

II — La estructura de la justificación

- 7 La totalidad de los presupuestos de una causa de justificación se denomina **tipo permisivo**. En la mayor parte de las causas de justificación reguladas legalmente, sólo están formulados expresamente los presupuestos objetivos de la justificación. De todos modos, según la concepción hoy probablemente ya indiscutida⁴, las causas de justificación tienen, junto al tipo permisivo objetivo, también uno subjetivo. En el delito doloso⁵, el disvalor de motivación de la acción que anida en la realización del tipo subjetivo se excluye por una causa de justificación, sólo si el autor —dicho *grosso modo*⁶— ha obrado en conocimiento de las circunstancias justificantes (el llamado **elemento subjetivo de justificación**). Así, p. ej., si una esposa resuelta derriba de un golpe a un ladrón, con el palo de amasar, pero al hacer eso supone erróneamente tener ante sí a su esposo, que llega a casa por la noche, tras haber ido a la taberna, la situación de legítima defensa objetivamente existente⁷ anulará, por cierto, el disvalor del suceso, pero no el disvalor de motivación de la lesión corporal peligrosa (§ 224, I, n.º 2, 2.ª variante, StGB)⁸.

1 — El tipo permisivo objetivo

- a) La situación de hecho objetivamente existente como base del juicio

- 8 Los presupuestos de un tipo permisivo objetivo tienen que ser inferidos de la respectiva regulación legal o bien del respectivo Derecho consuetudinario. Requiere una explicación general sólo la pregunta de sobre qué base fáctica ha de juzgarse la existencia de estos presupuestos. Algunos autores quieren basarse también aquí —en correspondencia con la opinión dominante sobre imputación objetiva (al respecto, cf. n.º m. 10/33)— en el punto de vista de un observador objetivo que juzga con antelación al hecho en la posición del actuante. En tanto un observador provisto de los conocimientos de un hombre razonable del respectivo ámbito de relación y del saber especial del autor haya podido partir de que existían los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el hecho ya estaría —según ese criterio— objetivamente justifi-

⁴ De modo divergente aún, Rohrer, JA, 1986, pp. 363 ss. y LK¹¹/Spendel, § 32, n.º m. 138, con referencias sobre la bibliografía antigua.

⁵ Sobre el delito imprudente, cf. n.º m. 14/42 ss.

⁶ Sobre los presupuestos en particular, cf. n.º m. 14/16 ss.

⁷ Ejemplo de LK¹¹/Spendel, § 32, n.º m. 140.

⁸ Acerca de las consecuencias jurídicas que se derivan de esto, cf. n.º m. 14/27 s.

cado⁹. Así, dadas ciertas circunstancias, incluso el homicidio de un agresor sólo supuesto —p. ej., de un padre que juega con su hijo al policía y ladrón, en el bosque, usando una pistola de juguete que luce realmente como auténtica y está apuntando así a su hijo— debería valorarse como objetivamente conforme a Derecho.

Aunque los defensores de esa concepción, en el fondo, aplican consecuentemente sólo las reglas formuladas por la opinión dominante en el marco de la imputación objetiva también en el plano de la antijuridicidad, han encontrado pocos seguidores. Al menos para aquellos presupuestos de justificación que —como el concepto de agresión en la legítima defensa— no son elementos puramente prospectivos, se aboga, predominantemente, en favor de una consideración estrictamente objetiva¹⁰. Esto es necesario para evitar una relativización del concepto de antijuridicidad, sentida ya desde Kant como “contradicción de la teoría jurídica consigo misma”¹¹. Pues, para un observador objetivo en la posición del supuesto agresor, la defensa contra la agresión supuesta se presenta por su parte, frecuentemente, como agresión antijurídica. En un caso así, hecha una apreciación consecuente a partir de la posición del actuante, la defensa contra una defensa objetivamente justificada tiene que ser considerada igualmente como objetivamente justificada, de modo que, en las consecuencias, dos personas “lucharían entre sí” y ambas actuarían en forma objetivamente acorde al Derecho.

Eso es considerado insostenible, con razón, por la opinión dominante. Si dos personas “luchan entre sí”¹² para proteger sus bienes jurídicos que colisionan uno con otro, el ordenamiento jurídico tiene que indicar en favor de cuál de esas personas deberá intervenir un policía que se les aproximara, es decir, tiene que decidir cuál de los intervinientes tiene que soportar el menoscabo al bien jurídico y cuál no¹³. Para no

⁹ Cf., p. ej., Frisch, *Vorsatz und Risiko* (1983), pp. 424 s.; *MünchKomm/Schlehofer*, previo al § 32, n.º m. 67 ss., con otras referencias. Aun un paso más allá va Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff* (1973), pp. 246 ss., quien sólo se basa en la situación de hecho individualmente conocible para el actuante y rechaza por completo la idea de una justificación objetiva.

¹⁰ Cf. Schönke/Schröder/Lenckner, obs. previa a §§ 32 ss., n.º m. 10a; NK/Paeffgen, previo a §§ 32/35, n.º m. 81, ambos con otras referencias.

¹¹ Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), en: *Gesammelte Schriften*, t. 6, pp. 203, 235 s.

¹² Acerca de este ejemplo, ya Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem* (1913), p. 6.

¹³ Al respecto, cf. Börgers, *Studien zum Gefahurteil im Strafrecht* (2008), pp. 102 ss.

darle preferencia unilateral a una persona, esta decisión entre particulares¹⁴ sólo se puede tomar en forma tal que la existencia de los presupuestos de la causa de justificación se juzgue según la situación de hecho efectivamente existente al momento de la acción. Ciertamente es que, en efecto, resulta poco comprensible juzgar la tipicidad objetiva de una acción sobre la base de la situación de hecho conocible y la antijuridicidad objetiva sobre la base de la efectivamente existente. Pero esta contradicción en la que incurre la opinión dominante debe eliminarse no mediante una subjetivización de los presupuestos objetivos de la justificación, sino por medio de que también los presupuestos de la imputación objetiva sean juzgados en forma estrictamente objetiva (cf. n.º m. 10/34 ss.).

