

## **EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**

### **Ab. María Antónia de la Rúa**

Abogada y especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Córdoba. Docente por concurso de la Cátedra de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

#### **Palabras Clave:**

Justicia, error, dolo, culpabilidad, causas de justificación.

#### **Key Words:**

Justice, error, fraud, guilt, causes of justiciación.

### **Resumen**

En el presente trabajo se pretende examinar cual ha sido el tratamiento asignado al error sobre los presupuestos de las causas por las distintas corrientes dogmáticas y/o sistemas de imputación y cuales han sido las razones para ello. Asimismo, se intenta examinar si las razones han sido exclusivamente dogmáticas vinculadas al texto legal y/o con el sistema de imputación elegido, y/o si en su tratamiento se han privilegiado las consecuencias político-criminales y/o de justicia material que acarrea la adopción de una u otra solución.

### **Abstract**

This word seeks to examine what has been the treatment of the error on the budgets of the various currents causes dogmatic and / or imputation systems which have been the reasons for it. Likewise, attempts to examine whether the reasons have been exclusively linked to dogmatic legal text and / or the chosen imputation system, and / or its treatment have been privileged political consequences and / or criminal justice that brings the material adoption of one or another solution.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

El propósito del presente trabajo es examinar cual ha sido el tratamiento asignado al error sobre los presupuestos de las causas de justificación –también denominada justificación putativa–, por las distintas corrientes dogmáticas y/o sistemas de imputación y cuales han sido las razones para ello. Así, pretendo examinar si las razones han sido exclusivamente dogmáticas vinculadas al texto legal y/o con el sistema de imputación elegido (Positivismo Jurídico, Normativismo, Finalismo, Funcionalismo Moderado), y/o si en su tratamiento se han privilegiado las consecuencias político-criminales y/o de justicia material que acarrea la adopción de una u otra solución.

## **II. ERROR. CARACTERIZACIÓN**

El conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud de es un presupuesto de la pena, y un principio básico de la moderna dogmática penal<sup>2</sup>, que además se vincula al principio de culpabilidad<sup>3</sup>, cuyo carácter constitucional está ampliamente aceptado.

A partir de la irrupción del finalismo, en la doctrina actual se distingue conceptualmente, los casos que el sujeto "desconoce la situación típica" de aquellos en que falta "el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho"<sup>4</sup>. En el primer caso el sujeto tendría un "error sobre lo que hace" y en el segundo sobre si lo que hace "está prohibido o no", denominándolos error de tipo y error de prohibición<sup>5</sup>.

Problemas particulares se han planteado en relación al tratamiento que debe dársele al error sobre los presupuestos típicos de las causas de justificación. Se entiende por tal, el caso en que el sujeto si bien conoce la situación típica, la conoce mal (porque por ejemplo cree ser agredido por otra persona y se "defiende" de ella causándole lesiones) y por ende cree que actúa justificadamente. Así, las opiniones

se dividen para precisar su naturaleza dogmática, su ubicación sistemática, los efectos que produce su presencia, cuanto la fundamentación para ello.

### **III. NATURALEZA DOGMÁTICA. TRATAMIENTO EN CADA UNO DE LOS SISTEMAS**

Al igual que sucede en el tratamiento del error de prohibición, el *positivismo jurídico* y el *finalismo ortodoxo*<sup>6</sup> le atribuyen al error sobre los presupuestos típicos de las causas de justificación, una distinta naturaleza dogmática y un diverso tratamiento jurídico, vinculado a su particular concepto de dolo y a la ubicación sistemática distinta que le asignan a dicho elemento. Particular importancia tuvo en la discusión el texto del Código Penal Alemán<sup>7</sup>, que permitía una definición de dolo, diferenciada de la conciencia de la antijuridicidad, como lo proponía el finalismo.

El debate entre ambas corrientes se fundó además de las razones dogmáticas arriba reseñadas (texto legal, concepto y ubicación sistemática del dolo), en las consecuencias político-criminales que aparejaba la adopción de una u otra como se verá.

**III.1.** En el primero de los sistemas, su concepto de dolo –ubicado sistemáticamente en la culpabilidad– caracterizado como *Dolus malus*, que requiere el conocimiento de los hechos y de la significación antijurídica de la acción<sup>8</sup>, esto es, la intención de realizar el hecho conociendo de su carácter ilícito, conduce al tratamiento unitario del error. Tanto el error que impide el conocimiento de los hechos como el que impide el conocimiento de la antijuridicidad excluye el dolo. La *Teoría Estricta del Dolo*, –denominación que hace referencia al concepto de dolo que incluye la conciencia de la antijuridicidad– señala que el error esencial (sea de hecho o de derecho) invencible conduce a la impunidad (por falta de dolo y culpa) y el vencible excluye el dolo, pero se responde por imprudencia. En el marco de esta

teoría, el conocimiento de la antijuridicidad deber tener, psicológicamente, el mismo carácter e intensidad que el conocimiento de cualquier otro dato configurador del hecho delictivo, es decir, debe ser actual y referido al momento del hecho, y su falta determina la ausencia de dolo. Así, *la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación, (ya sea que se considere que impide al autor conocer los hechos o el carácter prohibido de su conducta) constituye un error esencial que excluye el dolo, y por ende la culpabilidad, no siendo relevante discutir si se trata de un error de hecho o de derecho (o dicho en términos finalistas de tipo y de prohibición).*

