

EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Óscar Gustavo Mena Villegas (Costa Rica)

“En un vagón del metro de New York en el que viajaban 15 o 20 personas, un hombre blanco de 36 años, se topó con cuatro jóvenes negros que se le acercaron y le pidieron cinco dólares. En un primer momento el hombre blanco simula no escuchar nada, pero uno de los jóvenes volvió a pedirle los cinco dólares, el hombre blanco abrió su chaqueta, sacó una pistola cargada y disparó a los cuatro jóvenes, quedando uno de ellos tetrapléjico. El hombre blanco se dio a la fuga y se entregó a la policía nueve días después de los hechos.”

I. Aspectos introductorios*

Poco antes de los años 70 la discusión entre finalismo y no finalismo empezó a bascular sobre las teorías del error. Si el dolo tenía que ser un elemento del tipo, del ilícito y, a su vez, era un valor entendido en que tenía que haber un contenido delimitable entre el ilícito y culpabilidad, con objetos distintos, cuya consecuencia es la imposibilidad de entender la consciencia como elemento del dolo, siendo un elemento de la culpabilidad.¹

* Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; BGH: *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal alemán); Brook. L. Rev.: *Brooklyn Law Review*; Colum. L. Rev.: *Columbian Law Review*; CP: Código Penal de Costa Rica; CPE: Código Penal español; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; REJ: Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile; RG: *Reichsgericht* (Tribunal del Imperio alemán); STS: Sentencia Tribunal Supremo español; TS: Tribunal Supremo.

¹ SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Hammurabi, 1990, p. 1.

En el caso descrito anteriormente,² el acusado Bernhard Goetz a finales de 1984 enfrentó un proceso penal por los delitos de lesiones y tentativa de homicidio, alegando en su defensa que su actuación se encontraba justificada bajo el amparo de una causa de justificación, a saber, la legítima defensa.

Durante el debate, el fiscal hizo dos preguntas claves al jurado para explicar la legítima defensa: “¿*Cuál hubiera sido la reacción normal de cualquier persona razonable? ¿Hubiese sido directamente disparar?*”.

El “caso *Goetz*” concluyó con la absolutoria del imputado, quien pasó a ser conocido como el “héroe del metro”, por haber dado su “merecido” a cuatro delincuentes negros, en una época en la que muchas personas vivían atemorizadas por los constantes actos delictivos que sucedían en el metro de la ciudad de New York.

En el “caso *Goetz*”, el presunto agredido-agresor, creyó que iba a ser objeto de un ataque mortal, emprendiendo un ataque violento contra la integridad de los presuntos agresores, que no eran tales. Estamos ante un caso que la doctrina y la jurisprudencia conocen como “legítima defensa putativa”, es decir, como la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente existente.³

Una primera solución al problema que plantea el caso, conlleva a entender que tanto el agresor putativo y el agresor defensivo, pueden ser absueltos. El primero de ellos por haber actuado en base a su razonable y fundado error; mientras que el segundo por haber actuado amparado en la legítima defensa.

² SIMMONS, “Self-Defense, Mens Rea, and Bernhard Goetz a crime of self-defense: Bernhard Goetz and the Law on trial. By George P. Fletcher”, *Colum. L. Rev.* (89:1179), 1989, pp. 1179 ss.; KLANSY, “Bernhard Goetz, a reasnoble man: A look at New York’s justification defense people v. Goetz”, *Brook. L. Rev.* (53: 1149), 1988, pp. 1149 ss.;

³ MUÑOZ CONDE, “¿‘Legítima’ defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación”, Conferencia pronunciada en el Coloquio internacional celebrado en la ciudad de Coímbra, Brasil, en mayo de 1991 en homenaje a Claus Roxin, *Estudios Penales*, 1992, pp. 267 ss.

Bajo esta solución, hay un cambio de roles entre agresor y agredido, en virtud de quien cree que se defiende, es tomado como un agresor, frente al atacante que no es tal, y que tiene la posibilidad de repeler la agresión real mediante la legítima defensa. El problema en estos casos, no es si ambos deben ser absueltos, aun cuando se hayan infringido graves lesiones mutuamente, sino cuál es el fundamento de dicha exención de responsabilidad penal y el compartimento estanco de la teoría del delito sobre el que debe incidir esta exención.

Estamos ante lo que la doctrina suele denominar como “*error sobre los presupuestos fácticos u objetivos de las causas de justificación*” o de “*error sobre el tipo permisivo*”, casos que pueden ser solucionados a partir de la teoría de la culpabilidad (doct. may.), o bien, mediante la teoría de los elementos negativos del tipo (doct. min.).