- 11 Por tanto, desde el punto de vista de las consecuencias, como base del análisis del tipo permisivo objetivo se halla toda la situación de hecho existente al momento de la acción, independientemente de si era conocible para el observador o no. Esto rige —en contra de una concepción que se suele encontrar en la doctrina¹⁵— también para aquellos elementos de la justificación que presuponen un pronóstico sobre el acontecer futuro. Existe un peligro para un bien jurídico sólo cuando, sobre la base de la situación de hecho objetivamente existente al momento de la acción, era posible, según el conocimiento empírico general, una lesión del bien jurídico¹⁶. Así, p. ej., si de una vivienda cerrada sale un presunto olor a gas, esto fundamentará el peligro de una explosión de gas sólo si el olor efectivamente emana de flujo de gas. En caso de que en verdad tenga otra causa, totalmente inocua, el romper el vidrio de la ventana para evitar la presunta explosión será objetivamente antijurídico, aun cuando cualquiera que hubiera estado en la situación del actuante habría atribuido el olor a flujo de gas. En un caso así, no se excluye ya el ilícito del acontecer del daño a la propiedad (§ 303, StGB), sino recién el de la motivación (al respecto, enseguida, n.º m. 14/29 ss.).

- 12 Lo mismo rige al juzgar la cuestión de si una acción es apropiada y necesaria para neutralizar un peligro para un bien jurídico¹⁷. Si, p. ej., en el caso recién dado, el olor acuciante que parte de una vivienda cerrada emana efectivamente de flujo de gas, pero el titular de la vivienda en ese momento llega de hacer las compras con las llaves del departamento, el romper el vidrio de la ventana no será necesario para repeler el peligro,

¹⁴ Esto es distinto en caso de una actuación de carácter estatal; al respecto, cf. n.º m. 14/13 ss.

¹⁵ P. ej., Roxin, *AT I*, n.º m. 16/18 (sobre el concepto de peligro), y 15/46 (sobre el concepto de necesidad).

¹⁶ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 34, n.º m. 13, con otras referencias.

¹⁷ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 32, n.º m. 34, con otras referencias.

aun cuando el titular de la vivienda no sea reconocible como tal para un observador objetivo. El daño a la propiedad, entonces, será objetivamente antijurídico, y, por ello, el titular de la vivienda no tendrá por qué tolerarlo. Debido a la falta de ilícito de motivación, él no tendrá contra tal daño un derecho de legítima defensa¹⁸, pero sí uno de estado de necesidad defensivo. Si él —p. ej., debido a la falta de conocimientos de idioma— no logra aclarar la situación con instrumentos verbales de modo suficientemente rápido, podrá arrojarse sobre el brazo del actuante e impedirle, en caso necesario por la fuerza —en el marco del principio de proporcionalidad, válido para el estado de necesidad defensivo—, que rompa el vidrio de la ventana.

b) La estructura especial de los derechos
en la función pública

No obstante, eso es distinto cuando el vidrio de la ventana es roto por un funcionario policial que actúa en carácter de autoridad pública. Al titular de la vivienda no le cabe en tal situación un derecho de estado de necesidad defensivo contra una acción de la autoridad. Pues, según el Derecho policial, los funcionarios policiales tienen derecho a intervenir aun en caso de un así llamado **peligro aparente**¹⁹. El afectado estará ya entonces obligado a tolerar la neutralización del peligro, si, en virtud de la situación objetivamente reconocible, había que partir de la base de que existía un peligro²⁰. Este **privilegio de error** del funcionario público es una consecuencia del monopolio de la fuerza estatal²¹. La intervención del Estado en caso de que exista una colisión de bienes jurídicos puede evitar una confrontación violenta entre los afectados, sólo si éstos, al menos²² frente a una decisión estatal correcta según la situación fáctica reconocible, quedan remitidos a vías jurídicas. Si uno pudiera defenderse con violencia contra el actuar estatal habido conforme

¹⁸ Al respecto, cf. n.º m. 16/11.

¹⁹ Denninger, en: Liskén/Denninger, *Handbuch des Polizeirechts* (4.ª ed., 2007), n.º m. E 47 y 50, con otras referencias.

²⁰ Al respecto, cf. NK-Paeffgen, previo a §§ 32/35, n.º m. 82.

²¹ Al respecto, cf. Börgers (nota 13), pp. 137 ss.

²² La cuestión de si —y, en su caso, en qué medida—, más allá de ello, los afectados deben remitirse a recursos jurídicos ya en caso de un actuar estatal sólo ligeramente contrario a su deber no está esclarecida de modo concluyente. La cuestión se discute especialmente respecto del § 113, StGB, como problema de la existencia de un concepto de conformidad al Derecho especial del Derecho penal; al respecto, cf. en profundidad, *MünchKomm/Erb*, § 32, n.º m. 67 ss., y NK/Paeffgen, § 113, n.º m. 35 ss., ambos con otras referencias.

aprehensión, sólo sobre la base de la situación de hecho efectivamente existente.

2 — El tipo permisivo subjetivo

a) El conocimiento de los presupuestos objetivos de la justificación

La necesidad de un elemento subjetivo de justificación en el delito doloso está reconocida hoy ampliamente (cf. n.º m. 14/7). Pero es problemática la cuestión de cómo tiene que estar compuesto este elemento en esa medida se plantea sobre todo la cuestión de cómo se debe juzgar en los casos en que el autor tiene dudas acerca de si están dadas las circunstancias que justifican la realización del tipo²⁵. Como ejemplo de tales **dudas sobre el tipo permisivo** represéntese nuevamente el caso en que de una vivienda cerrada emane olor a gas. En un caso de esa configuración, con frecuencia la persona que percibe el olor no estará segura de si el olor es emanación de flujo de gas efectivamente o si tiene otra causa inocua. Si ella —para impedir la explosión de gas eventualmente amenazante— rompe entonces de todos modos un vidrio de la ventana de la vivienda, se plantea la cuestión de si el ilícito de motivación del daño a la propiedad está excluido, aunque el actuante sólo haya tenido por posible la existencia de una situación objetiva propia del estado de necesidad.

En la bibliografía se propone muchas veces tratar las representaciones de una posibilidad, en materia de causas de justificación, según las reglas vigentes para el dolo de tipo²⁶. Quien duda de que existan los presupuestos objetivos de la justificación considera posible también que esos presupuestos no estén satisfechos. De este modo, asumirá —al menos en tanto no se confíe irracionalmente en que existan los presupuestos de la justificación²⁷— la realización del ilícito del acontecer del respectivo delito y, ya por ello, cometerá un ilícito doloso. Esta simple aplicación de las reglas sobre el dolo eventual se ajusta a casos en los

²⁵ Para una exposición detallada de este problema, tratado en general en comentarios y manuales de modo bastante indolente, cf. Frister, *Rudolphi-FS*, pp. 45 ss. y Walter, *Der Kern des Strafrechts* (2006), pp. 341 ss., ambos con otras referencias.