Se le han realizado las siguientes críticas: a) la *distinta naturaleza* que tiene el *conocimiento* vinculado a los *hechos* del vinculado a la *antijuridicidad*, en el que mientras el primero es un simple acto de percepción visual<sup>9</sup>, el segundo es un acto psicológico más profundo que no se produce en un momento determinado, sino que es consecuencia de un largo proceso de aprendizaje, de internalización de pautas de conducta y sistemas de valores, impone un tratamiento diferente, en el que el conocimiento de la antijuridicidad sería inactual; b) Desde el punto de vista *normativo y político criminal* la Teoría Estricta del Dolo *no puede ser consecuente con sus propias premisas*, en lo que hace al *conocimiento actual de todos los elementos del tipo* que muchas veces está ausente (ej. Calificantes del robo, edad de la víctima en delitos sexuales, delitos cometidos en situación de arrebató pasional o en cortocircuito), e incluso para la actualidad del conocimiento *de la antijuridicidad* (que falta en el caso de delitos pasionales y del delincuente profesional), ya que una aplicación estricta de dicha teoría permitiría en estos casos sólo el castigo del delito imprudente si estuviera tipificado; c) También por las dificultades probatorias sobre dicho extremo<sup>10</sup> y, el temor a que cualquiera que alegase desconocer la antijuridicidad hubiese de ser absuelto en muchos casos, con el peligro de que ello fuera falso, d) Además su rechazo se debe también a las *consecuencias político-criminales* por las inadmisibles lagunas o atenuaciones de punibilidad que se generan en los sistemas que castigan la imprudencia como *numerus clausus* o en el caso de los errores burdos en los que parece inconveniente que haya que dejar de aplicar la pena del delito doloso y conformarse con la de la imprudencia, y

finalmente e) Se critica que la teoría del dolo trata como un simple problema psicológico individual lo que en el fondo es un problema de atribución que tiene que constatarse comunicativamente<sup>11</sup>.

**III.2.** Por su parte el finalismo, "redujo el dolo al conocer y querer los elementos de la situación típica, excluyendo de él el conocimiento de su significación antijurídica. El *dolo* se convirtió en *dolo natural*. Al pasar el dolo de la culpabilidad al injusto, no paso con él el conocimiento de la antijuridicidad"<sup>12</sup> que permanece allí. La *teoría estricta de la culpabilidad*<sup>13</sup> funda su tesis en que el conocimiento de la antijuridicidad no es un contenido del dolo, sino del juicio de reproche que se realiza en la culpabilidad. Además dolo y conocimiento de la antijuridicidad son conceptos distintos y con distinta función dogmática, y que por ende no requieren el mismo grado de conciencia (el del dolo es actual, la antijuridicidad es sólo potencial). Así, entonces se distingue entre *error de tipo* en el que el sujeto "desconoce todo o alguno de los elementos del tipo de injusto" que excluye el tipo, del *error de prohibición* en que el autor "desconoce el estar prohibida la realización de la conducta"<sup>14</sup>, que no excluye el dolo, que quedó afirmado en el tipo, sino que disminuye con posibilidades de atenuación de la pena para el delito doloso cuando el error es evitable o excluye la culpabilidad si es inevitable. Así en este sistema, tanto el *error sobre la existencia y límites de una causa de justificación como el que recae sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación son tratados como un error de prohibición (indirecto o de permisión)*. Ello por cuanto el sujeto que cree actúa justificadamente (ya sea porque conoce mal la norma o mal la situación de hecho<sup>15</sup>), es víctima de un error que no le impide conocer la situación típica: el sujeto "conoce y quiere realizar la conducta descrita en el tipo objetivo". Así dicho error, no excluye el dolo, y sólo excluye o atenúa la culpabilidad.

**III.3.** Entre ambas, aparece la *Teoría Limitada o Restringida de la Culpabilidad*: (ENGLISH, KAUFFMAN, WESSELS, RUDOLPHI, STRATENWERTH, WEBER, ROXIN), -cuyo representante más notable es CLAUD ROXIN- que propone diferenciar el tratamiento para el error sobre la existencia y límites de una causa de justificación de los casos en que el error recae sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación.

El primero debe ser tratado, tal como lo proponía la Teoría Estricta de la Culpabilidad, como error de prohibición, en tanto que el *error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación debe ser tratado como error de tipo*, aplicando por analogía la solución prevista para el error de tipo o remitiendo a la consecuencia jurídica que él supone. Pese a no tratarse de un error de tipo en sentido estricto se lo trata como tal.