En todo caso, ambas teorías –con mayor o menor aceptación– frente a la regulación unitaria que en su momento propuso la llamada teoría del dolo, a saber: todo error esencial (de tipo o de prohibición) excluye el dolo y permite que subsista la imprudencia si el error es evitable y existe el tipo culposo en la ley penal, se han consolidado como la solución para el tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación.⁴

En términos generales, la teoría de la culpabilidad señala que el conocimiento de la antijuridicidad no forma parte del dolo, que integra el tipo (concibiéndose el dolo como dolo “avalorado”), sino que constituye un elemento independiente de la culpabilidad. En consecuencia, el error de prohibición no puede excluir el dolo.

Por su parte, la teoría del dolo considera el conocimiento de la antijuridicidad como integrante del dolo (entendiéndose el dolo como un dolo “valorado”), por lo cual el error de prohibición excluye

⁴ MAÑALICH, “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”, REJ (3), 2003, p. 147.

el dolo. Además, ambas teorías discrepan en torno al conocimiento de la antijuridicidad, de acuerdo con la teoría del dolo para afirmar la responsabilidad del dolo es exigible el conocimiento efectivo de la antijuridicidad (dolo es conocimiento actual), mientras que para la teoría de la culpabilidad basta con la posibilidad de conocer la antijuridicidad de la conducta.⁵

ERROR	TEORÍA DEL DOLO	TEORÍA DE LA CULPABILIDAD
De tipo	Evitable: excluye el dolo y subsiste la imprudencia, siempre y cuando exista el tipo culposo en la ley penal.	Evitable: excluye el dolo y subsiste la imprudencia, siempre y cuando exista el tipo culposo en la ley penal.
	Inevitable: excluye el dolo y la imprudencia.	Inevitable: excluye el dolo y la imprudencia.
De prohibición	Evitable: excluye el dolo y subsiste la imprudencia, siempre y cuando exista el tipo culposo en la ley penal.	Evitable: atenúa la culpabilidad del correspondiente delito doloso o imprudente.
	Inevitable: excluye el dolo y la imprudencia.	Inevitable: excluye la culpabilidad. En ningún caso influye sobre el dolo o la imprudencia.

II. Precisiones terminológicas acerca del meta-concepto “error”

En primer término y de previo a tomar posición, no ya sobre cuál posición doctrinal y jurisprudencial es mayoritaria y vigente en nuestro país, sino sobre la conveniencia de una u otra posición y sus

⁵ MAÑALICH, p. 147.

consecuencias, es menester alcanzar algún grado de certeza en torno al meta-concepto “error”.

En palabras de VELÁSQUEZ,⁶ el error “*supone una discordancia entre la consciencia del agente y la realidad, esto es, puede suceder que se presente la consciencia y falte la realidad, o al contrario: que exista la realidad y falte la consciencia*”, en otras palabras, por error debe entenderse una mala representación de la realidad, es una falsa representación la suposición equivocada de la realidad.

Según BUSTOS RAMÍREZ, junto con QUINTERO OLIVARES citado por CABEZAS SALMERÓN⁷ debe distinguirse entre error e ignorancia: “*error es un conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica, mientras que ignorancia es la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo*”; por su naturaleza, debe entenderse el error como un estado de consciencia o situación personal, es decir, es algo en sí mismo subjetivo.

En materia penal, el TS en la STS de 4 de octubre de 1982, señaló “*que el error, desde el punto de vista penal, es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo*” recayendo en la concepción tradicional del error sobre los hechos integradores del tipo (error de hecho), o bien, sobre la normativa penal aplicada (error de derecho).

Por su parte, en Alemania el RG en los inicios del siglo XX, amplió la concepción del error y sus distintos matices al distinguir entre error de Derecho Penal y error de Derecho extrapenal, considerando el error de Derecho Penal como aquellos casos en los que se presenta la errónea creencia en la concurrencia de una causa de justificación,

⁶ VELÁSQUEZ, “La teoría del error en el proyecto de Código Penal colombiano de 1998”, AA.VV. *Homenaje al Dr. Marino Barbera Santos. In memoriam*, Arroyo Zapatero / Berdugo Gómez de la Torre Dirs., vol. 1, 2001, pp. 1376 ss.