²⁶ Cf., p. ej., *LK/Rönnau*, previo al § 32, n.º m. 84 ss., con otras referencias, así como también, fundamental, Warda, *Lange-FS*, pp. 119, 127 ss., según cuya concepción el mero considerar posible las circunstancias justificantes a lo sumo podría excluir o atenuar la reprochabilidad y, con ello, la culpabilidad.

²⁷ Sobre la cuestión de la posibilidad de una tal confianza irracional, cf. n.º m. 11/22 ss.

cuales la acción posiblemente justificada no sirva para repeler un peligro. Así, p. ej., si un gran pintor está inseguro de si un cliente le ha encargado efectivamente el trabajo de quitar de la pared un antiguo mural, no podrá realizar ese supuesto encargo. De la valoración que se halla en la base del dolo eventual, de evitar, en caso de duda, la lesión de bienes jurídicos, se deriva aquí sin más que el daño a la propiedad sólo posiblemente justificado no puede ser ejecutado.

- 18 Pero si por la acción posiblemente justificada se ha de proteger otro bien jurídico, la simple aplicación de las reglas sobre dolo eventual no se ajusta a la situación. Quien se halla ante la pregunta de si debe romper el vidrio de una ventana para evitar lo que posiblemente sea la amenaza de una explosión de gas, por cualquier conducta creará el riesgo de una lesión del bien jurídico objetivamente evitable —si no puede aclarar en tiempo suficientemente rápido de dónde proviene realmente el supuesto olor a gas—. Si rompe el vidrio, asume la posibilidad de dañar una cosa ajena sin que exista una situación de necesidad. Si no lo rompe, asume la posibilidad de omitir una acción de salvamento objetivamente obligatoria (§ 323c, StGB). En tal situación, no ayuda en mucho la idea de evitar, en caso de duda, la lesión de bienes jurídicos. Si, según la representación del autor, no había alternativas de conducta con las que se pudiera evitar con seguridad una lesión de bienes jurídicos, el mero hecho de que el autor, mediante su conducta, haya asumido la posibilidad de lesionar el bien jurídico no puede ser valorado como ilícito de motivación.
- 19 Por esa razón en parte de la bibliografía se defiende la concepción de que el ilícito de motivación de una acción típica ya queda excluido en situaciones de colisión de esa índole, si el autor considera posible que existan circunstancias justificantes y, por ello, realiza el tipo²⁸. Pero tampoco esta propuesta de solución se ajusta a todas las colisiones de bienes jurídicos imaginables. Piénsese en el caso en que alguien, después de un hurto con fractura en una vivienda, le dispare a una persona a la que solamente presume que es el ladrón que huye con el botín²⁹. En un caso así, no parece que se pueda sostener seriamente que se excluya el ilícito de motivación de una lesión corporal peligrosa (§ 224, I, n.º 2, 1.ª variante, StGB) o incluso de un homicidio (§ 212, StGB), en razón de que el autor considerase posible la existencia de los presupuestos de la legítima

²⁸ Así, sustancialmente, *SK/Günther*, previo al § 32, n.º m. 90, quien por cierto exige que el autor actúe “confiando” en la existencia de las circunstancias justificantes, pero considera este presupuesto ya cumplido cuando el autor no habría actuado sin esas circunstancias.

²⁹ Variación de un ejemplo de *Schroth, Arthur-Kaufmann-FS*, pp. 595, 609 s.

defensa y sólo por ello hubiera disparado. La lesión injustificada o incluso el homicidio de una persona es un ilícito tan grave que no puede ser asumido sólo para no dejar que un posible ladrón escape con el botín.

Por ello, no hay una respuesta uniforme a la pregunta de si el considerar posible la existencia de circunstancias justificantes alcanza como elemento subjetivo de justificación. Cómo tenga que comportarse alguien en una situación de incertidumbre, en la cual cualquier decisión puede revelarse como objetivamente errónea, depende del peso de los riesgos de una **decisión equivocada**, que están en contraposición en el caso concreto. Así, cobra importancia, por un lado, la cuestión de cuán probable considera el autor la existencia de las circunstancias justificantes. Por otro, importa decisivamente cuán grave sería una decisión equivocada en una y en otra dirección. Para determinar esto, se debe contraponer el **valor** del acontecer de la acción típica en caso de que existan las circunstancias justificantes que se consideran posibles, al **disvalor** del acontecer de la acción típica sin esas circunstancias. Tan pronto el valor del acontecer de la acción justificada sea tan alto como el disvalor del acontecer del delito respectivo, ya no existirá —dada la misma probabilidad de las alternativas consideradas posibles— un ilícito de motivación³⁰.

Incluso en el caso de la legítima defensa que objetivamente no presupone proporcionalidad, la exclusión del disvalor de motivación en las situaciones dudosas de justificación depende decisivamente de la relación valorativa entre el bien jurídico protegido y el menoscabado. Así, si el bien jurídico posiblemente a defender tiene menor peso que el menoscabado por la defensa, el disvalor del acontecer de la acción de legítima defensa justificada no puede compensar el disvalor del acontecer igual de probable, de la realización del tipo no justificada. Por tanto, aquel que sólo posiblemente es agredido no puede inferirle al eventual agresor —en caso de igual probabilidad de las alternativas de las situaciones fácticas— lesiones de mayor gravedad que las que sufriría él mismo por la posible agresión. Esto vale aun cuando, por la posible agresión, lo amenazan a él menoscabos graves de sus bienes jurídicos. El apremio existencial del que posiblemente será agredido puede ser tenido en cuenta, en una situación así, sólo para una exculpación, según el § 35, StGB.

En las diversas formas del estado de necesidad justificante, la ponderación de los riesgos de una decisión equivocada es más compleja, en la medida en que en estos casos, al determinar el valor del acontecer como

³⁰ Sobre estos procedimientos ponderativos y las consecuencias a extraer de allí para las diversas causas de justificación, cf. en profundidad, Frister, *Rudolphi-FS*, pp. 45, 52 ss.

tal de la acción justificada, también deben ser considerados los intereses menoscabados por esa acción. Sólo en la medida en que el interés protegido por la acción de estado de necesidad prepondere ante el interés menoscabado en una medida mayor a la necesaria para la justificación objetiva, le corresponderá a la acción justificada un valor de acontecer superior que pueda ser contrapuesto, en la situación de duda, al disvalor del acontecer de la realización del tipo no justificada. No obstante, en el caso particular, incluso en estado de necesidad agresivo, puede quedar excluido el ilícito de motivación. Así, p. ej., si en el caso dado al inicio, de la posible explosión de gas que amenaza producirse, el único objeto a mano para romper el vidrio de la ventana le pertenece precisamente a un tercero ajeno a los hechos, no sólo estará permitido asumir el riesgo de un daño objetivamente innecesario de ese objeto para repeler el posible peligro, en consideración a las graves consecuencias de una explosión de gas, sino que eso será incluso obligatorio, por el § 323c, StGB.

b) ¿Necesidad de una especial motivación de justificación?