Las razones para la distinción son las siguientes:

a. En el caso del error sobre los presupuesto objetivos de las causas de justificación, el sujeto quiere algo que la ley permite, no según su concepción subjetiva sino según el juicio objetivo del legislador y por tanto es "fiel al derecho", pero yerra en su apreciación de los hechos, cosa que no sucede en los casos de error sobre la existencia y límites de las causas de justificación, en que el sujeto quiere algo prohibido. Por el contrario quien actúa en error de prohibición posee una falsa concepción del Derecho y lo injusto;

b. Existe una analogía entre el error sobre los presupuestos de las causas de justificación y el error de tipo, "pues en ambos se da efectivamente una *imprudencia de hecho*", ya que en ambos hay una *apreciación errónea de la situación fáctica*"; y

c. El argumento de la consecuencia jurídica, que sostiene que aunque el hecho sigue siendo doloso, "conviene que sea tratado con la pena del delito imprudente, basándose para ello en consideraciones de justicia material que permiten una corrección a la rígida concepción de la teoría estricta de la culpabilidad"<sup>16</sup>.

d. Además si al sujeto se le reprocha un delito doloso, se borra la diferencia entre dolo e imprudencia, ya que "actúa dolosamente quien se decide por una conducta que esta prohibida por el ordenamiento jurídico (aun cuando no conozca esa prohibición) y también quien se guía por representaciones que también en un enjuiciamiento objetivo se dirigen a algo jurídicamente permitido, y produce un resultado indeseado por falta de atención y cuidado"<sup>17</sup>.

e. En estos casos se neutralizan los impulsos de alarma e inhibición que emanan normalmente del tipo<sup>18</sup>.

f. Se rechaza la crítica de las lagunas de punibilidad que se producen al no existir en la mayoría de los casos una conminación penal para la imprudencia porque "... no se puede demostrar la necesidad político criminal de castigar el error de tipo permisivo también en los casos en que es impune la imprudencia típica"<sup>19</sup>.

En conclusión, las discusiones se han centrado sobre si dicho error excluye el dolo o sólo la conciencia de la antijuridicidad. Vinculado a ello se discute si es un error de tipo y como tal repercute en el tipo o si por el contrario es un error de prohibición que repercute sobre la culpabilidad. Finalmente cual es el tratamiento que debe asignársele teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas que van desde el castigo como delito doloso atenuado –facultativa u obligatoriamente– o como delito culposo –por su analogía con el error de tipo, o remitiendo a la consecuencia jurídica que el supone– hasta la impunidad.

#### **IV. TRATAMIENTO DEL TEMA POR LA DOCTRINA NACIONAL**

Nuestra dogmática, no ha sido ajena a dicho debate, y también el tratamiento propuesto ha sido variable. Al carecer nuestro Código de una definición de dolo, la doctrina se ha esforzado por elaborar una en base a una interpretación sistemática de las normas del mismo, proponiendo desde una definición de dolo que incluye el conocimiento de la antijuridicidad –el denominado *dolus malus* o dolo romano–, similar a las propuestas por los autores alemanes que adherían al positivismo jurídico, a una sin dicho conocimiento –el denominado dolo natural– como proponía el finalismo welzeliano. Además se ha discutido si el dolo debe ubicarse sistemáticamente en el Tipo o en la Culpabilidad. Por otro lado, la fórmula utilizada por el Código para regular el error, "... error o ignorancia de hecho no imputable ( ... ) que impide (al autor) la comprensión de la criminalidad del acto" también ha generado una importante discusión sobre cual es el alcance de dicha expresión –error de hecho– de derecho (penal-extrapenal), de tipo –de prohibición–, así como cual es el alcance de la expresión comprensión de la criminalidad (ilicitud, dañosidad

social, etcétera), con diversos fundamentos que en parte adhieren a los modelos arriba examinados.

Vinculado a lo anterior se ha discutido intensamente, si debe admitirse el error de prohibición como eximente de responsabilidad penal, a pesar de la fórmula utilizada por nuestro Código penal “... error de hecho no imputable...”, vinculando actualmente la discusión al carácter constitucional del principio de culpabilidad.

En cuanto a la naturaleza dogmática del error sobre los presupuestos de las causas de justificación –si es un error de hecho o de derecho respetando la fórmula legal o planteado en términos finalistas de tipo o de prohibición– si su presencia excluye o no el dolo, y las razones para ello, tampoco la doctrina nacional ha sido pacífica. No obstante, existe consenso en tratarlo como un error esencial que cuando es inevitable exime completamente de responsabilidad al autor. La mayor divergencia se plantea sobre los efectos que produce cuando el mismo es evitable.

