

El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

I

El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, que en la actualidad se encuentra en proceso de discusión en las Cortes Generales, incluye como una de sus aportaciones más notables, al menos de su Parte General (Libro I), y que por sí misma justificaría ya una reforma (1), la regulación de la decisiva cuestión del error. En efecto, el artículo 20 de dicho texto recoge expresamente las dos clases de error aceptadas en la moderna ciencia y legislación del Derecho penal europeo (2): error sobre el tipo (párrafos 1.º y 2.º) y error de prohibición (párrafo 3.º). De este modo se apartará nuestro legislador de la pauta hasta ahora seguida de no contemplar en nuestros Códigos penales históricos —con la salvedad del de 1822 (3)— previsión alguna sobre esta materia. Ello supondrá además, como podremos comprobar a continuación, un explícito reconocimiento a la relevancia del error en nuestro Derecho penal, lo cual es particularmente significativo en lo que al de prohibición se refiere (4).

Las discusiones tan encontradas y profundas que ha planteado el error vencible de prohibición, así como el enorme interés que tiene

(1) La bibliografía, ya abundante, que se ha ocupado de esta cuestión en el Proyecto, y que se cita a lo largo de este trabajo, constituye un fiel reflejo del interés que tiene y que ha despertado en nuestros autores.

(2) Así, en cuanto a esta última lo encontramos regulado en los Códigos penales alemán (parág. 17) a partir de la reforma de 4 de julio de 1969, suizo de 1937 (parág. 20) y austríaco (parág. 9).

(3) Pues el art. 10 negaba la relevancia del error de derecho vinculándose así con la concepción del *error iuris nocet* (el error de derecho no exime responsabilidad penal). Véase José CEREZO MIR, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en *R. E. P.*, 1964, p. 451 y ss.

(4) Y coherente —o, al menos, compatible— con lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 6.º del Código civil («La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen»). Discutido fue, sin embargo, el sentido de su predecesor, el derogado art. 2.º.

desde el punto de vista del sistema del Derecho penal y de fundamentos de justicia material, obligan a centrarme en este trabajo en el estudio de tal clase de error (5). Con mayor motivo, si tenemos presente que hoy no se discute que ante una situación de error invencible debe quedar exento el agente de responsabilidad penal, y que es igualmente unánime entre nuestros autores la consideración del tratamiento aplicable al error que recae sobre los elementos que configuran el tipo, con la que también concuerda el Proyecto de 1980 (6).

Regulación expresa y relevancia jurídica son las dos primeras notas ya destacadas del Proyecto en relación con el error y concretamente con el de prohibición. Además, puede añadirse que el Proyecto no se ha limitado a recoger y regular su eficacia, pues ha tomado partido por una de las dos corrientes en litigio en nuestra doctrina sobre el tratamiento que ha de darse a esta clase de error. Hay que afirmar que se vincula aquí con toda claridad a la teoría de la culpabilidad (7), se-

(5) Debe advertirse, por tanto, desde ahora que los objetivos que me he impuesto, en el presente trabajo impiden que me detenga en el análisis y valoración de los fundamentos de las distintas teorías sobre el error, que se dan por supuestos. Entre la numerosísima literatura al respecto (sobre todo en lengua alemana), puedo señalar, como más sensible al lector español, una reciente, sintética y clara exposición de Susana HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980*, en CPC, núm. 12, 1980, p. 23 y ss. En sentido crítico de la teoría del dolo y favorable a la teoría de la culpabilidad, Hans WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal* (trad. y notas de José CEREZO MIR), Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 105 y ss.; Reinhart MAURACH, *Derecho penal*, tomo II (trad. y notas de Juan CÓRDOBA RODA), Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 147 y ss. A la inversa, es decir, crítico a la teoría de la culpabilidad y a favor de la del dolo, Angel TORÍO LÓPEZ, las obras citadas a lo largo de este trabajo, especialmente, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de C., 1980, p. 247 y ss.

