

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla.

La creencia errónea de estar obrando lícitamente.

1. La reforma, parcial y urgente, del Código penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio (B.O.E. 27 de junio), ha sido, probablemente, la reforma más importante que se ha producido en nuestra legislación penal desde los ya lejanos tiempos de la Codificación decimonónica. Sin discutir que, como otras muchas reformas habidas en los últimos cien años (1), la reforma de 1983 también haya estado motivada por razones políticas coyunturales, lo más importante, en estos momentos, es, sin duda, que, por fin, ha abordado la modificación de un bloque importante de preceptos que hasta entonces se habían considerado como el principal obstáculo para la realiza-

(1) Sobre las relaciones entre política y Derecho penal en la historia de la Codificación penal española véase Barbero Santos, *Política criminal y Derecho penal en España*, Madrid 1977. Más específicamente sobre los condicionamientos políticos de las reformas penales habidas en la transición democrática española, Muñoz Conde, *Reformas penales 1977*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1978, pp. 118 ss.; el mismo, *La reforma de los delitos patrimoniales*, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, vol. 1, enero-diciembre 1983, núms. 37/40, pp. 669 ss.; Barbero Santos, *La reforma penal de la Monarquía Constitucional española*, en *Reforma Política y Derecho*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1985, pp. 285 ss. Sobre la reforma penal de 1983, véase Quintero Olivares, en Quintero Olivares-Muñoz Conde, *La reforma penal de 1983*, 2ª ed. 1984, pp. 15 ss.

ción plena del principio de culpabilidad en nuestro Ordenamiento jurídico penal y, por tanto, para una dogmática jurídicopenal racional, justa y progresista.

La legislación penal española había quedado anclada en una orientación fundamentalmente objetiva, más atenta al hecho realizado y a sus consecuencias que al autor causante del mismo (2). Esta orientación objetivista se traducía en la supervivencia de la responsabilidad por el resultado y en la inexistencia de preceptos que dieran relevancia expresa al error de prohibición en cualquiera de sus formas o modalidades.

Esta regulación legislativa, deficiente desde el punto de vista de una orientación subjetiva, provocó una praxis jurisprudencial arcaizante en la que viejos axiomas como *"versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto"* o *"ignorantia iuris non excusat"*, tuvieron acogida y condujeron a resoluciones difícilmente compatibles con el actual estado y la racionalidad de nuestra cultura jurídica.

La doctrina repetidas veces denunció y criticó las consecuencias a que esta regulación daba lugar, proponiendo en algunos casos soluciones que, con más o menos apoyo en el texto legal, buscaban la exclusión de la responsabilidad por el resultado y la relevancia atenuante o eximente del error de derecho o, en terminología más moderna, de prohibición.

La reforma de 1983 ha seguido esta línea con la nueva redacción del párrafo 2º del artículo 1, la introducción de los nuevos artículos 6 bis a) y bis b) y la consiguiente derogación de la eximente 8ª del artí-

(2) Sobre la orientación al autor en el moderno Derecho penal, véase Hassemmer, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona 1984, pp. 230 ss.

culo 8 y del artículo 50, dando un giro copernicano a la orientación preponderantemente objetiva que caracterizaba al viejo Derecho penal.

A partir de ahora, el principio de culpabilidad, tanto en su vertiente de reducción de la responsabilidad por el resultado, como en la de la relevancia del error de prohibición, no será más una especie de postulado metalegal ideal, sino uno de los principios básicos del Ordenamiento jurídico penal vigente que, con todas sus consecuencias, tendrá que ser aceptado y aplicado incluso allí donde parezcan anidar todavía las viejas tesis objetivistas.

No es nuestro propósito ocuparnos ahora de la reforma penal de 1983 en su conjunto (3), ni tan siquiera de los aspectos más relevantes de la misma en relación con el principio de culpabilidad (4), sino de uno de los nuevos preceptos que sin duda es también uno de los más importantes y trascendentales: de la regulación del error en la vertiente a que alude el art. 6 bis a), 3º, es decir, “la creencia errónea ... de estar obrando lícitamente”, que cuando es “invencible” “excluye la responsabilidad criminal” y que, “cuando es vencible”, obliga a aplicar la pena inferior en uno o dos grados conforme a lo dispuesto en el art. 66 del Código penal.

2. El postulado de que el conocimiento de la ilicitud o antijuricidad del hecho es elemento imprescindible y con ello, al mismo tiempo, presupuesto de la imposición de una pena, y de que, por tanto, el desco-

(3) Véase Quintero Olivares-Muñoz Conde, *La reforma penal* cit.

(4) Véase Asua Batarrita, *La reforma parcial y urgente del Código penal*, en *Revista del Colegio de Abogados de Vizcaya*, 1983; Alonso Alamo, *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad*, en la Ley 1983.

nocimiento o ignorancia sobre este extremo, según sea vencible o invencible, evitable o inevitable, es relevante en orden a excluir o atenuar la culpabilidad y, con ello, la pena aplicable al autor de un delito, constituye desde hace años un principio básico de la moderna dogmática jurídicopenal, aunque sólo en los últimos años ha sido acogido en la praxis jurisprudencial y expresamente en la legislación positiva de algunos países.

Un ejemplo de esta lenta marcha hacia su admisión generalizada, tanto en la teoría como en la práctica jurisprudencial y en la legislación, lo ofrece el Derecho penal alemán, en el que, aunque sus penalistas teóricos lo venían propugnando desde finales del siglo XIX (5), sólo en fechas recientes se ha acogido su relevancia expresamente en el § 17 StGB (6), siguiendo el camino trazado ya a partir de la sentencia 12 de marzo de 1952 del Bundesgerichtshof, que abandonó con ella la postura tradicional de la jurisprudencia del Reichsgericht, anterior a la Segunda Guerra Mundial,

(5) Sobre antecedentes históricos más remotos Engelmann *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1895. En el ámbito dogmático moderno se encuentran ya importantes aportaciones en Kohlrausch, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, I. Teil. 1903; aunque fue Binding, en el tomo III de su *Die Normen und ihre Ubereitretung*, quien en 1918 propugnó decididamente la conciencia de la antijuricidad como presupuesto indispensable de la culpabilidad penal. Para una exposición de conjunto de la evolución histórico-dogmática véase Figueiredo Dias, *O problema da consciência da ilicitude en Direito penal*, Coimba 1969, pp. 26 ss.

(6) Dice así el § 17 StGB: "Si falta en el autor, en el momento de la comisión del hecho, la conciencia de actuar injustamente, actua sin culpabilidad, si no pudo evitar este error. Si, por el contrario, el autor pudo evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, 1".

que denegaba, en principio, cualquier tipo de eficacia al error de prohibición (7).

Algo similar sucedió en el Derecho penal español, en el que hasta la reforma de 1983, la relevancia del error de prohibición y, con ello, la exigencia del conocimiento de la antijuricidad como presupuesto de la pena no ha tenido consagración legal plena, siendo fundamentalmente la doctrina desde los tiempos ya lejanos de Costa (8) y Dorado Montero (9), primero, como postulado de lege ferenda, y luego, como exigencia dogmática intrasistemática derivada del principio de culpabilidad (10) la que insistentemente ha venido preconizando la necesidad de este requisito en la teoría del delito. La jurisprudencia, incluso la más cercana a la reforma de 1983, ha sido, por el contrario, bastante parca en la recepción de este elemento, si bien fue modificando poco a poco este criterio, hasta llegar a importantes decisiones recientes en las que se le da plena relevancia, si bien con formu-

(7) Sobre la situación actual en el Derecho penal alemán puede verse, por ej., Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, Tomo I, Barcelona 1981, pp. 622 ss. Sobre la situación antes de la entrada en vigor del § 17 puede verse Maurach, *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Córdoba Roda, Barcelona 1962, tomo II, pp. 130 ss.

Una exposición resumida de esta situación puede verse en Welzel, *El nuevo sistema del Derecho penal*, traducción y notas de Cerezo Mir, Barcelona 1964, pp. 105 ss.

(8) Costa, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre*, Manuales Soler, Barcelona s/f.

(9) Dorado Montero, *Sobre la ignorancia de la ley penal*, en *Problemas de Derecho Penal*, Madrid 1895, pp. 408 ss.

(10) Así, por ej., Córdoba Roda, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona 1962; y Cerezo Mir, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 20, 1964, pp. 449 ss. (también en: *Problemas fundamentales de Derecho penal*, Madrid 1982, pp. 74 ss.).

laciones no siempre coincidentes con los postulados doctrinales, ni con el tenor literal de los preceptos surgidos con la reforma de 1983 (11).

Sin embargo, también hay que decir que el conocimiento de la antijuricidad como presupuesto de la aplicación de la pena no siempre goza de esa aceptación tan unánime que parecen dar a entender los ejemplos anteriormente citados. Incluso en estos países la doctrina y con ella la jurisprudencia y la propia redacción de los textos legales, lo aceptan con importantes matizaciones y restricciones no siempre coincidentes con el nivel de exigencia que impone su reconocimiento y ello no es extraño cuando en otros muchos países, pertenecientes a la misma área de cultura, el nivel de aceptación incluso doctrinal es mucho menor e incluso se niega expresamente relevancia a este presupuesto. Así, por ejemplo, importantes excepciones, legislativas y doctrinales, se dan en el Derecho penal latinoamericano donde todavía se niega efecto excusante al llamado error de derecho o se limita su eficacia al llamado error de derecho extrapenal (12). Lo mismo sucede en el Derecho penal italiano en el que tanto la doctrina, como la jurisprudencia se limitan a dar relevancia limitada al error de derecho ex-

(11) Cfr. por ej. STS 3 enero, 1 marzo, 24 abril, 18 octubre, 18 noviembre 1985 y 22 marzo de 1986 ("Caso Ballesteros", cfr. infra).

(12) Véase para una exposición de conjunto Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, Bogotá 1983, p. 167. Especialmente interesante es la situación en el Derecho penal colombiano, cuyo Código penal de 1980 niega expresamente relevancia a la ignorancia de la ley penal (art. 10), pero admite el error sobre las causas de justificación (art. 40, 3), lo que permite a la moderna doctrina de este país una reinterpretación del art. 10 conforme al principio de culpabilidad, véase Londoño Berrio, *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá 1982, pp. 113 ss.; Reyes Echandia, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., Bogotá 1981, p. 348; Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, Bogotá 1982, pp. 467 ss.

trapenal (13). Y todavía más contundente es el Derecho penal anglosajón que excluye cualquier relevancia del error de derecho, acogiendo la máxima “ignorantia iuris non excusat”, si bien en algunas decisiones recientes los Tribunales ingleses han admitido excepciones a este principio (14).

Ello quiere decir que la exigencia del conocimiento de la antijuricidad del hecho como presupuesto de la pena y como elemento del delito, es todo menos evidente y que se puede imaginar perfectamente un Derecho penal moderno en el que no se le de acogida. Las razones que hablan en favor de esta posición son también atendibles y a ella nos referimos a lo largo de nuestra exposición, en la que también se mostrará como muchas posiciones técnicas o formulaciones legales que expresamente acogen el requisito del conocimiento de la antijuricidad, no son tan generosas de hecho cuando se trata de llevarlos a la práctica.

(13) Véase Pulitano, voz Ignoranza, en *Enciclopedia del Diritto*. El art. 5 del Código penal italiano dice expresamente que “nadie podrá invocar en su propia excusa la ignorancia de las leyes penales”. A pesar de esta tajante declaración legal la moderna dogmática italiana se esfuerza por una reinterpretación de este precepto conforme con el principio de culpabilidad, véase Fiandaca-Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna 1985, p. 195.

(14) Así, por ej. en relación con el desconocimiento del carácter “ajeno” de la cosa en el delito de daños, véase caso Smith (1974). En la Theft-Act 1968 se admite la creencia racional en el ejercicio de un derecho como excusa en el delito de hurto. Pero en general se sigue manteniendo el principio “ignorantia iuris non excusat”, véase Curzon, *Criminal Law*, 3^a ed., 1980, pp. 44 y 157. Parecida es la situación en Francia, véase Merle-Vitu, *Traité de droit criminel*, 2^a ed., tomo II, 1973, pp. 570 ss. En Portugal el nuevo Código penal de 1983 acoge en su art. 17 la relevancia del error de prohibición, véase Roxin, *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1984, pp. 657 ss. Sobre la situación anterior véase Figueiredo, *O Problema cit.*

El conocimiento de la antijuricidad como elemento del delito y como presupuesto de la pena y la eficacia exculpante o atenuante del error sobre la misma, no es, por consiguiente, una máxima que goce de aceptación universal e indiscutible, tanto a nivel técnico, como práctico. Sin embargo, sí parece un principio cuya realización plena puede estimarse como deseable, ya que entre otras cosas supone un avance notable en esa línea evolutiva que tiende a dar una mayor protección a los derechos fundamentales del ciudadano, también del ciudadano delincuente, frente a las excesivas intromisiones del poder del Estado. El miedo a que su reconocimiento y admisión generosa por parte de los Tribunales suponga un debilitamiento de la vigencia de las normas penales y, con ello, de la eficacia preventiva del Derecho penal, es solo un dato a tener en cuenta, pero en absoluto un argumento decisivo contra su aceptación.

Es conveniente, sin embargo, tenerlo en cuenta como la otra cara de la cuestión, pues no pocas veces es un argumento que, consciente o inconscientemente, se utiliza en la polémica sobre este problema.

Pero antes de entrar en el análisis del pfo. 3º del art. 6 bis a) y de las consecuencias a que conduce, conviene fijar el marco teórico en el que se mueve la discusión dogmática en torno a la relevancia del error de prohibición, que es, con otras palabras, la problemática a la que, en el fondo, alude la regulación que propone el pfo. 3º del citado art. 6 bis a).

La moderna discusión teórica dogmática sobre este problema se mueve en el marco de dos teorías que, con diversas variantes y matizaciones, se denominan *teoría del dolo* y *teoría de la culpabilidad*. Seguidamente paso a ocuparme de cada una de ellas por separado, pidiendo de antemano perdón por repetir cosas

ya sabidas, pero que conviene recordar en aras de una mejor comprensión de mi propia postura que luego expondré.

3. Algunas de las razones que explican la reticente actitud que no sólo la praxis, sino también, consciente o inconscientemente, la doctrina muestran para admitir la relevancia del error sobre la ilicitud o la anti-juricidad del hecho y, con ello, su incidencia en la aplicación de una pena, son, en parte, explicables, si se consideran las elevadas exigencias que al respecto impone la llamada *teoría del dolo* que, en su versión *estricta*, es la primera formulación doctrinal en la que aparece tal requisito en la dogmática jurídicopenal alemana (15).

La *teoría estricta del dolo* considera, en efecto, que el conocimiento de la antijuricidad del hecho por parte del autor del mismo es un elemento integrante del dolo y que, por tanto, debe tener el mismo carácter que cualquier otro tipo de conocimiento necesario para imputar el hecho a título de dolo. Es decir, para la teoría estricta del dolo, el conocimiento de la antijuricidad debe tener, psicológicamente, el mismo carácter e intensidad que el conocimiento de cualquier otro dato configurador del hecho delictivo, sea este un simple elemento descriptivo del tipo de delito en cuestión, uno normativo o el presupuesto objetivo de una causa de justificación. El conocimiento de todos estos datos, incluido el de la antijuricidad, tiene que ser, por tanto, *actual* y referido al momento del hecho. La falta de ese conocimiento, cualquiera que sea su causa u origen, determina la ausencia del dolo y con ello la imposibilidad de imponer la pena

(15) Véase por ej. Binding, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, 1919, p. 18; también del mismo, *Die Normen* cit., tomo III, p. 289.

correspondiente a la realización dolosa del delito en cuestión. Todo lo más, si esa falta de conocimiento se debe a error vencible o evitable, es decir, a negligencia, podrá venir en consideración la aplicación del correspondiente tipo imprudente del delito, si se dan los presupuestos de esta forma de comisión y existe la correspondiente previsión legal de la misma.

Desde un punto de vista puramente lógico, nada hay que objetar a esta teoría que se comporta de un modo coherente con las premisas de las que parte: la concepción del dolo en su aspecto intelectual como el conocimiento de los hechos fundadores de la pena y de la significación antijurídica de la acción (16). Pues independientemente de cualquiera que sea luego la opinión que se adopte respecto a la posición sistemática del dolo en la teoría general del delito, como elemento del tipo o de la culpabilidad, y a la pertenencia de incluir en él el conocimiento de la antijuricidad (*dolus malus*), nadie podrá discutirle a esta teoría el mérito indiscutible de haber sido la primera en poner de relieve la necesidad, por consideraciones intrasistemáticas y politicocriminales evidentes, de exigir el conocimiento de la antijuricidad como requisito indispensable para la imposición de una pena.

Sin embargo, a esta teoría se le discute casi todo, desde los presupuestos metodológicos de los que parte, hasta las consecuencias politicocriminales a que conduce.

a) Así, por ejemplo, se discute que el conocimiento de la antijuricidad tenga que ser necesariamente el

(16) Véase Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de Rodríguez Muñoz, tomo II, 3ª ed. adicionada y puesta al día por Quintano Ripollés, Madrid 1957, pp. 109 y 151 ss.

mismo tipo de conocimiento psicológico exigido respecto a otros elementos que se integran en una categoría de distinto carácter dogmático y políticocriminal que la antijuricidad. La distinción entre tipicidad y antijuricidad obliga también a distinguir entre el conocimiento de los elementos que pertenecen a la tipicidad y los elementos que pertenecen a la antijuricidad. El dolo que abarca el conocimiento de los elementos de la tipicidad es un dolo natural que nada tiene que ver con el conocimiento de la antijuricidad que se sitúa en un plano sistemático distinto y con distinta función políticocriminal. Veámoslo con un ejemplo:

El cazador que en una cacería dispara contra otro cazador, creyendo equivocadamente que es un rebe-co o cualquier otro animal de caza comete un tipo de error diferente al del miembro de las Fuerzas de Orden Público que creyéndose erróneamente en el cumplimiento de su deber dispara contra una manifestación pacífica que pide la dimisión del Gobierno.

En el primer caso, falta el conocimiento de un elemento esencial del tipo de un delito doloso de homicidio: la existencia de una persona contra la que se dispara. En el segundo, ese conocimiento no falta en absoluto; el miembro de las Fuerzas de Orden Público sabe perfectamente que dispara contra personas, pero en su conciencia no se representa que su hecho esté prohibido o, por deficiente información o deformación profesional, considera que entra dentro de las atribuciones legales de su profesión. El segundo tipo de error supone, por tanto, que el hecho se comete dolosamente (hay conciencia o voluntad directa o eventual, de matar a otra persona), pero el sujeto se cree autorizado a hacer lo que hace.

Como este ejemplo señala, hay, pues, una diferencia fundamental entre realizar un hecho imprudentemente por desconocimiento, vencible o evitable, de algún elemento perteneciente al tipo legal del delito en cuestión, y realizado dolosamente (con conocimiento de los elementos pertenecientes al tipo legal), pero en la creencia errónea de hallarse autorizado para ello.