- 23 Independientemente del tratamiento de la mera duda sobre el tipo permisivo, la composición del elemento subjetivo de justificación es problemática también en un segundo punto. Representétese, p. ej., el caso en que alguien acude en ayuda de una persona agredida antijurídicamente y repele exitosamente la agresión por medio de una lesión del agresor (§ 223, I, StGB), sólo en razón de que él precisamente tiene ganas de pegar. En un caso así se plantea la cuestión de si el mero conocimiento de las circunstancias justificantes alcanza para excluir el ilícito de motivación o si el tipo permisivo subjetivo requiere, más allá de eso, que el autor se haya motivado a realizar su acción por la existencia de esas circunstancias. La jurisprudencia, de modo totalmente preponderante³¹, sostiene el último punto de vista mencionado. Así, exige para la justificación por el § 32, StGB, **voluntad de defensa** entendida como intención de defensa. El autor podría perseguir con la acción de legítima defensa, por cierto —dice este criterio—, junto a la defensa, también otras metas³², pero si no le importa en absoluto la defensa del bien jurídico agredido, no existiría el elemento subjetivo de la legítima defensa³³.

³¹ De otro modo, sólo OLG Karlsruhe, JZ, 1984, pp. 240, 241.

³² BGH, NSTz, 2000, pp. 365, 366.

³³ Cf., p. ej., RGSt, t. 54, pp. 196, 199; BGHSt, t. 5, pp. 245, 247; BGH, NSTz, 2007, pp. 325 s.; en el mismo sentido, NK/Paeffgen, previo a §§ 32/35, n.º m. 98 ss., con otras referencias.

A primera vista, exigir tal motivación de defensa parece totalmente plausible. Pero su problematicidad se hace manifiesta tan pronto se tenga presente que el autor, en el ejemplo mencionado, bajo ciertas circunstancias, podrá haber estado obligado a la legítima defensa de terceros, según el § 323c, StGB. En tanto exista tal obligación a obrar en defensa de terceros, aquel a quien le resulta indiferente la amenaza al bien jurídico no tendrá ya ninguna alternativa de conducta acorde al Derecho por la exigencia de una motivación de defensa³⁴. Si le presta al tercero la ayuda objetivamente obligatoria, será punible por faltarle la voluntad de defensa, según el tipo respectivamente realizado, p. ej., por lesión corporal (§ 223, I, StGB). Si no se la presta, será penado por omitir prestar auxilio (§ 323c, StGB). Eso deja en claro que la exigencia de una voluntad de defensa que vaya más allá del conocimiento de las circunstancias justificantes desemboca en un Derecho penal de ánimo. Si el autor tiene una actitud interna errónea, es decir, si a él le resulta indiferente el salvamento del bien jurídico amenazado, le faltará toda posibilidad de sustraerse a la punición mediante una conducta externa correcta.

Por este motivo, el requisito de una especial motivación de justificación es rechazado con razón por la doctrina que en el ínterin se ha vuelto probablemente dominante³⁵. Si el autor ejecuta una acción justificada en conocimiento de las circunstancias justificantes, habrá tomado no sólo objetivamente, sino también en base a su representación del hecho, una decisión acorde al Derecho y no habrá realizado, entonces, un ilícito de motivación. Las acciones justificadas tienen que servir a un determinado fin sólo en los casos en los cuales la realización del tipo ya *objetivamente* está justificada sólo en consideración a determinado acontecer futuro. El ejemplo paradigmático de una tal **causa de justificación incompleta de dos actos**³⁶ es el derecho de aprehensión, del § 127, I, StPO. Privar de su libertad al autor de un delito sorprendido *in fraganti* está permitido sólo en razón de que de ese modo el autor será conducido a la persecución penal. Por consiguiente, el conocimiento de las circunstancias justificantes del derecho de aprehensión presupone un dolo dirigido a ese acontecer futuro. Por tanto, quien realiza la aprehensión tiene que actuar no necesariamente con el fin de, por medio de

³⁴ Al respecto, cf. Loos, *Oehler-FS*, pp. 227, 231 s.

³⁵ Roxin, *AT I*, n.º m. 14/97, con otras referencias.

³⁶ Este descriptivo concepto, que remite con razón a la exigencia paralela de dolo en los tipos de dos actos (al respecto, cf. n.º m. 11/20) lo ha acuñado Lampe, *GA*, 1978, pp. 7 ss.

su acción, conducir al aprehendido a la persecución penal; pero al menos sí con la consciencia de que hará esto³⁷.

III — El error sobre el tipo permisivo

- 26 Se da un error sobre el tipo permisivo cuando el acontecer objetivo y la representación del autor divergen de tal forma que o bien sólo está realizado el tipo permisivo objetivo o sólo el subjetivo, es decir, que el autor o bien no conocía la existencia de circunstancias justificantes dadas efectivamente o bien, a la inversa, se representó la existencia de circunstancias justificantes que no se daban efectivamente. El tratamiento de ambas constelaciones de error está fuertemente discutido en la ciencia del Derecho penal desde hace mucho tiempo³⁸. Pero aquél se deriva —como se mostrará enseguida— de la simple reflexión de que la realización del tipo permisivo objetivo anula el disvalor de lo acontecido, y la realización del tipo permisivo subjetivo, el disvalor de motivación de la realización del tipo.

1 — El desconocimiento de circunstancias justificantes

- 27 Como ejemplo de una realización del tipo en desconocimiento de circunstancias justificantes, piénsese nuevamente en el caso de la esposa resoluta que derriba de un golpe con el palo de amasar a un ladrón, pero que al hacer esto supone erróneamente tener ante sí a su marido que regresa de noche de la taberna³⁹. En tanto el golpear con el palo de amasar fuera necesario para repeler la agresión antijurídica contra la propiedad, estará satisfecho, en este caso, el tipo permisivo objetivo de la legítima defensa. Pero, dado que la mujer no sabía nada de la agresión antijurídica, carecía del elemento subjetivo de justificación. Por ello, la mujer sería punible, según una concepción defendida entre otros por la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal⁴⁰, por lesión cor-

³⁷ Al respecto, con más detalle, cf. Roxin, *AT 1*, n.º m. 14/103, con otras referencias.