⁷ CABEZAS SALMERÓN, Jordi. *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socio-culturales*. Tesis doctoral. Director: Jaume Farràs i Farràs. Tutor: Santiago Mir Puig. Barcelona: Universitat de Barcelona, Facultat de Dret, 2003, ejemplar en línea: <http://hdl.handle.net/2445/41557>

mientras que el error de Derecho extrapenal, estaba presente en los casos de extensión de una causa de justificación –realmente existente– más allá de sus límites, siempre que tal causa de justificación estuviera regulada fuera del ámbito de la ley penal. Esta distinción fue ampliamente criticada por la doctrina, toda vez que seguía la misma línea de tratamiento del error sobre los preceptos permisivos y del error sobre las circunstancias del hecho, tratamiento muy próximo a la teoría del dolo.⁸

Hoy día en Alemania el BGH ha dejado sin efecto la distinción planteada por su antecesor, señalando que la teoría de la culpabilidad es más aceptable que la teoría del dolo, ya que se limita el contenido del dolo a los elementos objetivos del tipo, de suerte que el conocimiento de la antijuridicidad quedaba fuera del dolo; de esta suerte, la falta de conocimiento de la antijuridicidad no excluía ni afectaba la realización del hecho doloso, con lo que la vencibilidad del error sobre el conocimiento de la antijuridicidad no encontraba el *handicap* de la ausencia de una imputación generalizada presente en los delitos culposos y, consecuentemente, no se presenta como un problema la impunidad a la que conducía la teoría del dolo. Por otra parte, en el caso de concurrencia de un error vencible de prohibición, el resultado lógico es la imputación del delito doloso aunque con la culpabilidad disminuida, consecuencia preferible a la de castigar a título de imprudencia, ya que el sujeto ha realizado los elementos objetivos del tipo con pleno conocimiento y voluntad de realización.⁹

En síntesis, de acuerdo con la postura del BGH y con base en la teoría de la culpabilidad, se procede a la distinción entre error de tipo y error de prohibición, reconociendo finalmente relevancia para la culpabilidad al error de prohibición. Adicionalmente, como bien señala ARTHUR KAUFMANN, citado por MUÑOZ CONDE, “*la diferencia*

⁸ ARIAS EIBE, *El error en Derecho Penal en el Código de 1994*, VLex, 2008, pp. 15 ss.

⁹ ARIAS EIBE, p. 17.

entre ambas teorías solo afecta a la cuestión de cuál es la consecuencia jurídica del error de prohibición: exclusión del dolo o no".¹⁰

¿Qué se entiende por error de prohibición? ¿Es el error de tipo el anverso del error de prohibición? Una vez superada la división tradicional que recaía sobre el yerro en lo fáctico o sobre lo normativo; como hemos visto, se distingue entre el error de prohibición y el error de tipo.

Se habla de error de tipo "*cuando el momento cognoscitivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura*"¹¹ y es de prohibición, en aquellos supuestos en que el error "*recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad, uno de los elementos de la culpabilidad*";¹² en el error de tipo se yerra sobre lo fáctico, mientras que en el error de prohibición la equivocación recae sobre la norma. No obstante, ambas modalidades de error pueden ser de hecho o de derecho; ambas clases de error pueden ser vencibles, cuando el agente pudo haber prescindido de la realización del hecho habiéndose informado alrededor de las circunstancias en qué actuó o sobre la significación social del hecho, o invencibles cuando cualquier persona actuando en las condiciones en las que lo hizo el autor pudiera incurrir en el mismo yerro.

Las consecuencias de estas modalidades de error, si bien ya han sido reseñadas en el apartado anterior, pueden resumirse de la siguiente forma: el error de tipo invencible descarta tanto la tipicidad dolosa como culposa, en el error de tipo vencible subsiste la tipicidad imprudente, siempre y cuando exista el tipo correspondiente en la ley penal a título de culpa.

En el tanto que el error de prohibición vencible, excluye la culpabilidad si partimos de la teoría finalista, y si partimos de la teoría

¹⁰ MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 122 ss.

¹¹ VELÁSQUEZ, p. 1377.

¹² VELÁSQUEZ, p. 1377.

de la culpabilidad la consecuencia es la disminución del reproche; si fundamos el error de prohibición relativo en la teoría del dolo (causalismo), subsistiría la culpabilidad a título de culpa, si la ley penal consagra esta modalidad. No está de más señalar que el error de prohibición vencible, evitable o relativo –según prefiera llamársele–, admite la siguiente división: directo o abstracto e indirecto o concreto.