Tratar ambos tipos de error con el mismo rasero, con el mismo nivel de exigencias normativas, con el mismo tipo de consecuencia jurídicopenal, parece, pues, inadmisibles desde todo punto de vista. Y en ello radica la principal objeción que se formula contra la teoría del dolo (17).

b) Menos contundente me parece, en cambio, los argumentos de tipo psicológico que se arguyen en favor de una separación entre el conocimiento de los elementos del tipo y el conocimiento de la antijuricidad. Así por ejemplo se dice: Mientras el conocimiento de un elemento perteneciente a la descripción del hecho en un tipo legal constituye normalmente un simple acto de percepción visual de un objeto (elemento descriptivo) o, en todo caso, una aprehensión del significado social o jurídico de ese objeto a través de una "valoración paralela en la esfera del profano" (elementos normativos); el conocimiento de la antijuricidad es un acto psicológico más profundo que no se produce en un momento determinado, sino que es la consecuencia de todo un largo proceso de aprendizaje, de internalización de las pautas de conducta y sistemas de valores, de formación del Super-Yo, etc. El conocimiento de la antijuricidad sería, como dice Welzel, un conocimiento inactual (18).

(17) Así, por ej., Welzel, *El nuevo sistema* cit., p. 106.

(18) Welzel, *lug. cit.*

Como ya se ha indicado repetidas veces y se indicará posteriormente en este trabajo, es difícil, por no decir imposible distinguir entre el conocimiento referido a la simple aprehensión de un objeto o dato material y el conocimiento referido a su significación ética o jurídica. La frase: “Niño, caca”, la oye el niño al mismo tiempo que se lleva a la boca el objeto que puede hacerle daño, e incluso se recibe muchas veces la información respecto al significado ético o jurídico de una cosa antes que la percepción visual o sensorial de la misma.

La presencia de “elementos normativos del tipo” (“ajena”, “documento”) y de elementos pertenecientes a la antijuricidad pero recogidos en el tipo (“ilegales”, “indebidamente”) demuestran además la dificultad para diferenciar entre una y otra clase de conocimiento.

Psicológicamente, no hay pues base para diferenciar el conocimiento referido a los elementos del tipo y el conocimiento referido a la antijuricidad.

La teoría del dolo no incurre, por tanto, por este lado, en ninguna contradicción teórica. En todo caso, desde el punto de vista práctico, lo importante no sería tanto la diferente génesis de cada clase de conocimiento, sino el conocimiento mismo y la demostración de su existencia, y en ello nada puede objetarse contra la teoría estricta del dolo, al exigir en ambos casos la misma intensidad y actualidad del conocimiento (19).

(19) No me parece, por eso, convincente la postura de Bustos Ramírez (*El tratamiento del error en la reforma de 1983*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1985, p. 711), quien considera que mientras el conocimiento de los elementos del tipo es un conocimiento actual y, por tanto, el desconocimiento de los mismos, desde el punto de vista psicológico, un verdadero *error*, el conocimiento de la antijuri-

c) Otra cosa sucede, sin embargo, desde el punto de vista normativo y políticocriminal. Como inmediatamente se pondrá de relieve, desde estos otros puntos de vista característicos y propios del Derecho penal, la teoría estricta del dolo no puede ser consecuente con sus propias premisas ni siquiera respecto a la exigencia del conocimiento actual de los elementos del tipo.

En efecto, como ya demostró en su día Platzgummer (20), entre las formas de conciencia que admite el dolo hay que incluir también la “co-consciencia”, “consciencia marginal o concomitante”, es decir, aquella forma de conocimiento que no es explícitamente evocada en el momento de cometerse el delito. Piénsese en algunas de las cualificaciones del robo con fuerza en las cosas previstas en el art. 506 del Código penal, especialmente la de llevar armas u objetos peligrosos en un sujeto que puede llevarlas habitualmente y que, como se dice coloquialmente, “no se quita la pistola ni para dormir”, o en la edad de la víctima en la violación impropia (menor de doce años) o en el estupro (menor de dieciseis años en el estupro fraudulento, menor de dieciocho en el estupro de prevalimiento). Si en todos estos casos se quisiera realmente hacer depender la punición de la comisión dolosa de

cidad sería un problema de conciencia, de valoración global del hecho, y, por tanto, el error de prohibición más que un problema de error sería un problema de *conciencia diferente*. Pues con esta postura siempre queda por resolver donde están las diferencias entre *conocimiento* y *conciencia* y cómo pueden diferenciarse ambos planos desde un punto de vista práctico y empírico. Como se verá más adelante, a mi juicio en ambos casos nos encontramos ante situaciones psicológicamente similares que sólo pueden diferenciarse en el plano normativo y en función de los distintos fines pragmáticos que se persiguen con la diferenciación, véase infra 7.

(20) *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 83 ss.

estos delitos o la apreciación de la cualificación del robo en que el autor piense cada vez que lo realice en cada uno de estos elementos constitutivos o en las cualificaciones, habría que imponer en la mayoría de ellos la pena de delito imprudente, si ello fuera posible, o renunciar incluso a imponer pena o cualificación alguna.

Lo mismo sucede con los delitos cometidos en situación de arrebató pasional o como consecuencia de reacciones espontáneas, en "cortocircuito", reaccionando casi automáticamente a estímulos externos. Lo normal en estos casos es que el autor no tenga clara conciencia de lo que hace. Efectivamente, en estos casos, como se señala en cualquier manual de Psiquiatría, el campo de la conciencia es tan estrecho que prácticamente impide al sujeto reflexionar sobre el significado y las consecuencias de su hecho. Una aplicación coherente de la teoría estricta del dolo debería conducir a la imposición como máximo de la pena del delito imprudente, si ello fuera posible, independientemente de la atenuación que procediera aplicar por la alteración de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto (21).

Mucho más difícil es todavía demostrar la actualidad del conocimiento de la antijuricidad. En los delitos pasionales o cometidos en reacciones en "corto-

(21) Para Schwebe, *Bewusstsein und Vorsatz*, 1967; el mismo, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, 1972, pp. 110 ss., estos hechos sólo pueden considerarse dolosos si se refiere la conciencia a la acción misma. Para Krümpelmann, *Motivation und Handlung im Affekt*, en *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 334 ss., la conciencia va referida a los actos precedentes (véase también del mismo Krümpelmann, *Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums*, en *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Beiheft der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1978, p. 15, nota 40).

circuítu” la conciencia de la antijuricidad no es ni siquiera “co-conciencia”, es que ni se plantea. El delincuente habitual o el profesional que hace de la delincuencia su medio de vida, el procedente de mundos subculturales o de minorías marginadas, etc., sólo en muy contadas ocasiones se plantea la antijuricidad de su hecho en el momento de realizarlo, aunque tengan una conciencia general de la “anormalidad” de su forma de vida. La aplicación coherente de la teoría estricta del dolo conduciría pues, también en estos casos, a absoluciones o rebajas de pena realmente improcedentes.

Para evitar estas objeciones y salvar la teoría del dolo en su formulación tradicional recurre Schmidhaeuser a una complicada construcción basada en la Filosofía y Psicología del lenguaje (22). En base a ella distingue Schmidhaeuser entre el conocimiento basado en el pensamiento lingüístico (Sprachdenken) y el conocimiento basado en el pensamiento material (Sachdenken). El conocimiento se adquiere ciertamente por el lenguaje, pero no siempre se manifiesta a través de él. Una vez que hemos aprendido los conceptos a través del lenguaje no tenemos que servirnos de él para pensar en cosas, objetos o relaciones que existen o pueden existir.

En la psique humana se van recogiendo desde la niñez imágenes desvaloradas del comportamiento prohibido que, en un determinado momento, vincula, como totalidad lógico-material, la representación de la posibilidad de acción con el acento desvalorativo del “no debo”. Así, por ejemplo, en los delitos cometidos en reacciones en “cortocircuítu” la

(22) Schmidhaeuser, *Ueber Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins*, en *Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 331 ss.

conciencia de la antijuricidad o de cualquier otro elemento no llega a actualizarse lingüísticamente, sino materialmente.

Pero, como ya antes he dicho, no se trata, sin embargo, de demostrar la equivalencia psicológica entre el conocimiento de los elementos del tipo y el conocimiento de la antijuricidad y mucho menos indagar la génesis de estos tipos de conocimientos, sino de analizar las consecuencias dogmáticas jurídicomateriales y jurídicoprocesales y políticocriminales de la teoría estricta del dolo. Y como el mismo Schmidhaeuser reconoce la teoría estricta del dolo plantea insalvables problemas de prueba en el proceso penal, que él atribuye a las dificultades de comunicación a través del lenguaje (23). Pero desde el mismo momento que se reconoce la dificultad o aún imposibilidad de demostrar la actualidad del conocimiento de la antijuricidad en gran número de casos se está renunciando a uno de los aspectos más importantes de la teoría estricta del dolo.

Por eso, teorías como la de la “coconsciencia” de Platzgummer o la del conocimiento basado en el pensamiento material de Schmidhaeuser no son más que que fórmulas para incluir en el concepto de dolo datos o elementos que no siempre quedan abarcados en este tipo de conocimiento actual exigido por el aspecto intelectual del mismo.

Pero lo que aquí interesa señalar es que el rechazo de la teoría estricta del dolo se debe también a las consecuencias políticocriminales a que conduce. El principal defecto de la teoría estricta del dolo consiste en querer traducir en un mismo tratamiento normativo, dogmático y político criminal, lo que proba-

(23) Schmidhaeuser, *lug. cit.*

blemente desde el punto de vista psicológico es equivalente. Las consecuencias de esta equiparación entre el plano psicológico y normativo son realmente inadmisibles. Tratar el error de prohibición del mismo modo que el error de tipo conduce a dificultades probatorias insuperables en el proceso penal y a inadmisibles lagunas o atenuaciones de la punibilidad.

En el proceso penal, la teoría estricta del dolo obliga a tratar el conocimiento de la antijuricidad como un problema cognoscitivo susceptible de verificación empírica, difícilmente comprobable con los limitados medios de prueba disponibles en el proceso. Trata como un simple problema psicológico individual, lo que, en el fondo, es ante todo un problema de atribución que tiene que constatarse comunicativamente (Cfr. infra 8,c).

Desde el punto de vista políticocriminal, la teoría estricta del dolo conduce a inadmisibles lagunas de punibilidad.

La exigencia de la actualidad del conocimiento de la antijuricidad y en todo caso, la equiparación en el tratamiento del error de tipo y del error de prohibición, remitiendo en caso de evitabilidad de ambos al delito imprudente, conduce a la práctica impunidad de gran número de delincentes —y no precisamente de los más inocentes—, en los que, por diversas razones, individuales y sociales, el problema de la antijuricidad de su hacer no se les plantea o, como se dice hablando coloquialmente, “les importa un pimiento” (24).

d) Precisamente, para evitar estas indeseables consecuencias políticocriminales, surge una variante de la teoría estricta del dolo, la *teoría limitada del dolo*

(24) Véase, sin embargo, lo dicho infra 7 b).

que pretende incluir dentro del mismo, equiparándolo al conocimiento actual de la antijuricidad, los casos de “ceguera o enemistad hacia el Derecho”. Para Mezger, fundador y prácticamente único seguidor de esta teoría (25), hay casos en los que el autor de un delito muestra una actitud tal de desprecio o de indiferencia hacia los valores fundamentales del Ordenamiento jurídico que merece ser castigado con la pena correspondiente al delito doloso, aunque no se pueda demostrar, porque entre otras cosas no la tuvo, una conciencia actual de la antijuricidad de su hacer. Mezger no sólo fundamenta su teoría “en imperiosas necesidades de la vida práctica jurídica”, sino también en una concepción de la culpabilidad en la que no sólo el “hecho” sino también la “actitud” observada por el autor del hecho durante toda su vida en relación con el derecho, constituye el objeto de reproche culpabilístico (culpabilidad por la conducción de vida, *Lebensführungsschuld*) (26).

Aparte de que el concepto de “enemistad o ceguera jurídica” es impreciso y poco adecuado para descubrir la actitud más o menos despreocupada que muchos delincuentes muestran ante las normas jurídicas, a las que más que desconocer desprecian o les importan un bledo, y aparte también de la incompatibilidad de la idea de la culpabilidad por la conducción de vida con la de culpabilidad por el hecho, la teoría limitada del dolo tampoco consigue evitar las objeciones dirigidas contra la teoría estricta del dolo: Incurrir en la ficción de tener que equiparar al conocimiento actual de la antijuricidad otros tipos de conocimientos inactua-

(25) Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin-Munich, 1950, p. 43 (también del mismo autor, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en *Kohlrausch-Festschrift*, 1944, pp. 180 ss.).

(26) Mezger, *Moderne Wege* cit., p. 45.

les, conscientes o inconscientes, potenciales e incluso presuntos, y no puede evitar las lagunas de punibilidad que surgen de la remisión, en caso de evitabilidad del error, a la forma de comisión imprudente del delito, que no siempre es punible y que además no parece la más adecuada para tratar correctamente los casos de error de prohibición vencible equiparándolos a los casos de error de tipo vencible (27).

4. Menores exigencias plantea y, por tanto, más fácil acogida ha encontrado la *teoría de la culpabilidad*. Para ésta el conocimiento de la antijuricidad no es un elemento del dolo, sino un elemento independiente dentro de la culpabilidad. El dolo, como conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo, se concibe como un dolo natural, que no incluye el conocimiento de la antijuricidad. Este, como un elemento independiente, se traslada a la culpabilidad y se rige por los principios que inspiran esta categoría del delito, es decir, graduando la mayor o menor gravedad de la misma según el grado de reprochabilidad del autor.

Ello quiere decir que la tipicidad del delito (dolo-oso o culposo) no se afecta por la falta de conocimiento de la antijuricidad, pudiendo, por tanto, imponerse la pena correspondiente al tipo de delito en cuestión,

(27) Las mismas objeciones cabe hacer al Proyecto Gürtner de 1936 (Proyecto nazi de un nuevo Código penal), que consideraba irrelevante el error si obedecía a una actitud incompatible con la "concepción popular sana del derecho y de lo injusto" y a la teoría de Nowakowski de la irrelevancia del "sentimiento valorativo incorrecto", pues, como señala Welzel (*El nuevo sistema* cit., pp. 106 s.), estos conceptos, aparte de su indeterminación incompatible con el Estado de Derecho, ignoran el elemento subjetivo del "poder", y hacen que sólo decida el "deber ser general".

si bien atenuada en caso de error vencible sobre la antijuricidad.

En otras palabras, para la teoría de la culpabilidad lo procedente en caso de error evitable o vencible de prohibición es la atenuación de la pena correspondiente al tipo de delito cometido y no la conversión de éste, en caso de que sea doloso, en un delito imprudente.

Dolo y conocimiento de la antijuricidad son, pues, para la teoría de la culpabilidad, conceptos distintos y con distinta función dogmática.

De aquí se deduce una ulterior e importante consecuencia: el conocimiento de la antijuricidad al tener una naturaleza distinta al dolo no requiere el mismo grado de conciencia; el conocimiento de la antijuricidad no tiene, por tanto, que ser actual, puede ser simplemente *potencial*, importando no tanto la conciencia de la antijuricidad en el momento del hecho, como la posibilidad de haberla tenido, si se hubiera esforzado en ello el sujeto (28).

Bajo estas premisas se comprende el rápido éxito, no sólo teórico, sino práctico, legislativo y jurisprudencial, que ha tenido la teoría de la culpabilidad. El error evitable de prohibición no conduce ya indefectiblemente al tipo del delito imprudente y, con ello, en los casos en que la comisión imprudente no sea punible, a la impunidad, sino todo lo más a la atenuación del marco penal del delito doloso cometido. Naturalmente, se podrá decir que esto no es más que una hábil maniobra para evitar la impuni-

(28) Para más detalles Welzel, *El nuevo sistema* cit., pp. 112 ss., quién es el creador de esta teoría, aunque, como él mismo reconoce tiene precedentes en otros autores, como M.E. Mayer, Paul Merkel, Frank y Von Hippel.

dad a que conduce la teoría del dolo, pero que en el fondo la atenuación, cuando es obligatoria, del marco penal del delito doloso no es más que una forma específica de calificar la *culpa iuris*, que, como la *culpa facti*, seguiría siendo una forma de imprudencia. Esto se ha dicho ya del prfo. 3^o del art. 6 bis a) de nuestro Código penal (cfr. infra 7). Pero el mérito de haber posibilitado el castigo, si bien atenuado, del delito doloso en todos los casos de error evitable de prohibición, corresponde en la historia de la dogmática jurídicopenal a la teoría de la culpabilidad y no a la teoría del dolo. Y aunque ya fuera sólo por ésto habría que conceder también a la teoría de la culpabilidad una importante contribución políticocriminal que favoreció la acogida de la relevancia del error de prohibición en los textos legislativos y en las decisiones jurisprudenciales. Si bien hay que reconocer inmediatamente que ello ha sido deplorado por algún autor que considera que una punición general del error de prohibición vencible, aunque con la pena atenuada del delito doloso, es políticocriminalmente impropio y conduce a una excesiva extensión de la punibilidad (29). Esto puede ser discutible en

(29) Esta objeción se formula en España por Torío López, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 247 (también del mismo autor: *Tipo, error de tipo, y de prohibición*, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, 1984, pp. 111 ss.). Críticamente frente a la posición de Torío, utilizando también argumentos políticocriminales que demuestran que la teoría de la culpabilidad no tiene por qué ser necesariamente más represiva que la teoría del dolo, Zugaldía Espinar, *El tratamiento jurídico penal del error en el art. 20 del Proyecto de Código penal de 1980*, en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 15, 1981, p. 516, nota 28; Romeo Casabona, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 755 ss.

También en Alemania se aduce en contra de la teoría de la culpabili-

algún caso, pero no cabe duda de que la teoría de la culpabilidad cubre mejor las lagunas de punibilidad que inevitablemente surgen en la teoría del dolo que, salvo en alguna complicada variante como la propuesta en el Proyecto de 1936 (creación de una cláusula general para castigar los casos de culpa iuris) (30),

dad su contrariedad al principio de culpabilidad e incluso su anticonstitucionalidad (véase Schmidhaeuser, *Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz*, en *Juristenzeitung*, 1975, pp. 1087 ss.; el mismo, *Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz*, en *Juristenzeitung*, 1979, pp. 361 ss.; en el mismo sentido también Langer, *Vorsatztheorie und strafgesetzhche Irrtumsregelung*, en *Goltdammers Archiv*, 1976, pp. 193 ss., quien se ocupa sobre todo de la importancia que tiene la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 17.12.1975, que consideró constitucional la regulación del § 17 StGB, véase también a este respecto la polémica entre Schmidhaeuser y Kramer-Tritel, en *Juristenzeitung*, 1980, pp. 393 ss.