(6) Esto es, absolución para el error inevitable, y responsabilidad culpable cuando el error fue evitable, si existe la figura correspondiente para su incriminación, pues en caso contrario corresponde también la impunidad: «El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y la personalidad del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culpable». No puede aceptarse, por lo expuesto, que el Proyecto se vincule en el error sobre el tipo a una dirección doctrinal determinada (teoría del dolo o de la culpabilidad) que excluya a las demás, pues hay plena coincidencia entre todas las doctrinas sobre la naturaleza y tratamiento de esta clase de error; lo cual impide admitir una orientación divergente por parte del Proyecto en las dos clases básicas de error (sobre el tipo y de prohibición), según apunta Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en *La Ley*, núm. 48, 1980. Cualquiera que sea la teoría informadora en el error de prohibición, será coherente con la construcción seguida en el que recae sobre el tipo.

(7) Así lo han reconocido también los autores que se han ocupado de esta cuestión en el Proyecto: Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código penal español*, en *La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de C., 1980, p. 25 (aunque no cree zanjada definitivamente la

gún la cual al no ser la conciencia de la antijuricidad del hecho un elemento del dolo, en caso de error sobre la ilicitud de la conducta aquél —el dolo— se mantiene, atenuándose facultativamente (en su genuina formulación) la pena del delito doloso cuando el error era evitable (vencible). Esta es la única interpretación posible de los términos utilizados en el párrafo tercero del artículo veinte: «La creencia errónea, probada e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 81». Este último artículo establece la aplicación de la pena inferior en grado, en la extensión que el Tribunal estime conveniente (8), por lo que podemos apreciar una consideración más benigna, al ser la atenuación *obligatoria*, alejándose así, en cierto sentido, de la versión clásica de la teoría de la culpabilidad (9), sin que por ello se desvirtúe, sin embargo, la coincidencia sustancial del Proyecto con esta teoría (10).

Pudiera sorprender que el Proyecto haya dado acogida o se haya inspirado en la teoría de la culpabilidad, puesto que si bien se halla extendida en el Derecho comparado, es minoritaria en la doctrina española (11), frente a la dominante del dolo (12) y opuesta también a la

cuestión); A. TORÍO LÓPEZ, *El error evitable de prohibición en el Proyecto*, cit., p. 250; S. HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición en el Proyecto*, cit., p. 35; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición*, cit.; Enrique BACIGALUPO, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980*, en *La Ley*, núm. 76, 1981; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte General, T. I, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1981, p. 423; el mismo, *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española*, en *Problemas fundamentales de Derecho penal* (en prensa).

(8) El artículo 81 dice exactamente lo que sigue: «En los casos de exención incompleta previstos en el número 1 del artículo 27 se aplicará la pena inferior en grado, imponiéndola en la extensión que el Tribunal estime conveniente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 145 y 146».

(9) Véase, p. ej., H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 112 y ss.

(10) Distanciamiento ya señalado por G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena*, cit., p. 25, lo cual no ha de estimarse, en mi opinión, suficiente para desvirtuar lo expuesto en el texto.

(11) Así, ha sido aceptada por Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte Especial, 2.ª ed. Sevilla, 1976 (*passim*); J. CEREZO MIR, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, cit., p. 449 y ss. (espec. p. 459 y ss.), donde demuestra que la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo en el Código penal español; Joaquín CUELLO CONTRERAS, *La estructura de la acción punible en el Código penal*, en *ADP*, 1980, p. 648 y ss.; Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *El delito de coacciones*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1978, p. 235; Carlos María ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, I, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1981, p. 359 (versión pura). Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed., Ed. Civitas, S. A., 1981, p. 146 y ss. (versión restringida). Dentro de esta última dirección podía encuadrarse a Santiago MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1979, p. 55 y ss., aunque la conclusión a que llega para el derecho positivo español coincide con la teoría del dolo. Parecido sucede con Juan CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*,

tradicional práctica jurisprudencial —afortunadamente ya abandonada— de negar toda relevancia al error de Derecho penal (*error iuris nocet*) (13), que sólo recientemente ha evolucionado abiertamente hacia la teoría del dolo (14). Como es sabido, es presupuesto de esta última teoría que al dolo pertenece no sólo la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo (dolo del hecho), sino, además, la conciencia de la antijuricidad de la conducta, de forma que la ausencia de ésta —provocada por error— determina también la inexistencia de aquél, quedando concebido así el dolo como un *dolus malus*, de tal suerte que la responsabilidad penal sólo puede concretarse en su modalidad culposa (caso de error vencible) cuando ésta se encuentra expresamente prevista por la ley, permaneciendo impune en otro caso. Es decir, que esta teoría permite dar un tratamiento homogéneo a las dos clases de error (vencible), esto es, sobre el tipo y de prohibición, pues ambos discurren por los cauces de la responsabilidad culposa o de la impunidad, en su caso.