Se habla de error de prohibición directo, en aquellos supuestos en que el autor no conoce la norma prohibitiva referente al hecho y cree que su acción es lícita, y se entiende que estamos ante un error de prohibición indirecto cuando el error recae sobre una causa de justificación, de acuerdo con las siguientes tres posibilidades: a) se equivoca acerca de la existencia de una justificante; b) yerra sobre los límites de una justificante, y c) incurre en un yerro sobre la concurrencia de circunstancias que de estar presentes justificarían el hecho.

En el caso de que se presente la unión de las dos primeras modalidades (error sobre la existencia de una justificante + error sobre los límites de una justificante) se conforma lo que la doctrina conoce como “*error de permisión*”, y la presencia del error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación es conocido como “*error de tipo permisivo*”.¹³

III. Teoría de la culpabilidad

A. EL SISTEMA FINALISTA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Los orígenes de la dogmática finalista en la teoría del delito pueden situarse a partir de 1939, con el artículo de WELZEL, *Studien zum Sys-*

¹³ VELÁSQUEZ, p. 1378.

tem des Strafrechts,¹⁴ convirtiéndose en la dogmática mayoritariamente aceptada con posterioridad a la IIGM.

WELZEL en su teoría enumera varias estructuras lógico-objetivas, la primera de ellas es el concepto ontológico de la acción humana, a saber, “*la acción es ejercicio de actividad final*”. Para esta teoría, la voluntad como manifestación psíquica capaz de dirigir el actuar del hombre hacia la consecución de determinados fines, la acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana.¹⁵

En otras palabras, el finalismo admite en la acción una fase interna que transcurre en la esfera del pensamiento y una fase externa que se desarrolla en el mundo real, pero asignándole contenidos distintos; mientras que el causalismo reduce la fase interna al impulso voluntario, el finalismo lo concibe como anticipación (proposición) del fin que el autor quiere realizar, seguida de la elección de los medios para su realización y la consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales elegidos. En tanto que el causalismo disminuye la fase externa a la actuación de la voluntad como resultado causado por la fase interna, sin atender el fin perseguido por el autor, el finalismo ve en esta segunda etapa de la acción un proceso causal

¹⁴ Conocido en español como *Estudios sobre el sistema de Derecho Penal*. Este trabajo de WELZEL (1904-1977) en 1940 sería la base del libro *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen* (La Parte General del Derecho Penal alemán en sus lineamientos), mediante el cual Welzel muestra que el nuevo sistema finalista se puede enseñar de forma que los estudiantes comprendan sobre su base las teorías generales y que puedan aplicarlas en la resolución de casos. Cf: VELÁSQUEZ, “Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la Política Criminal y en la dogmática penal del siglo XXI”, Conferencia pronunciada en la II Jornada de Derecho Penal en la ciudad de México, México, el 23/08/2004; BARQUÍN SANZ, “Conversaciones: Dr. José Cerezo Mir”, RECPC (03-c3), 2002; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosh, 1976, p. 242.

¹⁵ WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 53; NOVOA MONREAL, *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal (aspectos de la enseñanza penal en Hispanoamérica)*, Juricentro, 1980, p. 51; CEREZO MIR, “Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época (12), 2003, p. 45.

real dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento del autor.¹⁶

El hecho de que en su modelo la teoría finalista haya separado la acción del resultado delictivo ha facilitado la idea de que toda acción dolosa es acción final, porque es algo que tiende a estar relacionado con el objetivo querido.

Y finalmente, de la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad deducía WELZEL únicamente la necesidad de conceder relevancia al error de prohibición,¹⁷ construyendo su teoría de la culpabilidad, según la conciencia de la antijuridicidad.

B. TEORÍA PURA O ESTRICTA DE LA CULPABILIDAD COMO SOLUCIÓN MAYORITARIAMENTE ACEPTADA

Señala WELZEL en *Sobre la doctrina de la acción finalista*¹⁸ (1949), bajo el epígrafe “dolo y culpabilidad”, que la “culpabilidad” como sustantivación de un adjetivo (culpable), es una palabra peligrosa, “pues convierte en sustancia, en objeto independiente, lo que es sólo una relación”.

Así, culpabilidad es esa relación entre el dolo y la medida valorativa puesta por el Derecho; entendiendo, que en la antijuridicidad se trata de una relación simple (de carácter objetiva), en la culpabilidad la relación es más compleja, pues no afirma que la formación de la voluntad no es como debía ser (incorrecta), sino también que la formación de la voluntad podía ser conforme a la norma (correcta).¹⁹

Como consecuencia del carácter de doble relación de la culpabilidad WELZEL afirma que el dolo no puede ser un elemento de la

¹⁶ NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Lerner, 1977, pp. 138 ss.