(30) Críticamente Welzel, *El nuevo sistema* cit., p. 106. Sobre las posibilidades de una tal causa cláusula general de punición de la *imprudencia iuris*, véase Torío, *op. cit.*, en *La reforma penal* cit., pp. 263 ss. De *lege lata* hay que reconocer que esta postura podría ser defendible a la vista del aparente sistema de “*numerus apertus*” que para la imprudencia prevén los arts. 565, 586, 3º y 600 del Código penal, que permitiría a través de ellos la punición de todos los supuestos de culpa jurídica. Y así, por ej., es la propuesta de Córdoba Roda, en *Notas al Tratado de Maurach*, tomo II, p. 162, a pesar de mantener este autor una postura afín a la teoría finalista. Pero esta tesis fue ya criticada, antes de la reforma de 1983, dado que ya entonces se consideró que el art. 565 estaba pensado para la imprudencia de hecho y no de derecho y que, a pesar de su aparente carácter abierto, la punición de la forma de comisión imprudente sólo es posible en algunos delitos cuya configuración típica no se opone a ello (Véase Cerezo Mir, en *El nuevo sistema de Welzel* cit., notas, pp. 66 ss.). Tras la reforma de 1983 estos argumentos son aun más contundentes, ya que si se aplicara en estos casos el art. 565 o los demás preceptos que regulan la imprudencia en el Código español, carecería de sentido el pfo. 3º del art. 6 bis a). También debe rechazarse dicha postura en el plano de *lege ferenda*, ya que tanto el Proyecto de 1980, como la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (que, por lo demás, contiene regulaciones de error similares a la del art. 6 bis a), sólo prevén tipos específicos para castigar en algunos delitos la comisión imprudente de los mismos, siguiendo con ello el sistema de

obligaba a la impunidad cuando no existía el correspondiente tipo imprudente al que vincular el error vencible de prohibición.

Además de esta importante contribución político-criminal, al éxito de la teoría de la culpabilidad contribuyó también la clase de conocimiento de la antijuricidad exigido por la misma. Pues para esta teoría el conocimiento de la antijuricidad no tiene que ser, como para la teoría del dolo, un conocimiento actual, sino que basta que sea una meramente potencial; es decir, es suficiente que el sujeto haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud de su hecho, aunque en el caso concreto no tuviera ese conocimiento.

Frente a la teoría del dolo que exigía la existencia (y la demostración) de la actualidad del conocimiento de la antijuricidad y con ello tenía que incurrir en todo tipo de ficciones para hacer viable tal requisito en la praxis de los tribunales, la teoría de la culpabilidad se da por satisfecha con la mera potencialidad del conocimiento. El conocimiento de la antijuricidad pasa a convertirse en un conocimiento potencial y con ello en un dato psicológicamente distinto del auténtico conocimiento, pues un conocimiento potencial no es un verdadero conocimiento que puede ser comprobado como cualquier otro dato psicológico, sino un concepto normativo. El reproche de culpabilidad no se

“numerus clausus” similar al alemán. No existe en estos proyectos legislativos una cláusula general a la que vincular la punición de la *imprudencia iuris* (una propuesta en este sentido contenían las enmiendas del Grupo Parlamentario de Coalición democrática, véase también Rodríguez Ramos, *La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código Penal* 1, en *La Ley*, 1980). De todos modos también hay quien interpreta la regla del pfo. 3º del art. 6 bis a) como una forma de punición expresa de la imprudencia de derecho (véase Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1985, pp. 584 ss.), para más detalles infra 7.

basa sólo en que el sujeto conocía la antijuricidad de hecho, sino en que aunque no lo conociera podía y debía haber adquirido ese conocimiento. La teoría de la culpabilidad es, pues, la culminación de una concepción normativa de la culpabilidad que ve en ella el reproche que se hace al autor de un delito que pudiendo abstenerse de cometerlo (en este caso, informarse de que el hecho está prohibido) lo realiza (31).

Son, pues, estas dos razones fundamentalmente, las que más han contribuído al éxito de la teoría de la culpabilidad, más que las premisas metodológicas de las que parte: la vinculación del legislador a estructuras lógico-objetivas y con ellas a la presunta estructura final de la acción humana. Paradójicamente pues, el éxito de la teoría de la culpabilidad se debe más a las consecuencias políticocriminales a que conduce que a la bondad de sus premisas sistemáticas. Pues, evidentemente, a la praxis, tanto legislatora, como jurisprudencial, le sirve más una teoría que cubra lagunas de punibilidad y que en el caso concreto no plantea especiales problemas de prueba en el proceso, que una teoría como la del dolo, que deja enormes lagunas de punibilidad y que obliga a los Tribunales a una tarea en la fase probatoria del proceso realmente imposible. Tanto más cuanto ambas teorías aceptan la relevancia del error de prohibición y en los casos de plena invencibilidad o inevitabilidad del mismo llegan a la misma conclusión: absoluta impunidad. La teoría de la culpabilidad acoge también este principio pero luego en los casos, estadísticamente más importantes de evitabilidad del error ofrece una solución mucho más aceptable para la praxis que es, en definitiva, la que tiene la última palabra que decir. La teoría de la culpabilidad es la que ha posibilitado, por tanto, que el cono-

(31) Así Welzel, *El nuevo sistema* cit., pp. 112 ss.

cimiento de la prohibición se haya convertido en una estructura relevante para la punibilidad de un hecho y haya dejado de ser un simple postulado de lege ferenda.

Pero contra la teoría de la culpabilidad también se pueden formular, y se formulan, *graves reparos* de diversa índole que oscurecen su éxito.

a) Para muchos, la teoría de la culpabilidad no es más que un híbrido entre la tesis tradicional de irrelevancia plena del error de prohibición y la teoría del dolo. En el fondo, una hábil maniobra para introducir en la praxis la exigencia del conocimiento de la antijuricidad, pero con tal laxitud que la praxis sólo en muy contados casos, la tiene en cuenta o le da la relevancia que cabía esperar de su admisión, sobre todo si se tiene en cuenta que la atenuación de la pena que permite, por ejemplo, el § 17 StGB para el error evitable de prohibición es puramente facultativa. Con la teoría de la culpabilidad, pues, se adorna el legislador con un bello ropaje que luego no va a desempeñar papel alguno en la práctica. Y efectivamente así está sucediendo en la jurisprudencia alemana sobre la evitabilidad del error de prohibición, para cuya admisión impone tales exigencias (mucho más elevadas por ejemplo que la configuración del delito imprudente) que la relevancia práctica de la posible atenuación es prácticamente nula (32).

b) También se formulan reparos contra los presupuestos de los que parte. La distinción entre el dolo, concebido como conocimiento y voluntad de los elementos del tipo, y conocimiento de la antijuricidad,

(32) Para una exposición general del estado de la cuestión en la praxis alemana, véase, por ej., Jescheck, *Tratado* cit., pp. 629 ss.; Jakobs, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Berlin 1983, pp. 461 ss.

es sistemáticamente posible, pero lo mismo que la distinción entre tipo y antijuricidad en algunos delitos difícilmente realizable.

Aunque ciertamente Welzel se encargó de matizar que el conocimiento de la antijuricidad es un conocimiento inactual distinto del conocimiento actual requerido por el dolo, la diferenciación no es siempre tan clara como sería deseable y ello plantea problemas límites de difícil solución. Sobre todo si se tiene en cuenta la existencia de *elementos normativos del tipo*, que requieren, por tanto, la aprehensión de su significado jurídico, siquiera sea a través del criterio de la “valoración paralela en la esfera del profano”. Curiosamente este mismo criterio se emplea también para caracterizar el conocimiento de la antijuricidad.

Así, por ejemplo, es casi imposible determinar si el error sobre la existencia o la cuantía de la deuda tributaria en el delito fiscal es un error de tipo o un error de prohibición, pues este elemento del delito en cuestión es, al mismo tiempo, que elemento (normativo) del tipo, un elemento integrante de la antijuricidad. Si no hay deuda tributaria, difícilmente se puede defraudar “indebidamente” al Erario público. De ahí que la polémica sobre el tratamiento que merece este tipo de error sea inacabable y no haya encontrado todavía una solución plenamente satisfactoria (33).

Lo mismo sucede con otros elementos de carácter jurídico que se encuentran a menudo en los delitos patrimoniales y económicos. Sistemáticamente es fácil decir que el error sobre la “ajenidad” de la cosa mueble en el hurto es un error de tipo y el

(33) Véase Muñoz Conde, *El error en el delito de defraudación tributaria*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1986.

error sobre la disponibilidad de la cosa que se sabe ajena un error de prohibición. Pero políticocriminalmente produce una cierta desazón comprobar las consecuencias a que conduce uno u otro tipo de error en caso de vencibilidad: impunidad en el primer caso, por no ser punible la comisión imprudente del hurto; pena atenuada del delito doloso en el segundo (34).

Mucho más complicada se presenta todavía la distinción en los delitos cuyas tipicidades contienen referencias a la antijuricidad, como el delito de detenciones “ilegales” o en los tipos abiertos de delitos imprudentes, en la determinación de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión o de la idoneidad del sujeto activo en los delitos especiales (35).

La separación entre el conocimiento de los elementos típicos que exige el dolo, y el conocimiento de la antijuricidad, que psicológicamente es cuestionable, se complica, por tanto, en la práctica, por la dificultad que presentan algunos elementos a los que tiene que referirse ese conocimiento, para ser ubicados sistemáticamente en el tipo o en la antijuricidad. La artificiosidad de la separación se traduce, pues, en una insatisfacción en los resultados, cuando la propia lógica del sistema obliga a imponer distintas consecuencias (impunidad de la imprudencia, pena atenuada del delito doloso), que en absoluto se corresponden con la idea de Justicia material.

(34) Véase un ejemplo similar respecto al delito de apropiación indebida en la STS 30 Marzo 1976 y el comentario a ella de Torío, en *La reforma penal* cit., p. 261 y de Gómez Benítez, *Teoría Jurídica del Delito*, Madrid 1984, p. 488.

(35) Véase Welzel, *El nuevo sistema* cit., pp. 117 ss. Algunas de estas cuestiones serán tratadas infra 9.

Es decir, lo que en definitiva se plantea en estos casos es si existe entre ellos una diferencia valorativa tan relevante que justifique (y aún exija) un tratamiento penal también diferente. Y con la mano en el corazón habrá que confesar abiertamente que esa diferencia valorativa está más en la cabeza del penalista, previamente convencido de la bondad de la teoría de la culpabilidad, que en el sentimiento de justicia vivo en la comunidad social.

c) Otra cosa sucede, en cambio, con el *error sobre las causas de justificación*. En este caso, la *teoría estricta de la culpabilidad* mantiene que deben tratarse como error de prohibición tanto aquellas hipótesis en las que el sujeto admite erróneamente la existencia de una causa de justificación que la ley realmente no admite, o va más allá de los límites permitidos por ésta, como aquellas otras en las que el sujeto cree equivocadamente que se dan los presupuestos objetivos que fundamentan una causa de justificación (36).

Para la teoría de la culpabilidad en su versión estricta el mismo tratamiento, es decir, el del error de prohibición, merece el caso del miembro de las Fuerzas de Orden Público que dispara contra un grupo de personas que confunde con un grupo terrorista que prepara un atentado y del miembro de la Fuerza de Orden público que, excediéndose en sus atribuciones, dispara contra unos manifestantes. O el del particular que dispara contra unos niños a los que sorprende hurtando frutas en el huerto de su propiedad, porque cree que actúa en legítima defensa de la misma, y el del particular que tras haber recibido varias amenazas de muerte, dispara en la oscuridad de la noche contra un desconocido que le aborda en la calle para pregun-

(36) Véase Welzel, *El nuevo sistema* cit., pp. 117 ss.

tarle la dirección de una farmacia. O del médico que realiza un aborto porque cree erróneamente que la indicación económicosocial está admitida en el Ordenamiento jurídico español, y el del médico que realiza un aborto porque cree que se dan los presupuestos objetivos de la indicación eugénica (graves taras físicas o psíquicas en el feto) (37).

Para la *teoría limitada de la culpabilidad*, es necesario, sin embargo, diferenciar estos supuestos y otorgarles un tratamiento penal diferente (38). El error sobre la existencia o límites de una causa de justificación debe ser tratado efectivamente como un error de prohibición, coincidiendo ello con la teoría estricta de la culpabilidad. El error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación (agresión ilegítima en la legítima defensa, situación de necesidad en el estado de necesidad) debe ser tratado, en cambio, como error de tipo y, por tanto, en caso de vencibilidad o evitabilidad conducir al respectivo tipo de delito imprudente.

Varios son los argumentos a favor de esta teoría.

En primer lugar, el argumento de que en el error sobre los presupuestos de las causas de justificación el sujeto quiere algo que la ley permite y, por tanto,

(37) El art. 417 bis del Código penal sólo admite, como es sabido, tres indicaciones (terapéutica, ética y eugenésica), condicionándola a la presencia de estrictos requisitos, véase Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las Personas*, Madrid 1986, pp. 128 ss. Véase también infra 11.

(38) Doctrina mayoritaria en Alemania, véase por ej. (por sólo citar algunas obras traducidas al español), Stratenwerth, *Derecho Penal, Parte General*, I, traducción de Gladys Romero, Madrid 1982, pp. 159 ss.; Wessels, *Derecho Penal, Parte General*, traducción de Conrado Finzi, Buenos Aires 1980, pp. 135 ss.; también la jurisprudencia de aquel país la sigue, si bien respecto a alguna causa de justificación en particular (como el estado de necesidad) adopta otra postura cfr. infra.

en sí es “fiel al derecho”, cosa que no sucede cuando el sujeto yerra sobre la existencia o sobre los límites de una causa de justificación, porque en este caso el sujeto quiere algo que la ley prohíbe, aunque él supone que está permitido (39).

En segundo lugar, el argumento de la analogía entre el error sobre los presupuestos de las causas de justificación y el error de tipo, pues en ambos se dá efectivamente una imprudencia de hecho: el que dispara contra alguien a quien toma erróneamente por un agresor, comete estructuralmente el mismo tipo de error que quién dispara contra una persona a la que en una cacería confunde con un rebeco; en ambos casos el error se debe a una apreciación errónea de la situación fáctica (40).

En tercer lugar, el argumento de la consecuencia jurídica, que a su vez constituye una teoría autónoma (41), que viene a decir que aunque el error sobre los presupuestos de las causas de justificación el hecho sigue siendo doloso, conviene que sea tratado con la pena del delito imprudente, basándose para ello también en consideraciones de Justicia material que permiten una corrección a la rígida concepción de la teoría estricta de la culpabilidad.

(39) Una exposición de este punto de vista en Maurach, *Tratado* cit., tomo II, p. 141; también en Maurach-Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1977, p. 548.

(40) Véase Maurach-Zipf, *op. cit.*, p. 555. En contra de este argumento, aunque reconociendo la analogía, Gómez Benítez, *Teoría general* cit., p. 305.

(41) Teoría de la culpabilidad que se remite a la consecuencia jurídica véase Jescheck, *Tratado* cit., p. 636. Maurach-Zipf, *Strafrecht* cit., p. 556, defiende una teoría de la culpabilidad *limitadora de la consecuencia jurídica* que se inclina también por el castigo por imprudencia, aún reconociendo la existencia de dolo. Críticamente entre nosotros Gómez Benítez, *Teoría General* cit., p. 309.

Pero contra la teoría limitada de la culpabilidad y contra su variante la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica del error de tipo, se pueden también formular objeciones importantes que fundamentalmente se centran en que castiguen un hecho doloso con la pena de delito imprudente (42). Es decir, presenta los mismos inconvenientes que la teoría del dolo, pero ninguna de sus ventajas. La persona que dispara en la oscuridad contra quién considera erróneamente su agresor, actúa dolosamente, sabe que puede matarla y quiere o admite esa posibilidad. Castigarla con la pena del homicidio imprudente, caso de que el error sea vencible, es volver a la teoría del dolo, es decir, es negar que en este caso exista dolo y con ello cuestionar la diferenciación, exigida por la teoría de la culpabilidad, entre dolo y conocimiento de la antijuricidad, que, sin embargo, sigue manteniendo en los casos de error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación.

Parece, además, excesivamente formalista distinguir dentro del ámbito de una causa de justificación entre la existencia de una causa de justificación y los presupuestos objetivos de la misma, pues esto conduce a una atomización de la teoría del error verdaderamente complicada (cfr. infra 9).

Más coherente en esto es la *teoría de los elementos negativos del tipo*, según la cual los presupuestos de las causas de justificación deben ser considerados como elementos negativos del tipo y, por tanto, el error sobre los mismos como error de tipo (43). Claro que

(42) Véase Welzel, *El nuevo sistema* cit., p. 120.

(43) Véase por todos Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale*, 2ª ed., 1970, pp. 123, 184 (hay traducción de Bacigalupo, publicada en Buenos Aires, 1979, con el título: *Teoría del tipo penal*, pp. 273 ss.).

con ello se hace acreedora de los reproches que ya se han dirigido contra la teoría del dolo y de los que se derivan de la confusión a que conduce entre tipo y antijuricidad situando ambas categorías en un mismo plano. Como ya he dicho en otra ocasión, el desvalor de un hecho, su tipicidad, por ejemplo la muerte dolosa de un hombre, debe estar ya fundamentado, cuando se pregunta por su justificación (legítima defensa). Tipicidad y antijuricidad (su exclusión) deben, por tanto, situarse en un plano distinto y tener una distinta función dogmática y políticocriminal (44).

De todos modos, el diverso tratamiento que propugnan las diferentes teorías en torno al error sobre las causas de justificación, evidencian que la solución que ofrece en este punto la teoría limitada de la culpabilidad no es todo lo satisfactoria que sería deseable. Y por eso, no es extraño que en este punto la jurisprudencia opere con criterios arbitrarios, atentos más a la Justicia de la decisión en el caso concreto que a formalismos sistemáticos.

Así, por ejemplo, considera la jurisprudencia ale-

(44) Muñoz Conde, Introducción a Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona 1972, pp. 11 y s. (también notas a Hassemer, *Fundamentos* cit., p. 265). Para una crítica más amplia Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmale*, Bonn 1960. En la doctrina española la teoría de los elementos negativos del tipo ha sido acogida por Gimbernat, en recensión a la traducción y notas de Cerezo Mir a la obra de Welzel, *El nuevo sistema* cit., en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1966, pp. 473 ss. (también del mismo autor: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid 1979, p. 34). En contra, Romeo Casabona, *El error* cit., pp. 763 ss.; Gómez Benítez, *Teoría Jurídica* cit., pp. 300 ss.; Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, pp. 131 ss.; Carbonell Mateu, *La justificación penal*, 1982, pp. 79 ss. Sobre las razones de la conveniencia de separar el tipo de la antijuricidad véase infra nota 97 y sobre el error sobre los presupuestos de las causas de justificación infra 9.

mana, que en general sigue la teoría limitada de la culpabilidad, que en el estado de necesidad putativo cabe apreciar el tipo doloso y no sólo el imprudente, por ejemplo cuando el médico interrumpe antijurídicamente el embarazo suponiendo erróneamente un peligro para la vida de la madre por falta de una comprobación cuidadosa (45). Y la misma opinión sustenta un sector doctrinal alemán en aquellas causas de justificación en las que el error sobre los presupuestos objetivos de las mismas se debe a un examen indebido o defectuoso de las circunstancias fácticas (46).

Por su parte, la jurisprudencia española procede a estimar la concurrencia plena de la eximente (generalmente legítima defensa), cuando la errónea suposición de los presupuestos era objetivamente fundada y, por tanto, invencible y suele acudir a la imprudencia cuando el error es vencible (47).

La diversidad de soluciones que se dan a este problema demuestran, pues, que no todos los casos se pueden resolver con el automatismo de los conceptos sistemáticos no siempre coincidentes con la solución que se estima justa en el caso concreto. Aún admitiendo, pues, la distinción entre error de tipo y error de prohibición y el diverso tratamiento penal que merece cada uno de ellos, el problema para la teoría limi-

(45) Sobre la postura de la jurisprudencia alemana en relación con este problema véase Jescheck, *Tratado* cit., p. 638. Sobre el problema de los presupuestos del aborto terapéutico en el Derecho penal español, tras la entrada en vigor del nuevo art. 417 bis, véase De Vicente Remesal, *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva ley del aborto*, en *La Ley*, 1985.