³⁸ Especialmente la suposición errónea de circunstancias justificantes se ha convertido para la ciencia jurídico-penal en uno de sus temas predilectos, en torno a lo cual el esfuerzo invertido y el rédito obtenido no siempre están en una adecuada relación; al respecto, cf. críticamente Grünwald, *Noll-GS*, pp. 183 ss. Un comprensivo panorama de los principios de solución propuestos dan Jakobs, *AT*, n.º m. 11/42 a 59 y Roxin, *AT 1*, n.º m. 14/52 a 63.

³⁹ Sobre este ejemplo, cf. ya n.º m. 14/7.

⁴⁰ BGHSt, t. 2, pp. 111, 114 s.; en el mismo sentido, Zielinski (nota 9), pp. 262 ss.; NK/Paeffgen, previo a §§ 32/35, n.º m. 128, con otras referencias; otra solución, KG, GA,

poral consumada. Según esta concepción, el elemento subjetivo de justificación debe ser considerado un requisito que se halla en el mismo plano que los presupuestos objetivos de justificación, cuya ausencia conduce a que los presupuestos de la justificación en conjunto no estén cumplidos, y, entonces, la acción sería punible según el tipo realizado.

Pero esta forma de considerar la cuestión deja de lado que, en la realización del tipo permisivo objetivo, lo realmente acontecido no está reprobado por el ordenamiento jurídico. El elemento subjetivo de la justificación no es simplemente un presupuesto más de la justificación, sino que se comporta respecto de los elementos objetivos de justificación del mismo modo que el dolo de tipo respecto de los presupuestos del tipo objetivo. Al igual que éste, también el elemento subjetivo de justificación carece de significación para el ilícito de lo acontecido en el hecho. De allí deriva la teoría dominante, con razón, que el autor, en caso de que falte el elemento subjetivo de justificación, únicamente es punible por el ilícito de motivación realizado y, entonces, a lo sumo por un delito tentado⁴¹. Al derribar al ladrón, la esposa habrá cometido objetivamente una lesión corporal ajustada a Derecho. A la vez, habrá intentado cometer una lesión corporal antijurídica, y, por ello, es punible, a la postre, por tentativa de lesión corporal (§ 223, II, StGB).

2 — La suposición errónea de circunstancias justificantes

a) Concepto y consecuencias jurídicas del error de tipo permisivo

La suposición errónea de circunstancias justificantes se denomina **error de tipo permisivo**. Para dar con un ejemplo de tal error, sólo habría que invertir el caso de la mujer resoluta, de tal modo que ella, con el palo de amasar, derribara de un golpe a su marido que llega de noche de la taberna, pero suponiendo ella erróneamente que tiene ante sí a un ladrón. Dado que en este caso no existe efectivamente una agresión antijurídica, el tipo permisivo objetivo de la legítima defensa no está cumplido. Pero la mujer habrá actuado en la creencia de repeler una agresión antijurídica. En tanto el golpe al supuesto ladrón con el palo de amasar, dado para repeler la agresión antijurídica —supuesta por ella— a la propiedad, también hubiera sido necesario, ella habrá realizado con eso el tipo permisivo subjetivo de la legítima defensa, es decir, se habrá repre-

1975, pp. 213, 215, así como la sentencia de BGHSt, t. 38, pp. 144, 155 s., limitada al § 218a, párr. 2, StGB, pero que sustancialmente puede ser generalizada.

⁴¹ Cf., p. ej., Roxin, *AT I*, n.º m. 14/104 s., con otras referencias.

sentado circunstancias que, de haber existido, habrían justificado su acción por legítima defensa (la llamada **legítima defensa putativa**).

30 Aquel que, al suponer erróneamente tales circunstancias justificantes, se decide en favor del acontecer descrito en el tipo objetivo, no reconoce correctamente, por cierto, la situación de hecho, pero toma una decisión, sobre la base de su representación de la situación de hecho, correcta, que se corresponde a los parámetros del ordenamiento jurídico. La representación de circunstancias justificantes compensa el disvalor de motivación del dolo de tipo, de modo que el actuante, en las consecuencias, carece de una motivación dirigida a un acontecer ilícito, en la misma medida que aquel que realiza sin dolo el tipo de una ley penal. En virtud de esto, la jurisprudencia y doctrina dominante aplican con razón al error de tipo permisivo la idea jurídica del § 16, I, StGB⁴². Ciertamente que la suposición errónea de circunstancias justificantes no hace decaer el dolo como tal —dada una estructura del delito de tres niveles (cf. n.º m. 7/9 ss.)⁴³—, pero sí su antijuridicidad, de modo que, en las consecuencias, **tampoco** en caso de un error tal se realiza **un ilícito doloso**.

31 Aunque esta concepción jurídica lleva a cabo del modo más consecuente la distinción⁴⁴ que subyace a la teoría de la culpabilidad entre la decisión que fundamenta el ilícito doloso respecto del acontecer antijurídico y la consciencia de la antijuridicidad de ese acontecer que importa recién para la culpabilidad⁴⁵, se la denomina tradicionalmente **teoría limitada de la culpabilidad**. A ella se le contrapone la llamada **teoría estricta de la culpabilidad**, que ve en el error de tipo permisivo un error de prohibición y no quiere aplicarle a éste la idea jurídica del § 16, I, StGB, sino la regulación del § 17, StGB⁴⁶. Esto conduce a resultados distintos

⁴² BGHSt, t. 3, pp. 105, 106 s.; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 16, n.º m. 14 ss., con otras referencias.

⁴³ Es distinto si, en la estructura del delito, uno distingue sólo dos niveles, el ilícito típico y la culpabilidad. Según la teoría de los elementos negativos del tipo falta ya el dolo de tipo en caso de un error de tipo permisivo. De todos modos, incluso en una estructura así, de dos niveles, es cuestionable aplicar directamente la regulación del § 16, StGB, al error de tipo permisivo (así, p. ej., Freund, AT, n.º m. 7/107; Schünemann/Greco, GA, 2006, pp. 777, 786 ss.). Pues la formación de un concepto de tipo que abarque la falta de causas de justificación si bien es sistemáticamente posible sin más, no se corresponde —como lo muestra, p. ej., la formulación de los §§ 32, 34, StGB— a la terminología del Código Penal.