¹⁷ CEREZO MIR, p. 53.

¹⁸ Publicado originalmente en idioma alemán con el título: *Um die finale Handlungslehre*.

¹⁹ MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, 2002, pp. 348 ss.

culpabilidad, en virtud de que el dolo es un elemento de referencia de la relación de la culpabilidad, siendo ilógico que sea un elemento que integra la misma y elemento de referencia a la vez.²⁰

Con respecto a la antijuridicidad, esta queda alojada dentro de la culpabilidad, eso sí, como un elemento autónomo. La consecuencia de incluir el dolo como “elemento esencial de lo injusto” en los delitos dolosos, conlleva que la antijuridicidad no se agota en la causación del resultado lesivo para el bien jurídico.²¹

Esta teoría supone una construcción que para los casos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación propone a su vez la exclusión del injusto doloso, aunque no por ello condiciona la estructura de la teoría del delito dentro del modelo bipartito, esto es, sin adherirse a la teoría de los elementos negativos del tipo.²²

La teoría estricta de la culpabilidad en lo que interesa, parte de la base de que el injusto doloso supone una decisión contra el bien jurídico tutelado, o bien una decisión que difiere de los postulados de la norma, sentido discrepante que estaría ausente cuando el sujeto yerra sobre la existencia de circunstancias que convertirían su comportamiento en justificado.

Los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad al concebir la norma penal como norma de determinación, que prohíbe conductas finales, conlleva a que toda conducta típica infringe una norma de prohibición (en abstracto), pero esto no significa necesariamente que sea contraria al ordenamiento jurídico. Para que la conducta final sea contraria al ordenamiento jurídico es necesario que no concorra ningún precepto permisivo.

²⁰ MELENDO PARDOS, p. 350.

²¹ COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho Penal de la culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 125.

²² MAÑALICH, pp. 151 ss.

En palabras de UJALA:²³

“El que yerra sobre los requisitos objetivos de una causa de justificación actúa con el dolo de tipo intacto. El que, por ejemplo, mata en legítima defensa putativa conoce y sabe que está matando a otro. Este sector de la doctrina entiende que, en este caso, lo que falta es la conciencia de la antijuridicidad, puesto que cree que su conducta es lícita cuando en realidad es contraria a Derecho (el sujeto se pregunta si su hecho está prohibido o no y no responde afirmativamente). En definitiva, el sujeto incurrirá en un error sobre la autorización de su conducta, error de prohibición que si es vencible atenuará la culpabilidad, y si es invencible la excluirá”.

Para la teoría estricta de la culpabilidad, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación no excluye nunca la antijuridicidad. Si es invencible faltará la culpabilidad, ya que el sujeto no podía conocer la ilicitud de su comportamiento; sin embargo, la teoría estricta de la culpabilidad si bien distingue entre error de tipo y error de prohibición, desconoce que quien yerra sobre la existencia de los elementos objetivos de las causas de justificación yerra sobre el hecho, no sobre su valoración. Resulta insuficiente el argumento de que el sujeto cree erróneamente que su conducta es lícita.

IV. Teoría de los elementos negativos del tipo

El primer enunciado conceptual de la teoría de los elementos negativos del tipo parece corresponder a BINDING, quien, sin otorgarle la denominación hoy utilizada, sus planteamientos coinciden con sus postulados. Así en 1879 este autor señaló que la presencia de una norma permisiva “*separa un grupo de conductas del concepto de conducta de la norma*”, reduciendo su ámbito de aplicación y haciendo que pase “*de ser una norma absoluta*” (no matarás) a ser una “*norma condicionada*”

²³ UJALA, “El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ADPCP, 1987, pp. 702 ss.