(46) Véase Jescheck, *Tratado* cit., p. 638.

(47) Sobre todo en relación con la legítima defensa putativa, véase Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid 1976; para más detalles, véase infra 9.

tada de la culpabilidad surge cuando incluye en el error de tipo lo que de acuerdo con sus presupuestos sistemáticos es un error de prohibición. En ningún otro caso como este se pueden ver más patentemente las contradicciones entre una solución sistemática y otra políticocriminal.

5. Como resumen de esta rápida exposición de los dos grandes grupos de teorías que dominan el panorama dogmático en materia de error de prohibición, podemos decir lo siguiente:

A la teoría del dolo corresponde el mérito indiscutible de haber destacado la necesidad del conocimiento de la antijuricidad como presupuesto de la punibilidad. A la teoría de la culpabilidad corresponde el mérito, también indiscutible, de haber propiciado un tratamiento penal diferenciado según que el error versara sobre un elemento del tipo o sobre la antijuricidad.

La teoría del dolo tropieza, sin embargo, con el obstáculo insalvable de la demostración de la actualidad del conocimiento por ella exigido y con las lagunas de punibilidad a que conduce la conversión automática en caso de error vencible de prohibición, del delito doloso en delito imprudente. La teoría de la culpabilidad encuentra su principal dificultad en proceder a una nítida separación entre error de tipo y error de prohibición en aquellos casos en los que el dato o elemento sobre el que recae el error es dudosamente reconducible al tipo o a la antijuricidad (elementos normativos, presupuestos objetivos de las causas de justificación) y también en una concepción amplísima de la potencialidad del conocimiento de la antijuricidad que conduce a la práctica irrelevancia del error evitable de prohibición.

Estas dificultades han hecho surgir variantes de ambas teorías (teoría limitada del dolo, teoría limitada de la culpabilidad), que, sin embargo, sólo en parte consiguen superar las objeciones anteriormente señaladas.

Este es el panorama dogmático que ofrecen las teorías formuladas hasta la fecha en torno a la relevancia del conocimiento de la antijuricidad y del error de prohibición (48). ¿Cuál de ellas es aplicable o conviene más a la hora de interpretar el pfo. 3º del art. 6 bis a) del Código penal español y cuál de ellas se ajusta mejor a las necesidades político criminales del momento a las que debe servir una dogmática, es decir, una interpretación racional justa y progresista del Derecho penal actualmente vigente?. A estas interrogantes procuraré dar respuesta en los siguientes apartados.

6. La adscripción del art. 6 bis a) del Código penal a una de las teorías acabadas de exponer, no es pacífica en nuestra doctrina. Tras la inclusión de este precepto en el Código penal en la reforma de 1983, la mayoría de la doctrina se ha inclinado por considerar que en él se acoge la teoría de la culpabilidad en su versión estricta (49). Esta fue también la opinión que

(48) Una exposición más o menos amplia de las distintas teorías puede verse en cualquier Tratado o Manual de Derecho penal. Además pueden consultarse las numerosas monografías existentes sobre las modernas teorías del error de prohibición, entre las que cabe destacar la de Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969; Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da ilicitude* cit.

(49) De esta opinión es, por ej. Gómez Benítez, *Teoría Jurídica* cit., p. 44, quien incluso ve en el art. 6 bis a) una de las "razones de la reforma" de 1983. También Octavio de Toledo-Huerta Tocildo, *Derecho Penal, Parte General, Teoría Jurídica del delito* (II), Madrid 1986,

prevaleció respecto a su antecedente más inmediato, el art. 20 del Proyecto de Código de 1980 (50). Y esta es igualmente la tesis que predomina tras la reforma de 1983 incluso entre los partidarios de la teoría del dolo (51).

De esta opinión, se aparta otro sector doctrinal.

Así, por ejemplo, Quintero Olivares (52) considera

pp. 58 ss. Naturalmente también es de esta opinión Cerezo Mir, uno de los principales partidarios de la teoría de la culpabilidad, en su versión estricta, en nuestra doctrina, para quién la atenuación obligatoria que prevé el pfo. 3º del art. 6 bis a) para los casos de vencible creencia errónea de estar obrando lícitamente no constituye una contradicción con esta teoría (véase Cerezo Mir, *La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, pp. 272 y ss.). En el mismo sentido Bacigalupo, *El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición*, en *La reforma del Código penal de 1983*, tomo V, vol. 1, Madrid 1985, pp. 53 y ss. Igualmente, aunque de modo incidental, Maqueda Abreu, *El error sobre las circunstancias*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 21, 1983.

(50) Véase Torío López, *El error evitable de prohibición*, en *La reforma penal*, cit.; Huerta Tocildo, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en *Cuaderno de Política Criminal*, 12, 1980; Romeo Casabona, *El error evitable de prohibición* cit.; Rodríguez Ramos, *Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en *La Ley*, 1980; Zugaldía Espinar, *El tratamiento jurídicopenal del error* cit. También Rodríguez Mourullo (en *La reforma penal* cit., p. 25) ve en el art. 20 del Proyecto argumentos a favor de la teoría finalista, es decir, de la teoría de la culpabilidad, aunque considera que la atenuación obligatoria es mas bien consecuencia de la teoría del dolo, para la que también pueden verse argumentos.

(51) Así, por ejemplo, Sainz Cantero, *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, en *Estudios penales y Criminológicos VII*, Santiago de Compostela, 1984, pp. 432 s.; el mismo, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, tomo III, Barcelona, 1985, p. 87; Torío López, en *Reformas penales* cit., pp. 111 s.

(52) En Quintero Olivares-Muñoz Conde, *La reforma penal* cit., p. 53, si bien advirtiendo que parece más cercana a la teoría de la culpabilidad.

que con la redacción del art. 6 bis a) es compatible tanto la teoría del dolo como la de la culpabilidad. Cobo-Vives (53) y Mir Puig (54) consideran que en dicho precepto se acoge la teoría del dolo. Y Bustos Ramírez (55) mantiene que tal artículo no se puede interpretar ni a partir de una ni de otra.

A mi juicio el texto literal del precepto admite todas estas interpretaciones que, desde este punto de vista, son, pues, perfectamente defendibles. Sin embargo conviene hacer algunas precisiones antes de hacer declaraciones precipitadas al respecto.

En el art. 6 bis a) se acoge una solución cuyas raíces pueden atribuirse a algunas de las teorías ya expuestas, pero cuyas consecuencias pueden ser, en parte, completamente diferentes a las que propugnan estas teorías. En otras palabras el art. 6 bis a) busca ante todo una solución práctica al problema polímicriminal del tratamiento del error en sus diversas modalidades, el que esa solución práctica pueda coincidir con algunos de los modelos teóricos propuestos hasta la fecha puede ser una feliz o desgracia coincidencia, pero en absoluto una prueba de la bondad de la misma. Es decir, el art. 6 bis a) debe ser valorado por las consecuencias a que conduce, no por su coincidencia con alguno de los modelos teóricos ya existentes. Su interpretación no viene, pues, propugnada por la adscripción a una u otra teoría, sino por su propia redacción y por su conexión sistemática con otros preceptos del Código penal, con los que forma una unidad inescindible. De ahí que desde el primer momento propugnemos una *teoría del error orientada a las*

(53) Cobo-Vives, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 1984, p. 560.

(54) Mir Puig, *Derecho Penal*, cit., pp. 548 ss.

(55) *El tratamiento del error en la reforma de 1983* cit., p. 719.

consecuencias que es, creo, la única capaz de ofrecer una interpretación del art. 6 bis a) orientada preventivamente, no prejuizada por criterios sistemáticos y que, en última instancia se justifica con las consecuencias políticocriminales a que conduce.

Naturalmente, que una teoría del error como la acabada de señalar no excluye que alguna de las soluciones aquí propuestas, compatibles, por tanto, con el tenor literal del art. 6 bis a), coincida con algunas de las soluciones propuestas por las teorías ya existentes, pero ello no excluye el que otras soluciones coincidan con los planteamientos de la teoría contraria.

Así, por ejemplo, no debe sorprender que respecto al tipo de conocimiento exigido de la antijuricidad nuestra teoría coincida con, o por lo menos se asemeje más a la teoría del dolo, y que respecto al tratamiento del error sobre los presupuestos de las causas de justificación coincida con la teoría estricta de la culpabilidad. Ello se debe a que no se aceptan de antemano los prejuicios sistemáticos de los que una y otra parten, sino que se busca la solución que se estima más justa dentro del más escrupuloso respeto al tenor literal del art. 6 bis a).

Sólo así, creo, puede llegarse a la síntesis feliz preconizada por Roxin entre sistema del Derecho penal y Política-criminal (56) cuya escisión es el principal defecto que aqueja a las teorías del error defendibles hasta la fecha.

En los apartados anteriores hemos visto los problemas que ofrecen las distintas teorías allí expuestas. Veamos ahora cómo se resuelven estos problemas

(56) Roxin, *Política criminal y sistema de Derecho penal* cit.

con el art. 6 bis a) y con la interpretación de él que aquí se propone.

7. El distinto tratamiento que propone el art. 6 bis a) para el error según éste versa sobre un elemento integrante de la infracción penal o sea una creencia errónea de estar obrando lícitamente creo que confirma el postulado fundamental de la teoría estricta de la culpabilidad, es decir, el diverso tratamiento por ella propugnado, del error de tipo y el error de prohibición. Pues, en efecto, la conversión en el primer caso del hecho doloso en imprudente, y la atenuación en el segundo, de la pena del delito doloso, es la principal aportación de la teoría estricta de la culpabilidad a la dogmática jurídicopenal.

Naturalmente, se puede decir que esta afirmación no es más que una *regla de determinación de la pena* que, en absoluto, modifica el carácter de *imprudencia iuris* que el error de prohibición ostenta y que sólo sirve para evitar las lagunas de punibilidad a que la solución de la teoría del dolo conduce irreversiblemente (57). Una forma, pues, de punición específica de la *imprudencia o culpa iuris*, apoyándose, para ello, en un argumento que me parece atendible y al que luego aludiré: la equiparación entre el tipo de conocimiento exigido para los elementos integrantes de la infracción penal (del tipo) y el tipo de conocimiento exigido para la antijuricidad y la obligatoriedad de la atenuación para el error vencible de prohibición. Pero

(57) En este sentido Mir Puig, *lug. u cit.* Una opinión extrema y, a mi juicio, carente de fundamento dogmático o políticocriminal es la sostenida por Serrano Gómez, en Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, Parte General*, 9ª ed., 1975, p. 636, para quien "el error al que se refiere el párrafo último del art. 6 bis a) se refiere tan sólo a las causas de justificación putativas, y que si la forma culposa no es punible, no es aplicable el art. 66".

sin perjuicio de admitir que este argumento pone de relieve las diferencias de fondo que hay entre la regulación del art. 6 bis a) y la teoría de la culpabilidad, no se puede discutir que la propuesta de punición de los casos de error vencible de prohibición con la pena, atenuada, correspondiente al delito doloso, corresponde en la historia de la dogmática jurídicopenal a la teoría de la culpabilidad y no a la del dolo. Es más un tal proceder sería contrario con los propios principios de esta última teoría. Pues no cabe duda que es contradictorio calificar un delito que se dice imprudente, por *imprudencia iuris*, con la pena, si bien atenuada, del delito doloso. Se incurre aquí en la misma contradicción en la que antes veíamos incurre la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica respecto al error sobre los presupuestos de las causas de justificación: acepta un hecho doloso pero lo castiga como si fuera imprudente. Un delito o es doloso o no lo es, pero si lo es no puede ser castigado con otra pena que la del delito doloso y esta es la que luego tiene que servir de marco de referencia para hacer todas las atenuaciones que se quieran.

La argumentación que ve en la atenuación de pena que prevee el pfo. 3º del art. 6 bis a) una regla específica para determinar la pena de un delito que, por *imprudencia iuris*, se estima imprudente no me parece, por tanto, convincente (58).

8. Más convincente me parece, en cambio, aunque con matizaciones que luego habrá que hacer, la parte de esa argumentación que considera que el tipo de conocimiento exigido en el pfo. 3º no difiere del exige-

(58) De la misma opinión, criticando la teoría de Mir Puig, Octavio de Toledo-Huerta Tocildo, *Derecho penal* cit., p. 62; Bustos Ramírez, *El error* cit., p. 713.

do en los pfos. 1º y 2º del art. 6 bis a); que, por tanto, el pfo. 3º responde a la alternativa conocimiento-no conocimiento y, con ello, a la teoría del dolo (59). También la *atenuación obligatoria* de la pena que prevee este precepto es un argumento en contra de la teoría de la culpabilidad (60).

Para esta teoría, como es sabido, el conocimiento de la antijuricidad no tiene nada que ver con el conocimiento de los elementos del tipo. Según Welzel, “el dolo y el conocimiento del injusto requieren psicológicamente dos formas distintas de conciencia: aquél exige necesariamente la representación o la percepción, *actual* en el momento del hecho; el segundo se conforma con un “saber” *inactual*” (61). El primer tipo de conocimiento debe, pues, estar presente en la configuración del tipo doloso; el segundo, por el contrario, puede faltar en el caso concreto sin que por ello quede excluída, ni siquiera atenuada, la culpabilidad, ya que la esencia de esta categoría es el reproche que lo mismo puede formularse contra quién realiza el hecho consciente de su antijuricidad, como contra quién lo realiza sin conciencia actual de la misma, pero teniendo la posibilidad de haberla adquirido, si se hubiera esforzado para ello. El conocimiento de la antijuricidad basta, pues, que sea, según Welzel, *potencial* (62).

(59) Véase Mir Puig, *Derecho penal* cit., lug. cit.

(60) De otra opinión Cerezo Mir, *El error* cit., p. 280. También en la doctrina alemana hay algún autor que considera que la atenuación obligatoria para el error vencible de prohibición se adapta mejor al principio de culpabilidad, véase, por ej. Krümpelmann, *Die strafrechtliche Behandlung* cit., p. 40.

(61) Welzel, *El sistema* cit., p. 106.

(62) Welzel, lug. u. cit. Una postura similar, aunque con distinta fundamentación, mantiene Jakobs, *Strafrecht* cit., p. 446, para quien “el grado de culpabilidad se determina por consideraciones axiológi-

Con esta afirmación, conseguía Welzel salvar las dos grandes objeciones que se habían hecho a la teoría del dolo: las dificultades de prueba en el proceso que plantea la demostración de la actualidad del conocimiento de la antijuricidad en el momento del hecho y las lagunas de punibilidad a que podía conducir la conversión es imprudencia de todo error evitable de prohibición. En la práctica, sin embargo, la teoría de Welzel ha conducido a la ficción del conocimiento de la antijuricidad en el proceso penal y a la escasa aplicación por los Tribunales alemanes de la atenuación facultativa que, para el error evitable de prohibición, prevé el § 17 StGB, que recoge, al pie de la letra, las ideas de Welzel (63).

El pfo. 3º del art. 6 bis a) del Código penal español contiene una regulación diferente.

En primer lugar, habla de “creencia errónea” sin especificar qué tipo de error puede dar lugar a la misma. En segundo lugar, en caso de que esa creencia errónea sea vencible prescribe una atenuación obligatoria y no meramente facultativa. Las diferencias con la teoría de la culpabilidad, a pesar de mantener el mismo tratamiento dualista del error, son, pues, evidentes. ¿Es esto un defecto de la regulación del Código penal español?

Pienso que no, y que más bien sucede lo contrario, que la regulación que ofrece el pfo. 3º del art. 6 bis a) es preferible a la de la teoría de la culpabilidad. Veamos por qué.

cas que en relación con el hecho psíquico del conocimiento o desconocimiento se comporta *elásticamente*: la falta de conocimiento de lo injusto puede, pero no debe, reflejar una culpabilidad disminuída”.

(63) Véase texto supra nota 6.

a) En primer lugar, porque la diferenciación entre el conocimiento de los elementos del tipo y el conocimiento de la antijuricidad no puede basarse en la intensidad exigida en cada uno de ellos. Como ya se dijo anteriormente (64), también el conocimiento de algunos elementos del tipo puede ser inactual o, como dice Platzgummer, un conocimiento concomitante o marginal: el estuprador o violador no se representa generalmente la edad exacta de la menor en el momento del yacimiento y no, por eso, deja de cometer un estupro o una violación dolosa. Tampoco se comprende muy bien por qué hay que distinguir entre el conocimiento (actual) de un elemento normativo del tipo y el conocimiento (potencial) de la antijuricidad, cuando en ambos casos se exige una misma “valoración paralela en la esfera del profano” (65).

Así, por ejemplo, no se comprende por qué el conocimiento de la “ajenidad” de la cosa mueble en el hurto debe ser actual y, sin embargo, basta con que potencialmente el sujeto hubiera podido conocer la prohibición de disponer de la misma.

b) En segundo lugar, porque la atenuación obligatoria no tiene por qué producir las atenuaciones injustificadas que temen algunos. El pfo. 3º del art. 6 bis a) parte de que toda “creencia errónea vencible” merece la atenuación cualquiera que sea su origen. Y esta regulación me parece perfectamente defendible.

No es el Derecho un fenómeno estático e inmutable que pueda ser conocido de una vez por todas y

(64) Véase supra 3 c).

(65) Véase el interesante escrito de habilitación, no publicado hasta la fecha, de Backes, *Strafrechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1976, y el trabajo de Arthur Kaufmann, *Die Parallellwertung in der Laiensphäre*, Munich 1982.

una vez aprendido quede ahí fijado para siempre en el seno de la conciencia. El Derecho, como dice Hassemer (66), no es un fenómeno deíctico que pueda ser mostrado o enseñado como el cuerpo humano o cualquier otro objeto material, sino un fenómeno comunicacional, cuya existencia y límites pueden ser objeto de discusión y de acuerdo entre las personas. La relevancia del desconocimiento jurídico o del error de prohibición no es algo evidente por sí mismo, sino algo que debe ser aceptado y elaborado por quienes conocen correctamente el alcance exacto de la norma jurídica desconocida por un sujeto en el caso concreto. La relevancia del error de prohibición refleja, pues, como dice el mismo Hassemer, la imagen de un Derecho penal dispuesto a negociar con el ciudadano los ámbitos de relevancia de sus prejuicios y su propia concepción del Derecho, sin que ello signifique modificar en nada la vigencia objetiva de las normas jurídicas (67).

La experiencia histórica demuestra que el Estado no siempre está dispuesto a conceder relevancia al error del ciudadano respecto a los límites o a la vigencia de las normas jurídicas y que solo muy parcialmente comienza a admitir dentro de ciertos límites la eficacia de tal tipo de error (68).

La evolución del Código civil en esta materia es un ejemplo elocuente de esta actitud reticente por parte del Poder a admitir la relevancia del desconocimiento de sus normas por parte del ciudadano. Tras casi un siglo de vigencia objetiva de la máxima “la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento” (art. 2 Código civil, antigua redacción), se ha pasado ahora,

(66) Hassemer, *Fundamentos* cit., p. 120.

