

AURORA GARCIA VITORIA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

**Tratamiento del error en el Código Penal español:
Algunas observaciones al respecto**

Transcurrido ya un intervalo de tiempo suficiente para posibilitarse el balance de los resultados propiciados por la Reforma, y asimismo gestada una Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal (PANCP), de 1983, nos ha parecido oportuno abordar el comentario del error, tema que, como es sabido, ha centrado siempre la atención de la Doctrina y de la Jurisprudencia, y que en mayor grado venía siendo objeto de interés en modificar el casi inexistente y conflictivo tratamiento legal que se le dispensaba. No obstante, considerando que su análisis detenido puede resultar tan abrumadoramente extenso, dada su complejidad, que sobrepasaría los límites y contenido de cualquier trabajo, en éste sólo nos hemos detenido en aquellas cuestiones que encontramos más destacadas, proponiéndonos al respecto averiguar y denunciar, en su caso, si en su actual reglación se hacen presentes las palabras de Zugaldía, por otra parte aplicables a todo el ordenamiento jurídico-penal, y sobre cuya oportunidad y eficacia deben investigar y pronunciarse quienes se consideren, en bien de su siempre posible perfeccionamiento, obligados a dicha tarea: "La consideración de que el ser de la Ley lo da un acto de decisión del intérprete en favor de una determinada posibilidad interpretativa obliga a que el legislador pro-

ceda con sumo rigor técnico a la hora de plasmar legislativamente una determinada regulación —una concreta vía para dar solución a ciertos problemas de la práctica—, fundamentada en sólidas consideraciones políticocriminales. Debe evitarse, principalmente el recurso a fórmulas cuya amplitud, al poder significar absolutamente todo, no digan absolutamente nada” (1).

En primer lugar, y como punto de partida, debe destacarse que como se ha puesto de relieve, el reconocimiento del error, y sobre todo el error de prohibición, obedece, más que a cualquier razón que en otros tiempos se haya invocado, a motivos de orden político y social, que ningún sistema jurídico debidamente garantizado puede desconocer, y tanto más en un Estado democrático y de Derecho, donde como asimismo se ha señalado, la legitimidad de su intervención se halla sometida al principio del reconocimiento a la dignidad de la persona, por lo que la pena solo puede imponerse a un sujeto capaz de respuesta frente al ordenamiento jurídico impuesto (2), en cuanto se hace imprescindible para castigar al individuo, la exigencia de representarse en su conciencia la contrariedad de su conducta con el derecho, en el momento de perpetrarla (3).

(1) Zugaldía Espinar, José Miguel, “El tratamiento jurídicopenal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 15, 1981, p. 511.

(2) Bustos, “El tratamiento del error en la Reforma de 1983: Art. 6 bis a”, en *Control penal y Sistema social*, Barcelona, 1987, pp. 342-343.

(3) Córdoba Roda, Juan, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pp. 19 y ss. Vid. también al respecto Cobo Gómez de Linares, Miguel Angel, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Madrid, 1987, p. 20.

Todo lo cual conlleva como correlato, la valoración de las circunstancias personales de cada sujeto incidentes en el tracto temporal comisivo de un hecho, a fin de evaluar con la mayor exactitud posible la respuesta jurídica que el ordenamiento acuerda a su conducta.

Consciente de ello, el legislador ha ido plasmando sus efectos en fórmulas más o menos afortunadas, hasta llegar a la actual regulación del artículo 6 bis a) (4), cuyo antecedente inmediato es el artículo 20

(4) Véanse al respecto, Huerta Tocildo, Susana, "El error vencible de prohibición en el proyecto de ley orgánica de Código Penal de 1980", en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 12, 1980, pp. 23 y ss.; Zugaldía Espinar, cit., pp. 511 y ss.; y "La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas", en *La Ley*, 1983; Maqueda Abreu, María Luisa, "El error sobre las circunstancias: Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 21, 1983, pp. 699 y ss.; y "El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la Reforma del Código penal de 25 de Junio de 1983", en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 31, 1987, pp. 185 y ss.; Rodríguez Ramos, Luis, "Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal", en *La Ley*, 1980; Mir Puig, Santiago, "El error de prohibición en el nuevo art. 6 bis a) del Código Penal", en *Jornadas de la Universidad de La Laguna*, 1984; *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, pp. 80 y ss.; "Principales reformas de la "parte dogmática" del derecho penal español", en *Estudios de Deusto*, vol. XXXV, Enero-Junio, 1987, pp. 238 y ss.; Torío López, Angel, "El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la 'Teoría de la culpabilidad' ", en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 249 y ss.; "El 'error iuris'. Perspectivas materiales y sistemáticas", en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976, pp. 315 y ss.; y "Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal", en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Colección de Criminología y Derecho Penal, dirigida por M. Cobo del Rosal, San Sebastián, 1983, pp. 95 y ss.; Córdoba Roda, cit., pp. 121 a 125 y ss.; Romeo Casabona, Carlos, "El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980", en *Anuario de Derecho Penal*, 1981, pp. 739 y ss.;

del Proyecto de Código penal 1980, y en la que aun cuando es evidente la buena intención legislativa de ofrecer la mejor solución posible a este problema, no se halla sin embargo exenta de inconvenientes, como sucede asimismo con la que podría ser su futura regulación, contenida en la PANCP, cuya redacción, aun no siendo igual a la vigente, presenta elementos comunes problemáticos, y por ello gran parte de las objeciones hechas a la actual le son transferibles.

En cuanto al contenido del artículo 6 bis a) CP, y su correlativo 17^o de la PANCP, empezaremos destacando que las expresiones "el error invencible..." o "la creencia errónea e invencible" ... "excluye la responsabilidad criminal", nos parecen técnica y dogmáticamente redundantes, pues habiéndose proclamado en el artículo 1^o CP, y en su correlativo 14^o de la PANCP, que solamente pueden considerarse como infracciones, y por tanto susceptibles de generar responsabilidad criminal, los comportamientos dolosos

Quintero Olivares, Gonzalo y Muñoz Conde, Francisco, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 38 y ss.; Bacigalupo, Enrique, "La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal de 1980", en *La Ley*, 1981; y "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición", en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. I, Madrid, 1985, pp. 53 y ss.; Bustos Ramírez, Juan, "El principio de culpabilidad en el Anteproyecto del nuevo Código penal", en *Documentación Jurídica*, Enero-Diciembre, 1983, tomo I, pp. 81 y ss.; y "El tratamiento...", cit.; Muñoz Conde, Francisco, "La creencia errónea de estar obrando lícitamente", en *Estudios penales y Criminológicos*, 1987, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 253 y ss.; Cobo Gómez de Linares, cit.; Cuéllero Contreras, Joaquín, "La teoría de la culpabilidad y el error de prohibición (La Reforma del CP. de 25 de Junio de 1983, algunos años después)", en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 32, 1987, p. 279; Morillas Cueva, Lorenzo, "La culpabilidad en la Reforma del Código penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n^o 4, 1984, pp. 81 y ss.

o culposos, siendo así que el error esencial invencible lo excluye, no es preciso insistir en ello.

Y como notas genéricas, cabe señalar que los dos primeros párrafos configuran el error de tipo, y el tercero el error sobre la prohibición.

Se habla también de error "vencible" e "invencible", aludiéndose así a las posibilidades del sujeto para evitar su incidencia. El problema es, como se ha señalado, que para determinar en cual de ellos se halla el sujeto en el caso concreto, el Derecho Penal solía tomar como referencia, a falta de mejores soluciones, al "hombre medio", que resulta, por definición, la antítesis del "hombre concreto", y cuyo hipotético comportamiento sin embargo era tomado como expresión de lo realizable por cualquiera, y en base al cual se medía el del individuo en particular, siendo así que, por lo común, éste era absolutamente contradictorio con la generalidad de las personas (5).

Quizás haciéndose eco de tal paradoja, la fórmula actual ha intentado salvarla, señalando que la vencibilidad del error debe juzgarse en base a las "circunstancias del hecho y a las personales del autor", siendo determinante para evaluar la infracción o no del cuidado exigible, la capacidad del individuo, situado en la perspectiva concreta de la realización del hecho. En cambio, no sucede así en la PANCP, donde simplemente se habla de error vencible e invencible, sin entrar en consideraciones al respecto, por otra parte innecesarias en cuanto a formularse explícitamente.