#### **IV.1. Posición de RICARDO C. NÚÑEZ**

Extrae el concepto positivo del dolo de la fórmula utilizada por el art. 34 inc. 1 del CP, como reverso del error o ignorancia de hecho excluyente de la comprensión por parte del autor de la criminalidad del acto o de la dirección de su acción. El dolo requiere el conocimiento del hecho, de las circunstancias que fundamentan el tipo delictivo y de su antijuridicidad. No obstante, no admite como excluyente del dolo el error de derecho penal<sup>20</sup>.

Caracteriza el sistema del error en el Código Penal Argentino, partiendo del texto del art. 34, inciso 1 del CP, señalando que “a los efectos de excluir el dolo, sólo admite la eficacia del error de hecho” y no al de derecho cuya distinción vincula a la regla jurídica y la materia regulada por ella<sup>21</sup>.

Al error de hecho lo define como el que recae “sobre elementos o circunstancias objetivos o normativos que fundamentan la criminalidad del hecho objeto de la regulación jurídico penal”<sup>22</sup>.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

Son errores de hecho “los errores cuyo objeto son las circunstancias, que estando al margen del tipo, estructuran una situación de justificación o de inculpabilidad”<sup>23</sup>, que si son esenciales excluyen el dolo y si son evitables conducen a la responsabilidad por imprudencia.

Aunque adopta un concepto de dolo que requiere el conocimiento de los hechos y de la antijuridicidad, no admite, por razones dogmáticas, el error de prohibición como excluyente del dolo ni tampoco como excluyente del reproche por la culpabilidad al margen del dolo. En síntesis, rechaza que el error de Derecho penal pueda funcionar como eximente de responsabilidad.

## **IV.2. Posición de SEBASTIÁN SOLER**

Señala que el dolo es una forma de culpabilidad. La caracteriza como una expresión técnico-jurídica, que no se identifica ni voluntad, ni con representación ni con intención, en el valor natural y psicológico de estos términos. “El dolo supone siempre eso y algo más: la relación a un orden normativo, frente al cual el hecho ha sido con anterioridad lógica calificado como lícito o ilícito”. El dolo presupone entonces la conciencia de la criminalidad del acto<sup>24</sup>. Propone la siguiente definición “existe dolo no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado”<sup>25</sup>. En cuanto al contenido del dolo señala que “... el sujeto deberá tener conocimiento, previsión de un hecho cuya valoración legal le es también conocida. Ese saber consta, pues, de dos aspectos: el uno se refiere a circunstancias de hecho y el otro vincula ese hecho a una valoración jurídica...” “esa valoración jurídica hecha por el individuo no debe entenderse como una apreciación jurídicamente específica de la ilicitud de la figura, sino como un juicio genérico acerca de la antijuridicidad de la conducta...”, que no es el conocimiento concreto de la punibilidad<sup>26</sup>.

Señala que, si bien la ley argentina no cuenta con una definición de dolo, la base para su definición debe extraerse del texto del art. 34 del CP, interpretado sistemáticamente. No admite el error de derecho penal como excluyente del dolo ni como eximente de responsabilidad penal.

**MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos**

Trata los casos de “justificación putativa”, como casos de error esencial ya que todas las figuras delictivas, presuponen su comisión antijurídica. Señala que en casos como este queda “... excluida la culpabilidad, o solamente excluido el dolo y subsistente la culpa, según concurren o no plenamente los requisitos del error excusante...”<sup>27</sup> ya que “... cuando se yerra sobre la existencia de causas objetivas de justificación el error ( ... ) versa sobre la situación la que se estima justificada y efectivamente lo sería, si los hechos se correspondieran con la representación...”.

### **IV.3. Posición de ENRIQUE BACIGALUPO**

Expresa que “obra con dolo el que sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción”. El dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. No se requiere el conocimiento de la antijuridicidad de la acción ni de la punibilidad<sup>28</sup>. En consecuencia el error sobre los elementos del tipo objetivo excluyen el dolo, al que apoya en el art. 34 inc. 1 del CP<sup>29</sup>.

Señala que si bien el error sobre la desaprobación jurídico penal, y el error de prohibición no tienen una regulación expresa en el Código Penal Argentino, su relevancia deriva del principio de culpabilidad, con una formulación más amplia que la tradicional: no sólo la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, sino de la punibilidad. Dicho error asume diversas formas, entre las que se encuentra “La suposición errónea de las circunstancias que de haber concurrido habrían determinado la exclusión de la punibilidad –causas de justificación o de punibilidad– es decir las eximentes putativas”. Si es invencible excluye la culpabilidad y responsabilidad penal y si es vencible sólo cabe la posibilidad de una atenuación de pena<sup>30</sup>; se pronuncia entonces por la *Teoría Estricta de la Culpabilidad*.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

Rechaza la *teoría de los elementos negativos del tipo* porque “... desconoce una diferencia valorativa entre el comportamiento del que ‘no sabe lo que hace’ ( ... ) y el de quien sabe lo que hace ( ... ) pero cree hacerlo en forma justificada ( ... ) porque ( ... ) quien sabe que lesiona un bien jurídico ajeno se debe cerciorar cuidadosamente de lo que hace, cosa que no puede hacer quien ignora que produce un daño. Esta diferencia valorativa requiere que el ordenamiento jurídico sea más estricto en la exclusión de la pena por efecto del error de lo que propone la teoría de los elementos negativos del tipo...”. Así para el autor citado, “... sólo excluirá la pena para el delito doloso si el error es inevitable, es decir, cuando no provenga de un actual descuido del autor; de esta manera se exige un mayor cuidado antes de la realización de una acción típica y se distribuyen de una manera más justa los riesgos de la vida social”<sup>31</sup>.