(67) Hassemer, *lug. u cit.*

(68) Cfr. *supra* 2.

sin modificar esta originaria declaración a añadir un tímido párrafo: “el error de Derecho produce únicamente aquellos efectos que las Leyes determinen” (art. 6, 1, Código civil, nueva redacción) (69). Ello demuestra las cautelas con que el legislador está dispuesto a admitir la relevancia del error del Derecho, al que, en todo caso, no quiere conceder más relevancia que la que sus propias Leyes determinen.

El error de prohibición no es, pues, una estructura cuya relevancia se admita sin más. Incluso en algunos casos límites en los que el sujeto *conoce* el alcance de la norma jurídica pero no la *reconoce* como vinculante por discrepancia con el sistema jurídico oficialmente vigente (delincuente por convicción), esta discrepancia deja de tener relevancia por no poder permitirse el Estado el lujo de hacer depender la vigencia de sus normas de la aceptación y el reconocimiento de los ciudadanos (70).

Pero entre la tesis de la absoluta irrelevancia del desconocimiento de la antijuricidad y la tesis que haría depender la vigencia objetiva de las normas de su

(69) Sobre el alcance de este precepto, véase Espin, *La formulación del error de derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, en *Documentación Jurídica*, núm. 4, 1974, pp. 1309 ss.; Lalaguna, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. 1, Madrid 1977, pp. 277 ss.; Batlle Vázquez, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1978, pp. 102 ss. Sobre la redacción anterior y sobre el problema general de la ignorancia de las leyes, véase De Castro, *Derecho civil de España, Parte General*, tomo I, 3ª ed., Madrid 1955, p. 586. Sobre las repercusiones del art. 6,1 en el Derecho penal anterior a la reforma de 1983, véase Torío, *El error iuris, perspectivas materiales y sistemáticas*, en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela 1975, pp. 313 ss. Sobre la importancia de este precepto en la problemática del error de prohibición en Derecho penal en general, véase Octavio de Toledo-Huerta Tocildo, *Derecho Penal* cit., pp. 28 ss.

(70) Véase infra 11.

reconocimiento y aceptación por parte de los ciudadanos, hay un largo trecho, en cuyo centro se sitúa la actual relevancia legal de la “creencia errónea de estar obrando lícitamente”.

Pues bien, si no se quiere convertir esta relevancia, tan difícilmente conseguida, en simple declaración pragmática de principios sin eficacia práctica alguna, hay que darle siempre al error vencible de prohibición eficacia atenuante.

Los casos de ceguera jurídica o de enemistad o indiferencia al Derecho (71), no son normalmente casos de error vencible de prohibición, sino actuaciones plenas de conciencia de la antijuricidad.

Ciertamente no se preocupa en estos casos el sujeto (generalmente delincuente habitual) en el momento del hecho concreto de saber si está o no prohibido; la verdad es que ello no le preocupa en absoluto o no le motiva para abstenerse de cometerlo, pero sí para cometerlo clandestinamente o evitando ser descubierto; lo que prueba que tiene conciencia de la antijuricidad (e incluso punibilidad) de su hacer. No hay, pues, por qué tener en estos casos injustificadas exenciones o atenuaciones de pena. Pero si incluso se diera alguno en el que la conciencia de la antijuricidad faltase plenamente, pero la creencia errónea fuera vencible, será suficiente con la atenuación, que conforme al art. 66, puede ser mayor o menor en atención al grado de vencibilidad, es decir, de culpabilidad del sujeto.

Lo que no puede hacerse en ningún caso es equiparar el error vencible a la existencia efectiva del conocimiento de la antijuricidad.

(71) Véase supra 3 d).

c) Cosa distinta es el grado de exigencia que se imponga para apreciar la evitabilidad del error. Ante el silencio legislativo, es ésta una tarea que incumbe realizar a la doctrina y a la jurisprudencia. Y la verdad es que no veo por qué debe ser distinto el baremo que se emplea para decidir la evitabilidad del error y el que se emplea para medir la imprudencia de hecho (72). Estas mayores exigencias para apreciar la evitabilidad del error de prohibición que la falta de cuidado en la imprudencia y la simple atenuación facultativa que prevé el § 17 StGB han convertido en la jurisprudencia alemana la relevancia del error vencible de prohibición en papel mojado (73), siempre en aras de un reforzamiento de la prevención general absolutamente innecesaria, pues no se trata de eximir de pena, sino de atenuarla en mayor o menor grado, sin dejar por eso de desaprobado la falta de cuidado que tuvo el sujeto para no informarse adecuadamente sobre el carácter antijurídico de su hecho.

Igual que la conversión del dolo en imprudencia no supone ningún debilitamiento de la vigencia objetiva de las normas del Ordenamiento jurídico, tampoco tiene por qué producirla rebajar la pena cuando, por error vencible, falte la conciencia de la antijuricidad. Es esta una deducción tan elemental que no se comprende por qué la jurisprudencia alemana y el sector doctrinal que la apoyan juegan aquí con dos baremos distintos, como no sea porque, en el fondo, late soterradamente el principio “ignorantia iuris non excusat” o excusa pero menos.

Parodiando a George Orwell se podía decir también aquí de la tesis jurisprudencial alemana eso de

(72) En este sentido Jescheck, *Tratado* cit., p. 629.

(73) Así Hassemmer, *Fundamentos* cit., p. 123.

que “todos los errores son excusables, pero unos son más excusables que otros”. Desde luego, en el pfo. 3º del art. 6 bis a) del Código penal español no hay base para una tal diferenciación. Al error vencible de prohibición no hay por qué imponerle exigencias más severas que al error vencible de tipo (74).

d) Tampoco creo que sea un argumento en contra de la atenuación obligatoria las dificultades que plantea la constatación de la vencibilidad, también de la invencibilidad, del error de prohibición en el proceso penal.

En todo caso, no creo que en contra de la atenuación obligatoria hable la dificultad de prueba del hecho que la fundamenta.

Ciertamente es probable que el acusado de un delito intente invocar, entre otras excusas o justificaciones, su creencia en la licitud de lo que hacía. Pero corresponde al Tribunal, cuando ello se le plantea, apreciar las pruebas alegadas en conciencia y tras valorarlas libremente dictar una decisión al respecto (75). De ningún modo, puede rechazar la invocación del acusado, alegando la dificultad de prueba de la misma, pues ello supondría tanto como rechazar cualquier otra alegación de tipo subjetivo como la falta de intención, el error de tipo, la voluntariedad del desistimiento, la falta de ánimo de lucro en los delitos patrimoniales, etc.

El conocimiento de la antijuricidad no plantea, pues, especiales problemas de prueba en el proceso penal o, en todo caso, no más dificultades que la prueba de cualquier otro elemento subjetivo.

(74) Kerner, en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, tomo III, Strafrecht, edit. por Hassemer y Lüderssen, Munich 1980, p. 95.

(75) Véase art. 741, 1 LECrim.

Nos encontramos aquí ante lo que Hassemer llama "*Dispositionsbegriffe*" (76) es decir, conceptos que reflejan una disposición subjetiva o tendencia anímica del sujeto; como dolo, malicia, intención, voluntariedad, ánimo de lucro, etc. La peculiaridad de estos conceptos consiste en que no son observables empíricamente, sustrayéndose, por tanto, a la constatación empírica. Se hace necesario deducirlos de otros datos, que sí son constatables empíricamente, y que funcionan como *indicadores* de su existencia.

El conocimiento de la antijuricidad no plantea en este sentido especiales problemas, salvo los que se deducen de las peculiaridades del objeto mismo y de las dificultades de comunicación inherentes al proceso penal.

Respecto a las primeras, hay que tener en cuenta las peculiaridades de la formación de la conciencia moral y, con ella, jurídica de la psique humana. Según Freud (77), en alguna parte de la psique humana se forma desde la niñez un órgano de control que vigila las propias emociones y rige la conducta humana conforme a las exigencias del mundo externo. Este estrato de la personalidad comienza a formarse con la introyección del poder paterno en la niñez y se continúa durante toda la vida con la introyección del poder social. Pero sería erróneo pensar que son sólo las normas jurídicas las que constituyen el objeto de referencia del conocimiento material de la antijuricidad, pues,

(76) Hassemer, *Fundamentos* cit., pp. 227 ss. (también del mismo autor: *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltags-theorien und Dispositionsbegriffe in der Strafrechtsdogmatik*, en *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, edit. por Lüderssen y Sack, vol. 1, Frankfurt 1980, pp. 229 ss.

(77) Freud, en *Gesammelte Werke*, tomo XII, 3ª ed., 1966, p. 8; tomo XIII, p. 282, y tomo XIV, p. 484.

como ya demostró Piaget (78), la conciencia moral se forma desde la niñez con referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas y sólo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual en referencia a normas jurídicas: ¡Aviada estaría una sociedad si sus miembros se abstuvieran de infringir las prohibiciones esenciales (matar, robar), sólo porque así lo dijera el Código penal! (79).

Esto quiere decir que los “errores burdos” tales como pensar que robar, matar o violar no están prohibidos por la ley, pueden ser rechazados sin problema por los Tribunales (80) o reconducidos, para su adecuado tratamiento, al ámbito de la capacidad de la culpabilidad, pues evidencian un tal grado de inmadurez intelectual que muy bien pueden deberse a déficits mentales del sujeto que los invoca.

Más complicados son, en cambio, otras clases de error más comprensibles y, por eso, más creíbles también. Igualmente hay que tener en cuenta aquí el carácter dinámico del conocimiento de la antijuricidad. Con razón dice Arthur Kaufmann que “las insuficiencias de la consideración tradicional tienen su raíz en primera línea en que se considera el “sentido”, la “significación”, la “cualidad normativa” del hecho punible como algo previamente dado, fijo, estático, que se presenta tanto al delincuente como al juez así, no de otro modo. En verdad, pasa como con el electrón que, según el punto de vista del investigador, tan pronto aparece como corpúsculo que como onda. El

(78) Piaget, *Das moralische Urteil beim Kinde*, Frankfurt am Main, 1973.

(79) Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, Jerez 1985, p. 38.

(80) Véase Mir Puig, *Derecho Penal* cit., p. 538.

significado de una acción humana no puede decidirse, pues, prescindiendo de la situación e independientemente del proceso de integración (81). También Backes observa que el “comportamiento correcto en la vida cotidiana no lo adquiere el agente a través de normas abstractas, sino en situación de interacción” (82).

Con estas peculiaridades tiene que vérselas el juez en el proceso penal cuando se invoca el error de prohibición. Tiene que establecer, pues, una relación entre el lenguaje de la vida cotidiana, a través del cual el autor de un hecho punible ha adquirido sus conocimientos y su sistema de valores, y el lenguaje de las normas jurídicas en base al cual hay que decidir la imposición, atenuación o exclusión de una pena (83). Las dificultades que ello entraña son probablemente mayores en el conocimiento de la antijuricidad que en los otros elementos subjetivos y conceptos que reflejan disposiciones subjetivas y similares que se contienen en la estructura del delito.

Pero son problemas inherentes al proceso penal mismo que si bien en las modernas concepciones se le configura como un proceso de comunicación (84) entre partes igualmente libres y, por tanto, como un discurso libre de dominio (85), no deja de ser en la práctica un discurso institucional muy alejado todavía de ese modelo ideal (86).

Pero lo que aquí interesa destacar es que el conocimiento de la antijuricidad no es un problema psicoló-

(81) Kaufmann, Arthur, *Die Parallellwertung* cit., p. 23.

(82) Backes, *Strafrechtswissenschaft* cit., p. 134.

(83) Kaufmann, Arthur, *Die Parallellwertung* cit., p. 24.

(84) Kerner, en *Sozialwissenschaften* cit., p. 102.

(85) Véase Hassemer, *Fundamentos* cit., pp. 163 ss.

(86) Hassemer, *op. cit.*, p. 168.

gico individual y como tal constatable con los rudimentarios conocimientos de una Psicología empírica, sino como un problema psicológico colectivo, producto de la interacción y, en última instancia, de la atribución. Lo que recientemente se denomina *normativización de un elemento subjetivo* (87). Es esta normativización la que incide en que se admita con mayor o menor amplitud la excusa de la evitabilidad del error y no la difícilmente demostrable estructura psicológica individual de la misma (saber actual o inactual del sujeto).

9. El diferente tratamiento entre el error de tipo y el error de prohibición, o si se prefiere, entre el error al que aluden los pfs. 1º y 2º y el error (o creencia errónea) al que alude el pfo. 3º del art. 6 bis a), no se justifica tanto en base a una distinta naturaleza psicológica o distinta gravedad de ambas clases de error, cuando son vencibles, como en base a las distintas consecuencias que cada uno de ellos tiene en la estructura del delito.

Incluso cuando el error es invencible son distintas las consecuencias que para la estructura del delito tiene cada clase de error. El error invencible de tipo (“sobre elemento integrante de la infracción penal”) conduce a la impunidad por falta de dolo o imprudencia y, por tanto, por falta de tipo de injusto al que vincular la responsabilidad penal. El error invencible de tipo es, por tanto, similar al caso fortuito (art. 6 bis b) y no permite siquiera traspasar el primer estadio de la teoría del delito: la tipicidad (siempre que

(87) Véase Díez Ripollés, *La normativización de los elementos subjetivos en la teoría del delito*, Zaragoza 1986 (inédito).

se entienda, claro está, que ésta incluye el dolo y la imprudencia) (88).

Por el contrario, el error invencible de prohibición, “creencia errónea de estar obrando ilícitamente”, conduce igualmente a la impunidad, pero no porque no exista tipo de injusto al que vincular la responsabilidad criminal, sino porque el tipo de injusto, doloso o imprudentemente realizado, no puede atribuirse a su autor como culpable del mismo (89).

La distinción entre error de tipo y error de prohibición no sólo tiene importancia cuando el error es vencible, determinando en el primer caso la conversión del delito doloso en imprudente y en el segundo la atenuación de la pena del delito doloso (o imprudente), sino también cuando es invencible, ya que el primero elimina el tipo de injusto, mientras que el segundo sólo excluye la culpabilidad.

La distinción no es puramente sistemática, sino que como inmediatamente vamos a ver, tiene también enorme transcendencia para resolver el problema del tratamiento que merece el *error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación* (90), es decir, las causas de justificación putativas. La cuestión tiene gran importancia porque en el art. 6 bis a) no se alude directamente al problema y en nuestra doctrina se han mantenido posiciones tanto a favor de su inclusión en los pfos. 1º y 2º (91) como en el pfo. 3º

(88) Véase Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, Bogotá 1983, pp. 62 y 120.

(89) Véase Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 162.

(90) Véase supra 4 c) y bibliografía allí citada. Sobre este problema véase además, Dreher, *Der Irrtum über Rechtsfertigungsgründe*, en *Festschrift für Heinitz*, 1972, pp. 207 ss.

(91) Así Mir Puig, *Derecho penal* cit., p. 361; Bustos Ramírez, *El error* cit., pp. 709 ss.

del art. 6 bis a) (92) con las diferentes consecuencias a que ello da lugar.

Nuestra jurisprudencia, como es sabido, sobre todo en relación a la legítima defensa putativa, procede a estimar la concurrencia plena de la eximente cuando la errónea suposición de sus presupuestos era objetivamente fundada y, por tanto, invencible. Y suele acudir a la imprudencia cuando el error es vencible (93). Este proceder jurisprudencial supone tanto como incluir el error sobre los presupuestos de las causas de justificación en los pfs. 1º y 2º del art. 6 bis a), es decir, tratándolo como error de tipo.

En apoyo de este proceder jurisprudencial puede invocarse, aparte de un sector doctrinal que defiende la teoría del dolo, o concretamente en este punto, la teoría limitada de la culpabilidad, el absoluto silencio que en este punto ofrece el art. 6 bis a) en cualquiera de sus párrafos. Sin embargo, desde nuestro punto de vista lo que aquí interesa es saber si las consecuencias políticocriminales a que conduce son convincentes y si este proceder es compatible con la distinción entre antijuricidad y culpabilidad, base como antes decíamos del tratamiento dualista del error acogido en el art. 6 bis a), y con el tratamiento de las eximentes incompletas que ofrece el art. 66 del Código penal en relación con el art. 9, 1ª del mismo cuerpo legal.

Mi opinión al respecto es contraria a la tesis jurisprudencial y al sector doctrinal que la apoya. Veamos por qué.

(92) Así Gómez Benítez, *Teoría jurídica* cit., p. 308; Octavio de Toledo-Huerta Tocildo, *Derecho penal* cit., p. 176; Muñoz Conde, *Teoría General* cit., p. 95; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal, Parte General*, I, 3ª ed., 1985, p. 414.

(93) Una exposición de la doctrina jurisprudencial puede verse en Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa* cit.

La equiparación de la legítima defensa (o de cualquier otra causa de justificación) putativa con la real, es decir, con la que se ejerce para repeler una agresión realmente existente, conduce a una subjetivización de la antijuricidad incompatible con el carácter objetivo de la misma (juicio de valor objetivo sobre la conformidad o contradicción entre una conducta y el Ordenamiento jurídico en su conjunto) y puede producir, por tanto, una peligrosa confusión entre antijuricidad y culpabilidad (94).

Aunque sólo fuera por esto, me parece que habría que rechazar la tesis que considera o trata el error sobre los presupuestos de las causas de justificación como un error de tipo. Pero lo más grave no es esto, sino que esa subjetivización de la antijuricidad se produce a costa de negar, a su vez, la posibilidad de legítima defensa (esta sí *real*) a las víctimas de las acciones realizadas en situación de justificación putativa, con lo que se produce una indeseable desprotección de personas, en todo caso inocentes, que no tienen por qué soportar los errores ajenos por fundados que sean.

(94) Distinción que, desde que fue incorporada por Von Liszt al Derecho penal, tomándola de Ihering, se ha convertido en la base de la moderna teoría del delito. Desde entonces el concepto del delito se basa en una valoración del hecho como antijurídico y una valoración de su autor como culpable (véase Muñoz Conde, *Teoría General*, cit., p. 3). Las consecuencias de esta distinción repercuten además en la solución de otros problemas dogmáticos importantes, como el de la accesoriadad de la participación respecto a la autoría. La participación (inducción, complicidad) sólo es punible cuando el hecho del autor principal es, por lo menos, antijurídico. Por eso, si las causas de justificación putativas, en caso de error invencible, pudieran llegar a excluir el tipo de injusto y no simplemente la culpabilidad, nunca podría castigarse a los partícipes que conocieran la situación real (salvo que se pudiera construir una autoría mediata).

Imaginemos un comerciante de ultramarinos, al que ya han atacado varias veces jóvenes barbudos y mal vestidos y que, al ir a cerrar su establecimiento a últimas horas de la tarde, observa como con cierta precipitación entra en él un joven, *con un parecido extraordinario con uno de los que le han atacado anteriormente*, pero que en realidad es un trabajador que se había olvidado comprar los alimentos para la cena. El comerciante, sin pensarlo dos veces, nervioso y asustado, creyéndose ante la inminencia de otro atraco, saca un revólver y dispara contra el trabajador, matándolo o hiriéndolo gravemente.

Pues bien, si de acuerdo con la tesis jurisprudencial y de un sector doctrinal, la invencibilidad del error convierte la legítima defensa putativa en legítima defensa real y, por tanto, en causa de justificación, se está negando al pobre trabajador desde un principio la posibilidad de, a su vez, defenderse también legítimamente.