Advertimos también el concierto existente, aunque

(5) Así, también: Quintero - Muñoz Conde, cit., p. 46; Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1986, pp. 388-389 y 409.

lógicamente por motivos opuestos, en los efectos del error invencible del tipo y de la prohibición, y del error vencible sobre el tipo (pues las soluciones, en general, coinciden en los resultados, aun partiendo de diferentes ópticas), constituyendo el punto cardinal divergente de las distintas teorías, como es sabido, el error de prohibición vencible.

Tras esta breve introducción y centrándonos ahora en el error de tipo, cabe señalar que en cuanto a su contenido, las hipótesis contempladas son las siguientes (6):

— error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción, que descarta la responsabilidad criminal. Aquí el error comporta la desaparición del dolo y de la culpa, suponiendo esto desde una determinada sistemática la atipicidad de la conducta por inexistencia de tipo doloso o culposo; y la exclusión de las formas de culpabilidad, para otra, lo cual determina que el comportamiento realizado es típico y antijurídico, pero no es culpable y por tanto, no atribuible a su autor. Ambas teorías coinciden en exonerar la responsabilidad criminal, pero no así la responsabilidad civil, para la teoría en último lugar citada.

Sin embargo ha de hacerse notar, que de aceptarse

(6) Cfr. para el tema, entre otros y sin pretensiones de exhaustividad: Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1985, pp. 209 y ss.; Bacigalupo, *El error...*, cit., pp. 63 y ss.; Octavio de Toledo, Emilio y Huerta Tocildo, Susana, *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1986, pp. 143 y ss.; Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría Jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1987, pp. 220 y ss. Sobre el tratamiento de otras hipótesis más complejas, cuyo análisis excede de los propósitos de este trabajo, ver su comentario en Torío López, *Error de tipo...*, cit., pp. 100 y ss., además de en las obras de los autores citados.

esta última posición, iría en disfavor del sujeto, ya que entre otras consecuencias jurídicas, deriva responsabilidad civil en su contra, y dicho resultado no nos parece de recibo, por lo que entendemos que, en realidad, debe seguirse estimando causa de exclusión del tipo por los partidarios de la primera teoría, o bien reconvertirla en causa de justificación quienes se abonen a la segunda.

Como argumentos para la última solución, aducimos desde una perspectiva fundamentalmente de justicia material al par que político-criminal, que quien incurre en esta clase de error, invenciblemente, es decir que ni aun poniendo toda la diligencia necesaria en el caso concreto, y situado además en una representación *ex-ante*, puede marginar su incidencia, debe quedar exento de toda responsabilidad, ya que el mismo Derecho, al acordarle el carácter de "insuperable" reconoce que al autor no le cupo la posibilidad de superarlo, y en consecuencia, mal puede atribuirle, exigiéndole además resarcimiento civil por ello, un hecho realizado en tales condiciones. Por tanto, la lesión del bien jurídico ha de permitirse, ya que el sujeto careció de recursos apropiados para soslayar su error. Y al Derecho le corresponde permitir lo que no puede evitar, estructura ésta de conflicto, propia de toda causa justificante. En este sentido pueden traerse a colación las palabras de Gimbernat, referentes a que en determinadas situaciones, como es lógico, el Derecho penal "no quiere" oponerse, aunque "podría" hacerlo, a la lesión de bienes jurídicos realizada por un comportamiento que ha de ser declarado conforme a Derecho, en cuanto que éste debe desistir de la imposición de una pena sobre él, renun-

ciando a motivar su no comisión mediante ella, en aras, precisamente, de lo especial de las situaciones aludidas; ya que de otra parte, en modo alguno tal conducta ha tratado de infringir un bien jurídico, ni de actuar en contra del Derecho, sino que por el contrario, creía desenvolverse en identidad con él (7).

También en estrecha relación con lo dicho, otra posibilidad proviene de la función preventiva llamada a cumplir por la norma penal, y relativa al error de prohibición, pero que puede sin inconveniente reproducirse en el error de tipo. Al respecto plantea Mir que la misión del Derecho penal, en un Estado social y democrático de Derecho, consiste en la protección de bienes jurídicos, lo cual realiza a través de la motivación de la norma, por cuanto sólo pueden prohibirse aquellos comportamientos capaces de ser prevenidos mediante la motivación. Esto implica, por parte del sujeto, la posibilidad de conocer que se encuentra frente a un bien protegido por el Derecho, pues de lo contrario, no puede sentirse motivado a eludir su infracción. Además, la calificación de "bien jurídico" no desaparece aun cuando en ciertos supuestos concretos, por ejemplo ante la concurrencia de una causa justificante, el Derecho penal autorice su lesión, pues como se advierte, el carácter jurídico de un bien no se opone a que en determinadas hipótesis, y frente a razones de superior importancia, como es la protección de algunos intereses contrapuestos a bienes jurídicos, y como es la imposibilidad de la motivación, su infracción no revista la cualidad de antijurídica.

(7) Gimbernat Ordej, Enrique, "El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, pp. 162 y ss.

Asimismo, y a mayor abundamiento, aunque el Derecho penal podría hacerlo si quisiera, no siempre prohíbe algunas conductas portadoras del riesgo de producir error invencible en el sujeto, precisamente en atención al margen de peligro inherente al desenvolvimiento del tráfico social; lo cual determina, en último término, que la impunidad del hecho realizado por el sujeto, al que la norma no ha podido motivar por hallarse en error invencible, obedece a una decisión del Derecho fundamentada en móviles de política criminal, por estimar preferible admitir ciertos comportamientos que arriesgan bienes jurídicos, en aras de una mayor fluidez en la vida comunitaria. Lo hace, por tanto, en base a un "interés preponderante", razón nuclear en la consideración del error invencible como causa de justificación; no existiendo, además, posibilidad de conocer la prohibición, condición aquella de la antijuricidad, tampoco puede existir ésta. Se descarta así la existencia del propio injusto (8).

Por todo lo cual entendemos que la aplicación al sujeto de cualquier consecuencia jurídica ha de parecer indebida, incluso la responsabilidad civil, pues si ésta, además, se fundamenta en la idea de la reparación, debe considerarse que si en este caso el Derecho autoriza la infracción del bien jurídico de que se trate, no puede, posteriormente, exigir reparación por algo que previamente ha permitido realizar.

De ahí que el error invencible sobre el tipo pueda merecer, para quien así lo estime, la condición de eximente de antijuricidad.

(8) Mir Puig, *Función...*, cit., pp. 80 y ss., y *Derecho penal*, cit., pp. 543-544.

— Otro supuesto es el error invencible sobre un elemento agravatorio de la pena, que excluye la agravación. Su fundamento estriba en que al tratarse de elementos incidentes en la gravedad del hecho realizado, pero no en su esencia, su desaparición conlleva la de la agravación, pero no determina la total irresponsabilidad criminal, pues el delito en sí permanece.

— Y por último, se establece el error vencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal. Al tratarse de una situación que permite la vencibilidad del error, lógicamente se excluye el dolo, bien como parte del tipo o como forma de culpabilidad, según la perspectiva dogmática de que se parta; pero subsiste siempre la imprudencia. De ahí que si la estructura de la infracción lo posibilita, será castigada como culposa.

En cuanto a su naturaleza, las razones aducidas para su calificación, según las posiciones dogmáticas sustentadas de partida, al tratar el tema para el error esencial invencible, como es lógico no tienen cabida aquí en su consideración de causa justificante.

Tras este resumen de las posibilidades subsumidas en el error de tipo, vamos a comentar, sin pretensiones de exhaustividad, algunas de las objeciones más descolantes que se han hecho por parte de la doctrina, a la redacción legal de esta clase de error (9).

(9) Cfr. en general estas objeciones, en: Bacigalupo, "La distinción...", cit., y *El error...*, cit., pp. 65 y ss.; Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1987, pp. 558 y ss.; Octavio de Toledo - Huerta, cit., pp. 142 y ss.; Hernández Guijarro, José Julián, en el libro de José Antón Oneca, *Derecho penal*, Madrid, 1985, 2ª edic. anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, pp. 242-243; Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 96 y ss.; Cuello Contreras, cit., pp. 280 y ss.

