así parece, en efecto, razonar Zielinski, cuando afirma que “si una conducta no es un ilícito desde el punto de vista jurídico-penal, entonces, eso no excluye, básicamente, que a las consecuencias de esta conducta se asocien, sin embargo, derechos de indemnización del daño del derecho civil”⁶⁸.

VI. El debate al interior de la teoría de la culpabilidad: la teoría limitada frente a la teoría estricta

Ya hemos revisado las distintas construcciones formuladas para la justificación de la teoría limitada de la culpabilidad en sentido amplio (en adelante, teoría limitada de la culpabilidad), así como otras construcciones que conducen al mismo resultado. Ahora bien, si bien esta solución puede considerarse ampliamente dominante en la dogmática penal alemana, no puede desconocerse la necesidad de demostrar por qué el tratamiento que ella propone para los casos de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación es el más conveniente, sobretodo si se tiene en cuenta, como lo señala agudamente Paeffgen, que “el hecho de que la opinión dominante se apoye en (al menos) tres estrategias de justificación distintas, pero enfrentadas entre sí recíprocamente, se muestra, al menos, como una señal de advertencia que debe ser tomada en cuenta”⁶⁹. Además, la importancia del punto es todavía mayor en nuestro medio, donde la teoría estricta de la culpabilidad cuenta con importantes defensores, no obstante pareciera todavía conservar su primacía la doctrina del *error iuris nocet*⁷⁰.

Como su nombre lo indica, la teoría limitada de la culpabilidad excluye la aplicación de la teoría estricta de la culpabilidad a una hipótesis específica de error: a saber, el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. En sentido, “limita” la teoría (estricta) de la culpabilidad. Para esta última, esta clase de error no constituye sino una especie de error de prohibición indirecto, que a diferencia del error de prohibición directo, que se refiere a la norma de prohibición (delitos de comportamiento activo) o de mandato (delitos de omisión) que deriva del tipo, se refiere a la norma de permiso (causas de justificación). El error de prohibición indirecto puede ser de tres clases: el error sobre la existencia de una determinada causa de justificación: el agente supone erróneamente que el ordenamiento jurídico lo autoriza a realizar una determinada conducta típica; el error sobre el alcance de una determinada causa de justificación: el agente supone que la norma permisiva tiene un alcance más amplio del que efectivamente le confiere el derecho; y el error sobre el presupuesto objetivo de la causa de justificación: el agente supone la concurrencia del supuesto de hecho de la norma permisiva.

⁶⁷ Una explicación de la teoría de Günther puede encontrarse en: Díez Ripollés, *La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal*, Señal Editora, Medellín, 1996. En todo caso, la teoría de Günther no parece estar dirigida a solucionar esta clase de problemas de imputación subjetiva.

⁶⁸ *Op. cit.*, pág. 349. En todo caso, según Zielinski esta constatación no revierte la validez del principio de la unidad del ordenamiento jurídico, puesto en tales casos las normas penales y las normas civiles perseguirían objetivos distintos, por lo cual la contradicción sólo sería aparente.

⁶⁹ *Op. cit.*, pág. 185.

⁷⁰ Así, Cury, *Derecho Penal. Parte General*, 2a edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, 1997, Tomo II, pág. 72. Más radical es la constatación crítica llevada a cabo por el profesor Miguel Soto Piñero, según quien “no debe olvidarse que, en la práctica, en nuestro país todavía campea el “*error iuris nocet*”, entre otras incivilizadas formas de responsabilidad objetiva, que no se solucionan con ninguna reforma procesal penal” (Soto Piñero, *Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del “principio de culpabilidad” en el Derecho Penal chileno*, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año III. N°3 – 1999, pág. 248.