E igual sucedería en el caso del miembro de las Fuerzas de Orden Público que, estando de guardia en una zona muy conflictiva del País Vasco un día en el que se han producido varios atentados terroristas, dispara en la oscuridad de la noche contra alguien que pasa corriendo por la puerta del cuartel y no se detiene ante la voz de alto, porque no la oye o porque iba deprisa a avisar al médico pues su mujer estaba de parto. Es probable que en este caso también el guardia actúe en error invencible, al presumir que se trataba de un terrorista y disparar, pero su muy explicable error no puede producirse a costa del sacrificio de la vida o la integridad física del ciudadano que se ve obligado a soportar las consecuencias del error del

guardia, igual que si su actuación fuera objetivamente correcta (95).

(95) La equiparación entre la justificación real y la putativa en el caso de la eximente 11^a del art. 8 (ejercicio legítimo del cargo), tiene a su favor el que en muchos de estos casos la reglamentación administrativa deja al funcionario un cierto margen de apreciación de la situación fáctica y es, por tanto, el funcionario quien, dentro de esa discrecionalidad, decide los límites de su actuación (véase Gómez Benítez, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid 1980, pp. 51 ss.). Pero esa discrecionalidad no puede convertirse en ningún caso en arbitrariedad y dentro del margen subjetivo de apreciación hay un deber de examen previo de las circunstancias fácticas que permite objetivarlo (véase Gómez Benítez, *El ejercicio legítimo* cit., pp. 205 ss.; Carbonell, *La justificación penal* cit., pp. 163 ss.). En todo caso, en la medida en que el margen de libertad de apreciación permitido por las reglamentaciones administrativas al funcionario sea excesivo o excesivamente vago, habrá que estar siempre a los principios generales que informan las causas de justificación, como los de ponderación, proporcionalidad, etc. (véase Muñoz Conde, *Teoría General* cit., p. 116).

La cuestión tiene importancia práctica también para delimitar el ámbito de protección en el delito de atentado, pues éste sólo se considera tal, si el atentado a la autoridad, a sus agentes o a los funcionarios públicos se produce "cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas", considerando tanto la jurisprudencia, como la doctrina que el ejercicio de sus funciones ha de ser "conforme a derecho" (véase Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6^a ed., Sevilla 1985, p. 628; Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, tomo III, Barcelona 1977, pp. 501 ss.). Se produce, pues, una evidente interrelación entre el ejercicio legítimo del cargo como causa de justificación y este ejercicio legítimo como bien jurídico protegido en el delito de atentado. El concepto de "legitimidad" o "conformidad a derecho", debe, pues, ser entendido de un modo objetivo, sin perjuicio de exigir las referencias subjetivas (voluntad de actuar conforme a derecho) en el funcionario.

La cuestión no es baladí, pues un gran porcentaje de los casos que se plantean en la apreciación de la eximente 11 del art. 8, se refiere al uso de la violencia y concretamente de las armas de fuego por parte de los agentes de la Autoridad, a menudo con consecuencias lesivas o incluso letales. Lo menos que se puede decir en estos casos es que dicho empleo de armas de fuego sólo puede estar justificado cuando se den los presupuestos objetivos legales y no cuando el agente crea, incluso invenciblemente, que se dan. En principio, el ciudadano no tiene por qué soportar

Y lo mismo habría que decir en el caso del soldado que, en plena guerra, estando de guardia en primera línea, dispara contra el que cree un soldado enemigo, pero que en realidad se trataba de un compañero que se acercaba a pedirle fuego.

De lo que en estos casos y similares se trata no es tanto de la posible exención de pena del que actúa putativamente en situación justificada, sino de si esa creencia errónea, por explicable que parezca, puede convertir lo que todo lo más puede ser una causa de

los errores de la Policía, por muy invencibles que sean, ni hay por qué conceder al Estado ningún privilegio para "errar" que, a poco que se descuide, se convierte en un "derecho a matar". Recientemente en el vecino país de Francia se ha levantado una polémica ante "trágicos errores" de policías que dispararon, matándolo, contra un joven dentista que circulaba en dirección prohibida con su moto, al que confundieron con un "conocido ladrón" que empleaba una moto parecida para robar bolsos por el procedimiento del tiron; o contra otro joven que se introdujo con su vehículo por una dirección prohibida para eludir un control policial, porque, como después se supo, le había sido retirado temporalmente el carnet de conducir. No se trata tanto, ante casos de este tipo, de negar el error, incluso invencible del agente policial concreto que disparó, sino de evitar que su hecho, posiblemente inculpable, se convierta además en "objetivamente" lícito para todos, incluso para la propia víctima del error. No se puede ignorar, sin embargo, que en algunos casos de esta clase se puede alegar con éxito ya el error de tipo, porque el resultado lesivo se produce sin que el autor del disparo lo pretendiera (mala puntería, desviación del tiro), pero ello no excluye el que se compruebe además la licitud del empleo de armas de fuego en el caso concreto. Como tampoco se puede caer en la ingenuidad de negar la aplicación de la eximente, cuando haya habido realmente intención, o por lo menos, dolo eventual de causar la muerte, porque, aunque evidentemente el agente de policía debe procurar reducir al (presunto) delincuente disparando al aire o a las piernas o a cualquier punto del cuerpo no vital, no se puede excluir la aceptación del posible resultado, muerte o lesiones graves (véase, sin embargo, Zugaldía Espinar, *Comentario a la STS 16 mayo 1983*: "caso Almería", en *La Ley*, 1983. Distinta puede ser la situación respecto a la eximente de obediencia debida, véase Queralt, *Tirar a matar*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21, 1983, p. 742).

exculpación en una auténtica causa de justificación con todas sus consecuencias, es decir, eliminando las posibilidades de que el afectado por la acción pueda reaccionar a su vez en legítima defensa, excluyendo incluso la responsabilidad civil directa, o subsidiaria del Estado, etc. A mi juicio, la licitud o ilicitud de un hecho típico no puede depender nunca de las creencias subjetivas del particular, por muy explicables que sean, por lo menos mientras se siga manteniendo la distinción entre antijuricidad y culpabilidad base de la actual teoría del delito y del tratamiento dualista del error que acoge el art. 6 bis a).

Por tanto, creo que igual criterio hay que mantener en todas las demás causas de justificación.

El médico que realiza una operación esterilizadora, aprovechando una intervención ginecológica de otra índole, sin recabar el permiso de la mujer, porque observa que ésta tiene un tumor de trompas y, de todos modos, la esterilización tendrá que realizarse inevitablemente en un futuro inmediato, puede actuar desde su punto de vista en un estado de necesidad putativo o con consentimiento presunto de la mujer, pero ésta tiene todo el derecho para pedir, por lo menos, la correspondiente indemnización si no está de acuerdo posteriormente con la actuación del médico.

Y lo mismo puede decirse de otras actuaciones putativamente justificadas.

¿Por qué tiene que soportar el honrado ciudadano que lo detenga un agente de policía que lo confunde, con error invencible, con un peligroso delincuente?.

¿Por qué tiene que soportar el administrado el comportamiento del administrador que interpretando erróneamente sus instrucciones enajena, sin su consentimiento, bienes de su propiedad?.

Una vez más de lo que se trata en estos casos es de si el error, probablemente invencible, del médico, del policía, del administrador, puede convertir en lícita sus actuaciones.

La única forma de impedirlo es considerar que el error sobre los presupuestos de las causas de justificación no puede tratarse sistemáticamente en el ámbito del tipo de injusto, como error de tipo, sino en el ámbito de la culpabilidad, como error de prohibición, lo que traducido a nuestro Código penal quiere decir conforme al pfo. 3^o del art. 6 bis a). Es decir, excluyendo la responsabilidad criminal (por falta de culpabilidad, que no de injusto), si es invencible, o atenuando la pena, en uno o dos grados, conforme al art. 66, si es vencible.

Esta conclusión me parece además perfectamente compatible con lo dispuesto en el art. 9, 1^o, al que se refiere el art. 66, en relación con las eximentes incompletas. Pues parece lógico que si una de las razones por la que se considera la eximente como incompleta es por no estimarse plenamente fundada la creencia del sujeto en la existencia de los presupuestos de una causa de justificación, el régimen aplicable sea el de las eximentes incompletas, es decir, el del art. 66, y no el del delito imprudente. Ello posibilita, además, un tratamiento conjunto de todos los errores posibles sobre las causas de justificación, bien sea sobre su existencia, sobre sus límites o sobre sus presupuestos, sin tener que realizar formalistas escisiones entre sus elementos, no siempre separables, complicando aún más la ya muy complicada teoría del error.

Así, por ejemplo, por volver a algunos de los casos citados anteriormente: ¿Porqué hay que tratar de modo distinto el error del policía que detiene a un honrado ciudadano al confundirlo con un peligroso

delincuente y el error de ese mismo policía que, en un exceso de celo, detiene a un ciudadano porque hace, a su juicio, una crítica despectiva para la política anti-terrorista del Gobierno? ¿Por qué tratar de modo diferente al administrador que creyendo contar con el consentimiento de su administrado enajena bienes de su propiedad y al administrador que enajena esos mismos bienes porque cree que no necesita el consentimiento del administrado?. ¿Son tan grandes las diferencias ante ambas clases de error como para apreciar en la primera variante de estos casos error de tipo y, en cambio, apreciar en la segunda variante error de prohibición, con las distintas consecuencias que ello conlleva?.

Creo que, por las razones ya dichas, el tratamiento en ambas variantes debe ser el mismo y que tanto en la primera (error sobre los presupuestos de la causa de justificación), como en la segunda (error sobre la existencia o límites de una causa de justificación), existe una “creencia errónea de estar obrando lícitamente” a tratar conforme al pfo. 3º del art. 6 bis a).

En resumen: *el error sobre los presupuestos de las causas de justificación debe ser considerado como un supuesto de “creencia errónea de estar obrando lícitamente” y, por tanto, ser incluido en el párrafo 3º del art. 6 bis a).*

10. El distinto tratamiento que impone el art. 6 bis a) para el error sobre un “elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena” y la “creencia errónea de estar obrando lícitamente” presupone que el objeto referencial de ambas clases de error es distinto y cumple una función diferenciada en la teoría del delito. No se puede entender de otro modo, ya que, como hemos indicado anterior-

mente, el error en sí es igual, desde el punto de vista psicológico, o difícilmente diferenciable. Desde el punto de vista psicológico tan error es matar a un cazador por confundirlo con una liebre, que matar a alguien creyéndose en una situación de legítima defensa.

Si algún sentido tiene la diferenciación entre estas clases de error es más por el diferente objeto al que se refieren, que por el error en sí. Este objeto referencial es en los pfos. 1º y 2º del art. 6 bis a) “un elemento esencial integrante de la infracción penal”, y en el pfo. 3º el “estar obrando lícitamente”, lo que en el lenguaje dogmático moderno quiere decir tanto como tipicidad y antijuricidad. Por tanto, el error de los pfos. 1º y 2º se puede denominar como error de tipo, y el del pfo. 3º como error de prohibición (96).

El primero sería secuencialmente prevalente sobre el segundo, es decir, constatado que el sujeto actuó con error de tipo, carece de sentido plantear el problema del conocimiento de la antijuricidad, y, por las mismas razones, sólo puede plantearse el problema del conocimiento de la antijuricidad, si se constata antes la existencia de un hecho típico.

Esto significa que la regulación del art. 6 bis a) descansa en el reconocimiento de la existencia de dos categorías de delito distintas y con diferente función dogmática: la *tipicidad* y la *antijuricidad*, entendiendo la primera como adecuación entre la conducta realizada y la descripción legal del hecho en el concreto

(96) Así ha sido entendido unánimemente por la doctrina española en los Comentarios, Manuales, Tratados y Monografías que sobre el tema se han publicado a partir de la reforma de 1983 (véase las obras de Bacigalupo, Bustos Ramírez, Cobo-Vives, Gómez Benítez, Mir Puig, Muñoz Conde, Octavio de Toledo-Huerta Tocildo, Sainz Cantero, etc., citadas anteriormente).

tipo delictivo, y la segunda como la contradicción de la conducta típica realizada con las exigencias del Ordenamiento jurídico en su conjunto (97). Generalmente la primera se constata de un modo positivo, es decir, comprobando si se dan los distintos elementos descritos en el correspondiente tipo legal, y la segunda de un modo negativo, es decir, comprobando si no concurre alguna causa de justificación que excepcionalmente convierta en lícita la conducta típica reali-

(97) Esta separación entre tipicidad y antijuricidad no es para muchos, tan tajante como se indica en el texto, así, por ejemplo, ya afirmó en su día Mezger, *Tratado* cit., I, pp. 375 ss., que la tipicidad es la “ratio essendi” de la antijuricidad, al definir el delito como la acción “típicamente antijurídica”. Por las razones ya dichas anteriormente creo, sin embargo, que ambas categorías deben ser estrictamente separadas, ya que ambas desempeñan una función políticocriminal y dogmática distintas. Mientras que la tipicidad cumple una función selectiva de los comportamientos penalmente relevantes, ejerciendo, al mismo tiempo, una función motivadora y de garantía para los ciudadanos (véase Muñoz Conde, *Teoría general* cit., p. 40); la antijuricidad sirve para comprobar si el comportamiento calificado de típico puede ser excepcionalmente autorizado ante la presencia de normas permisivas (causas de justificación). La tipicidad, por tanto, selecciona y delimita los comportamientos penalmente relevantes que luego serán valorados, desde el punto de vista de su contrariedad o conformidad con el Ordenamiento jurídico, en el plano de la antijuricidad. El acto que va a ser juzgado como jurídico o antijurídico tiene que ser, pues, previamente delimitado y definido en sus elementos esenciales, es decir, tipificado (véase Hassemer, *Fundamentos* cit., p. 264; Jescheck, *Tratado* cit., pp. 332 ss.). Por otra parte, hay que tener en cuenta que, como señala Hassemer (*Fundamentos* cit., p. 505), el sistema del delito como sistema *justo* contiene una jerarquía normativa de los grados de imputación. El peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de un estadio a otro (de la acción a la tipicidad, de la tipicidad a la antijuricidad, de la antijuricidad a la culpabilidad, etc.). De ahí se deduce que la secuencia de los estadios de imputación no es disponible, sino que es obligatoria normativamente: “El delincuente tiene derecho a que se respete esa secuencia; puede pretender que no se le justifique si no ha realizado ni siquiera el tipo, que no se le disculpe si no existe injusto” (Hassemer, op. y lug. u. cit.).

zada. En el art. 407 del Código penal, la comprobación de la tipicidad exige comprobar si el hecho realizado coincide con los elementos integrantes de un tipo delictivo (homicidio); la de la antijuricidad, si el hecho típico realizado (homicidio) está excepcionalmente permitido por el Ordenamiento jurídico (por ejemplo porque el sujeto mató en legítima defensa).

Por las razones ya dichas anteriormente, ambas categorías deben situarse en un plano diferente y tener una distinta función dogmática. El error sobre cada una de ellas debe ser, por tanto, igualmente diferenciado y conducir a consecuencia distintas también.

Anteriormente hemos demostrado esta afirmación al ocuparnos del error sobre los presupuestos de las causas de justificación que hemos tratado como error sobre la antijuricidad o error de prohibición, es decir, como un caso de “creencia errónea de estar obrando lícitamente”, teniendo en cuenta que el problema de las causas de justificación, tanto en sus presupuestos, como en su existencia y límites, es un problema de (ausencia de) antijuricidad y, como tal, debe ser tratado como un todo.

Sin embargo hay que reconocer que las fronteras entre tipicidad y antijuricidad, perfectamente nítidas en el plano conceptual, no lo son tanto en el plano teórico legislativo, ya que el legislador, al describir los comportamientos prohibidos en los tipos legales, utiliza a veces conceptos cuya constatación implica, al mismo tiempo que la tipicidad, la antijuricidad del comportamiento (98). Ya antes hemos advertido de la

(98) La presencia de estos elementos del deber jurídico (*Rechtspflichtsm Merkmale*) en la descripción de los tipos de delitos fue detectada por Welzel en diversos artículos aparecidos en la revista *Juristenzeitung* en 1952 sobre el error en los delitos cometidos por los funcionarios públicos, y por su discípulo Armin Kaufmann en su fun-

dificultad que encierra distinguir el error sobre algunos *elementos normativos del tipo* (como “ajenidad” en el hurto, “documento” en la falsedad documental) y el error de prohibición (99). Pero el problema se complica mucho más en relación a aquellos elementos recogidos en el tipo que claramente aluden a la antijuricidad del comportamiento. Conceptos como “sin título o causa legítima” en el art. 320, “sin hallarse autorizado” en el art. 341, “debido” en el art. 371, “sin estar legítimamente autorizado” en el art. 496, “indebidamente” en el art. 349, y en un largo número de preceptos del Código penal y leyes penales especiales que contienen en sus tipos esta clase de conceptos, oscurecen la distinción entre tipo y antijuricidad y con ello el tratamiento del error sobre los mismos (100). Pues no cabe duda que, al mismo tiem-

damental obra *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 101, 257, 286 (hay traducción al español de esta obra de Bacigalupo y Garzón, aparecida en Buenos Aires en 1977 con el título: *Teoría de las Normas*, las páginas que aquí interesan son las 177 ss., 197 ss.). Ello llevó a Welzel (*El nuevo sistema* cit., pp. 59 s.) a formular sus teorías de los “tipos abiertos”, en los que los elementos del injusto de la correspondiente clase de delito no se describen de forma completa, sino parcial, debiendo buscarse el resto en el ámbito de la antijuricidad.

(99) Para más detalles véase Schlüchter, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga 1983. Muy interesante la exposición histórico-dogmática del problema, incluyendo una crítica a la posición de Schlüchter, que hace Fischler, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, Berlin 1984.

(100) La presencia de estos elementos referidos al deber ha sido estudiada entre nosotros por Córdoba Roda, *El conocimiento de la antijuricidad* cit., p. 40, y *Notas al tratado de Maurach*, tomo I, pp. 354 ss. Para Córdoba son elementos referidos al deber aquellos cuya apreciación “implique la antijuricidad de la acción típica” (“sin título o causa legítima”, en el art. 320; “sin hallarse legítimamente autorizado”, en el art. 431; “fuera de los casos permitidos por la ley”, en el art. 482; “sin estar legítimamente autorizado”, en el art. 496). En tanto que considera como *elementos normativos del tipo* “los elementos valorativos de la figura legal cuya apreciación no implique la antijuricidad de la

po que elementos integrantes de la infracción penal (del tipo), son también elementos que caracterizan la antijuricidad, de tal modo que la constatación de la tipicidad en estos delitos no es ya solo un “indicio” de la antijuricidad, sino que equivale a su afirmación.

¿Se puede, en estos casos, a pesar de todo, seguir manteniendo la distinción entre tipicidad y antijuricidad y con ello el distinto tratamiento del error sobre las mismas?. A mi juicio, hay que contestar a esta pregunta afirmativamente, pero con una serie de matices que seguidamente paso a exponer.