Así por ejemplo, se señala que la demarcación entre error de tipo y de prohibición no es todo lo nítida que debiera, y especialmente en algunos temas (10), pues por citar sólo algunos de los ejemplos más relevantes, la expresión "elemento integrante de la infracción penal" referida al párrafo primero, es decir al error de tipo, supone, desde una terminología jurídica ya acuñada por el uso, que "infracción penal" entraña una acción infractora de una ley, siendo tal relación contradictoria la base de la antijuricidad, descrita en el párrafo tercero como error de prohibición; pero como esta ilicitud constituiría un "elemento integrante de la infracción", consecuentemente los errores de prohibición del párrafo tercero quedan abarcados por el error de tipo del párrafo primero.

A su vez, el párrafo tercero no sólo incluye errores de prohibición, ya que la expresión "creencia de estar obrando lícitamente", sustituida en la PANCP por "el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal", puede ir referida a las eximentes putativas, a la ignorancia sobre la prohibición o el mandato, a quien estima equivocadamente que su proceder está justificado, siendo así que el Derecho no lo acuerda en tal sentido, y también al sujeto que yerra sobre los elementos del tipo, pues al mismo tiempo lo hace sobre la licitud de su conducta, en cuanto cree actuar conforme

(10) De hecho es siempre difícil esta delimitación, y especialmente en algunos temas, como los controvertidos elementos normativos del tipo, tema este que por su complejidad no puede ser abordado aquí. Vid. al respecto: Quintero Olivares, cit., pp. 342-343; Muñoz Conde, cit., pp. 317 y ss., en especial; Busto Ramírez, "El tratamiento...", cit., pp. 347-349.

a ley. Por tanto, en el párrafo tercero no sólo se contiene el error de antijuricidad, sino también de tipo, o dicho en otras palabras, tal y como permite la descripción, también el error de tipo puede, en ocasiones, excluir la antijuricidad (11).

Resulta asimismo poco afortunado el término "esencial" aplicado a elementos integrantes de la infracción o que agravan la pena, pues genera problemas como el derivado por el requisito de "elemento esencial de agravación" (12), que produce la duda acerca de la existencia de otros componentes del tipo de carácter no esencial, diferentes a los que agravan la pena; al par que revitaliza la polémica mantenida

(11) Con razón dice Torío López que "el término infracción funciona diversificadamente en el sistema penal. En el artículo 6, por hacer referencia únicamente a esta disposición de carácter fundamental, infracción es el total delito (o falta), es decir, la totalidad de elementos constitutivos de una figura de delito determinante de la pena concreta", en *Tipo...*, cit., p. 106; e igualmente señala Maqueda Abreu, precisando aun más sobre este tema, que el término "infracción penal" puede entenderse tan amplia o restrictivamente como quiera el intérprete, al par que señala que tal ambigüedad en la fórmula hace aun más palpables sus efectos en la confusa trayectoria seguida en sus decisiones al respecto por el Tribunal Supremo, en "El error...", cit., pp. 701-702, y reiterado en "El principio...", cit., pp. 249 y ss.

Todo lo cual en mayor grado puede predicarse, a nuestro parecer, de la expresión "hecho constitutivo de la infracción penal" utilizado en la PANCP.

Otros autores, sin embargo, no participan de esta objeción, al entender que dicho término se refiere clara y exclusivamente al error de tipo. Así: Cuello Contreras, cit., p. 280; Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 96 y ss. A nuestro parecer, aunque efectivamente la fórmula "infracción penal" se halla referida al tipo, las críticas que se le hacen son válidas.

(12) De "incorporación apresurada e inmotivada" lo califica Maqueda Abreu, en p. 703, y de "distinción sin sentido", en p. 718, en "El error...", cit. Véase asimismo la crítica que sobre este punto hace Torío López, en *Tipo...*, cit., pp. 105 y ss.; y los comentarios de Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 100 y ss.

sobre la diferenciación de las circunstancias, lo cual dificulta, entre otras cosas, proporcionar un criterio coherente en orden a satisfacer esta exigencia del precepto, que sirva para la determinación de cuando concurre o no un elemento esencial de agravación, o cuando la incorporación de una circunstancia a un tipo básico significa la configuración de un tipo autónomo, con lo cual ya no son meras circunstancias, sino elementos esenciales del tipo, y que debe resolverse, en la medida de lo posible, completando el análisis y sentido de las normas, con criterios adecuados de Política Criminal y de Dogmática jurídica (13).

A ésto se añade también el que la conciencia de la ilicitud va referida a la prohibición, y sin embargo forma parte de lo exigido en el error de tipo, por tratarse de un componente esencial en la infracción, con lo cual aumenta el confusionismo. Por todo ello, creemos que las críticas formuladas a este respecto son perfectamente acogibles, pues la palabra resulta inadecuada. Defecto éste que, por el contrario, se halla subsanado en la PANCP, donde se prescinde de dicho término (14).

Faltan sin embargo, tanto en la actual redacción

(13) Respecto a los presupuestos de esta polémica, y de criterios relativos a soluciones para el tema, pueden verse, entre otros: Maqueda Abreu, "El error...", cit., pp. 705 y ss.; y "El principio...", cit., p. 256, nota 188, in fine; Torío López, *Tipo...*, cit., pp. 110-111; Bustos Ramírez, "El principio...", cit., pp. 88 y ss.; y "El tratamiento...", cit., pp. 345 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal*, cit., p. 361; Muñoz Conde, cit., pp. 306 y ss.; Sainz Cantero, José Antonio, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, III, Barcelona, 1985, p. 87; Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1985, pp. 314 y ss.

(14) Véase un comentario más detallado sobre el tratamiento que el tema recibe en la PANCP, en: Cerezo Mir, cit., p. 349.

como en la PANCP, la necesaria mención al error vencible sobre los elementos de agravación y sobre las circunstancias atenuantes, que también la modifican, y a cuyos efectos el texto ha omitido inexplicablemente referirse (15).

Otra expresión poco acertada se halla en el párrafo segundo, "la infracción será castigada en su caso, como culposa", significando que el comportamiento realizado bajo error de tipo vencible podrá sancionarse como imprudente, si tal hipótesis existe para el tipo penal de que se trate, pues no siendo así, su realización culposa queda impune. Pero como el artículo 565 permite, al menos en teoría, esta posibilidad en casi todos los tipos, no se sabe a ciencia cierta cual es el sentido y amplitud con que se entiende deben operar ambos preceptos, al ponerse en relación (16). Por

(15) Consciente de la problemática que el tema suscita, propone Maqueda Abreu, de "lege ferenda", la elaboración de una normativa para el error sobre dichas circunstancias, en "El error...", cit., p. 718.

Se manifiesta también al respecto críticamente; Hernández Guijarro - Antón Oneca, cit., p. 243; Bustos Ramírez, "El tratamiento...", cit., pp. 345 y ss.

Parecidamente, aunque referido al Proyecto de 1980, si bien las equivalencias con la fórmula actual permiten atribuirle sus conclusiones; Romeo Casabona, cit., pp. 762 y ss.

Sobre el tratamiento dispensado por la PANCP, véase: Cerezo Mir, cit., p. 318; Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 230 y ss.; Morillas Cueva, cit., pp. 112-113.

(16) Con razón dice Torío López del artículo 565, que ha dejado de ser una garantía al principio 'nullum crimen sine lege', para convertirse en una cláusula cuya excesiva generalidad determina un alto grado de imprecisión en sus presupuestos, y en donde la configuración de la imprudencia temeraria o antirreglamentaria constituye frecuentemente "más que un problema valorativo, una cuestión de azar", en *El error iuris...*, cit., p. 335. Llama la atención también sobre la contradicción que implica dicho artículo y la nueva regulación del error: Cobo Gómez de Linares, cit., p. 98.

eso se advierte que su contenido viene dado por la posibilidad antedicha, y también porque, señalan algunos autores, el precepto quiere dejar explicitado que aun cuando no quepa responsabilidad criminal por imprudencia en ese tipo concreto, puede no obstante generarse cuando ese mismo comportamiento haya ocasionado imprudentemente un tipo distinto (17); precisión que no deja de resultar oportuna, si bien el sentido del texto permite advertirlo con cierta claridad.