#### **IV.4. Posición de MARCELO SANCINETTI**

Luego de examinar críticamente la utilidad de la teorías del error, las que caracteriza como una simple “fórmula de solución lingüística”<sup>32</sup> sin que exista la menor seguridad acerca del “contenido real de la fórmula” por la vaguedad de la expresión “error de prohibición evitable”, que se traduce en que las teorías del error presentan un ropaje verbal de alta abstracción, para discutir el conflicto social concreto<sup>33</sup>. Propone afrontar investigaciones jurisprudenciales prolijas que nos indiquen “que situación de hecho” *merece impunidad ante cierto déficit de conocimiento y cual merece castigo, ante un autor incrustado en tal y cual marco cultural ya que sólo un estudio de este tipo puede ser útil para relacionar la necesidad de castigo con las exigencias del principio de culpabilidad*<sup>34</sup>, que permita reconstruir un catálogo de situaciones punibles y no punibles con prescindencia de las teorías (ej. reglas sobre la evitabilidad) decidiendo en base a justicia y conveniencia de la solución no el análisis teórico normativo.

No obstante termina pronunciándose, aunque de manera no definitiva, por una *Teoría de la culpabilidad Limitada*, sin descartar “las consecuencias político-criminales de la teoría de la culpabilidad estricta; *numerus clausus* de delitos

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

**In Iure** Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales  
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-  
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /  
<http://iniure.unlar.edu.ar>

imprudentes en el ámbito del error de tipo, *numerus apertus* para el error sobre los presupuestos justificantes, ya que aquí decide la conveniencia de la solución, no el análisis teórico normativo”.

#### **IV.5. Posición de ZAFFARONI - SLOKAR - ALAGIA**

Señalan que el concepto de dolo puede elaborarse de la fórmula prevista en el art. 42 del CP “fin de cometer un delito”<sup>35</sup>, ya que las tentativas de construirlo a partir del inciso 1 del art. 34, eran sostenibles en estructuras analíticas naturalistas y en las neokantianas plegadas a la teoría del dolo (*dolus malus*), señalando que la consciencia de la antijuridicidad queda fuera de los conocimientos, pues no agrega nada al fin típico.

Se pronuncian por la *Teoría Estricta de la Culpabilidad*, rechazando la Teoría del Dolo ya que a su juicio plantea dos consecuencias insalvables una de tipo *sistemática*, “Como lleva a una concepción unitaria del error, que no distingue entre el error de tipo y el exculpante, todo error invencible elimina el dolo y todo error vencible da lugar a culpa, por lo que la consecuencia sistemática más notoria es que debe admitir la tentativa culposa” a la que califican de monstruo lógico y b) otra que denomina *político penal* ya que “se penaría la culpa de no informarse y quedaría con total irrelevancia jurídica la voluntad dirigida a la realización del tipo objetivo, lo que además de ser grave por sí, también lo es porque deja en la impunidad total los casos en que no haya tipo culposo, todo ello sin contar los problemas que plantea la participación”<sup>36</sup>. También rechazan la teoría limitada de la culpabilidad, ya que tiene las mismas consecuencias sistemáticas y político penales que la teoría del dolo<sup>37</sup>.

Por otro lado critican la reducción de pena en virtud de la disminución de culpabilidad, propuesta por quienes se enrolan en alguna de las variantes de la teoría limitada de la culpabilidad fundada en razones político criminales, ya que las mismas no son claras “... especialmente porque quienes pueden beneficiarse con esas penas del delito culposos son, por regla general, los agentes del propio estado...”, y en la ley argentina carecería de asidero.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

Así el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, es tratado dentro de los errores exculpantes como error de prohibición indirecto, señalando “... que no es posible sostener que la justificación putativa elimine el dolo, el que queda afirmado en el nivel de la tipicidad...”<sup>38</sup>. Para el caso que se trata de un error vencible, en el que el sujeto actúe sin el conocimiento del contenido del injusto, la culpabilidad será de menor intensidad, atenuación obedece a que su comprensión tuvo dificultades que no se son imputables totalmente. Rechaza la aplicación del art. 35 del CP y propone hacer uso de los criterios y límites del art. 41 sin perjuicio que se imponga pena por debajo del mínimo para acatar leyes de mayor jerarquía (constitucional e internacional) que prohíben la imposición de penas que excedan la cuantía señalada por el grado de culpabilidad<sup>39</sup>.

