

LA JUSTIFICACIÓN PUTATIVA

1. NOCIÓN.

Se discute inagotablemente en la teoría del error cómo tratar los supuestos en que el agente se representa inexacta y desafortunadamente los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

Existen dos formas de error sobre la permisión de la conducta: a) equivocación sobre la existencia o límites de un permiso legal (el padre que se cree autorizado a educar castigando violentamente); b) falsa representación de una situación justificante que no se verifica (el policía que dispara contra un inocente creyéndolo atracador).

La primera conjetura comporta, decididamente, un error de prohibición (llamado indirecto o concreto ¹).

La complicación estriba en la errada suposición de circunstancias fácticas que importarían justificación si existiesen. Ejemplifiquemos de nuevo: **B**, amigo de **A**, le juega una broma encapuchado simulando un asalto; **A**, creyéndose en peligro y figurándose acto defensivo, mata a **B**.

A la cuestión se la nomina *justificación putativa, error en el tipo permisivo o error sobre los requisitos objetivos de la justificación*.

¿Error de tipo o de prohibición?. La pregunta no es puramente dogmática. Si se aplica el Art. 18 del Código Penal paraguayo ² (en adelante C.P.) quedan absueltos los delitos que no prevean forma culposa ³. En cambio, si se aplica el Art. 22 C.P. ⁴, sólo el error insalvable exculpa aparejando el evitable, únicamente, morigeración de pena.

¹ El error de prohibición directo o abstracto recae sobre la norma prohibitiva y el indirecto o concreto sobre la permisión de la conducta.

² “Error sobre circunstancias del tipo legal. No actúa con dolo el que al realizar el hecho obrara por error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo legal. Ésto no excluirá la punibilidad en virtud de una ley que sanciona la conducta culposa (...)”.

³ Conforme al Art. 17 C.P. : “Conducta dolosa y culposa. 1º) Cuando la ley no sancionara expresamente la conducta culposa, será punible sólo la conducta dolosa (...)”.

⁴ “Error de prohibición. No es reprochable el que, al realizar el hecho, desconozca su antijuridicidad cuando el error le era evitable. Pudiendo el autor evitar el error, la pena será atenuada (...)”.

2. LA JURISPRUDENCIA PRETÉRITA EN ESPAÑA.

Los primeros veredictos sobre el tema (particularmente referidos a la legítima defensa) estimaban la concurrencia plena de la eximente cuando la representación desatinada de sus requisitos fácticos era *objetivamente fundada*⁵. La mengua del disvalor subjetivo de la acción aparejaba entonces, sin más, justificación de la conducta.

La equiparación de la justificación putativa con la real conduce a una subjetivización inaceptable de la antijuridicidad.

*“Del mismo modo que lo injusto de los delitos de acción, dolosos e imprudentes, sólo queda constituido cuando al disvalor de la acción se añade el disvalor de resultado, la exclusión de lo injusto requiere la concurrencia del valor de la acción y del valor del resultado de las causas de justificación, es decir, la concurrencia de todos los elementos subjetivos y objetivos que sirven de base a las mismas”*⁶.

3. LA JURISPRUDENCIA PRETÉRITA EN ALEMANIA.

Los Tribunales alemanes trataron a la justificación putativa como error de tipo, advirtiendo un descuido excluyente del dolo⁷.

Quien supone los presupuestos de una eximente sabe que actúa típicamente. Esta *función de llamada de atención del tipo* debería inducirle a un examen especialmente cuidadoso del hecho cuya omisión implica violación de los deberes de cuidado.

La fundamentación, racionalmente pulcra, deviene sin embargo injusta como veremos *infra*.

⁵ Según FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “El error en Derecho Penal”, Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1.989, Pág. 53.

⁶ JOSÉ CEREZO MIR, “Curso de Derecho Penal Español – Parte General”, quinta edición, Tecnos, Madrid – España, 1.997, T. II, Pág. 189.

⁷ Según EDGARDO ALBERTO DONNA, “Teoría del delito y de la pena”, Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1.995, T. II, Pág. 290.

4. EL APOORTE DOCTRINARIO.

La doctrina sentó disímiles colofones que revisaremos antes de tomar postura.

4.1-) TEORÍA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO.

Supone que la tipicidad tiene un aspecto positivo que integran los elementos delictuales normativamente descritos y otro negativo definido por la ausencia de causas justificantes.