(no se puede matar si no se presenta determinada circunstancia que obligue a ello). En otras palabras, el contenido medular de la teoría de los elementos negativos del tipo, que señala que las causas de justificación son elementos negativos del tipo global de injusto, ya había sido desarrollado desde finales del siglo XIX.²⁴

Si bien es cierto, este antecedente remoto de la teoría de los elementos negativos del tipo resulta vigente hoy día, años después BINDING negó el alcance de sus postulados y es hasta el año 1889 cuando MERKEL utiliza por primera vez la expresión “*elementos negativos del tipo*”, aunque no lo hizo para sostener una teoría relativa a la relación existente entre el tipo y la antijuridicidad. No es hasta la obra de FRANK (1901), quien, erróneamente afirmó que la “*antijuridicidad no es un elemento positivo del tipo, pero su ausencia sí es un elemento negativo del mismo*”, señalamiento que, si bien no es acorde con el postulado central de la teoría de los elementos negativos del tipo, sí permite manifestar que aunque la antijuridicidad no puede ser considerada un elemento positivo del tipo, su ausencia sí puede ser considerada como un elemento negativo, o en palabras de ENGISCH, “*si se da el tipo, la acción tiene que ser antijurídica. Si no se da, no puede ser antijurídica*”.²⁵

Esta teoría de los elementos negativos del tipo está cimentada en una concepción monista de las normas, concepción en la cual los mandatos y las prohibiciones (norma primaria y su carácter imperativo) son las únicas normas de carácter independiente, respecto de las cuales las proposiciones permisivas son consideradas proposiciones dependientes del carácter imperativo de la norma. En otro orden de ideas, la norma permisiva define y traza el alcance de la norma impe-

²⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *InDret* (03), 2008, pp. 4 ss.

²⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, pp. 5 ss.

rativa, no es una modalidad de regla-excepción, la única norma es la prohibitiva que se ve limitada por la proposición positiva.²⁶

Con respecto a la teoría del delito, la consecuencia de validar la teoría de los elementos negativos del tipo, resulta obvia: los elementos que configuran el supuesto de hecho de la norma permisiva, es decir, de las causas de justificación constituyen elementos negativos del supuesto de hecho prohibido en el tipo penal, entendiéndose que la realización del tipo por parte del sujeto conlleva la no concurrencia de los presupuestos fácticos de la norma permisiva establecida en la parte general de las leyes penales por razones de técnica legislativa y permitiendo entender que la tipicidad es *ratio essendi* –razón de ser– (y no mera *ratio cognoscendi*) de la antijuridicidad.

Consecuentemente, esta teoría conlleva calificar los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación como auténticos casos de error de tipo. En palabras de MIR PUIG:²⁷

“la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación es necesaria para que concurra la parte negativa del tipo, y esta, a su vez, para que se dé el tipo total de injusto (que tiene una parte positiva y una parte negativa); por lo tanto, la suposición errónea de que concurren aquellos presupuestos supone un error de tipo”.

Esta teoría de los elementos negativos del tipo, defendida en España no solo por MIR PUIG sino también por GIMBERNAT ORDEIG y modernamente por ROBLES PLANAS, personalmente considero es la solución conceptualmente más adecuada, toda vez que los errores sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación son más parecidos al error de tipo, error donde se yerra sobre la realidad, es un error de carácter fáctico; mientras que el error de prohibición se yerra sobre la norma.

²⁶ MAÑALICH, pp. 148 ss.

²⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Repertor, 2016, pp. 568 ss.

Por lo que la falta del elemento objetivo de la causa de justificación se interpreta mal la realidad, se yerra en la interpretación de la realidad (creencia de que se es objeto de una agresión ilegítima y me defendiendo ante ello, hay un error fáctico que desencadena la conducta). En estos casos el error no está en creer que la norma posibilita la defensa, se trata de un error de origen fáctico, no de un error de prohibición.

V. Conclusiones: solución al “caso Goetz” a partir de ambas posturas y sus consecuencias en el plano sistémico de la teoría del delito

De previo a dar respuesta al supuesto de hecho descrito al inicio de la presente investigación, no está de más señalar los presupuestos o elementos integradores de la legítima defensa como causa de justificación.

En el caso de la legítima defensa, el art. 28 del CP²⁸ establece los requisitos esenciales que deben estar presentes para poder hablar de una causa de justificación.

En primer término, el inciso a) refiere a la “agresión ilegítima”, que como sostiene LUZÓN PEÑA, citado por QUINTERO OLIVARES,²⁹ es “*la acción de puesta en peligro de un bien jurídico*”. De aquí se derivan tres efectos, el primero consiste en la verificación de una agresión que ponga en peligro un bien jurídico; segundo, la agresión además debe ser ilegítima, debe ser contraria a Derecho, pues solo una agresión antijurídica a los bienes jurídicos posibilita la legítima defensa, y tercero, que la virtualidad lesiva de la agresión percibida por el defensor

²⁸ Art. 28 CP: “No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima; y

b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión”.