#### **IV.6. Posición de RICARDO ALVAREZ**

Señala que *en los casos en que el sujeto cree actuar justificadamente*, no existe error típico alguno, desde que en ellos el agente quiere completar el tipo objetivo con defecto de su comprensión valorativa (error de prohibición indirecto)<sup>40</sup>.

Lo califica como un “error indirecto de prohibición”, que es estructuralmente próximo al error de tipo, y su trato diferencial (en relación al error de prohibición) se explica por las consecuencias político-criminales desfavorables que supondría castigar su vencibilidad con la pena del delito doloso. Además señala, “... la sola voluntad justificante, sin contención objetiva, suprime o al menos disminuye el disvalor de la acción, originado una respuesta meramente culposa si se encuentra prevista...”.

Propone que en el caso de vencibilidad del error de prohibición indirecto, *debe ser castigado como si fuera un error de tipo*, siempre que exista el tipo culposo invocando una “analogía *in bonam partem*”<sup>41</sup>, en la medida que su empleo favorezca la libertad. Rechaza la utilización del art. 35 del CP, como lo propone BACIGALUPO porque “la hipótesis del exceso (art. 35) no comprende a quienes jamás ingresaron al espacio de permiso y no tendría entonces razones –que no sean las de tal autor– para extender su regencia a denominadas las eximentes putativas”<sup>42</sup>.

**MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos**

Señala además como argumentos: 1) Si la doctrina no ha logrado resolver el punto, si la misma ley se invoca para fundar interpretaciones encontradas ¿puede descargarse sobre el autor la alternativa más gravosa, transfiriéndole el costo más alto de la disputa?; 2) Rechaza la propuesta de SANCINETTI (*numerus clausus* de delitos imprudentes en error de tipo y *apertus* para los presupuestos justificantes), como de *lege ferenda*, y además porque fundarse “en la justicia y conveniencia de la solución” introduce inconstancia e inseguridad en el estudio técnico.

#### **IV.7. Posición de JORGE E. DE LA RÚA**

Al analizar el alcance asignado a la expresión error de hecho, por la doctrina nacional, –teniendo en cuenta la fórmula utilizada por el art. 34 del CP–, señala “... adolecen del defecto de circunscribir el error en su relación con el dolo, cuando lo es con la culpabilidad en general. Es decir tiene incidencia también en la culpa ( ... ). La razón correcta reside, conforme a la propia fórmula legal, en que tal error elimina, en el caso concreto, los poderes de comprensión y dirección de un sujeto capaz, por su falta de saber en relación a los elementos fácticos o normativos integradores del “hecho” (por ello el error de derecho penal no es error de hecho) delictivo, o en la culpa, sobre la previsibilidad del resultado”<sup>43</sup>.

Al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación lo trata como un error esencial, en cuanto “determina en el autor un contenido espiritual que no se corresponde con todas las condiciones de la figura que son determinantes para su imputación típica, o que se corresponde como creencia con una situación de justificación o de inculpabilidad”<sup>44</sup>, que si es inevitable, excluye la culpabilidad<sup>45</sup>, y si es evitable posibilita su castigo por imprudencia.

En conclusión en la doctrina nacional, no ha habido un tratamiento uniforme sobre el Error en los Presupuestos de las Causas de Justificación para precisar su naturaleza dogmática y los efectos jurídicos que produce su presencia cuando es evitable, y la evolución sufrida por las distintas teorías expuestas no obedece sólo razones dogmáticas, sino, en buena parte a motivaciones político criminales.

**MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos**

**In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales**  
**ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-**  
**Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /**  
**<http://iniure.unlar.edu.ar>**

## V. NUESTRA POSICIÓN

Nuestro Código no cuenta con una definición de dolo, ni permite una conclusión unívoca que se identifique con alguno de los conceptos elaborados por la dogmática moderna –el denominado dolo romano o el denominado dolo germano–.

Tampoco puede afirmarse de manera categórica que adhiere a la Teoría del Dolo o de la Culpabilidad ni a alguna de sus variantes.

En la doctrina nacional, la definición de dolo ha encontrado apoyatura tanto en el texto del art. 34 inc. 1 del CP como reverso del error o ignorancia del hecho que impide la comprensión de la criminalidad del acto, como del fin del autor de cometer un delito determinado (art. 42 del CP) y las razones que han presidido la discusión no son exclusivamente dogmáticas (vinculadas al texto legal y o sistema de imputación elegido)<sup>46</sup> sino político criminales (vinculadas a la utilidad y función político criminal que debe cumplir en el marco de la teoría del delito el concepto de dolo, la función del derecho penal y a la conveniencia, necesidad o magnitud del castigo que resulta adecuado).