La cuestión que suscita la controversia es la siguiente: ¿por qué se distingue el error sobre el presupuesto objetivo de la norma prohibitiva o imperativa que subyace al tipo (error de tipo) del error sobre la existencia o el alcance de dicha norma (error de prohibición), pero no se distingue el error sobre el presupuesto objetivo de la norma de permiso del error sobre la existencia o el alcance de dicha norma? La justificación de esta diferenciación se encontraría, según Welzel y sus seguidores, en la “función de llamada o alerta” que desempeñaría el dolo de tipo. Según Welzel, el dolo de tipo “da o debió dar el impulso de comprobar la suposición de que concurría una situación justificante”⁷¹. En otros términos, quien realiza conscientemente las circunstancias descritas en el tipo, dado el carácter de estas circunstancias, las cuales configuran acciones que caen fuera del orden de la vida social, tiene una doble razón para verificar si excepcionalmente está autorizado a realizar la acción⁷². Jakobs, empero, ha refutado agudamente a su maestro. Según Jakobs, el principal argumento en contra de esta supuesta función de llamada que caracterizaría al dolo consiste en que precisamente ella no constituye una particularidad del dolo frente a la imprudencia⁷³. Jakobs propone el siguiente ejemplo: un médico realiza una operación encontrándose conscientemente embriagado, sin reparar en las consecuencias de su comportamiento (imprudencia). Este médico tiene más posibilidades de reflexionar sobre la ilicitud de su comportamiento que un médico que emprende una operación rutinaria suponiendo equivocadamente que el paciente ha prestado su consentimiento (dolo)⁷⁴. Luego, si la función de alerta no supone una particularidad del dolo respecto de la imprudencia, no puede ser inapropiado en virtud de tal función tratar la suposición errónea de circunstancias justificantes como imprudencia.

Otro marco de crítica a la tesis de Welzel lo proporciona Schünemann⁷⁵, según quien la propuesta de Welzel resulta inconsistente con uno de los presupuestos más fundamentales de su construcción del sistema finalista del delito, con su “cognición fundamental”. Si es cierto que la supradeterminación final constituye la esencia de la acción humana, y que a partir de su constatación puede distinguirse nítidamente la voluntad de realización (objeto de la valoración) y el conocimiento de la antijuridicidad (valoración del objeto), resulta inconsecuente limitar tal constatación al ámbito de la tipicidad y no aplicarlo en el ámbito de la antijuridicidad.

Desde otra perspectiva, lo que se replica a Welzel y a su teoría estricta de la culpabilidad es que, aun cuando se admita que el dolo de tipo cumple una función de alerta, la inobservancia de la exigencia de comprobar la concurrencia de las circunstancias de la justificante que se suponen presenta una estructura mucho más cercana a la responsabilidad por culpa que a la responsabilidad por dolo. No es de extrañar, por ello, que Sancinetti, en su intento por hacer compatible la concepción puramente subjetiva de lo injusto de Zielinski con uno de los bastiones del finalismo tradicional, como lo es la

⁷¹ *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta edición, 997, pág. 199.

⁷² Citado en Roxin, *Teoría del Tipo Penal*, pág. 194.

⁷³ Jakobs, *op. cit.*, Apartado 11, núm. 47.

⁷⁴ Debe tenerse en cuenta que Jakobs, a diferencia de Roxin (*vid. supra*, nota 19) no califica todo consentimiento con aptitud para excluir lo injusto en los delitos contra bienes jurídicos individuales como una causa de atipicidad, sino que distingue, además del acuerdo (que sí excluye siempre la tipicidad), el consentimiento excluyente de la tipicidad del consentimiento excluyente de la antijuridicidad: la diferencia está en si es necesario considerar el contexto, por tratarse de bienes que no son medios de desarrollo de la personalidad sino su presupuesto (justificación), o no es necesario considerar el contexto, pues se trata de bienes que sí son medios de desarrollo de la personalidad (atipicidad). Sobre esto, *vid. Jakobs, Derecho Penal*, Apartado 7, núm. 111 y ss.

⁷⁵ *Op. cit.*, pág. 60 y 61.

teoría estricta de la culpabilidad, proponga que en el nivel de la antijuridicidad rija un “*numerus apertus* para la “imprudencia de justificación”, es decir, un delito general de imprudencia”⁷⁶. El punto es que la construcción de un verdadero *crimen culpae* como éste no parece corresponderse con una observancia estricta del principio de legalidad.