Ante todo hay que decir que no son raros los casos en que error de tipo y error de prohibición pueden coincidir. El guardia forestal que, creyendo actuar correctamente, dispara contra el cazador furtivo con ánimo de intimidarlo, pero, con tan mala fortuna, dada su mala puntería, que lo alcanza matándolo o hiriénolo gravemente, actúa con ambas clases de error. Pero el carácter secuencial de las distintas categorías obliga a comprobar primero el problema del error de

conducta” (“injusta”, arts. 351, 356 y 358; “legítimo”, art. 378; “injusti”, art. 386; “legítimamente”, art. 471). De ahí deduce un distinto régimen para el error: error de prohibición, en los primeros; error de tipo, en los segundos. La distinción, aunque inteligente y aguda, puede parecer formalista, en la medida en que muchas de estas expresiones utilizadas por el legislador no tienen otro alcance que el simplemente estilístico, sin significado material aparente. Así, por ejemplo, la expresión “sin hallarse legítimamente autorizado” en el art. 341, puede entenderse como un elemento de la descripción típica en la medida en que sólo entra en el ámbito de la tipicidad la elaboración de sustancias nocivas sin autorización legal, cualquiera que sea después el juicio que merezca la elaboración en el plano de la antijuricidad, que es un problema distinto a tratar posteriormente. El error sobre dicho extremo debe afectar, pues, a la tipicidad del comportamiento mismo y no a otra categoría del delito. Lo mismo puede decirse a la “preceptiva autorización o aprobación administrativa” de las instalaciones en el delito ecológico, recientemente introducido.

tipo y sólo una vez solucionado éste se puede abordar el problema del error de prohibición. Primero habrá que comprobar, por tanto, si el error de tipo fue vencible, pues sólo en este caso podrá plantearse la tipicidad por el correspondiente tipo de homicidio o lesiones imprudentes. Si el error de tipo fue del todo invencible y la muerte o las lesiones se produjeron fortuitamente, ni siquiera habrá que plantear el problema del error de prohibición o todo lo más habrá que plantearlo en relación con el correspondiente tipo de coacciones o amenazas, si se dan los elementos de estos delitos.

Del mismo modo, secuencial y sistemático, habrá que proceder en todos aquellos casos en los que el objeto referencial del error sea tanto elemento del tipo, como de la antijuricidad. Es decir, habrá que solucionar en el tipo, antes que en cualquier otra categoría, lo que sistemáticamente pertenece ya al tipo y sirve para constituirlo, pues sólo constatada la tipicidad de una conducta y concretamente la tipicidad correspondiente, que puede ser la de un delito doloso, la de un delito imprudente o incluso ninguna, si el delito en cuestión no era punible en su forma imprudente o el error (de tipo) era invencible, se puede seguir indagando el resto de las categorías o el error que afecte a las mismas.

Sin embargo, los casos concretos no son siempre fáciles de resolver, porque como dice Roxin (101), el gran especialista en este tema, “un error sobre estos elementos no siempre es un error de tipo, ni siempre un error de prohibición, sino tan pronto es lo uno como lo otro, según que se refiera a las circunstancias determinantes de lo ilícito o, interpretando estos ele-

(101) Roxin, *Teoría del tipo penal* cit., p. 217.

mentos correctamente, que se refiera sólo a la antijuricidad de la acción”.

Para Jescheck, nos encontramos aquí ante *elementos de valoración global del hecho* que “deben descomponerse en, por una parte, aquellas partes integrantes de los mismos que afectan a las bases del juicio de valor, y, por otra parte, este juicio de valor en sí mismo. Las primeras pertenecen al tipo, el último a la antijuricidad” (102). El procedimiento, pues, es muy similar al utilizado por la teoría limitada de la culpabilidad para resolver el problema del error sobre los presupuestos de las causas de justificación. Pero esta descomposición de tales elementos tampoco es conveniente aquí. Realmente se hace muy difícil distinguir entre las bases fácticas del juicio de valor y el juicio de valor mismo sobre todo en aquellos casos en los que la constatación de los hechos implica ya su valoración jurídica (103). El abogado que habiendo llegado a tomar la defensa o representación de una parte, defiende o representa a la contraria en el mismo negocio (art. 361 del Código penal) actúa, según esta teoría, en error de tipo si desconoce la contraposición de intereses entre sus clientes, mientras que actúa en error de prohibición si, conociendo la contraposición de intereses, considera lícito aconsejar a ambas partes. Pero se hace difícil imaginar a un abogado que al conocer la contraposición de intereses no tenga ya, al mismo tiempo, conciencia de la ilicitud de su actuación, y a la inversa, como indica Bacigalupo, “el abogado ... que no sabe de la contraposición de intereses, cree *también* no tener el deber de abstenerse de intervenir” (104).

(102) Jescheck, *Tratado* cit., p. 337.

(103) Véase Mir Puig, *Adiciones al Tratado de Jescheck* cit., p. 345.

(104) Bacigalupo, en *Comentarios* cit., p. 68.

Más simplista, pero también más adecuada a la realidad, parece la teoría minoritaria, representada por Welzel (105) y Armin Kaufmann (106), que consideran que estos elementos, aunque mencionados en el tipo, son elementos del deber jurídico y, por tanto, de la antijuricidad, por lo que cualquier error sobre ellos debe considerarse como error de prohibición.

Claro que ello significa tanto como tener que admitir la existencia de “tipos abiertos”, es decir, de tipos en los que falta algún elemento constitutivo que hay que tomar de la antijuricidad.

Con ello se desconoce el carácter “cerrado” de la tipicidad que tiene que contener los elementos que sirven para constatar positivamente el comportamiento que luego va a ser enjuiciado desde el prisma de la antijuricidad (107). La tipicidad no tiene por que perder ese carácter por pedirle prestado algún elemento a la antijuricidad para poder constituirse. Si las características especiales del deber jurídico, el carácter “debido” del comportamiento, es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión, el error sobre las mismas (en su conjunto y no descomponiéndolas) debe ser tratado como un error sobre el tipo, ya que el dolo debe referirse a todos los elementos integrantes del tipo (de la “infracción penal”) y estas características son elementos configuradores y constitutivos del mismo.

Pero no cabe duda que deja una cierta insatisfacción que una simple cuestión de técnica legislativa, emplear en la descripción del tipo elementos relati-

(105) Welzel, *lug. cit.*, nota 96.

(106) Armin Kaufmann, *op. cit.*

(107) En este sentido la teoría dominante véase, por todos, Jescheck, *Tratado cit.*, p. 336 y las concluyentes críticas de Roxin, *Teoría del tipo cit.*, pp. 87 ss.

vos a la antijuricidad, pueda tener efectos tan importantes y decisivos en materia de error. Pues hay que reconocer con la doctrina minoritaria que estos elementos, sin duda decisivos para configurar la tipicidad del delito, siguen siendo elementos de la antijuricidad e incluso evocan directamente la presencia o ausencia de causas de justificación. Por eso, tiene razón Bacigalupo cuando dice que “ambas soluciones (es decir, la del error de tipo y la del error de prohibición) son *posibles*” (108). Pero aquí de lo que se trata no es tanto de la *plausibilidad* de ambas soluciones, sino de saber cual hay que elegir y por qué. Para Bacigalupo, “la respuesta dependerá de donde se ponga el acento de la valoración jurídica, lo que, por su parte, requiere una valoración de las consecuencias prácticas que se deriven de una u otra posición” (109). Sin entrar en absoluto desacuerdo con esta posición (aunque si, como veremos más adelante, con la solución que propone para estos casos) creo que hay suficientes argumentos también dogmáticos en favor del tratamiento del error de tipo.

Veámoslo de la mano del caso tratado por la STS 22 de marzo de 1986 (el llamado “caso Ballesteros”):

El supuesto de hecho de esta sentencia trata del caso del Comisario General de Información que conociendo los datos personales de unos sujetos colaboradores de la Policía española que irrumpieron violentamente en la frontera española, tras haberse producido un ametrallamiento de varias personas que se encontraban en un bar de la ciudad fronteriza de Hendaya, se negó a revelarlos al Juez español que insistentemente se los reclamó para iniciar las diligencias judi-

(108) Bacigalupo, lug. u. cit.

(109) Bacigalupo, lug. u. cit.

ciales contra ellos, tanto por su entrada anómala en el territorio español, como por su presunta participación en el atentado del bar hendayés. Procesado el citado Comisario por el delito de denegación de auxilio del art. 371 del Código penal, fue condenado por dicho delito por la Audiencia Provincial de San Sebastián. Contra dicha resolución se elevó recurso de casación y el TS absolvió al Comisario por apreciar en su comportamiento la creencia errónea de un estado de necesidad o colisión de deberes que eliminaba el dolo o malicia convirtiendo el delito en un hecho imprudente no punible en esta figura de delito que, según la jurisprudencia, sólo admite la comisión dolosa. El TS aplica aquí, pues, su tesis tradicional de que el error sobre los presupuestos de las causas de justificación (en este caso, estado de necesidad) elimina el dolo y todo lo más deja subsistente la imprudencia, que, en este caso, no es punible.

Por las razones ya dichas (supra 9), este proceder jurisprudencial no me parece compatible con el tratamiento que, tras la reforma de 1983, hay que dar al error sobre los presupuestos, existencia o límites de las causas de justificación en el Código penal español. Pues se trata de casos de “creencia errónea de estar obrando lícitamente” que, conforme al pfo. 3º del art. 6 bis a), determina, en caso de vencibilidad, sólo la atenuación conforme al art. 66. La absolución plena parece, pues, absolutamente infundada desde el punto de vista *legal actualmente vigente*.

Y lo mismo habría que decir si se estima que el error no era tanto un error sobre los presupuestos de una causa de justificación o error de prohibición, como un error de tipo, tesis por la que, en definitiva, parece inclinarse la Sentencia. Pues lo que verdaderamente sorprende en esta sentencia, aparte de la

reconducción sistemática de este tipo de error al error de tipo, es que se aprecia como creencia errónea lo que no fue más que una contumaz, reiterada y recalcitrante negativa a facilitar los datos de identificación personales exigidos por el Juez, que el citado Comisario, por lo demás, confiesa conocer.

Si se sitúa el problema en el plano de las causas de justificación (concretamente del estado de necesidad) y de su putativa existencia es posible, sin embargo, admitir todo tipo de creencias erróneas, desde que el sujeto no brindaba la información requerida porque creía en la existencia de valores superiores que se lo impedían (?), hasta que no lo hacía porque temía por su vida, por la de sus parientes más próximos, o por su puesto de trabajo. Lo que se trata, sin embargo, es de la credibilidad que pueden ofrecer tales excusas y si son admisibles, aunque sea como errores vencibles, en una persona de tan alto nivel burocrático y al que se le supone perfectamente asesorado en el ámbito jurídico.

Sin embargo, la sentencia pone sobre el tapete, aunque incidentalmente y sin profundizar en ello, la cuestión de si no nos encontramos aquí ante el *error sobre un elemento normativo del tipo*, que justificaría su tratamiento como error de tipo, aunque no facilitaría la admisión de tal excusa.

En efecto, el art. 371 del Código penal habla de no prestar “la *debida* cooperación para la administración de justicia”, introduciendo con la expresión “*debida*” un elemento, sin duda referente a la antijuricidad del comportamiento, pero que también sirve para configurar el tipo de delito. No toda denegación de auxilio es, por tanto, típica en el sentido del art. 371, sino sólo la denegación de la cooperación que es “*debida*”.

Por tanto, el error sobre este elemento, si es que lo hubo, debe ser tratado como un error de tipo. Ello no invalida en absoluto las críticas que, a mi juicio, merece la STS de 22 de marzo de 1986, sino que las legitima aún más, pues el carácter objetivo del elemento “debida” no puede ser ignorado por quién, por su cargo y oficio, está obligado a comprobar cuidadosamente los presupuestos de su cooperación con la Administración de Justicia, no bastando con su simple creencia personal, cosa que sería posible en el estado de necesidad mucho más subjetivo e individual, pero no en una actuación institucional que, en definitiva, está presidida por el art. 126 de la Constitución, el art. 283 LECr. y el art. 3,3 de la Ley de Policía que hacen depender a la policía judicial de la autoridad judicial. Por lo que, con razón indica Maqueda en comentario a esta sentencia (110) “mal puede hablarse aquí de un conflicto de deberes, ni siquiera aparente, en cuanto que el mismo ha sido ya resuelto positivamente por el derecho, dejando resultante la existencia de un *único deber* (111): en este caso, el de atender el requerimiento judicial revelando las circunstancias de identidad, localización y actuación de sus colaboradores, que fue el que infringió el encausado”.

Como el examen de la STS de 22 de marzo de 1986 demuestra no hay, pues, inconveniente alguno en tratar en el tipo y como error de tipo el error sobre los elementos del tipo que ostentan características pertenecientes también a la antijuricidad. Como indica Bacigalupo, “se trata de determinar si el conocimiento de las circunstancias debe regirse por las reglas

(110) Maqueda Abreu, *Comentarios a la STS 22 marzo 1986*, en *Revista del Poder Judicial*, 1986.

(111) Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984.

del error del tipo o por las reglas del error de prohibición y la respuesta dependerá de dónde se ponga el acento de la valoración jurídica, lo que, por su parte, requiere una valoración de las consecuencias prácticas que se derivan de una u otra posición” (112). Para Bacigalupo, “la respuesta referente a dónde debe ponerse el acento depende ... de cuál de las soluciones permite una mejor distribución de los riesgos de la vida social. Y en este sentido no cabe duda —dice— que la posición minoritaria presupone una distribución más acertada porque exige al autor un mayor cuidado frente a las consecuencias de su acción respecto de otras personas” (113). Ello le lleva, pues, a aceptar en estos casos la tesis del error de prohibición.

No estoy de acuerdo con esta solución final, aunque sí con su fundamentación. Por las razones ya dichas, creo que hay que resolver en el tipo lo que afecta ya a su existencia. El riesgo que ello pueda entrañar en algunos casos, sobre todo la laguna de punibilidad que determina la impunidad de la comisión imprudente, puede ser obviado si se tiene en cuenta que la mayoría de estos elementos referidos a la antijuricidad se emplean en la descripción de tipos de delitos en los que sus posibles sujetos activos son funcionarios públicos y personas obligadas, por su función o cargo, a comprobar cuidadosamente los límites de su deber. Con lo que la excusa de negligencia o descuido se vuelve contra ellos y aumenta aún más la sospecha de una actuación dolosa, por lo menos con dolo eventual. Cuando no es este el caso, se trata normalmente de “delitos artificiales”, delitos fiscales sobre todo, en los que la actuación negligente del ciudadano, que incumple por ejemplo sus deberes tributarios actuando

(112) Bacigalupo, *lug. u. cit.*

(113) Bacigalupo, *op. cit.*, p. 69.

en error vencible, merec de entrada una mayor comprensión que puede llevar a la impunidad de su comportamiento imprudente, lo que no le salvará, de todos modos, de las garras del poder sancionatorio de la Administración (114).

No hay, pues, ningún problema, ni dogmático, ni políticocriminal, en aceptar que el error sobre los elementos del tipo referidos a la antijuricidad debe ser tratado como un error de tipo, es decir, como “error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal” de los pfs. 1º y 2º del art. 6 bis a).

11. Las consideraciones precedentes han servido sobre todo para resolver dos grupos de casos (el error sobre los presupuestos de las causas de justificación y el error sobre los elementos del tipo referidos a la antijuricidad) que, tanto la doctrina, como la jurisprudencia ya habían venido resolviendo desde mucho antes de que se introdujeran en el Código penal preceptos sobre la relevancia del error (115). En este sentido, se puede decir que el art. 6 bis a) no supone ni va a suponer ninguna novedad importante en el tratamiento de estas cuestiones, sino sólo un marco de referencia legal expreso al que reconducir las soluciones ya existentes. De todos modos, aunque sólo fuera por eso y por razones de seguridad jurídica, debe ser valorada positivamente su introducción en el Código penal.

(114) Véase Muñoz Conde, *El error en el delito de defraudación tributaria* cit.

(115) Véase, por ejemplo, las obras generales y la jurisprudencia anterior a 1983 y concretamente en relación con el tratamiento de algunas causas de justificación putativas, Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Barcelona 1972, tomo I, pp. 260 ss., 270 ss.; también del mismo autor, *Las eximentes incompletas*, Oviedo 1966, pp. 126 ss., 317 ss.

Pero la relevancia del error de prohibición que se consagra en el pfo. 3º del art. 6 bis a) tiene un alcance mucho mayor que el señalado anteriormente. Realmente, la máxima "*error iuris non excusat*" nunca se ha visto seriamente comprometida por la relevancia del error sobre los presupuestos sobre las causas de justificación o del desconocimiento de determinados elementos normativos que reciben generalmente su sentido de ámbitos extrapenales (error de derecho extrapenal) (116).

Incluso, en parte por razones sistemáticas, en parte para eludir el rigor que de la aplicación de dicha máxima resultaba, los Tribunales y la doctrina encontrarán siempre soluciones más o menos convincentes, tratándolas como error de hecho o error de tipo, coincidiendo en ello con el sentimiento de Justicia vivo en la comunidad, sin poner en peligro seriamente la vigencia del principio.

No sucedía igual cuando el error se refería a la existencia misma de la prohibición legal y el ciudada-

(116) El error de derecho extrapenal fue una de las brechas que se abrió al principio "*ignorantia iuris non excusat*". Así, por ejemplo, el art. 47, 3 del Código penal italiano dice: "El error sobre una ley distinta a la penal excluye la punibilidad cuando ha ocasionado un error sobre el hecho constitutivo de delito". Con ello, se pensaba, no se afectaba a la vigencia del principio en el ámbito estricto del Derecho penal, cuyas normas específicas constituyen la base de la convivencia y que, por tanto, se presume su conocimiento. La tesis de la equiparación del error de derecho extrapenal al error de hecho y sobre todo la distinción entre error de derecho extrapenal y error de derecho penal pronto se mostró impracticable, teniendo en cuenta que muchos de los elementos empleados en la descripción de los tipos penales (por ejemplo en los delitos patrimoniales y en los económicos) provienen de otras ramas del derecho y la existencia de las "leyes penales en blanco", por lo que ha sido abandonada tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia (véase Córdoba Roda, *El conocimiento de la antijuricidad* cit., pp. 24 ss.).

no alegaba desconocer que su hecho estaba prohibido por las normas jurídicas. En estos casos, se aplicaba con todo su rigor el principio tradicional “error iuris non excusat” (117), al que llevaba un malentendimiento de la relación entre vigencia objetiva de las normas jurídicas y conocimiento de las mismas por parte del ciudadano.

El miedo a fáciles alegaciones de desconocimiento de las normas por parte de los acusados en el proceso penal y a infundadas absoluciones hicieron el resto. Probablemente estas razones siguen existiendo, pero el pfo. 3º del art. 6 bis a) va a suponer sin duda una auténtica ruptura del viejo principio “ignorantia iuris non excusat”. Veamos cómo.

a) El pfo. 3º del art. 6 tiene, por ejemplo, que ser aplicado a casos como los del extranjero que cree permitido también en España lo que en su país lo está (por ejemplo el aborto en los tres primeros meses de embarazo) o del campesino inculto que desconoce las leyes de protección de los pájaros insectívoros, realizando hechos objetivamente delictivos (abortar, cazar dichos pájaros) “en la creencia errónea (vencible o invencible) de estar obrando lícitamente” (118).

(117) Invocándose para ello el art. 2 del Código civil, en su antigua redacción (hoy párrafo 1 del art. 6): “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento” (véase, por ejemplo, STS 19 octubre 1872, 13 mayo 1896, 14 abril 1900, etc.). Contra ello ya argumentó Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1949, p. 216, que tal precepto sólo sirve para establecer la obligatoriedad de las leyes de un modo general y es compatible con los efectos jurídicos del error.