Considero que el dolo debe quedar ubicado en el tipo por la vigencia en nuestro sistema jurídico del principio de culpabilidad –cuya constitucionalidad esta ampliamente aceptada–, ya que de ese modo se delimita con mayor precisión el ámbito de libertad de los ciudadanos –que está prohibido bajo amenaza de pena.

En materia de error la fórmula “... error o ignorancia de hecho no imputable que impide la comprensión de la criminalidad...”, tiene un alcance más amplio que el lingüístico –comprensivo tanto del error de hecho cuanto del derecho extrapenal lo que es pacíficamente aceptado por la doctrina nacional– que cuando es esencial impide al autor la comprensión de la criminalidad del acto. Considero que actualmente debe admitirse por razones constitucionales incluso el error de derecho penal, vinculado al reconocimiento del principio de culpabilidad y a la función que cumple el tipo penal como norma de motivación.

El error sobre los presupuestos de las causas de justificación, cuando es evitable es un error que indudablemente disminuye la comprensión de la criminalidad que disminuye el injusto. Considero que si bien no es un error de tipo,

**MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos**

por cuanto el sujeto no desconoce estar realizando una conducta típica indudablemente pretende como señala ROXIN permanecer fiel al derecho, y por ende en su tratamiento conviene que sea tratado como tal.

Actualmente se señala con acierto que ninguno de los sistemas dogmáticos del delito tiene validez absoluta, y que en todo caso los mismos tienen estrecha relación con la teoría de la pena que se adopte y con la función social que se asigne al derecho penal<sup>47</sup>. Por lo que la discusión deberá partir de dicha premisa.

NOTAS:

<sup>1</sup> El presente trabajo fue publicado en el libro homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa “*Derecho Penal y democracia. Desafíos actuales*”, Edit. Mediterránea, Córdoba, 2011, p. 217/234.

<sup>2</sup> Ver MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El error en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, ps. 15 a 42.

<sup>3</sup> Ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 725, quien señala que “La persona que no puede saber ( ... ) en la situación concreta que está actuando de un modo que habilitaría el ejercicio del poder punitivo sobre ella, no puede ser sujeto pasivo de esta sin violar reglas elementales de racionalidad, que importarían la negación del principio de legalidad...” del que el principio de culpabilidad es su necesaria consecuencia al imponer que cuando por cualquier causa el sujeto no puede comprender o conocer, no puede ejercerse poder punitivo. Por su parte RICARDO ALVAREZ, señala que frente al texto del 34 del CP la admisibilidad del error de prohibición como eximente debe encontrarse en las normas sustantivas y operativas de la Constitución Nacional que acuñan el principio de culpabilidad., al que ubica con GUSTAVO BRUZZONE en el art. 33 de la CN al que califica como tipo abierto de garantías. BACIGALUPO también le reconoce carácter constitucional.

<sup>4</sup> Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edic., Tecfoto, Barcelona, 1998.

<sup>5</sup> La denominación propiciada por el Positivismo Jurídico: error de hecho, de derecho, actualmente ha sido abandonada, ya que dicha denominación no se correspondía con el contenido asignado a cada uno de dichos errores aún por los autores que se enrolan en dicha corriente y por las dificultades vinculadas a precisar su alcance.

<sup>6</sup> Las doctrinas desarrolladas por FRANZ VON LISZT y HANS WELZEL respectivamente.

<sup>7</sup> “Según la doctrina alemana la teoría de la culpabilidad ha encontrado un apoyo legal decisivo en el & 17 StGB 1975; mientras que el & 16 StGB declara que actúa sin dolo quien lo hace desconociendo alguna circunstancia perteneciente al supuesto de hecho legal (lo que se interpreta como error de tipo)”, ver MIR PUIG, SANTIAGO, p. 562.

<sup>8</sup> Ver MUÑOZ CONDE, *El error en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 26.

<sup>9</sup> “... hasta una aprehensión del significado social o jurídico de ese objeto a través de una valoración paralela en la esfera del profano”. Ver op.cit., MUÑOZ CONDE.

<sup>10</sup> La *Teoría Limitada del Dolo*, aparece a los fines de evitar las lagunas de punibilidad que provocaba la aplicación rigurosa de la Teoría del Dolo cuando faltaba el conocimiento actual, para lo cual equipara los casos de conocimiento actual de la antijuridicidad con la “ceguera o enemistad frente al derecho”, que MEZGER fundamenta en imperiosas necesidades de la vida social.

<sup>11</sup> MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 31.

<sup>12</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, op. cit., p. 562.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

<sup>13</sup> Según ROXIN esta teoría lleva dicha denominación, porque contempla todos los errores conducentes a la suposición de una conducta conforme a Derecho sin excepción (estrictamente) como problemas de culpabilidad. Según esta teoría “un error que oculta al sujeto el carácter prohibido de su comportamiento es un problema de atenuación o exclusión de su culpabilidad, pero que no afecta al dolo”.

<sup>14</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, op cit., p. 253.