Asimismo, el párrafo trata por igual al error de tipo constituido por elementos esenciales como por circunstancias agravantes, sancionando la infracción como culposa "en su caso", a lo cual debe advertirse que, una vez realizados dolosamente los elementos esenciales del tipo, el error vencible sobre las circunstancias agravantes no puede transformar en imprudente un hecho realizado con dolo.

Como resumen, puede decirse con referencia al error de tipo, que estas y otras muchas objeciones cabe aducir al precepto actual y a la PANCP, aun cuando también tienen de oportuno que su redacción, a pesar de todo, obvia un gran número de discusiones y disensiones en su torno.

Otro aspecto a destacar es, la problemática del error superable de prohibición, referido a la valoración de una conducta frente al ordenamiento jurídico, y cuyo núcleo se forma tanto por la significación antijurídica del hecho realizado como por su legitimidad para efectuarlo; temática ésta donde en mayor grado inciden las divergencias sobre su naturaleza, puesto que se acrecienta la dificultad, a veces ya de

(17) Así, Octavio de Toledo - Huerta, cit., p. 144.

por sí grandemente apreciable, para delimitar entre ambas clases de error, en algunos supuestos, como en su momento expusimos al hablar del error de tipo; y que no es más que un reflejo de la dificultad en la realidad práctica, pues aun cuando en el plano teórico las diferencias existentes pueden acortarse, no sucede en igual forma en la vida común, donde las sutilezas intelectuales hacen que la realidad pierda, en ocasiones, su exactitud de límites y contenido.

También se imponen aquí algunas precisiones, si bien evitando honduras excesivas, como se ha dicho, por rebasar las árduas discusiones en su torno los límites de este trabajo (18).

Partimos para su análisis, primeramente de significar qué se entiende por "error de prohibición", según los supuestos que dotan de contenido a este precepto, y que son los siguientes (19):

—desconocimiento de la existencia de la prohibición o mandato;

—apreciación errónea del alcance de la norma imperativa o prohibitiva. Recientemente, y con una muy atractiva exposición de su parecer, ha hecho hincapié Muñoz Conde de la eventualidad de aplicar este apartado no solamente en situaciones de creencia "errónea", sino también de creencia "diferente" por parte

(18) Como sus efectos sobre la responsabilidad criminal, tanto en la actualidad como en la PANCP son idénticos, aunque cambien algunas notas en su configuración, pueden atribuirse a esta última los comentarios realizados, en todo lo que de común tienen.

(19) Cfr. para el tema, entre otros, y sin pretensiones de exhaustividad: Bacigalupo, en "El error...", cit., pp. 78-79; Octavio de Toledo-Huerta, cit., pp. 312 y ss. Para el tratamiento de algunos supuestos más conflictivos: Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 189 y ss.

del sujeto con respecto al alcance de la norma, por cuanto aunque conoce su existencia, la considera injusta y por ello no vinculante. Así, por ejemplo, en una sociedad que pretenda ser democrática y pluralista, y por ello accesible, ante la coexistencia en su seno de distintos y a veces contradictorios sistemas de valores, a una cierta discrepancia del destinatario de la norma con respecto a ella, puede solucionarla, de ser factible, y en base al principio de intervención mínima, por otros sistemas distintos a la represión penal. Pero de no ocurrir así, y caso de que la propia estructura del ordenamiento jurídico se decante por la penalización de cualquier discrepancia, incluso cuando ésta fuese legítima, debe admitirse, en concordancia con el espíritu del precepto, y dejando aparte estrictas interpretaciones literales, la mencionada posibilidad de creencia "diferente" (20).

—suposición de la presencia de una causa de justificación que, en realidad, el ordenamiento jurídico no prevé como tal;

—creencia sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación, prevista como tal en el ordenamiento jurídico, referible a la situación concreta del sujeto. Esta última hipótesis es contestada por algunos autores, que piensan debe estimarse como error de tipo, y aplicarle por tanto sus normas (21).

Llevan razón sin embargo, a nuestro parecer, quie-

(20) Muñoz Conde, cit., pp. 333 y ss.

(21) Cfr. sobre la polémica: Bacigalupo, en "El error...", cit., pp. 55-56; Zugaldía Espinar, cit., pp. 577 y ss.; Muñoz Conde, cit., pp. 306 y ss.; Bustos Ramírez, "El tratamiento...", cit., pp. 344 y ss.; Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 189 y ss.

nes señalan que el legislador la ha incluido dentro del error de prohibición, bajo el cual unifica todos los supuestos en que el autor cree obrar lícitamente, y ahí debe permanecer, pues como se ha puesto de relieve, equiparar causas de justificación putativas con reales, puede originar una confusión indebida entre antijuricidad y culpabilidad, al subjetivizar en exceso el carácter objetivo de la antijuricidad, y sin olvidar que por añadidura, se propicia el indeseable efecto de desproteger unas víctimas que no tienen porqué soportar errores ajenos, por muy disculpables que sean, privándolas incluso del derecho al resarcimiento civil (22).

Pero no obstante debe precisarse que, desde la perspectiva de la aplicación de la pena, al sujeto puede favorecerle en mayor grado la estimativa de error de tipo, por cuanto en base a él, y entre otras consecuencias, el error vencible hará que su delito, si así fuera posible, se castigue culposamente; mientras que si se trata de un error de prohibición, deberá atenerse a lo prescrito en el artículo 66.

Ante ello, y tomando como ejemplo la realización de un homicidio realizado bajo el supuesto de que hablamos, será castigado con la pena básica de reclusión menor, y partiendo de ella, conforme al artículo 565 le correspondería preceptivamente, la de prisión menor, si se estima error de tipo. En cambio, si se trata de un error de prohibición, la pena también podrá ser de prisión menor, si así lo acuerda facultativamente el Tribunal, ya que en base al artículo 66 lo único preceptivo es la rebaja, pero resulta facultativo el

(22) Así: Bacigalupo, en "La distinción...", cit.; Zugaldía Espinar, cit., pp. 517 y ss.; Muñoz Conde, cit., pp. 308 y ss.

que sea uno o dos grados. Y suponiendo que el Tribunal acuerde bajar un solo grado, quedaría en prisión mayor, siendo entonces desfavorable al reo su apreciación. Por tanto, aun contando con que los jueces se sensibilicen al problema, y concedan siempre la rebaja en dos grados, no deja de generarse una situación de inseguridad para el reo, al menos en teoría, lo cual nunca es deseable.

Para solventarlo, se propuso por algunos autores, en un momento anterior a la nueva regulación, si bien puede mantenerse en la actualidad —aunque de “*lege ferenda*”, pues no procede de este modo el Código— que caso de estimarlo error de prohibición, una solución alternativa consistiría en permitir al juez la exclusión de la punibilidad bajo ciertas condiciones, en algunos casos en que la aplicación de la norma deviniera rigurosa en exceso (23).

Con respecto a la interpretación a utilizar aquí del término “vencible”, se entiende como la posibilidad del sujeto de percibir la antijuricidad de la situación en que se ha conducido. Para decidir que la tiene, cabe preguntarse, o mejor dicho, comprobar, si le es asequible el conocimiento de la prohibición de tal conducta, es decir, que pueda entenderla y actuar en conformidad a ella, para lo cual debe poseer una capacidad suficiente de imputabilidad, así como tener a su alcance medios adecuados de acceder a tal conocimiento. Todo lo cual, como se ha manifestado, de-

(23) Así, por ejemplo, Bacigalupo, en “La distinción...”, cit. Si bien va referido al artículo 20 del Proyecto de 1980, sus conclusiones nos parecen actualmente válidas.

be comprobarse antes de responsabilizarle o no del error (24).