⁴⁴ Sobre esta distinción, cf. n.º m. 11/2 s.

⁴⁵ Al respecto, cf. Zielinski (nota 9), pp. 268 ss.

⁴⁶ LK¹¹/Schroeder, § 16, n.º m. 47 ss.; NK/Paeffgen, previo a §§ 32/35, n.º m. 108 ss., ambos con otras referencias.

rechazo
ent. x fls
de dolo
positivo.

—dejando de lado el caso de la participación (cf. n.º m. 28/5 ss.)—, sólo cuando el autor habría podido evitar el error de tipo permisivo. En este caso, según la teoría de la culpabilidad limitada, que es la dominante, sólo es posible la punición por un eventual tipo imprudente (§ 16, I, 2.ª oración, StGB), mientras que, según la teoría estricta de la culpabilidad, el actuante debe ser penado por delito doloso, y únicamente puede ser atenuada la pena, según el § 49, I, StGB (§ 17, 2.ª oración, StGB).

La teoría estricta de la culpabilidad se basa en la premisa de que habría una diferencia decisiva, no sólo desde la técnica jurídica, sino también a partir de puntos de vista valorativos, la cuestión de si una conducta es ya atípica o si recién está justificada⁴⁷. El matar una mosca ya atípico sería simplemente —así rezan las conocidas palabras de Welzel⁴⁸— algo por completo distinto a matar a un hombre justificadamente por legítima defensa. Por ello, las reglas sobre error de tipo no podrían ser trasladadas —según este criterio— al error de tipo permisivo. Aquel que se decide conscientemente por realizar un acontecer típico tendría especiales motivos para revisar con exactitud si la representación de la situación de hecho que subyace a su acción se corresponde a la realidad. Si realiza el tipo de una ley penal dolosamente, en virtud de una representación equivocada, evitable, de circunstancias justificantes, realizaría no sólo un ilícito imprudente, sino doloso, y, en consecuencia, merecería también la pena por dolo.

No obstante, a esa explicación del tipo como un grado valorativo propio puede replicársele que en todo el ordenamiento jurídico no hay consecuencias jurídicas que se ligen sólo a la conducta típica. Recién la constatación de la antijuridicidad fundamenta una valoración jurídicamente relevante del hecho. Por ello, el matar a un hombre en legítima defensa es algo distinto, por cierto, a matar una mosca, en varios sentidos. Pero ambas acciones no son un ilícito, y sólo eso importa para el paralelo entre error de tipo y error de tipo permisivo. Quien mata de un tiro a un hombre en la creencia de que eso es necesario para repeler una agresión actual antijurídica que amenaza su vida y que proviene de esa persona, carece de una motivación dirigida a un acontecer jurídicamente reprobado, al igual que, p. ej., un cazador que, al estar cazando, dispara contra un hombre en la creencia de que se trataría de un jabalí. Tanto en un caso como en el otro, el autor habría tenido un motivo para revisar la corrección de su representación sobre la situación de

⁴⁷ Al respecto, cf., p. ej., Gössel, en: Maurach/Gössel, AT, II, n.º m. 42/36 y la crítica de Schünemann, GA, 1985, pp. 341, 347 ss.

⁴⁸ Welzel, *Strafrecht*, pp. 80 ss.

hecho. Pero esto no modifica en nada el hecho de que no se ha decidido conscientemente por un acontecer ilícito ni tampoco que, por eso, no ha realizado un ilícito doloso.

- 34 Por ello, tampoco merece aprobación, en sus resultados, una variante frecuentemente defendida de la opinión dominante, la llamada **teoría de la culpabilidad que limita las consecuencias jurídicas o bien que remite a las consecuencias jurídicas**. Esta concepción si bien quiere aplicar al error de tipo permisivo, igualmente, la idea jurídica del § 16, I, StGB, supone que por medio de tal error no se excluye el ilícito de un delito doloso, sino únicamente una llamada **culpabilidad dolosa**⁴⁹. Esta tortuosa construcción sólo se puede explicar por el esfuerzo de abrir la posibilidad de participación en un hecho cometido en error de tipo permisivo (al respecto, cf. n.º m. 28/5 ss.). Dado que tanto la instigación como también la complicidad presuponen un hecho principal antijurídico doloso (§§ 26, 27, StGB), se postula que por el error de tipo permisivo se excluye únicamente la **culpabilidad dolosa construida especialmente a ese fin**. Lo cuestionable de tal forma de proceder es manifiesto. Sobre las consecuencias jurídicas del error de tipo permisivo se debe decidir según puntos de vista materiales y no según cómo se puedan sortear del mejor modo los presupuestos legales de la punibilidad⁵⁰.

b) La delimitación respecto del error sobre el permiso

- 35 El tipo permisivo subjetivo presupone el conocimiento de las circunstancias que realizan el tipo permisivo. Por consiguiente, hay un error de tipo permisivo a tratar según el § 16, I, StGB, sólo cuando el autor se ha representado una situación de hecho, que de haber existido habría justificado al autor por una norma permisiva en sí existente⁵¹. El error sobre las normas permisivas mismas (el llamado **error sobre el permiso o error de prohibición indirecto**) excluye únicamente la conciencia del ilícito. Se da un error sobre el permiso que cae bajo el § 17, StGB, p. ej., si el autor se representa una causa de justificación jurídicamente inexistente, es decir, p. ej., si le pega a su hijo, suponiendo

⁴⁹ Wessels/Beulke, AT, n.º m. 478 s.

⁵⁰ Cf. también la crítica de Roxin, AT I, n.º m. 14/73 ss.

⁵¹ Está discutida la cuestión de en qué medida una mera superstición —como la de que un temible “rey de los gatos” podría destruir millones de hombres (BGHSt, t. 35, pp. 347 s.)— puede fundamentar un error de tipo permisivo (cf. Kretschmer, JR, 2004, pp. 444 ss. y Kudlich, JZ, 2004, pp. 72 ss.; en contra, empero, con razón, Roxin, AT I, n.º m. 14/52, en nota 69).

estar legitimado a hacerlo en virtud de un derecho de corrección de los padres que actualmente ya no existe (cf. n.º m. 13/8). Lo mismo vale si desconoce los límites de una causa de justificación, es decir, p. ej., si, como particular, le impide huir al autor de un delito sorprendido *in fraganti*, disparándole un tiro con arma de fuego, en la creencia de estar legitimado a ello por el § 127, I, StPO (cf. n.º m. 13/20).