Las objeciones a que se ha hecho referencia tienen en común una cierta orientación relativa a los presupuestos metodológicos sobre los cuales debe construirse el sistema de la teoría del delito y en general desde los cuales ha de enfrentarse los problemas jurídico-penales. En la medida en que se argumenta a partir de estructuras lógico-objetivas, las soluciones a los problemas concretos han de entenderse dadas por consideraciones ontológicas. Distinta es la situación, en cambio, en cuanto se asume que la construcción del sistema y de las categorías de la teoría del delito es una tarea que debe definirse normativamente, a partir de consideraciones valorativas. De lo que se trata cuando debe decidirse si el error de tipo permisivo ha de ser tratado como un error de tipo o como un error de prohibición, es en definitiva de definir cuándo debe aplicarse la consecuencia punitiva asignada a los delitos dolosos y cuándo no. Y como sostiene Roxin, como doloso ha de definirse un comportamiento respecto del cual resulta adecuada la pena para el dolo; “qué características tiene que mostrar un tal comportamiento, hay que fijarlas sobre la base de decisiones valorativas político criminales”⁷⁷. Hassemer coincide en tal orientación metodológica, postulando que la respuesta a la pregunta relativa a qué casos han de ser valorados como dolosos y cuáles como culposos no se obtiene “según una presunta naturaleza ante o extrapenal del dolo o de la imprudencia en sí mismos considerados, sino según una lógica normativa”. Así, “lo que se considera como “ya doloso” o como “todavía culposo” sólo puede decidirse en función de la *ratio* por la que se sanciona con mayor energía el dolo”⁷⁸. Esto parecería, en todo caso, dejar formulada la pregunta acerca de la necesidad de la construcción de un concepto funcional de dolo⁷⁹.

Lo que la teoría limitada de la culpabilidad pretende es tratar igual lo que es igual. Y según esta teoría, quien realiza el supuesto de hecho del tipo suponiendo la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación (error sobre el tipo permisivo) obra en forma completamente análoga a quien realiza ese supuesto de hecho sin saber que lo realiza (error de tipo). En ambos se observa la misma fidelidad al derecho: ambos valoran su comportamiento de manera coincidente con como la valora el derecho, errando sólo en la constatación de la situación valorada. En otros términos, si lo

⁷⁶ *Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa*, pág. 250.

⁷⁷ Roxin, *Política Criminal y Estructura del Delito*, PPU, Barcelona, 1992, pág. 43. Roxin postula, además, que ello debería conducir, además, a la afirmación de la incorrección de las construcciones que, como la teoría que remite a las consecuencias jurídicas, disocian el dolo de su consecuencia jurídica. Esto parece aplicable también a la teoría de la culpabilidad dependiente de Jakobs.

⁷⁸ Hassemer, *Los elementos característicos del dolo*, en, del mismo, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pág. 69.

⁷⁹ En este sentido destaca la propuesta de Jakobs de imputar responsabilidad por dolo en los supuestos de “imprudencia dirigida”. Según Jakobs, por imprudencia dirigida debe entenderse “aquel desconocimiento que el propio autor no valora como una carencia de su orientación en el mundo, porque el ámbito material del objeto desconocido carece de interés para él” (Jakobs, *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos*, en, del mismo, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 138). Según Jakbos, para los autores que actúan con esta clase de imprudencia, “el límite entre el dolo y la imprudencia, trazado de manera estricta de conformidad con la diferencia entre conocimiento y no-conocimiento, constituye un beneficio que no se puede justificar axiológicamente”. Así, “el que carece de escrúpulos no se percata del desastre que provoca y debido a ello se encuentra en mejor situación que quien es escrupuloso” (*op.cit.*, pág. 139). Jakobs reconoce, en todo caso, que bajo el actual § 16 del StGB, el concepto naturalista, psicologizante de dolo es ineludible de *lege lata*.