Por tanto, habrá inevitabilidad en el error de prohibición, cuando el autor, en base a la idoneidad de su capacidad intelectual, ha podido conocer, al menos potencialmente, lo injusto de su comportamiento —presupuesto psicológico— y al mismo tiempo ha tenido la opción de proceder, aprovechando las posibilidades que su conocimiento le suministraba —presupuesto normativo— en forma diferente a como lo ha hecho, es decir, de conducirse, en base a su conocimiento, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Posibilidad ésta de otro comportamiento, que no debe ser confundido con el “poder actuar de otro modo”, en base al “libre albedrío, pero que supone, siguiendo a Gimbernat, que frente al error de prohibición invencible, la pena carece de sentido al no poder cumplir la misión de motivar al sujeto a la evitación del delito, por cuanto desde un criterio de prevención especial, no puede vigorizar su voluntad de conducirse ordenadamente, ni reforzar la prohibición de cometer el delito, ya que éste ni ha despreciado la prohibición ni necesita reforzar su voluntad

(24) Esta comprobación y posterior juicio sobre la inevitabilidad del error, que deben ser efectuados, lógicamente, por el juez, no significan que el juez haya podido comprobar si el sujeto hubiera podido comportarse de otra manera, en el sentido de constatar su “libre albedrío” en dicho caso, ya que como acertadamente expresa Gimbernat Ordeig, en “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en *Estudios...* cit., p. 141, esta tarea excede “el límite de las posibilidades humanas”, sino que en definitiva, y como señala Cobo Gómez de Linares, cit., p. 181, constituye el “producto de los criterios aportados por el legislador, interpretados de acuerdo con las circunstancias concurrentes. La actividad en ambos momentos —legislativo y judicial— es a su vez producto de la tensión —o interrelación— entre los factores psíquicos del autor y las expectativas normativas de la ley penal”.

de actuación conforme a Derecho, pues nunca le han faltado, sino que por el contrario ha creído en todo momento proceder jurídicamente. Y desde una óptica de prevención general, en nada disminuye tampoco los efectos de la pena frente a quienes no incurren en tal error inevitable, pues son conscientes de la ilegalidad de su comportamiento, y de que caso de efectuarlo, ellos sí serán castigados.

En cambio, por el mismo motivo y a “contrario sensu”, puede explicarse porqué el error evitable de prohibición, no excluye la responsabilidad, y el fundamento reside, dando la vuelta a los anteriores argumentos, en que además de lo manifestado se advierte que esta clase de error se presenta cuando el sujeto tiene dudas sobre la prohibición de su conducta, y debe por ello cerciorarse antes de realizarla, para poder quedar impune (25).

Ahora bien, este deber de “cerciorarse” al que alude Gimbernat, no debe confundirse, sin más, como señalan algunos autores, con el deber de “informarse” solamente, ya que —dice Bacigalupo— no siempre es posible determinar que si el autor se hubiera informado, habría obtenido el conocimiento exacto de la contradicción de su comportamiento con el orden jurídico. Por ello se requiere también, que haya tenido razones para preocuparse y reflexionar sobre la posible antijuricidad de su conducta. Así, la evitabilidad del error depende, en resumen, de que el sujeto haya podido conocer la antijurici-

(25) Gimbernat Ordeig, “El sistema...”, cit., pp. 150-151. En el mismo sentido: Gómez Benítez, cit., p. 487; Bacigalupo, Enrique, *Principios de Derecho Penal. II. El hecho punible*, Madrid, 1985, p. 107. Crítica en cambio ciertos puntos de este parecer: Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, pp. 43-44.

dad de su proceder, en base a la reflexión, es decir, mediante "un esfuerzo en su conciencia" (26) para advertir su adhesión al Derecho, y mediante la información, que consiste en la utilización de las fuentes apropiadas para ello, supuestos los medios adecuados y la exigibilidad del recurso a éstos (27); o como también concreta Cobo Gómez de Linares, el juicio de evitabilidad versa, en definitiva, sobre el hecho de que el sujeto haya empleado todas las concretas posibilidades con que cuenta para acceder al conocimiento sobre la prohibición (28).

Por todo ello, declaramos nuestro acuerdo con Huerta, al señalar que "tiene razón Rudolphi cuando dice que la reprochabilidad del error vencible de prohibición no se basa en que el autor haya lesionado o no un deber jurídico, sino en algo previo: en que no ha utilizado su capacidad de conocer lo injusto de su conducta. El que con ello lesione o no un deber jurídico es algo sobreañadido y por lo tanto, carente de interés a efectos de fijar el concepto de evitabilidad del error" ... y continúa, como colofón: "para fundamentar positivamente el juicio de evitabilidad

(26) Participamos de la interpretación que a este término "esfuerzo de la conciencia" otorga, siguiendo a Rudolphi, Cobo Gómez de Linares, cit., p. 184, en el sentido de que la conciencia no es "fuente del conocimiento de la antijuricidad", sino que como máximo puede posibilitar con su "voz" el acceso al auténtico fenómeno de conocimiento", en concordancia con lo que como también el mismo autor señala, en p. 174, " 'no informarse' no es ningún error *atqñ*" (la cursiva es nuestra).

(27) Bacigalupo, en "El error...", cit., pp. 83 y ss.; y "Principios...", cit., pp. 106-107.

(28) Cobo Gómez de Linares, cit., p. 175. Vid., también, del mismo autor, más extensamente sobre criterios de vencibilidad del error, pp. 176 y ss.

únicamente son decisivas las capacidades individuales del autor concreto" (29).

Llegados a este punto, y en base a todo lo dicho, parece oportuno comentar una de las cuestiones más importantes del error sobre la prohibición: la determinación de su naturaleza. A este respecto los criterios pueden dividirse, fundamentalmente, entre su estimativa como causa de exclusión del injusto, para unos; de inculpabilidad, para otros; y en este último apartado también se representa, más concretamente, como de inexigibilidad de la conciencia de la antijuricidad.

Como autor característico de la primera posición citaremos a Mir, cuya fundamentación aducida al tratar la cuestión en el error de tipo, creemos innecesario reproducir aquí, por lo cual nos limitaremos a añadir algunos otros razonamientos de interés. Así, partiendo el autor de la premisa de que la función preventiva de la norma, en un Estado social sólo puede alcanzarse mediante la motivación del sujeto a la no infracción de bienes jurídicos, y siendo requisito ineludible para la motivación, y consecuentemente para la desvaloración como antijurídico de su comportamiento, que el sujeto conozca o pueda conocer que se encuentra ante un bien jurídicamente protegido

(29) Huerta Tocildo, cit., p. 25, nota 10. Al declarar nuestro acuerdo con este criterio no queremos pasar por alto el hacemos eco asimismo de la puntualización a que lo somete Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 169-170, quien advierte que tales afirmaciones de Rudolphi suponen una base para justificar un reproche culpabilista al individuo, lo cual es rechazable desde posiciones preventivistas de la pena. No obstante, y como el mismo Cobo Gómez de Linares señala, dicho criterio resulta aceptable si se le reutiliza superando el mencionado inconveniente. Vid. también al respecto, del mismo autor, pp. 171 y ss., sobre el tema.

do, cuando esto no suceda, desaparece también consecuentemente, lo ilícito de su comportamiento en concreto, aun cuando en abstracto, es decir, frente a la generalidad de las personas, y en otras circunstancias en que no concurra error, dicha ilicitud permanezca. Pero como para que una conducta sea declarada antijurídica, es preciso que el Derecho pueda y desee prohibirla en su concreta aparición, y tal cosa no sucede en el supuesto que comentamos, es claro que para el Derecho la conducta no puede ser antijurídica, en cuanto no puede pedirse mayor cuidado a quien se encuentra en tales situaciones. De ahí que, en resumen, el desconocimiento de la antijuricidad de una conducta excluya su ilicitud (30).

Con respecto a la segunda, Gimbernat señala como planteamiento inicial, que lo característico del error de prohibición es poner en entredicho el mecanismo inhibitorio de la norma frente a algunas conductas, por cuanto habiéndose ignorado por su autor la amenaza de pena que sobre ellas pesa, no ha tenido conciencia, lógicamente, de que podía hacerse acreedor a tal consecuencia, con lo cual y como se evidencia desde una óptica preventivista de la pena, esta carece de sentido al no poder cumplir la misión de motivar, razón para la que ha sido decretada, al sujeto, en cuanto que pertenece a un grupo determinado de individuos inaccesibles a su motivación, pues al desconocer la prohibición no han podido dejarse influir por ella (31).

(30) Mir Puig, "Función...", cit., pp. 80 y ss.

(31) Gimbernat Ordeig, "El estado de necesidad...", cit., pp. 150 y ss.