ADOLF MERKEL esbozó la tesis. Las causas de justificación se arrebataron de la Parte Especial y antepusieron en la Parte General sólo por técnica legislativa, para no repetirlas en cada tipo, al que se integran sin embargo materialmente.

Ergo, como las causas de justificación son elementos negativos del tipo, el error a su respecto será, desde luego, error de tipo.

La siguen, entre otros notables, **ARTHUR KAUFMANN** y **BERNARD SCHÜNEMANN**.

4.2-) TEORÍA ESTRICTA DE LA CULPABILIDAD.

Trata la justificación putativa como error de prohibición, por lo que el dolo nunca se excluye.

Se llama *estricta* porque reputa *problema de culpabilidad* todo error vinculado al conocimiento de antijuridicidad, sea vinculado a normas prohibitivas, sea relacionado a la existencia, límites, alcance o presupuestos objetivos de normas permisivas.

Tiene excelsos seguidores como **HANS WELZEL** y **ARMIN KAUFMANN**.

4.3-) TEORÍA RESTRINGIDA DE LA CULPABILIDAD.

Acepta que la justificación putativa no importa, castizamente, un error de tipo, empero, aplica sus reglas.

Vale decir, aprovecha por analogía las pautas de la equivocación sobre circunstancias objetivas del injusto para excluir el dolo.

Se la distingue como *restringida* para diferenciarla de la anterior, desde que atribuye al error de tipo permisivo influjo sobre la tipicidad subjetiva. No obstante, supone *de prohibición* los errores sobre aspectos puramente normativos.

La sostienen notables voces en la literatura científica: **INGEBORG PUPPE, CLAUS ROXIN, GÜNTER STRATENWERTH.**

4.4-) **TEORÍA DE LA CULPABILIDAD QUE REMITE A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.**

Postula que la justificación putativa no excluye el dolo, no obstante lo cual debe aplicarse la sanción correspondiente al delito culposo.

O sea, se sanciona al autor doloso con el *quantum* del imprudente.

Encuentra razón para el trato privilegiado en el mínimo disvalor de la acción pseudo-justificada, ejecutada no por tendencia agresiva o pendenciera sino por el descuidado análisis de la situación.

El dolo no desaparece pero se forma de manera distinta a los casos ordinarios, sin disvalor de actitud interna. El reproche al autor se confina a su deficiente atención, lo que semejaría un reproche de imprudencia.

Aparecerán lagunas de punibilidad cuando la forma culposa no estuviera sancionada.

La defiende con vehemencia **HANS HEINRICH JESCHEK.**

4.5-) **TEORÍA DE LA CULPABILIDAD DEPENDIENTE.**

De la pluma de **GÜNTER JAKOBS.** En líneas generales, sólo difiere de la anterior en el título.

El error en el tipo permisivo comportará una condena por delito doloso, a pesar de lo cual se atribuirá pena del culposo.

Cuando la comisión imprudente no se castigue, repetimos, se absolverá.

4.6-) TEORÍA DE LA CULPABILIDAD INDEPENDIENTE EN CUANTO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

Se desliga del error de tipo en el tratamiento de la justificación putativa. Aprecia un delito doloso pero construye un marco penal propio atenuado.

En Alemania, **EDUARD DREHER** trata *de lege ferenda* el error vencible sobre presupuestos objetivos de una causa justificante, siempre como delito imprudente y aunque la ley no prevea la punibilidad culposa. La pena se atenuaría con arreglo a una fórmula legal genérica.

O sea, el error en el tipo permisivo no elimina el dolo; el invencible se absuelve y el vencible se mitiga por un articulado especial.

También la siguen **JUSTUS KRÜPELMANN** y **HANS PAEFFGEN**.

5-) CRÍTICAS.

Adelantemos nuestra adhesión a la *teoría estricta de la culpabilidad*.

Empecemos por descartar las demás.

La *teoría de los elementos negativos del tipo* presupone una estructura bipartita que reúne tipo y antijuridicidad en una suerte de *tipo global* o *total de injusto*. Así, la concurrencia de una eximente eliminaría la tipicidad, derivación *ab initio* inadmisibles por cuanto nuestra preceptiva separa expresamente los conceptos *hecho típico* y *hecho antijurídico*⁸, dejando subsistente la tipicidad aunque estuviera justificada.