que diferencia al autor de un delito doloso del autor de un delito imprudente es, precisamente, la posición del sujeto ante la norma, en la medida en que el primero no sólo lesiona el bien jurídico protegido por la norma (como también lo hace el autor de un delito imprudente) sino también la norma que obliga respetar ese bien jurídico⁸⁰, entonces es manifiesto que quien realiza el supuesto de hecho de un tipo prohibitivo suponiendo que se encuentra en una situación en la cual, de concurrir efectivamente, el derecho le permitiría tal realización no cuestiona la vigencia de las normas del ordenamiento, ya que su error no consiste en suponer que el derecho le permita realizar el comportamiento en cuestión, sino en desconocer las circunstancias en las cuales tiene lugar dicho comportamiento.

Y ello es consistente con el principal legado de la escuela finalista en la construcción del sistema de la teoría del delito: la doctrina de la personalidad de lo injusto. En este sentido destaca el hecho de que alguien cuyos planteamientos han sido especialmente caracterizados como vinculados a la concepción del injusto personal, como lo es Wolfgang Frisch⁸¹, adhiera a la solución postulada por la teoría limitada de la culpabilidad. Según Frisch⁸², lo que tienen en común la tentativa y la consumación dolosas es “el injusto de la decisión”. Y para que la decisión expresada en la conducta pueda ser definida como un injusto actual de la decisión, el agente que se decide por el comportamiento típico no puede al mismo tiempo suponer la concurrencia de una situación que, en caso de concurrir efectivamente, conduciría a que el ordenamiento jurídico autorizara tal decisión: “no se da entonces el injusto de la decisión”⁸³.

La teoría limitada de la culpabilidad es más consistente con la premisa que condujo a la formulación de la teoría de la culpabilidad frente a la teoría del dolo en el contexto de la dogmática del error: la necesidad (presupuesta la posibilidad⁸⁴) de distinguir entre objeto de la valoración y la valoración del objeto. Esto no ha de ser puesto en duda por el hecho de que la teoría limitada de la culpabilidad coincida con el tratamiento que la teoría del dolo postula para los casos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, esto es, la exclusión del dolo. Pues en la teoría del dolo esto no es sino una consecuencia de que la conciencia de la antijuridicidad pertenezca, efectivamente, al dolo, de lo cual se sigue que el mismo tratamiento deben recibir todos los casos de error de prohibición⁸⁵, lo cual es obviamente incompatible con cualquier variante de la teoría de la culpabilidad.

⁸⁰ Hassemer, *op. cit.*, pág. 71.

⁸¹ Así, Silva-Sánchez, en Roxin-Jakobs-Schünemann-Frisch-Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 16.

⁸² *El error como causa de exclusión de lo injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad*, pág. 64 y 65.

⁸³ Frisch, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁴ Resulta pertinente destacar que la posibilidad de diferenciar objeto de la valoración y valoración del objeto es puesta en duda en los intentos por resolver el otro gran problema dogmático de la teoría del error: el error sobre los elementos normativos del tipo, que precisamente expone las dificultades que existen a la hora de distinguir error de tipo y error de prohibición. Ello, en todo caso, afecta por igual a la teoría estricta y a la teoría limitada de la culpabilidad. A este respecto cabría agregar, además, que en la medida que se postule el tratamiento del error de tipo para los casos de error sobre el presupuesto objetivo de las causas de justificación, parecería plausible la consideración de errores sobre elementos normativos de la justificante que, de manera análoga a lo que se sostiene respecto del error sobre un elemento normativo del tipo, constituyan hipótesis de error sobre el objeto de la valoración (de la norma de permiso) y que, por ende, sean tratados como errores de tipo (permisivo). Por eso es que resulta preferible utilizar la expresión “error sobre los presupuestos objetivos de la justificante” y no la más tradicional “error sobre los presupuestos fácticos”.