Y este grupo se halla comprendido en el sector de la culpabilidad, no de la antijuricidad, ya que su conducta, a pesar de la inmotivabilidad del sujeto concreto, ha sido prohibida de manera general, es decir, frente a todos, por cuanto así lo quiere el Derecho. Se trata, por tanto, de una cuestión que “afecta al querer”. Esto explica que las eximentes de antijuricidad tengan sentido con respecto a ataques contra bienes jurídicos, pues “el Derecho penal no quiere —a pesar de que podría— oponerse a esas lesiones”. También aquí, se renuncia a la imposición de una pena, advirtiéndose que aun cuando resultaría su aplicación idónea para combatir estos comportamientos lesivos de bienes jurídicos, el Derecho penal “no quiere combatirlos en absoluto”. En cambio, debe recordarse que “el mecanismo inhibitorio del Derecho tiene también sus límites”, representado en este caso por el sector de la culpabilidad, en donde, a diferencia del anterior, se trata de una cuestión que afecta “al poder”, y donde existe un sector de personas, entre las que cuentan quienes actúan bajo error de prohibición, en las cuales y por las características señaladas, el Derecho penal no puede combatir sus comportamientos, que siguen estando prohibidos de manera general, aunque quisiera hacerlo, si pudiera, contrariamente a la situación anterior, donde no solamente es que el Derecho penal no puede, sino que, de entrada, no quiere hacerlo (32).

Finalmente, y como representante del tercer grupo de opinión, Bustos estima que el problema de la

(32) Gimbernat Ordeig, “El estado de necesidad...”, cit., pp. 162-163.

creencia errónea gira en torno a que debe establecerse si la conciencia del sujeto es o no coincidente con la que el Derecho ha tomado como base para después relacionarla con el injusto concreto, ya que puede ocurrir que dicha conciencia se halle diferentemente configurada respecto de ese injusto concreto, ante la concurrencia de ciertos factores sociales, jurídicos, o personales, en definitiva, de vivencias del sujeto. Ante ello, el Derecho se encuentra ante una causa de inexigibilidad de una determinada conciencia, es decir, de una conciencia diferente y coincidente entre la del sujeto y la que sirvió de base al injusto, porque aun cuando dadas las capacidades del sujeto le era posible llegar a comprender el injusto, dicha coincidencia no resulta posible por interferencia de los factores personales señalados. Todo lo cual es graduable, según el caso concreto. Por tanto, se trata de una causa de inexigibilidad de la conciencia del injusto (33).

A nuestro parecer, y por cuanto compartimos los razonamientos de Gimbernat, se trata de una causa de inculpabilidad (34), al excluirse la conciencia de

(33) Bustos Ramírez, "El tratamiento...", cit., pp. 360-361.

(34) Vid. sobre el tema: Octavio de Toledo - Huerta, cit., pp. 390 y s.

En relación con todo lo manifestado, debemos señalar en cuanto a las críticas de algunos autores, como por ejemplo Cobo y Vives, cit., p. 417 y nota 20 y Bustos Ramírez, "El tratamiento...", cit., pp. 356-357, de que admitir la mera potencialidad del conocimiento, en vez de su actualidad, supone una ficción quebrantadora del principio de culpabilidad, que a nuestro juicio resultan excesivas, pues si se considera que el sujeto "pudo" y "debió" "conocer" algo adecuadamente, si no lo hizo siendo así que "era esperable" de él lo contrario —e insistimos en que dichas palabras se utilizan libres de contenido "culpabilista", según pusimos antes de manifiesto— no cabe hablar de transgresión al principio de culpabilidad, sino que más bien y como puede advertirse, ésta se determina con mayor exactitud respecto a la actitud in-

la antijuricidad, aunque no porque le sea inexigible ésta, como propone Bustos, pues si hemos dicho anteriormente que el sujeto tenía la posibilidad de conocer lo ilícito de su comportamiento, al resultarle asequible dicha posibilidad, no solo por su capacidad intelectual, sino también por contar con los medios adecuados para ello, a diferencia del citado autor entendemos que le es exigible, puesto que puede hacerlo, que se conduzca en tal sentido, es decir, que utilice su capacidad de conocer lo injusto de su conducta, y que si tiene dudas sobre ella se cerciore antes de realizarla, comportándose después de acuerdo a ese conocimiento. Por tanto, puede y debe darse esa coincidencia a la que alude Bustos, entre “la conciencia del sujeto y la que sirve de base a su sistema en relación a ese injusto concreto” (35), ya que tenía el doble deber de conocer y de actuar en conformidad con su conocimiento. Como se advierte, no contemplamos esta situación bajo el mismo prisma que en las causas de inexigibilidad, donde opinamos que, teóricamente al menos, el sujeto puede conocer lo antijurídico de su conducta, aunque posteriormente no le sea exigible (no tenga el deber de) comportarse de acuerdo a ese conocimiento; ni tampoco como en otras causas de inculpabilidad, en las que el sujeto no puede conocer lo ilícito de su proceder ni tampoco tiene el deber de

tema del sujeto, sin contar con que además, la exigencia de “actualidad” puede representar una “gratificación” para quien, conociendo que realizaba un tipo penal, y por tanto la importancia de su comportamiento, erró sobre la ilicitud de éste porque pudiendo evitar su error no lo hizo, aun contando para ello en su caso concreto con las suficientes posibilidades. Cfr. también sobre estas cuestiones: Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 167 y ss.

(35) Bustos Ramírez, “El tratamiento...”, cit., p. 360.

hacerlo, y aun menos de actuar en consonancia con lo conocido (situaciones de inimputabilidad).

Tampoco creemos se trate de una eximente de antijuricidad, porque, en realidad, y por decirlo en forma resumida para no entrar en distinciones y polémicas ajenas a la finalidad del trabajo, la mera creencia sobre la licitud de una conducta, no puede transformarla jurídicamente, aun reconociendo lo muy interesante de los razonamientos de Mir, sin más, de "injusta" en conforme a derecho, es decir, justificable. Sin contar con que eso supondría, por añadidura, dejar desprotegida a la víctima del error frente a unos efectos que le son perjudiciales y que no está obligada a soportar, negándole además el derecho al resarcimiento civil. Todo lo cual ni jurídica ni políticamente criminalmente nos parece ni adecuado ni deseable (36).

En cuanto a las teorías que sirven de base a la interpretación del texto legal (37), se advierte la exclusión de la teoría estricta del dolo, al propugnar ésta idéntico tratamiento para los errores de tipo y prohibición; lo que resulta descartado en el precepto. Pero,

(36) Así, también, Quintero Olivares, cit., p. 390.

(37) Sobre las características de las distintas opciones, las cuales por sabidas no necesitan de mayores comentarios, por otra parte innecesarios en este trabajo, vid. entre otros autores, sin pretensiones de exhaustividad: Córdoba Roda, *El conocimiento...*, cit., pp. 105 y ss.; Torío López, *El error evitable...*, cit., pp. 249 y ss.; Rodríguez Ramos, Luis, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1986, pp. 223 y ss.; Octavio de Toledo - Huerta, cit., pp. 315 y ss.; Muñoz Conde, cit., pp. 261 y ss.; Quintero Olivares, cit., pp. 413-414; Gómez Benítez, José Manuel, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, pp. 238 y ss.; y *Teoría jurídica...*, cit., pp. 299 y ss.; Zugaldía Espinar, cit., pp. 516 y ss.; Huerta Tocildo, cit., pp. 26 y ss.; Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 201 y ss.

¿cuál es el margen de acogimiento dispensado a las restantes teorías?

Verdaderamente estaba en lo cierto Zugaldía, cuando en su momento señaló que, en último término, todas o ninguna pueden concurrir, pues la aparente preferencia del legislador (a continuación examinaremos los argumentos al respecto) por la teoría estricta de la culpabilidad, no prejuzga, en absoluto, el relegar a otras (38).

Y efectivamente, aunque la redacción del artículo 6 bis a) sugiere que el legislador ha tomado partido, así como en la PANCP, en mayor grado por esta solución, “no significa inexorablemente que el sistema penal esté vinculado a las llamadas teorías de la culpabilidad” (39); pues no recoge tampoco fielmente todos sus presupuestos, lo cual acentúa el carácter híbrido del artículo, al par que motiva, como veremos, comprensibles discusiones sobre su verdadera exégesis (40).

(38) Zugaldía Espinar, cit., pp. 511 y ss. En realidad sus conclusiones van referidas al artículo 20 del Proyecto, pero pueden estimarse válidas actualmente, dada la similitud entre esa regulación y la actual.

(39) Torío López, *Tpo...*, cit., p. 111.