Por lo demás, la conducta atípica no merece sanción por carecer de relevancia jurídico – penal, mientras que la acción típica y justificada queda exenta porque,

⁸ Art. 14 C.P. : “Definiciones. A los efectos de esta ley se entenderán como: (...) 2. tipo legal: el modelo de conducta con que se describe un hecho penalmente sancionado a los efectos de su tipificación (...) 4. hecho antijurídico: la conducta que cumpla con los presupuestos del tipo legal y no esté amparada por una causa de justificación (...)”.

excepcionalmente y pese al menoscabo del bien jurídico, no aparece el injusto material (no es lo mismo matar una mosca que matar a un hombre en legítima defensa). Esta sólo diferencia valorativa es suficiente para no mezclar conceptos. Un análisis más profundo escapa a los límites de esta monografía.

La *teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas* y la *teoría de la culpabilidad dependiente* contradicen el principio de que los conceptos jurídicos se definen conforme a sus consecuencias. Un delito doloso importa una pena proporcionada al dolo. Si se considera adecuado el *quantum* de la imprudencia no tiene sentido llamar *dolo* a la forma de conciencia que conduce a ese castigo.

No encuentro mayores objeciones a la *teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas* pero, siendo de *lege ferenda*, nada aporta a la problemática presente.

La *teoría limitada de la culpabilidad* desnaturaliza por su parte una conducta evidentemente dolosa. La persona que dispara en la oscuridad contra quien considera erróneamente su agresor actúa con dolo palmario; conoce los elementos del tipo y quiere o admite el resultado.

Parece también innecesariamente formalista distinguir entre la existencia de una norma permisiva y sus presupuestos objetivos, vicio que deriva en una complicada atomización de la teoría del error.

A la postre, todas las posturas que suprimen el dolo al tratar la justificación putativa arriesgan corolarios inconvenientes desde el punto de vista político - criminal como subrayaremos.

6-) TESIS.

“La suposición errónea de que concurre una causal de justificación constituye un caso de error de prohibición. Sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causal de justificación o crea erróneamente que concurre una causal de justificación que no está reconocida como

*tal por el derecho, en todos estos casos incurre en error sobre la antijuridicidad de su realización dolosa típica”*⁹.

Quien actúa en justificación putativa se representa acabadamente los elementos del hecho punible y quiere o admite su perpetración y resultado. Luego, no puede descartarse el dolo sin desmantelarlo conceptualmente.

El autor asiente la tipicidad pero se engaña creyéndose autorizado. No desconoce la antinormatividad sino la antijuridicidad de su comportamiento, incurriendo en error de prohibición y no de tipo.

Negar el dolo cuando se yerra en el tipo permisivo comporta retrotraerse al causalismo sugiriendo que necesita conciencia de antijuridicidad.

El promotor de justificación putativa quiere agredir y lesionar al bien jurídico involucrado, lo que no sabe ni quiere el agente culposo.

El que pifiadamente cree concurrentes presupuestos objetivos de justificación falla, a la postre, sobre el derecho y no sobre los hechos por cuanto cree actuar legalmente.

El actuar doloso no depende de la *intención de fidelidad al derecho*. El dolo es neutro y apático, limitado al conocimiento y voluntad de un hecho a la sazón criminalizado, ajeno a la cognición de ilicitud o punibilidad.

La *teoría limitada de la culpabilidad* diferencia supuestos estructuralmente idénticos. ¿Porqué tratar de manera diferente al administrador que figurándose tener el consentimiento del mandante enajena sus bienes y al que vende esos mismos bienes porque entiende no precisar autorización del administrado?. ¿Son tan grandes las diferencias entre los supuestos como para juzgar en el primero error de tipo y en el segundo error de prohibición?.

El tratamiento debe ser el mismo: en uno y otro existe creencia errónea de conducirse lícitamente, *desconocimiento de la antijuridicidad* en los términos del Art. 22 C.P.

⁹ HANS WELZEL, “Derecho Penal alemán”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 1.997, Pág. 199.

Ahora, lo más importante de esta afirmación no viene prejuzgado por parámetros de la teoría del delito sino por criterios político – criminales. A saber:

- Ausente el tipo de injusto, el hecho no podrá considerarse antijurídico con lo cual, por ejemplo, no cabe legítima defensa a su respecto ¹⁰. Así, el cliente que por su parecido físico con un atracador es tiroteado por un comerciante temeroso de otro asalto, no podrá defenderse legítimamente porque el error invencible del agresor eliminaría la relevancia típica de su acción.
- No sería punible tampoco la participación del tercero que, conociendo el error en el tipo permisivo, contribuye al hecho ¹¹. En el caso anterior, la cajera percatada de la equivocación que, por venganza o enemistad con el cliente, no advierte al comerciante e incluso le alcanza la pistola, debería quedar impune.
- Tampoco sería posible la tentativa, por cuanto exige dolo ¹². Si en el caso de marras el cliente no fuera alcanzado, el comerciante quedaría exento porque en los hechos culposos no se reprime la tentativa.