²⁹ ONTIVEROS ALONSO, *Legítima defensa e imputación objetiva. Especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, pp. 107 ss.

establecerá el marco de actuación de este para impedir la o repelerla, así como los límites temporales de la reacción defensiva.

Otro presupuesto a ser valorado para poder hablar de una legítima defensa, es la necesidad racional del medio empleado, esta necesidad está referida tanto a la defensa como al medio utilizado con este propósito.

De esta manera, la defensa del bien jurídico mediante el sacrificio del otro solo se justifica si este constituye el mecanismo inevitable para lograr el propósito de repeler o impedir la agresión y si, además, la forma concreta en que se pone en peligro o lesiona el bien jurídico sacrificado constituye el medio al alcance de quien actúa en legítima defensa, según las circunstancias concretas.

Por otro lado, la proporcionalidad no significa una estricta igualdad entre el medio agresivo y el medio defensivo, sino una especial relación entre las posibilidades de defensa del agredido y la magnitud y gravedad de la agresión, en el sentido de que el peligro o lesión que suponga la acción defensiva sea idónea y adecuada para cumplir el fin de la defensa según la importancia de la agresión ilegítima.³⁰

El tercer requisito previsto es la ausencia de provocación por parte del defensor, valga aclarar que en el artículo 28 del CP no existe este requisito de manera expresa, caso contrario es el numeral 20.4 del CPE³¹ que sí establece textualmente la presencia de este requisito estructural de la legítima defensa.

³⁰ NAVAS APARICIO, *Código Penal de Costa Rica comentado*, Vol. 1, ULACIT, 2011, p. 183.

³¹ Art. 20.4 CPE: “Están exentos de responsabilidad criminal: (...)”

4. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor (...).”

Este requisito plantea el problema de delimitar de manera medianamente precisa qué se entiende por ausencia de provocación. Sobre este punto TÉLLEZ AGUILERA, citando varias sentencias del TS español, delimita este requisito de acuerdo con las siguientes conclusiones:³²

- La exégesis de la provocación como antecedente causal debe ser seguida conforme a la doctrina de la causalidad adecuada, y
- La adecuación de la provocación conecta con la previsibilidad, de modo que, atendido el orden normal de las cosas, produzca, excite o influya en una agresión que, si bien ilegítima, carezca de una mínima cobertura culpabilista –con el telón de fondo de la no exigibilidad de una conducta distinta–, y consecuentemente la reacción defensiva pierda lo que los tratadistas italianos denominan legitimidad en la causa.

Considerando los anteriores tres elementos medulares en la conformación de la legítima defensa como causa de justificación, el “caso *Goetz*” puede ser resuelto de conformidad con las teorías expuestas, a saber: la teoría estricta de la culpabilidad y mediante la teoría de los elementos negativos del tipo. No obstante, aunque cada una de estas teorías permita llegar a soluciones (más o menos satisfactorias) dentro de la sistemática de la teoría del delito, las respuestas entre una y otra afectan diferentes estadios de análisis de la teoría del delito.

Así, en la teoría estricta de la culpabilidad, uno de sus principales exponentes es MUÑOZ CONDE, refiere que en virtud de que los presupuestos fácticos de las causas de justificación deben ser considerados elementos constitutivos de estas, los errores relacionados con los presupuestos deben ser considerados como yerros sobre la causa de justificación, es decir, deben ser considerados como errores de prohibición que no afectan en nada el tipo de injusto cometido, sino solo afectan la culpabilidad del agente.³³

³² TÉLLEZ AGUILERA, *Derecho Penal parte general, adaptado a las reformas del Código Penal de 2015*, Edisofer, 2015, pp. 333 ss.

³³ MUÑOZ CONDE, pp. 272 ss.

De acuerdo con esta teoría, la acción de Bernhard Goetz es antijurídica, aunque este no sea culpable. Sin embargo, en este caso cualesquiera de los cuatro jóvenes agredidos por Goetz contaban con la posibilidad de repeler dicha agresión (acción defensiva en la conciencia de Goetz) mediante una conducta defensiva legítima.

Entorno a la culpabilidad de Goetz, esta puede no existir en un todo si se determina que operaba bajo un error invencible, o bien, la misma puede ser atenuada, acorde con la magnitud de la vencibilidad del error de prohibición.