Más sorprendente aún resulta la adopción de la teoría de la culpabilidad si comprobamos que la Ponencia de la Sección Cuarta de la Comisión General de Codificación ofreció al Pleno de la misma en el primer borrador del Anteproyecto por ella elaborado una triple alternativa, según el siguiente orden: a) la teoría de la culpabilidad; b) la teoría del dolo, y c) una fórmula basada en el arbitrio judicial (15). La Sección Cuarta, lógicamente integrada mayoritariamente por los partidarios de la teoría del dolo, se pronunció por *unanimidad* por la fórmula favorable a la teoría de la culpabilidad, según ha manifestado uno de sus ponentes (16). Lo que podrá parecer a primera vista un contrasentido tiene, en mi opinión, una explicación lógica. Si prescindimos ahora de la posible bondad intrínseca de la solución es-

Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1962, p. 130 y ss., que considera incluida la culpa de derecho en el art. 565 y, por tanto, aplicable a los supuestos de error de prohibición, aunque se declara partidario de la teoría estricta de la culpabilidad.

(12) Por sólo mencionar los más significativos: José ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 206 y s.; Antonio FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Murcia, 1946, p. 23 y ss.; Eugenio CUELLO CALÓN-CÉSAR CAMARGO, *Derecho Penal, Parte General*, 17.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975, p. 451 y ss.; José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 437 y ss.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal*, en *ADP*, 1963, p. 642 y s.; Angel TORÍO LÓPEZ, *El «error iuris», perspectivas materiales y sistemáticas*, en *ADP*, 1975, p. 25 y ss.

(13) Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1871, 13 de mayo de 1896 y 7 de octubre de 1916 (tomadas de J. CEREZO, *La conciencia de la antijuricidad*, cit., p. 450, nota 4).

(14) En esta dirección se inscriben las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1945, 24 de febrero de 1962, 26 de mayo de 1970, 12 de febrero de 1972, 14 de diciembre de 1972, 2 de julio de 1976, 30 de octubre de 1976, 18 de noviembre de 1978, 30 de enero de 1979.

(15) Véase el texto del artículo 19 del primer borrador de Anteproyecto.

(16) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena*, cit., p. 23.

tablecida (es decir, la teoría de la culpabilidad), la situación planteada arranca de la aplicación de la teoría del dolo al Código penal vigente —y ya veremos más abajo hasta qué punto es sostenible tal interpretación—, según la cual no se llega a la solución propugnada por sus partidarios en su versión genuina, de responsabilidad culposa o impunidad en defecto de aquélla, sino que el error evitable de prohibición conduce necesariamente en todo caso a la responsabilidad por culpa o culpa jurídica, dada la fórmula que rige en el Código vigente en los artículos 565, núm. 3 del 586 y 600, cláusulas generales en las que se comprendería, según sus partidarios, tanto la culpa de hecho como de derecho (17). Sin embargo, el futuro nuevo Código penal se apartará de esta línea de punibilidad general de los delitos culposos, puesto que el Proyecto declara, previamente al artículo 20, que «las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley» (art. 18); es decir, se pronuncia por la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, siguiendo aquí, en cambio, una opinión abiertamente mayoritaria en la doctrina española (18) y en la moderna ciencia europea del Derecho penal y cuyas razones se exponen más abajo (19).