(40) En este sentido, y entre otros: Torío López, *El error evita-ble...*, cit., p. 249; Mir Puig, “Principales reformas...”, cit., pp. 245 y ss.; Huerta Tocildo, cit., pp. 35 y ss.; Zugaldía Espinar, cit., p. 512; Romeo Casabona, cit., p. 740. Incluso algún autor, como por ejemplo Mir Puig, “Principales reformas...”, cit., pp. 245-246, ha señalado que la posición dogmática sustentada en mayor número por quienes, como los miembros integrantes de la Comisión redactora del Proyecto de 1980, de alguna forma han influido en la actual redacción del precepto, hacen difícilmente conciliable ser ésta la teoría adoptada. En cambio, Romeo Casabona, cit., pp. 741 y ss., partidario de ella, explica las razones que motivaron su admisión.

Recientemente, Alfonso Serrano Gómez ha calificado muy contundentemente este artículo, de “novedad, fruto del empecinamiento en introducir en cada reforma alguno de los preceptos del apresurado Pro-

Igualmente, abundan Quintero y Muñoz Conde en que efectivamente no se adoptan en su totalidad las teorías de la culpabilidad, por cuanto no se reduce la pena del error vencible de prohibición en la misma medida que la culpabilidad del sujeto en ese hecho concreto, sino que se remite en la aplicación de la pena, a lo previsto con el artículo 66. Y aunque se aproxima dicho tratamiento más a la teoría estricta de la culpabilidad, no cabe desconocer que la posibilidad de rebajar la pena hasta en dos grados, conducirá a la impunidad en algunos supuestos, con lo cual se advierte que, por razones de política criminal, el legislador también se ha acercado a las teorías del dolo, si bien tampoco son estrictamente seguidas, al conceder distinto tratamiento al error de tipo y de prohibición, y porque el error vencible de prohibición está redactado de manera que nunca exime de pena, incluso en aquellos supuestos en que las teorías del dolo le

yecto de 1980", lo cual explica sus contradicciones, y las vacilaciones entre las distintas teorías, en p. 636 del libro de Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español. Parte General*, 10ª edic. revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, 1986. De ello también se hacen eco: Bustos Ramírez, "El tratamiento...", cit., p. 719; Muñoz Conde, cit., p. 290; Gómez Benítez, *Teoría jurídica...*, cit., pp. 295 y ss.

Asimismo, ponen de relieve la confusa trayectoria seguida no sólo por el legislador, sino también, y a mayor abundamiento, por el tribunal Supremo, en sus resoluciones: Maqueda Abreu, "El principio...", cit., pp. 256 y ss.; Gómez Benítez, *Teoría jurídica...*, cit., pp. 310 y ss.

No obstante, actualmente se declaran partidarios de su predominante reconocimiento en la vigente fórmula, entre otros: Maqueda Abreu, "El error...", cit., p. 700; y "El principio...", cit., p. 261; Bacigalupo, en *El error...*, cit., pp. 60 y ss.; Quintero - Muñoz Conde, cit., pp. 52 y ss.; Torío López, *Tipo...*, cit., pp. 111-112; Hernández Guijarro - Antón Oneca, cit., p. 243; Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 24-26; Morillas Cueva, cit., p. 112.

acuerdan los mismos resultados que el error vencible de tipo (41); contando también que, como advierte Mir, la remisión a la pena inferior dispuesta por el artículo 66, significa una regla de determinación de ésta que nada dice acerca de su fundamento, si no se quiere interpretar como la del delito doloso atenuada, según estiman, en cambio, los partidarios de otras teorías (42).

Y con respecto a que la atenuación no sea facultativa sino imperativa, debemos señalar que no lo encontramos tan desacertado, porque entre otros motivos, constituye un recurso, a nuestro entender, para evitar esa cierta inseguridad que sin duda alguna genera un arbitrio judicial tan amplio como el propuesto por los seguidores de esta teoría, pues aunque como se ha dicho, y es cierto, no necesariamente tal discrecionalidad tiene que colisionar con el principio de seguridad jurídica, no cabe desconocer que puede sin duda alguna ocurrir tan indeseable efecto, ya que de una parte, no se trata de una regla matemática, y de otra parte, los jueces son falibles. Si además se considera que ya es de por sí difícil y susceptible de generar agravios comparativos de un caso a otro, el bajar uno o dos grados, como en la actualidad, no cabe duda de que en mayor medida puede suceder si el arbitrio judicial se extiende en la proporción aludida.

(41) Quintero - Muñoz Conde, cit., pp. 53 a 55; Quintero Olivares, cit., pp. 415-416. También Bustos Ramírez, en "El tratamiento...", cit., p. 362, entiende que dicho artículo se aparta "tanto de las teorías del dolo como de la culpabilidad". Véase también al respecto, Maqueda Abreu, "El principio...", cit., pp. 258-259.

(42) Mir Puig, *Derecho penal*, cit., pp. 548-549; y "Principales reformas...", cit., pp. 245 y ss. Críticamente, a este parecer: Bustos Ramírez, "El tratamiento...", cit., pp. 354-355.

Naturalmente se nos puede objetar que tal vez es preferible esta inseguridad que mencionamos, si a cambio, en algunas coyunturas se obtienen las necesarias absoluciones, cosa al menos teóricamente no tan fácil en la actualidad; pero ¿no representa ésto también un arma de doble filo?. Porque ¿quién y cómo garantiza que las absoluciones serán concedidas siempre en las ocasiones adecuadas?. Además, ¿acaso es inimaginable el efecto contrario, es decir, que no se absuelva en la debida proporción en otras situaciones merecedoras de mejor suerte?. Pues, y en definitiva, ¿acaso no estamos de nuevo ante los problemas de la falibilidad y de la inseguridad jurídica?

También algunos aspectos de esta misma cuestión de la atenuación obligatoria, son compartidos por otros autores. Así Muñoz Conde, encuentra preferible este proceder del Código, aparte de otras razones, porque no admite que hayan de producirse las atenuaciones injustificadas que autores discrepantes preconizan, sino que por el contrario considera mejor que la atenuación obligatoria se haya establecido, a fin de asegurar su cumplimiento, al resultar sabido que no siempre el Estado se ha mostrado o incluso se muestra (la experiencia histórica así lo atestigua) dispuesto a conceder la debida relevancia a esta clase de error con respecto a sus normas.

Y en cuanto a la dificultad de prueba que plantea en un proceso penal, tampoco le parece una objeción admisible, pues aun cuando pueda revestirla mayor que otros elementos y conceptos subjetivos, en algunos casos, tal inconveniente no deja de merecer el mismo tratamiento y comprobación que cualquier

otra alegación subjetiva realizada en el marco de un procedimiento judicial (43).

Y volviendo de nuevo a la interpretación del contenido del artículo 6 bis b), debe resaltarse el interés de la propuesta de Muñoz Conde, quien destaca, que aun siendo perfectamente acogibles las anteriormente mencionadas soluciones, no hay porqué determinarse estrictamente por ninguna de ellas, si se estiman como más adecuadas perspectivas diferentes, en tanto en cuanto lo primordial para el legislador, a través del artículo 6 bis a), es hallar la mejor solución práctica al problema del error; y así, dicho precepto debe ser valorado e interpretado en orden a las consecuencias que produce, con independencia de su coincidencia o diversidad con los esquemas teóricos existentes sobre la cuestión, antes que por su rigurosa o no adscripción dogmática a ellos.

Por tanto, y al par que prescindiendo de prejuicios sistemáticos que a unas y otras teorías aquejan, propugna la llamada "teoría del error orientada a las consecuencias", en parte distinta, pero también en parte compatible con la del dolo en cuanto al tipo de conocimiento exigido de la antijuricidad, y con la estricta de la culpabilidad en lo referente al tratamiento del error sobre los presupuestos de las causas de justifica-

(43) Muñoz Conde, cit., pp. 294 y ss. Tampoco encuentran desacertada la atenuación obligatoria, entre otros autores: Cerezo Mir, José, "La doble posición del dolo", en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 202-203; Romeo Casabona, cit., p. 759. No lo estiman así, en cambio, otros autores como Gómez Benítez, *Teoría jurídica...*, cit., p. 309, porque existen ocasiones en que podría ocurrir lo contrario, es decir, que resultasen demasiado privilegiados tales errores. En el mismo sentido, Cobo Gómez de Linares, cit., p. 266, conclusión nº 9.

ción; opción que a su juicio ofrece una mejor síntesis entre sistemática penal y política criminal, aplicable no sólo a la interpretación y crítica de dicho artículo, sino a todo el Derecho penal (44).