<sup>15</sup> O bien porque cree existente una causa de justificación inexistente o le da una extensión que la justificante no tiene –conoce mal la norma– o bien porque cree haber sido agredido ilegítimamente –conoce mal la situación de hecho–.

<sup>16</sup> MUÑOZ CONDE, op cit., p. 39.

<sup>17</sup> ROXIN, op cit., señala en consecuencia el dolo de injusto requiere el conocimiento de las circunstancias del tipo legal, y la no suposición de las circunstancias justificantes. Así “Quien yerra sobre una circunstancia de la que depende el injusto de su conducta no sabe lo que hace y obra sin dolo delictivo, porque aquello que se representa no merece desaprobación jurídica. Por el contrario, actúa en error de prohibición quien sabe lo que hace, pero cree erróneamente que puede actuar así” (p. 584).

<sup>18</sup> ROXIN, CLAUS, op cit., p. 585.

<sup>19</sup> ROXIN, op cit.

<sup>20</sup> El dolo es “la determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa en la cual, exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y dirija su acción”. Si bien señala que “Teóricamente la solución correcta debiera ser que el autor del delito obra con dolo sólo si ha conocido los hechos y el derecho que fundamentan la criminalidad de la conducta que ha observado ( ... ). Sin embargo a esta meta, ( ... ), no ha llegado nuestro ordenamiento legal”. Ver *Tratado*, p. 49.

<sup>21</sup> Por otro lado, en el Tratado señala además que el art. 20 del CC, rige en materia penal, no sólo porque el Código Penal no dispone lo contrario, sino porque enuncia un principio de carácter común que obedece a la necesidad de mantener la unidad fundamental del ordenamiento jurídico positivo (ver *Tratado de derecho penal*, t. II, 2ª reimpresión, Lerner, Córdoba, p. 109).

<sup>22</sup> NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª edic. actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Lerner, 1999.

<sup>23</sup> En el Tratado señala que representan errores esenciales sobre las circunstancias que fundamentan la antijuridicidad del hecho, que si bien simulan circunstancias extrañas a la figura, de existir volverían legítima la conducta (op. cit., p. 115).

<sup>24</sup> SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, actualizado por Guillermo Fierro, 5ª edic., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988, p. 124.

<sup>25</sup> Op cit., p. 135. Es la definición adoptada en el proyecto de 1960.

<sup>26</sup> Op. cit., p. 137.

<sup>27</sup> Op cit., p. 113.

<sup>28</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª edic. renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 82.

<sup>29</sup> Op. cit., p. 89.

<sup>30</sup> Op. cit., p. 141.

<sup>31</sup> Op. cit., p. 68.

<sup>32</sup> También expresa que sólo constituyen una confrontación en la que predominan las diferencias de formulación más que de resolución de conflictos reales.

MARÍA ANTONIA DE LA RÚA: “El error sobre los presupuestos

**In Iure** Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales  
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2011- A1.V2.-  
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /  
<http://iniure.unlar.edu.ar>

<sup>33</sup> Así expone que en la materia “la versión limitada domina la discusión, ya que la mayoría de los autores se pronuncian por que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación tendría que ser tratado con los efectos del error de tipo para lo cual se han ensayado tres caminos –Teoría de los Elementos Negativos del Tipo que rechaza por cuanto “la tensión entre la teoría de la culpabilidad estricta y la limitada no se puede resolver por la discusión teórico-sistemática sobre un concepto de ilícito dualista (tipo y antijuridicidad) o monista (teoría de los elementos negativos del tipo), la Tesis del tratamiento analógico a partir de las analogías que tiene con el error de tipo y con el error de prohibición , y la Teoría del Injusto Personal–.

<sup>34</sup> Ver SANCINETTI, op. cit., p. 22.

<sup>35</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 519.

<sup>36</sup> Op. Cit.

<sup>37</sup> Op. cit., p. 732.

<sup>38</sup> Op. cit., p. 732.

<sup>39</sup> Op. Cit., p. 731.

<sup>40</sup> Op. cit., p. 29.

<sup>41</sup> Op. cit., ps. 66/67.

<sup>42</sup> Op. Cit., p. 67.

<sup>43</sup> DE LA RÚA, JORGE, *Código penal argentino. Parte general*, 2ª edic., Depalma, Buenos Aires 1997, nº 137, p. 491.

<sup>44</sup> DE LA RÚA, JORGE, op. cit., nº 152, p. 497.

<sup>45</sup> Op. cit., nº 171, p. 502.

<sup>46</sup> Según BACIGALUPO “... ni la estructura del sistema ni el contenido de las categorías surge del texto de la ley...” *ya que el texto es ambiguo.*

<sup>47</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic. totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 208 y ss.

**Cita de este artículo:**

DE LA RÚA, M. A. (2011) “El error sobre los presupuestos de las causas de justificación”. *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2011, Año 1, Vol. 2. pp.45-42 Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>