Aquí viene lo decisivo, y lo que a mí me parece condicionó probablemente la determinación favorable a la teoría de la culpabilidad, pues descartada la fórmula del arbitrio judicial por la inseguridad jurídica a que conduciría dejar en manos exclusivas del juez cuestión tan delicada y trascendental (20), sólo esta teoría permitía asegurar en todo caso la responsabilidad penal —si bien a título de dolo— del error de prohibición vencible. En efecto, en la Parte Especial del Proyecto (Libros II y III) son mínimos los delitos dolosos que aceptan su modalidad culposa (21) y que, en consecuencia, podrían implicar responsabilidad penal en el caso de un error³ evitable de prohibición, si tomáramos, además, como referencia la estricta teoría del dolo, con lo cual se daría lugar a numerosas y frecuentemente graves lagunas en la punibilidad de tales hechos (p. ej., los llamados de ceguera jurídica o enemistad hacia el Derecho). De esta forma el Proyecto se mantiene

(17) Véase, más arriba, nota 12.

(18) Estado de opinión confirmado por la *Memoria Explicativa* del Anteproyecto, p. 6. Sin embargo, se han manifestado favorables a la fórmula de la cláusula general: Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, p. 220 y ss., y César CAMARGO HERNÁNDEZ, en *Derecho Penal, Parte General*, cit., de CUELLO, p. 457, según menciona Alfonso GUALLART DE VIALA, *La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho penal español*, en ADP, 1979, p. 636, nota 93.

(19) También nos informa G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones*, cit., p. 25, que en este caso la votación de la Sección Cuarta no dio un resultado unánime, pero sí mayoritariamente favorable al texto introducido en el art. 18.

(20) Temor que comparte la *Memoria Explicativa*, lug. cit. Piénsese, por ejemplo, en las posibilidades que se le ofrecerían al Tribunal de decidir desde el mantenimiento de la responsabilidad dolosa completa, sin atenuación, hasta la total exención de responsabilidad penal.

(21) Son, salvo omisión, los siguientes: arts. 174, 175, 176, 211-2.º, 282, 309, 661, 667 y 668.

en la línea básica mayoritaria marcada por la doctrina y la actual jurisprudencia para el Código vigente, que es favorable al castigo del error evitable de prohibición, aunque con una pena más leve que la que correspondería de no concurrir esta situación, utilizando, eso sí, distintos y dispares caminos, según los variados criterios propugnados. Y esto lo consigue el Proyecto mediante la fórmula más consecuente, una vez aceptada la premisa que supone el texto del citado artículo 18. Pero esta vía impone en el tratamiento del error de prohibición, con la recepción de la teoría de la culpabilidad, un cambio sustancial consistente en que el autor responde por un delito doloso, aunque atenuado (22); es decir, se mantiene el dolo a pesar de no existir la conciencia *actual* de lo ilícito, de la antijuricidad, resultando únicamente atenuada la culpabilidad, pues la conducta es menos reprochable. Hay, además, otra consecuencia peculiar, de contenido eminentemente sistemático y que proporciona argumentos importantes para sostener la idoneidad del concepto personal de lo injusto en el Proyecto de 1980, según ha sido configurado por los finalistas y adoptado por otros autores no adscritos a esta corriente. Al no pertenecer la conciencia de la antijuricidad al dolo (puesto que la ausencia de aquella no elimina la existencia de éste), se contemplan ambos elementos como nociones separadas, independientes entre sí. Si la conciencia de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad, en la cual es aquella objeto de reproche, se allana el camino para la ubicación de aquél —el dolo— en un elemento o estadio anterior del concepto técnico-jurídico del delito: en el tipo de lo injusto: Es un argumento más, e importante, en mi opinión, pero no el único (23), que conduce, en último extremo, a distinguir el tipo de lo injusto de los delitos dolosos del tipo de lo injusto de los delitos culposos. Consecuencia ésta que ya ha sido certeramente observada por Huerta Tocildo, que al ocuparse de esta cuestión en el Proyecto ha destacado que el desconocimiento de la antijuricidad de la conducta no elimina el dolo, sino en su caso la culpabilidad y, por tanto, existe ya el delito doloso, lo que aboca, en su opinión, que comparto, a una incompatibilidad entre la teoría causal y el párrafo 3.º del artículo 20 del Proyecto, que sólo puede resolverse con la renuncia de una de las dos alternativas (24), esto es, la doctrina causal (cuyos seguidores propugnan la teoría del dolo) o la teoría de la culpabilidad aplicada al error de prohibición, con sus derivaciones para el concepto personal de lo injusto.