Así pues, como se advierte, nada está suficientemente claro en el estado de la cuestión, por lo que cabe preguntarse, si las vacilaciones del legislador sobre el tema son ostensibles, como ha podido advertirse, ¿porqué esa en general admitida como predominante aceptación de la teoría estricta de la culpabilidad?. ¿Cuáles son las razones que han podido determinar, al menos en último término, su elección?. Creemos que antes de aventurar una respuesta, es necesario tener en cuenta algunas precisiones:

Primeramente, no cabe desconocer las ventajas, sobre todo de orden político-criminal, que ofrece esta teoría. Así, y a modo de ejemplo, puede tomarse la opinión de Cerezo, relativa a que la capacidad disminuída de actuar conforme a Derecho, determina un menor grado de reprochabilidad, y por ello de pena, e igual debe predicarse, cuando en virtud de un error de prohibición queda mermada la aptitud para conducirse conforme a las reglas jurídicas, debiendo facultarse al juez, en consecuencia, para aminorar la pena, incluso sustancialmente, según dicten a su prudente arbitrio las circunstancias del autor y del hecho (45); y asimismo considerando, en palabras de Huerta, que "permite obtener resultados más acordes con el principio de justicia material" ... "que exige tratar desigualmente lo desigual" (46). Y como resumen, no

(44) Muñoz Conde, cit., pp. 290 y ss.

(45) Cerezo Mir, "La conciencia de la antijuricidad", en *Problemas...*, cit., pp. 88 y ss.; y *Curso...*, cit., pp. 344 y ss.

(46) Huerta Tocildo, cit., pp. 36-37, nota 60.

dejan de representar las siguientes palabras de Zugaldía, a nuestro parecer el mejor justificante de que se haya adoptado, aunque no en toda su integridad, dicha teoría: "ofrece un mayor arbitrio judicial, y por consiguiente, una mayor posibilidad de valorar en cada caso, y respecto de cada autor concreto, las necesidades de la prevención especial. El que obra creyendo que lo hace lícitamente, podrá no ser un adversario del legislador en cuanto no se opone a sus mandatos y prohibiciones y podría pensarse, por tanto, que respecto de él no sería necesario un especial tratamiento resocializador. Pero esta regla puede conocer, y conoce de hecho, numerosas excepciones: quien obra creyéndose amparado por una causa de justificación —con error perfectamente vencible—, puede ser un sujeto cuya peligrosidad para los bienes jurídicospenalmente protegidos sea alta, lo que requeriría la intervención —en base al criterio de proporcionalidad— del Derecho penal. En cada caso, y respecto de cada autor concreto, donde hay que estudiar el problema, y en este sentido resultaría conveniente darle al Juez el mayor arbitrio posible —lo que no choca necesariamente en este caso con las exigencias del principio de seguridad jurídica" (47).

Por otra parte, no debe ignorarse el fundamento de algunas objeciones formuladas. Entre éstas, y por citar algunas de las más representativas (48), se alega

(47) Zugaldía Espinar, cit., p. 520. Destaca también la importancia de este aspecto político-criminal, Muñoz Conde, cit., p. 277.

(48) Vid. al respecto, y con carácter general, sobre críticas y defensas de esta teoría: Córdoba Roda, *El conocimiento...*, cit., pp. 115 y ss.; Muñoz Conde, cit., pp. 279 y ss.; Gómez Benítez, *Teoría jurídica...*, cit., pp. 306 y ss.; Cobo Gómez de Linares, cit., pp. 224 y ss.

que supone la consagración del principio: "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento", con resultados susceptibles de llegar a ser altamente desfavorables para el reo, al dispensar el legislador un mismo tratamiento al conocimiento y desconocimiento del injusto, suponiendo que en ambas hipótesis el sujeto se conduce dolosamente, cuando no siempre tiene porqué ocurrir de ese modo.

Igualmente, se critica por algunos autores que el diferente tratamiento otorgado al error sobre el tipo y sobre la prohibición sólo se justifica, puesto que en ambos casos el delito se comete por irreflexión, "en base al énfasis desmesurado que se coloca sobre la actitud del autor hacia el ordenamiento jurídico", pues quien yerra sobre la prohibición lo hace por desconocer los valores del ordenamiento jurídico en el que vive; pero ese desconocimiento, en ocasiones, no es ni más ni menos grave que el desconocimiento de los hechos; y de ahí que no siempre se comprenda un tratamiento tan diferenciado para ambas clases de error. En consecuencia, sólo "desde la perspectiva de un recusable Derecho penal del ánimo cobra la actitud interna del autor hacia el ordenamiento jurídico ese relieve singular" (49). Lo cual lleva a Rodríguez Ramos a señalar, en consonancia con las razones an-

En cuanto a las objeciones que se le formulan, vid. Cobo - Vives, cit., pp. 556-557; Mir Puig, *Derecho penal*, cit., pp. 542 y ss.; y especialmente Torío López, *El error evitable...*, cit., pp. 253 y ss.; y *Ti-po...*, cit., pp. 113-114. Contestan a las objeciones de Torío: Zugaldía Espinár, cit., pp. 516 y ss., Romeo Casabona, cit., p. 750, al par que ofrecen argumentos en favor de esta teoría.

(49) Cobo - Vives, cit., p. 461. En el mismo sentido, Mir Puig, *Derecho penal*, cit., p. 543. También critican el diferente tratamiento, Torío López, *El error evitable...*, cit., pp. 262 y ss.; Rodríguez Ramos, *Compendio...*, cit., pp. 224-225.

tedichas, que tal diferencia supone “una muestra más de la divinización del Estado y de su ordenamiento jurídico resaltando en exceso el carácter imperativo de la norma frente a la persona” (50).

En realidad, y según resulta conocido, esta equiparación significa el intento de garantizar la eficacia punitiva del ordenamiento jurídico frente a la posible inseguridad que provocaría un excesivo número de absoluciones y de importantes lagunas de punición, si el delito juzgado en cuestión, no ofreciese posibilidades de incriminación culposa.

Además, se advierte con razón, que en ordenamientos jurídicos caracterizados por una producción legislativa tan abundante como artificiosa, y en donde no faltan delitos que la conciencia social no asume como tales, las teorías de la culpabilidad aparecen, en ocasiones, como demasiado rigurosas, originando consecuencias injustas en mayor medida proyectadas sobre los sectores más desprotegidos de la comunidad social.

A la vista, entonces, de tales objeciones, sólo entendiendo que el error vencible de prohibición implica una mayor reprochabilidad que el error vencible de tipo, y que por ello ambos merecen un tratamiento diferenciado, por cuanto quien conoce que está realizando un tipo penal debe esforzarse especialmente en superar su error, puede reconocerse mejor la validez de dicha teoría; e igualmente y como también se ha puesto de relieve, por otros autores, sólo desde el prisma del autor del hecho puede parecer injusto el diferente tratamiento otorgado al error de tipo y

(50) Rodríguez Ramos, *Compendio...*, cit., p. 225.

de prohibición, pero si se considera también el punto de vista del perjudicado por el comportamiento del autor, el aspecto de la cuestión cambia, ya que esta clase de exigencia de responsabilidad en el error de prohibición evitable, subsana “una indeseable desprotección de personas, en todo caso inocentes, que no tienen porqué soportar los errores ajenos por fundados que sean” (51); lo cual, en definitiva, contribuye a “un mejor reparto de las cargas impuestas por la convivencia” (52).

Para finalizar con tan espinoso tema, y vistos aunque en forma sucinta, los inconvenientes y ventajas de la regulación del error en el Código penal vigente y en la PANCP, y de las teorías surgidas en su torno, quisiéramos destacar el hecho de que, ni en cuanto al contenido del precepto ni en cuanto a su interpretación, ninguna fórmula se halla libre de objeciones; tal vez, porque lo único claro en este tema es, que como se sabe, nada hay claro en él.

(51) Muñoz Conde, cit., p. 308.

(52) Bacigalupo, en “El error...”, cit., p. 63.