Situación distinta se presenta si la respuesta al “caso *Goetz*” la buscamos en la teoría de los elementos negativos del tipo. Siendo que esta teoría al considerar los presupuestos objetivos de las causas de justificación como “elementos negativos del tipo”, el error sobre estos debe ser tratado como un error de tipo, error que recae sobre una discordancia en la realidad, no sobre la norma, por ende al recurrir al error de tipo, podemos afirmar que este yerro incide sobre la tipicidad –no sobre la culpabilidad como en el error de prohibición–, convirtiendo la conducta del agente en culposa si el error fuere vencible, o bien, excluyendo totalmente la responsabilidad si se presentara un error de tipo invencible.³⁴

Sin embargo y a pesar de que consideramos que la teoría de los elementos negativos del tipo es la más correcta, por tratarse de un yerro sobre la realidad, no es otro que un error de carácter fáctico; lo cierto es que esta teoría también acarrea otras consecuencias que no pueden ni deben ser negadas:

a) Si estamos ante un error de tipo invencible, la conducta de Goetz no puede imputarse como típica y mucho menos antijurídica, por lo que ninguno de los cuatro jóvenes agredidos podría defenderse de forma legítima;

³⁴ MUÑOZ CONDE, pp. 273 ss.

b) Si en el supuesto de hecho integramos la presencia de un tercero, que aun y conociendo cabalmente que Goetz no está siendo objeto de una agresión ilegítima y este participa o coopera de algún modo con Goetz, la conducta del terecero no puede ser punible, de acuerdo con las reglas de la accesoriedad de la participación y la exigencia del dolo en el autor principal, y

c) De no haberse producido el resultado de lesiones, tampoco podría imputarse la tentativa, ya que esta forma de aparición del delito exige la presencia del dolo. Si se estima que Goetz actuó en error venible, la conducta tampoco admite la tentativa, ya que la imputación es a título imprudente, no dolosa.

VI. Bibliografía

- ARIAS EIBE, *El error en Derecho Penal en el Código de 1994*, VLex, 2008.
- BARQUÍN SANZ, “Conversaciones: Dr. José Cerezo Mir”, RECPC (03-c3), 2002.
- CABEZAS SALMERÓN, JORDI. *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales*. Tesis doctoral. Director: Jaume Farràs i Farràs. Tutor: Santiago Mir Puig. Barcelona: Universitat de Barcelona, Facultat de Dret, 2003, ejemplar en línea: <http://hdl.handle.net/2445/41557>
- CEREZO MIR, “Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época (12), 2003.
- COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho Penal de la culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, 2006.
- KLANSY, “Bernhard Goetz, a reasanoble man: A look at New York’s justification defense people v. Goetz”, *Brook. L. Rev.* (53: 1149), 1988.
- MAÑALICH, “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”, *REJ* (3), 2003.
- MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, 2002.
- MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosh, 1976.
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Repertor, 2016.
- MUÑOZ CONDE, “¿‘Legítima’ defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación”, Conferencia pronunciada en el Coloquio internacional celebrado en la ciudad de Coímbra, Brasil, en mayo de 1991 en homenaje a Claus Roxin, *Estudios Penales*, 1992.

- MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1989.
- NAVAS APARICIO, *Código Penal de Costa Rica comentado*, Vol. 1, ULACIT, 2011.
- NOVOA MONREAL, *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal (aspectos de la enseñanza penal en Hispanoamérica)*, Juricentro, 1980.
- NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Lerner, 1977.
- ONTIVEROS ALONSO, *Legítima defensa e imputación objetiva. Especial referencia a los mecanismos predisuestos de autoprotección*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *InDret* (03), 2008.
- SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Hammurabi.
- SIMMONS, “Self-Defense, Mens Rea, and Bernhard Goetz a crime of self-defense: Bernhard Goetz and the Law on trial. By George P. Fletcher”, *Colum. L. Rev.* (89:1179), 1989.
- TÉLLEZ AGUILERA, *Derecho Penal parte general, adaptado a las reformas del Código Penal de 2015*, Edisofer, 2015.
- UJALA, “El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *ADPCP*, 1987.
- VELÁSQUEZ, “La teoría del error en el proyecto de Código Penal colombiano de 1998”, AA.VV. *Homenaje al Dr. Marino Barbera Santos. In memoriam*, Arroyo Zapatero / Berdugo Gómez de la Torre Dirs., vol. 1, 2001.
- VELÁSQUEZ, “Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la Política Criminal y en la dogmática penal del siglo XXI”, Conferencia pronunciada en la II Jornada de Derecho Penal en la Ciudad de México, México, el 23/08/2004.
- WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