⁸⁵ Esto, más allá de que se ubique el dolo en el tipo en la culpabilidad. Tradicionalmente la teoría del dolo estuvo asociada a la sistemática causalista, que sitúa, como se sabe, el dolo en la culpabilidad. Frisch da cuenta,

A partir de la defensa de la teoría limitada de la culpabilidad parece posible formular una tesis para el tan controvertido problema del elemento subjetivo de la justificación⁸⁶. Si se concluye que la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación debe excluir el injusto doloso (y también el imprudente en caso de que el error sea invencible), cuando ya no se trate de casos de suposición errónea, sino que de efectivo conocimiento de circunstancias que sí concurren objetivamente, entonces debería afirmarse la justificación de la realización dolosa⁸⁷. Debería rechazar, por consiguiente, la exigencia de elementos subjetivos distintos del conocimiento de la situación justificante como lo sería una “intención de justificación”⁸⁸, sin perjuicio de las exigencias de la regulación de *lege lata*⁸⁹.

VII. Error de tipo permisivo al revés

Esta denominación se da al problema inverso de aquel que se ha analizado a lo largo de este artículo. Se trata de los casos en que pese a concurrir los presupuestos objetivos de una causa de justificación, ello es ignorado por quien realiza el comportamiento típico dolosamente⁹⁰. En general, el punto consiste en decidir si debe imputarse responsabilidad por consumación o por tentativa (inidónea). Parecería más correcta la opción por la tentativa, en la medida en que se tome en serio la orientación al perjuicio que debe caracterizar a un derecho penal liberal⁹¹, pues aunque en estos casos se da formalmente el resultado típico (la consumación), no se realiza el “resultado de injusto”, esto es, no concurre el desvalor de resultado. De ahí que aun se postule que la aplicación de las reglas de la tentativa no ha de ser analógica sino directa⁹².

Lo relevante en lo que aquí interesa es que esta solución es consistente con la teoría limitada de la culpabilidad. Pues en la medida en que el error de tipo permisivo se asimila al error de tipo, y el error de tipo al revés constituye por definición una tentativa inidónea, no parecerían existir razones para no concluir lo mismo respecto del error invertido sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. En el contexto del Código Penal chileno, esta solución (tentativa inidónea o, si se prefiere, delito frustrado imposible) constituye una alternativa a la estimación de una eximente incompleta conforme a la regla del art. 11 N° 1. En la opción por una u otra solución no puede dejar de considerarse que, bajo la regulación chilena, la punibilidad de la tentativa inidónea es aún una cuestión incierta.

sin embargo, de la teoría “modificada” del dolo de Otto, que situaría en el dolo de tipo el conocimiento de la dañosidad social (Frisch, *op. cit.*, pág. 39, nota 85).

⁸⁶ Sobre este problema, *vid.* Politoff, *El papel del factor subjetivo en las causas de justificación*, en: Luisi-Rivacoba-Guzmán-Politoff, *Política Criminal y Reforma Penal*, ConoSur, 1996, pág. 67 y ss.

⁸⁷ El problema en el ámbito de los delitos imprudente resulta más difícil en su tratamiento. En relación con la legítima defensa como causa de justificación en los delitos imprudentes, Roxin sostiene que en casos de desconocimiento de la situación de legítima defensa no puede afirmarse la justificación. Sin embargo, agrega Roxin, “como la realización del tipo estaba objetivamente permitida, falta el desvalor de resultado”, restando “sólo un desvalor de acción, o sea, una tentativa imprudente, que por regla general no es punible” (*Derecho Penal*, § 24, núm. 96).

⁸⁸ *Vid.* Roxin, *Derecho Penal*, § 14, núm. 91 y ss.

⁸⁹ Sobre la cuestión relativa a la regla del art. 10 N° 6 del Código Penal chileno para la defensa de extraños, *vid.* Politoff, *op. cit.*, pág. 84 y ss.

⁹⁰ Sobre esto, nuevamente Politoff, *op. cit.*, pág. 96 y ss.

⁹¹ Sobre esto, Nino, *op. cit.*, pág. 269 y ss.

⁹² Roxin, *Derecho Penal*, § 14, núm. 101.