Para delimitar el error de tipo permisivo de un mero error sobre el permiso, se debe subsumir la representación del autor sobre la situación de hecho bajo la causa de justificación respectiva. Sólo si, sobre la base de esta representación de la situación de hecho, estuvieran satisfechos todos los presupuestos de la causa de justificación, hay un error de tipo permisivo. Falta este presupuesto, entre otros casos, cuando el autor se representa sólo una parte de las circunstancias de una causa de justificación y, por lo demás, en virtud de una errónea apreciación jurídica, llega a la idea de que su conducta está permitida. Aquel que, como particular, mediante el uso de arma de fuego, impide la huida de un supuesto autor de delito sorprendido *in fraganti*, sin consciencia del ilícito, se representa, por cierto, un presupuesto particular del Derecho de aprehensión. Pero dado que su hecho, aun en caso de que existiera ese presupuesto, no estaría justificado, no habrá, obviamente, en este caso, un error de tipo permisivo, sino única y exclusivamente un error sobre el permiso. La caracterización de esta constelación como caso de **doble error**⁵², que se halla en parte de la bibliografía, puede inducir a confusión.

La distinción entre error de tipo permisivo y error sobre la permisión sólo es problemática en la medida en que es problemática la delimitación entre error de tipo y de subsunción. También las causas de justificación contienen muchos elementos que hacen referencia a institutos jurídicos extrapenales o que remiten a la valoración sobre otras normas o ideas valorativas no escritas. En tanto el error del autor se refiera a tales elementos, rigen para la delimitación las mismas reglas que en el plano del tipo⁵³. Por tanto, la representación de un elemento normativo del tipo permisivo fundamenta un error de tipo permisivo, aun cuando se base en un error de derecho en el "campo previo" de la norma permisiva. Aquel que, p. ej., le impide a un propietario destruir una cosa supuestamente ajena, se representa la situación de hecho de una agresión a la propiedad ajena, que autoriza la legítima defensa. Actúa

⁵² Cf., p. ej., Heinrich, AT 2, n.º m. 1145 ss., con otras referencias.

⁵³ Sobre estas reglas, cf. n.º m. 11/33 ss.

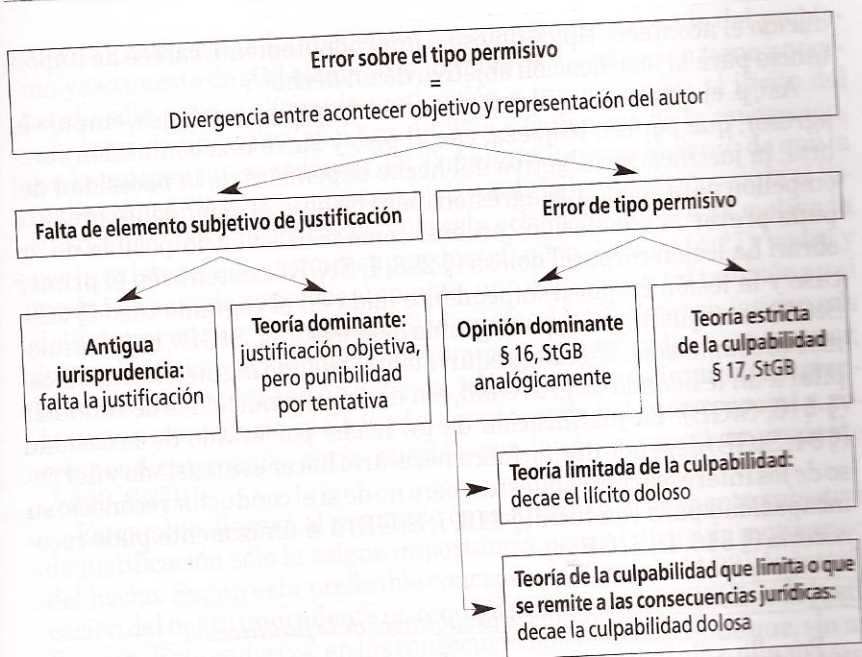
así —en tanto su defensa se mantenga en el marco de la supuesta necesidad— en un error de tipo permisivo, aun cuando haya desconocido la situación de propiedad sólo en virtud de no conocer la posibilidad de una adquisición de buena fe.

38 Si una causa de justificación contiene un elemento en blanco, existirá un error de tipo permisivo, aplicando correspondientemente los principios desarrollados para el plano de la tipicidad, sólo si el autor se ha representado una situación de hecho que realiza los elementos de la norma que integra el elemento en blanco. Un ejemplo de todos modos discutido⁵⁴ de un elemento tal es la antijuridicidad de la agresión en caso de legítima defensa. Con este concepto, la ley remite a las normas que valoran la respectiva agresión, de modo que un error de tipo permisivo con relación a eso presupone que el autor se haya representado una agresión efectivamente antijurídica según esas normas. Aquel que, p. ej., se resiste a una aprehensión justificada por el § 127, I, StPO, suponiendo que los particulares no están legitimados a practicar una detención, si bien considera antijurídica la agresión a su libertad de locomoción, no sufre, de todos modos, un error de tipo permisivo⁵⁵. Su error se refiere a la valoración jurídico-penal misma y, entonces, debe ser calificado como error de prohibición en la forma de un error sobre el permiso.

39 Algo equivalente rige respecto de elementos de justificación que remiten a ideas valorativas no escritas. El ejemplo más importante de un elemento tal es el requisito de proporcionalidad que con distintas connotaciones rige en las diversas formas del estado de necesidad justificante. Existe en este caso un error de tipo permisivo sólo si el autor se ha representado una situación de hecho que, de haber existido, habría cumplido efectivamente ese requisito según las ideas valorativas en lo esencial no escritas. Por tanto, quien, p. ej., siendo el único conductor disponible, lleva al hospital a una persona lesionada en forma sólo relativamente leve —tal como él sabe—, estando en condiciones no aptas para el manejo (§ 316, StGB), en razón de que el interés en una atención médica inmediata es valorado por él, haciendo caso omiso de la relativa insignificancia de la lesión, como esencialmente más importante que la puesta en peligro de otros participantes del tránsito, no sufre un error de tipo permisivo. Su divergente apreciación de las ideas valorativas generales sobre las relaciones de valor de los intereses jurídicos afectados constituye, como error sobre la valoración jurídico-penal misma, únicamente un error de prohibición en la forma de un error sobre el permiso.

⁵⁴ Cf. Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 32, n.º m. 65, con otras referencias.

⁵⁵ Así, correctamente, Roxin, *AT I*, n.º m. 14/81.