Naturalmente, las consecuencias son distintas si se considera que la justificación putativa no afecta al dolo típico: el cliente puede reaccionar en legítima defensa, la cajera responde por complicidad y el comerciante por tentativa si no acaece el resultado.

7-) **CONCLUSIÓN.**

En pocos casos se verá que una discrepancia, en principio sistemática, tenga consecuencias prácticas tan dispares.

Acabamos de ejemplificar, paradigmáticamente, cómo construcciones profesoriales abstractas se despegan tanto de la ley que generan secuelas injustas e infaustas.

¹⁰ La agresión que admite defensa necesaria debe ser presente y antijurídica según el Art. 19 C.P.

¹¹ El principio de accesoriedad condiciona la participación al dolo del autor principal. Lo confirman los Arts. 30 y 31 C.P.

¹² Conceptualmente no es posible la tentativa de delitos culposos porque el autor debe “(...) *ejecutar la decisión de realizar un hecho punible (...)*” conforme al Art. 26 C.P.

Y en ésto merece destacarse la lógica ortodoxa de autores como **EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**¹³ o **JOSÉ CEREZO MIR**¹⁴ por ejemplo, que con naturalidad, sin vacilaciones ni desviaciones normativas, catalogan al error en el tipo permisivo, sin más, como error de prohibición.

No pueden burilarse teorías por mero prurito académico que terminen escindiendo al instituto de sus particularidades originarias.

Una teoría del error orientada a las consecuencias (y no sólo la dogmática castiza) decididamente apoya nuestra ponencia: la justificación putativa debe tratarse como error de prohibición, implicando un *desconocimiento de antijuridicidad* exactamente igual al que conlleva equivocarse sobre la existencia o límites de las normas prohibitivas o permisivas.

JOSÉ MIGUEL FERNÁNDEZ ZACUR
ABOGADO

¹³ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Manual de Derecho Penal – Parte General", sexta edición, Ediar, Buenos Aires – Argentina, 1.997, Pág. 544.

¹⁴ *Op. Cit.*, T. II, Pág. 193.

BIBLIOGRAFÍA

- **JOSÉ CEREZO MIR**, “Curso de Derecho Penal Español – Parte General”, quinta edición, Tecnos, Madrid – España, 1.997.
- **EDGARDO ALBERTO DONNA**, “Teoría del delito y de la pena”, Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1.995.
- **GÜNTER JAKOBS**, “Derecho Penal – Parte General”, traducción de **JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS Y OTRO**, Marcial Pons, Madrid – España, 1.995.
- **HANS HEINRICH JESCHEK**, “Tratado de Derecho Penal – Parte General”, cuarta edición, traducción de **JOSÉ LUIS MANZANARES**, Editorial Comares, Granada – España, 1.993.
- **REINHART MAURACH Y OTRO**, “Derecho Penal – Parte General”, séptima edición alemana, traducción de **JORGE BOLFILL Y OTRO**, Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1.994.
- **SANTIAGO MIR PUIG**, “Derecho Penal – Parte General”, reimpresión de la tercera edición, PPU, Barcelona – España, 1.995.
- **FRANCISCO MUÑOZ CONDE**, “El error en Derecho Penal”, Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1.989.
- **HANS ULLRICH PAEFFGEN**, “Observaciones acerca del error de tipo permisivo”, traducción de **FERNANDO CÓRDOBA**, separata de **VARIOS AUTORES**, “El error en Derecho Penal”, Ad Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1.999.
- **CLAUS ROXIN**, “Derecho Penal – Parte General”, segunda edición alemana, traducción de **DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA**, Civitas, Madrid – España, 1.999.
- **GÜNTER STRATENWERTH**, “Derecho Penal – Parte General”, segunda edición alemana, traducción de **GLADYS NANCY ROMERO**, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires – Argentina, 1.999.

- **HANS WELZEL**, “Derecho Penal alemán”, traducción de **JUAN BUSTOS RAMÍREZ** y **SERGIO YÁÑEZ**, undécima edición alemana y cuarta castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 1.997.

- **EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**, “Manual de Derecho Penal – Parte General”, sexta edición, Ediar, Buenos Aires – Argentina, 1.997.

- Código Penal de la República del Paraguay.