(118) Un caso de este tipo puede verse en la Sentencia del Tribunal Territorial de Hagen de 8.12.1978 (caso Aslan): un trabajador turco emigrante en la República Federal de Alemania intenta matar al amante de su mujer, causándole graves heridas, convencido de que conforme a las leyes y costumbres de su país de origen le asistía tal derecho, co-

Pero esto, con ser un avance evidente en la larga marcha por conseguir la relevancia plena del error de prohibición en la teoría del delito, no es, sin embargo, tan significativo como pudiera aparecer. Pues los casos del extranjero o del campesino analfabeto son casos límites, carentes de la suficiente importancia estadística y social como para justificar la polémica habida hasta la fecha.

La problemática real de la exigencia del conocimiento de la antijuricidad como presupuesto de la aplicación de la pena y con ella de la relevancia, eximente o atenuante, del error sobre la misma comienza a agudizarse cuando la creencia errónea no se debe tanto a un desconocimiento de las normas, como a una *falsa o por lo menos discutible interpretación* de las mismas. El campesino que ocupa pacíficamente la finca, cuyo cultivo tiene abandonado el terrateniente, o el padre de familia que ocupa una vivienda vacía, pueden tener, con razón, dudas fundadas sobre el carácter delictivo de sus hechos.

La calificación jurídica de estos casos es, desde luego, confusa o por lo menos discutible. El art. 517 del Código penal castiga la ocupación de un inmueble siempre que se utilice violencia o intimidación, lo que obviamente no se da en la ocupación *pacífica* de fincas (119).

El concepto de “morada” en el art. 490 exige una cierta o, por lo menos, potencial actualidad de ocupación de la vivienda por parte del propietario que, evi-

mentada por Detlef Krauss, en *Unrechtsbewusstsein*, edit. por De Boor, 1982, pp. 43 ss.

(119) Véase Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo III, 2ª ed. puesta al día por García Valdés, Madrid 1977, p. 997. En este sentido también, Huerta Tocildo, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid 1982, p. 104.

dentemente, no se da en los casos de vivienda vacía durante muchos años (120). El fácil recurso de las coacciones a las que a menudo recurre la jurisprudencia para castigar estos casos no se sostienen ni siquiera con el concepto amplio de “violencia” que utiliza el TS en la interpretación del art. 496 (121).

Hay, pues, dudas fundadas para considerar que estos hechos no son ni tan siquiera típicos y, por tanto, penalmente relevantes. Ni aún con el asesoramiento de un especialista se podrían disipar las dudas sobre la relevancia penal de estos casos. En mi opinión, tales hechos son atípicos y no constituyen, por tanto, el tipo de injusto de ningún delito. Pero incluso la jurisprudencia es en estos casos oscilante y se producen frecuentemente en los Tribunales inferiores decisiones contradictorias al respecto. Hay, por tanto, sobradas razones para aceptar en estos casos, incluso siguiendo la tesis de la tipicidad por el delito de coacciones, un *error de subsunción* que, según la doctrina dominante, habría que tratar como un error de prohibición, ya que el sujeto conoce el contenido objetivo de los elementos del tipo, pero yerra sobre su significado jurídicopenal (122).

(120) Véase Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial* cit., p. 136. Expresamente sobre este tema, Larrauri Pijoan, *Allanamiento de morada y derecho a la vivienda*, en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 23, 1984, p. 298.

(121) Véase Muñoz Conde, *Parte Especial* cit., p. 113. En general, casi todos los autores que se han ocupado del tema (Torio, Mir Puig, Higuera, García Pablos, Mira, etc.) critican la amplia interpretación que hace el TS del concepto de “violencia” empleado en el art. 496. Castigar la ocupación pacífica de inmuebles por este delito del art. 496 (coacciones) produce además la paradoja de castigarla más gravemente (arresto mayor y multa) que la ocupación violenta (sólo multa, art. 517).

(122) Jescheck, *Tratado* cit., pp. 421 ss.; Welzel, *El nuevo sistema* cit., pp. 123 s.

También cabría solucionar estos casos, entendiendo que se da en ellos un error sobre la existencia de una causa de justificación, concretamente de un estado de necesidad o del ejercicio legítimo de un derecho, ya que muchas veces los autores de tales hechos se encuentran realmente en una situación parecida a la del estado de necesidad o, incluso, consideran simplemente que por encima del derecho del propietario están sus derechos a la vivienda, a un puesto de trabajo, a la justa distribución de la riqueza o a la función social de la propiedad, reconocidos constitucionalmente.

b) Esta última solución conduce al *error sobre la validez de una norma de Derecho penal o error de validez* (123), que también se considera como una variedad del error de prohibición y que, por tanto, es incluíble en el pfo. 3º del art. 6 bis a). En estos casos, “el autor conoce la prohibición, pero cree que no es válida, porque según su opinión infringe una norma positiva de rango superior, por ejemplo, de la Constitución, o un principio metapositivo” (124).

En efecto, declaraciones constitucionales como el derecho a la vivienda o la función social de la propiedad dan, por lo menos, motivos para que muchas personas, en situación familiar y laboral crítica, piensen que es correcto actuar como lo hacen y para que, incluso en algunos casos extremos, pueda afirmarse la existencia real y no simplemente putativa de un estado de necesidad.

La tendencia de los Tribunales a no enfrentarse directamente con este problema, se explica como una forma de evitar ejercer tareas de configuración de la

(123) Welzel, *El nuevo sistema* cit., p. 120.

(124) Welzel, *lug. u. cit.*

via social que, de hecho, corresponden al poder legislativo o al ejecutivo, pero no justifican las condenas penales pronunciadas al hilo de una estricta y a veces deficiente interpretación de las normas jurídicas, con olvido de lo dispuesto en el pfo. 3º del art. 6 bis a).

Por las mismas razones, *error de validez*, considerado aplicable el pfo. 3º del art. 6 bis a) a la mujer que, entendiendo prevalentes sus derechos a la libertad, dignidad e intimidad reconocidos constitucionalmente, decide abortar, aunque no se den los presupuestos de las estrictas indicaciones reconocidas en el art. 417 bis (125). Pues, aparte de que subjetivamente pueden darse los presupuestos de un estado de necesidad putativo, existen también razones objetivas para considerar que el aborto por indicación económico social o simplemente en una situación de necesidad no coincidente con las indicaciones ya reconocidas legalmente, pueda ser compatible con el Ordenamiento constitucional, aunque literalmente no esté comprendido en la regulación jurídicopenal (126).

(125) Que, como es sabido, sólo admite las llamadas indicaciones terapéutica, eugenésica y ética. El Tribunal Constitucional declaró en su sentencia 11 abril 1985 anticonstitucional el Proyecto originario “no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto”, sino por incumplir determinadas exigencias derivadas del art. 15 de la Constitución (derecho a la vida), no excluyendo la posibilidad de eximir en todo caso de responsabilidad criminal a la embarazada “o cualquier solución dentro del marco constitucional” (fundamento jurídico 12). La sentencia ha sido, sin embargo, criticada por ir más allá de la competencia propia del Tribunal Constitucional, proponiendo soluciones que corresponde adoptar al poder legislativo (así, Cuerdo Riezu, en *Cuadernos de Política Criminal*, 28, 1986, pp. 247 ss. Téngase en cuenta que seis magistrados formularon voto particular).

(126) Véase Muñoz Conde, *Parte Especial* cit., p. 69; Bajo Fernández, *Parte Especial* cit., pp. 118 ss. Recientemente importantes cargos del Gobierno (el Vicepresidente del mismo y el Ministro de Justicia) han hecho declaraciones mostrándose favorables a una ampliación de

c) Este caso nos da pie para avanzar un paso más en la interpretación del art. 6 bis a) y plantear su aplicación en casos no sólo de “creencia errónea” sino también de “*creencia diferente*” respecto al alcance de las normas jurídicas prohibitivas. Pues ciertamente hay casos en los que el sujeto conoce la norma jurídica que infringe, pero cree que esa norma es injusta y no debe ser cumplida (127). La parca admisión del aborto en los tres supuestos del art. 417 bis, puede ser una buena fuente para el incumplimiento, según las últimas estadísticas incluso masivo (128), de dicha regulación. En estos casos el sujeto *conoce* el derecho, pero no le *reconoce* fuerza vinculante. En la medida en que el incumplimiento de las normas se deba a una abierta rebelión contra las mismas y contra el Ordenamiento jurídico en su conjunto, es evidente que no tendrá aplicación el pfo. 3º del art. 6 bis a) que habla de “creencia errónea” y no de “creencia discrepante” y que, como se ha afirmado constantemente por la doctrina dominante, no puede debilitar la vi-

las indicaciones admitidas en el art. 417 bis, lo que supone obviamente que para ellos tal ampliación sería conforme con la Constitución.

(127) Nos encontramos entonces con el problema del “delincuente por convicción” que no recibe ningún tratamiento especial, ya que, según la doctrina dominante, no se da en él ninguna causa de justificación, ni de exculpación. Todo lo más se propone, tener en cuenta la decisión de conciencia y el valor ético de los motivos determinantes en la medición de la pena. Véase Jescheck, *Tratado* cit., p. 570.

(128) El número de abortos legales realizados tras la entrada en vigor del art. 417 bis, en agosto de 1985, ha sido en todo un año apenas de doscientos, que contrastan con la cifra de unos 300.000 abortos ilegales que según las Estadísticas oficiales se realizaban anualmente antes de la reforma. Por otra parte, no ha decrecido, tras la entrada en vigor de la reforma el número de abortos de españolas que se desplazan a otros países europeos para abortar (90.000 según el Instituto de la Mujer, recogido en el diario EL PAIS, 12 agosto 1986, editorial: “La otra cara del aborto”).

gencia de las normas jurídicas hasta el punto de hacerlas depender de su aceptación por los ciudadanos. En la medida, en cambio, en que la discrepancia con la normativa concreta se deba a la creencia de la prevalencia de un derecho superior incluso de rango constitucional, habrá que aceptar la relevancia del error en su forma de error de validez ya mencionado o por lo menos como *error sobre causa de exculpación* (129).

Más allá de esta última forma de error parece difícil incluir más supuestos de esta clase en el pfo. 3º del art. 6 bis a), último bastión en el que hoy por hoy está el Estado dispuesto a discutir con el ciudadano los ámbitos de relevancia de sus pre-juicios y su propia concepción del derecho, sin modificar en nada la vigencia objetiva de sus normas (130).

Sin embargo, queda un ámbito libre para la discusión de algunos casos en los que sin salirse del estricto marco de la vigencia objetiva de las normas jurídicas, podría plantearse la posibilidad de aplicar el pfo. 3º del art. 6 bis a), y que al mismo tiempo son una buena piedra de toque para comprobar las relaciones entre las normas jurídicopenales y las normas sociales, auténticas fuentes de los conflictos aquí planteados.

Cuando en 1973 en el Symposium de Penalistas celebrado en Ludwigsburg auspiciado por la Fundación Humboldt (131), y luego en 1974 como lec-

(129) Véase Jescheck, *Tratado* cit., pp. 691 ss. y la adición de Mir Puig, *lug. cit.*, p. 694.

(130) Hassemer, *Fundamentos* cit., p. 122.

(131) Véase Muñoz Conde, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsform*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia 1974, p. 325 (hay versión española, publicada en *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, año 2, núm. 4, 1973).

ción magistral en oposiciones a cátedra, en 1975 como Ponencia en las III Jornadas de Profesores de Derecho Penal celebrada en Santiago de Compostela (132) y en 1976 en varias conferencias pronunciadas en Universidades alemanas y luego publicadas en 1978 como artículo también en Alemania (133), mantenía que la *participación* (siquiera potencial) *en los bienes jurídicos* protegidos por las normas penales es presupuesto del *concepto material de la culpabilidad*, era consciente y así fue entendido por algún colega (134) que tal requisito podía poner en cuestión la vigencia objetiva de las normas jurídicas incluso de aquellas que se estiman fundamentales para el Ordenamiento jurídico. Sin embargo, todos entendieron que la utilidad práctica de este concepto se manifestaba sobre todo en la crítica de muchas normas de la legislación penal franquista que en el ámbito político prohibían y penalizaban el ejercicio de derechos fundamentales como el de expresión, manifestación y asociación y en el ámbito sexual mantenían delitos como el adulterio, la venta de anticonceptivos o el estupro fraudulento de la mujer menor de veintitrés años (135). De haber existido entonces un pfo. 3º del art. 6 bis a) y simplemente habiendo manejado un método estrictamente dogmático, al que a veces se achaca injustamente ser “filosofía de la dominación”, no cabe duda de que hubiera recu-

(132) Véase Muñoz Conde, *El principio de culpabilidad*, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela 1976, p. 231.

(133) Véase Muñoz Conde, *Ueber den materiellen Schuldbegriff*, en *Goltdammers Archiv*, 1978, p. 69.

(134) Véase Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, Barcelona 1977, pp. 29 ss.

(135) Véase, por ej., Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, pp. 53 ss.

rrido a aquél precepto y a la teoría del error de validez, argumentando con el estado de necesidad supralegal o simplemente con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano para fundamentar la falta de culpabilidad de los acusados entonces por tales delitos.

Actualmente las normas que hacían posible esas condenas han sido ya derogadas y la Dictadura ha sido sustituida por un Estado social y democrático de Derecho que reconoce entre otros valores el pluralismo y la legítima discrepancia política con los que en un momento determinado encarnan el poder. Las objeciones que en su día se me formularon desde el plano estricto del derecho positivo carecen hoy, pues, de fundamento. Pero quizás también la teoría que motivó tales críticas y que ahora, consecuentemente en un proceso de autocrítica, debería abandonar.

Sin embargo, no estoy tan convencido de que la situación, por lo menos social y económica, haya cambiado tanto y de que mi teoría no sea también aplicable en una sociedad democrática y pluralista que, precisamente por serlo, acoge en su seno la discrepancia. Afortunadamente no estoy tan solo en esta postura que considera la “conciencia” del individuo como un bastión infranqueable para el poder punitivo del Estado. Autores como Armin Kaufmann (136) o Schmidhaeuser (137) consideran también que los “delincuentes de conciencia” actúan sin culpabilidad y el mismo Rudolphi (138) admite que la

(136) Armin Kaufmann, *Die Dogmatik im AE*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 80, 1968, pp. 40 ss. (recogido también en: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 234 s.).

(137) Schmidhaeuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, pp. 425 s.

(138) Rudolphi, *Das virtuelle Unrechtsbewusstsein als Strafbarkeits*

sanción penal en estos casos se debe más a razones preventivas que a la vigencia del principio de culpabilidad. Pero no cabe duda que con estas teorías, igual que con la mía, se está abandonando el firme suelo del derecho positivo, para buscar el fundamento del principio de culpabilidad en otros ámbitos para o meta jurídicos que, en todo caso, no son los del derecho positivo. Un partidario a ultranza del principio de culpabilidad debería, sin embargo, coherentemente negar en estos casos la existencia de culpabilidad y admitir junto a la relevancia de la “creencia errónea” la de la “creencia diferente”. El legislador español obviamente no ha llegado tan lejos, sacrificando el principio de culpabilidad a comprensibles razones preventivas que dan la razón a quienes consideran que la “culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político criminal por razones preventivas” (139).

Pero no sólo preventivas generales, como dice Jakobs (140), sino también preventivo especiales (141).

El conflicto existente entre prevención especial y prevención general traduce el eterno conflicto entre individuo y sociedad (142). La tensión dialéctica entre ambos no es fácil de resolver en una sociedad in-

voraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, en *Unrechtsbewusstsein*, edit. por De Boor cit., p. 9.

(139) Así Roxin, *Política criminal* cit., pp. 67 ss. Sobre las ideas de Roxin al respecto, véase del mismo autor, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Muñoz Conde, Madrid 1981, que recoge varios trabajos de dicho autor sobre el tema.

(140) Véase, por ej., Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tubinga 1976, p. 3 y *Strafrecht* cit., pp. 3 ss.

(141) Como el mismo Roxin, *op. cit.*, ha repetido varias veces.

(142) Véase Muñoz Conde, *Derecho Penal y Control Social*, cit., pp. 124 ss.

justa, cuyos propios fallos estructurales son muchas veces causas inmediatas de la delincuencia. El dilema se resuelve casi siempre en favor de la prevención general, no sólo porque la sociedad es más fuerte que el individuo sino también porque el Derecho penal, como los sistemas de control social está al servicio de la protección de intereses sociales que no siempre coinciden con los intereses individuales.

Pero muchas veces la existencia del conflicto mismo evidencia una *falta de legitimación de las normas jurídicas*. No es una simple contraposición individuo-sociedad la que está siempre en juego en la comisión de un delito, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida coetáneamente existentes, que no siempre tiene que terminar con el aplastamiento o represión del sistema más débil. Lo que precisamente caracteriza una sociedad democrática es la posibilidad de coexistencia pacífica de distintos sistemas de valores a veces contradictorios.

Por eso, creo que el pfo. 3º del art. 6 bis a) puede ser una posibilidad de evitar que en última instancia el Derecho penal sea un instrumento de la clase dominante para imponer por la fuerza su propio sistema de valores o proteger sus intereses. Si se entiende el pluralismo como pluralismo *pacífico* habrá que admitir un cierto grado de discrepancia con el sistema jurídico formalmente vigente y solucionar esta discrepancia, siempre que no sea violenta, por otros derroteros que no sean los del Derecho penal (*principio de intervención mínima del Derecho penal* (143)). Si, a pesar de ello las normas jurídicopenales por sus condicionamientos históricos o coyunturales o por su pro-

(143) Véase Muñoz Conde, *Introducción* cit., pp. 59 ss.

pia ambigüedad conducen a penalizar ámbitos de legítima discrepancia, habrá que recurrir al pfo. 3º del art. 6 bis a) que, quizás un tanto abusivamente desde un punto de vista estrictamente gramatical pero no desde el punto de vista de su espíritu, podría acoger también estos casos de “creencia diferente”. Este sería el sentido más profundo de una *teoría del error orientada a las consecuencias* que no pretende ser sólo una teoría dogmática más, sino, también y al mismo tiempo, una *teoría dogmática* que sirva tanto para la interpretación del Derecho penal, como para su *crítica* (144).

(144) Véase Muñoz Conde, *Introducción* cit., pp. 183 ss. Generalmente esa crítica se hace desde fuera del Derecho Penal e incluso se la considera como una de las funciones de la nueva Criminología, también llamada Criminología crítica. Sin negar la conveniencia y aún legitimidad de tal tipo de crítica, creo que la crítica al Derecho penal debe ser, ante todo, para los juristas una crítica intrasistemática, desde el interior del propio sistema del Derecho penal, denunciando los desajustes y contradicciones de la praxis jurisprudencial y legislativa con los principios que inspiran el ejercicio del poder punitivo en un Estado social y democrático de Derecho (Sobre ambas formas de entender la crítica del sistema penal, véase Sandoval Huertas, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá 1985. Sobre la dogmática crítica véase en general, Wolf Paul, *Kritische Rechtsdogmatik und Dogmatikkritik*, en *Rechtstheorie*, edit. por Arthur Kaufmann, *Karlsruhe*, 1975, pp. 53 ss.).