IV — La justificación en el delito imprudente

1 — La identidad de los presupuestos objetivos de la justificación

En parte de la bibliografía se propone renunciar, para los delitos imprudentes, a un análisis separado de la antijuridicidad y considerar en su lugar la aprobación jurídica de una acción ya en la imprudencia misma y, así, en el plano del tipo⁵⁶. Por cierto, tal estructura se corresponde al concepto coloquial de imprudencia (cf. n.º m. 12/1 s.), pero no se ajusta a la equivalencia estructural entre delito doloso e imprudente. Al igual que los presupuestos de la imputación objetiva (cf. n.º m. 12/3), también los presupuestos objetivos de la justificación deben distinguirse del concepto de imprudencia a entenderse como concocibilidad. Sólo así deviene claro que ellos valen exactamente del mismo modo para delitos dolosos e imprudentes. La cuestión de si el actuante ha pro-

40

⁵⁶ Cf., p. ej., Donatsch, *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt* (1987), pp. 76 ss.

ducido el acontecer típico dolosa o imprudentemente carece de importancia para la justificación objetiva de un hecho⁵⁷.

- 41 Así, p. ej., si alguien, en una situación de legítima defensa, empuja al agresor, que por eso tropieza, cae al piso y sufre una conmoción cerebral, la justificación objetiva del hecho dependerá de la necesidad del empujón para repeler la agresión, pero no de si el defendente previó o pudo prever la conmoción cerebral como consecuencia posible de su obrar. La lesión corporal dolosa (§ 223, I, StGB) existente en el primer caso y la lesión corporal imprudente dada en el segundo caso (§ 229, StGB) están justificadas por legítima defensa (§ 34, StGB), bajo los mismos presupuestos. Rige algo equivalente, cuando alguien lleva al hospital a un lesionado de gravedad, sin estar en condiciones de conducir (§ 316, StGB). La justificación de tal hecho por estado de necesidad (§ 34, StGB) depende de que fuera necesario hacer ese traslado y del peso de los intereses contrapuestos, pero no de si el conductor reconoció su incapacidad para conducir (§ 316, I, StGB) o si únicamente pudo reconocerla (§ 316, II, StGB).

2 — Los presupuestos subjetivos de la justificación

- 42 Por ello, sólo hace falta una explicación especial del aspecto subjetivo de la justificación en el delito imprudente. En este sentido, existe unidad de criterio acerca de que, en caso de un **actuar objetivamente antijurídico**, la sola representación de circunstancias justificantes no excluye el ilícito de motivación del delito imprudente. Si el autor habría podido reconocer la falta de circunstancias justificantes aplicando su conocimiento propio de la experiencia, entonces, evitar el ilícito del acontecer realizado por él no era para él suficientemente importante. Esto alcanza para el ilícito de motivación del delito imprudente (cf. n.^o m. 12/4). Por tanto, aquel que lesiona imprudentemente a un supuesto agresor, siendo que habría podido reconocer que no lo era, es punible por lesión corporal imprudente (§ 229, StGB), más allá de su voluntad de defensa. Rige algo equivalente para un error de tipo permisivo evitable en un delito doloso. También aquí el autor puede ser penado por el tipo imprudente respectivo (cf. ya n.^o m. 14/31), porque el ilícito de motivación del delito imprudente no presupone el conocimiento, sino únicamente la conocibilidad de la falta de circunstancias justificantes.
- 43 En cambio, está discutida la cuestión de si —y, en su caso, en qué medida— la justificación del delito imprudente, en caso de un **actuar objetivamente justificado**, exige aún, adicionalmente, un elemento subje-

⁵⁷ Al respecto, cf. Jakobs, AT, n.^o m. 11/33, con otros ejemplos.

tivo de justificación. La respuesta a esa pregunta depende del problema ya expuesto de si el elemento subjetivo de justificación tiene importancia sólo para el ilícito de motivación o también para el ilícito del acontecer de un hecho (cf. n.º m. 14/27 s.). Quien sea de la concepción, con la antigua jurisprudencia del *Tribunal Supremo Federal*, de que la realización de los presupuestos objetivos de la justificación anula el ilícito del acontecer de un hecho, sólo si la acción del autor está motivada por la existencia de esos presupuestos (cf. n.º m. 14/23 y 14/27), podrá y tendrá que exigir, consecuentemente, una motivación tal también en el delito imprudente⁵⁸. Quien realiza una acción de defensa lesionando imprudentemente, de modo objetivamente justificado, a un agresor, pero sin tener voluntad de defensa, habría realizado imprudentemente, según ese criterio, el ilícito del acontecer de la lesión corporal y, correspondientemente, sería punible por lesión corporal imprudente (§ 229, StGB).

En cambio, llegará al resultado opuesto quien al elemento subjetivo de justificación sólo le asigne importancia para el ilícito de motivación del hecho. Según esta preferible concepción (cf. n.º m. 14/28), la justificación del delito imprudente no requiere un elemento subjetivo de justificación. Esto se deriva, en las consecuencias, ya del hecho de que, sin un ilícito del acontecer, sólo sería posible una punición por tentativa, y ésta no es punible en un delito imprudente⁵⁹. Pero tampoco el ilícito de motivación del delito imprudente está dado en caso de que existan los presupuestos objetivos de la justificación⁶⁰. Si no hay un acontecer objetivamente antijurídico, no podrá serle reprochado al autor que él habría podido reconocer, aplicando su conocimiento de la experiencia, la realización de un acontecer antijurídico. Por ello, el ilícito de motivación de un delito imprudente — a diferencia del ilícito de motivación del delito doloso — presupone siempre un acontecer objetivamente antijurídico. 44

Lecturas recomendadas: BGHSt, t. 3, pp. 105/110 (error de tipo permissivo); NStZ, 2000, pp. 365 s. (elemento subjetivo de la justificación).

⁵⁸ Cf. NK/Paeffgen, previo a §§ 32/35, n.º m. 143 s. El Tribunal Supremo Federal aún no ha tenido que decidir esta cuestión. En la sentencia que se registra en BGHSt, t. 25, pp. 229, 232, el tribunal había dejado expresamente de lado la cuestión de si también es necesaria una voluntad de defensa, para la justificación de un delito imprudente por legítima defensa.

⁵⁹ Al respecto, cf. con mayor detalle, Jakobs, AT, n.º m. 11/30 ss., con otras referencias.

⁶⁰ De otro modo, Roxin, AT 1, n.º m. 24/103, con otras referencias.