(22) Precisamente la fórmula de atenuación que establece el Proyecto coincide con la defendida reiteradamente por CEREZO MIR en sus trabajos, al proponer acudir en el Código penal vigente a la atenuación del art. 66 a través del núm. 1 del art. 9.º, argumento que mantiene en lo fundamental su vigencia, como veremos. Véase por todas sus publicaciones, *La conciencia de la antijuricidad*, cit., p. 449 y ss. (espec., 459 y ss.).

(23) Según ha aportado con numerosos argumentos J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, 2.ª ed., cit., p. 411 y ss.

(24) S. HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición en el Proyecto*, cit., p. 36 y ss., donde se inclina por la solución del Proyecto y por el concepto personal de lo injusto que de él se infiere.

II

Ante esta situación y los evidentes «peligros» que para la supervivencia del sistema causalista en el futuro Código penal supone la amenaza del párrafo tercero del artículo 20, no se han hecho esperar las reacciones contrarias a la teoría de la culpabilidad aceptada por el Proyecto, por parte de los representantes de aquel sistema en su versión neoclásica. Actitud lógica y legítima, por lo demás, puesto que como ha quedado evidenciado, al quedar separados la conciencia de la antijuricidad y el dolo, la posición de éste en la culpabilidad se tambalea —según proponen los causalistas—, una vez perdido su firme apoyo, y ello sin olvidar la importancia (25) de los otros argumentos que el propio Proyecto nos suministra y que convergen en la dirección de la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto.

Los ataques han ido directamente dirigidos contra la teoría de la culpabilidad y del precepto que le ha dado acogida. Pero son conscientes que su lucha no tiene posibilidades de éxito si no logran modificar la técnica del Proyecto en relación con los delitos culposos, en lo que consiguientemente habré de ocuparme. Sin embargo, conviene separar las críticas ya aparecidas en dos vertientes bien diferenciadas: las de orden sistemático, en relación con la teoría técnico-jurídica del delito; y las no menos importantes de fondo, que versan sobre la pretendida bondad de la teoría de la culpabilidad frente a la otra construcción en litigio, la teoría del dolo. Bien es cierto que ambos aspectos aparecen frecuentemente entrelazados. Veámoslo.

A) Según se ha adelantado, las críticas se han dirigido, en primer lugar, contra el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos culposos (sistema de *numerus clausus*), que informa al Proyecto, y que combinado con la teoría del dolo conduce necesariamente a lagunas censurables (26) de punibilidad cuando no exista la correspondien-

(25) Pues es posible conceptualmente aceptar la pertenencia del dolo a la culpabilidad como elemento previo e independiente a la conciencia de la antijuricidad. Téngase también en cuenta la tesis de la llamada *doble posición del dolo*, esto es, que el dolo sea a la vez un elemento subjetivo de lo injusto y una forma de culpabilidad (como expresión de una disposición de forma de culpabilidad (como expresión de una disposición de ánimo hostil o indiferente al Derecho): Wilhelm GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en *ZStW* (67), 1955, p. 46; Hans Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1978, p. 347 y ss.; Johannes WESSÉLS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed. C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1978, p. 32. Estos autores aceptan en el error de prohibición la teoría de la culpabilidad, por lo cual para ellos la conciencia de la antijuricidad no pertenece al dolo; ambos coexisten como elementos independientes en la culpabilidad. Véanse más detalles y crítica de J. CEREZO MIR, *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho Penal española*, cit., el mismo, *Curso de Derecho Penal español*, cit., p. 424; Francisco MUÑOZ CONDE, *Nota introductoria a Política criminal y sistema del Derecho penal*, de ROXIN, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972, p. 12 y ss.

(26) Aunque hay quien no lo estima así, como se deduce, p. ej., en Alemania de los autores que todavía defienden en el Código penal alemán la teoría del dolo, a pesar del parág. 17. Véase más abajo, nota 59.

te figura culposa, particularmente en los supuestos de error fácilmente vencible o en aquéllos más graves, conocidos como de «ceguera jurídica» o «enemistad hacia el Derecho» (27). Además, hay que tener presente que en el Proyecto no ha prevalecido, para la incriminación de la comisión culposa, el criterio de las formas más graves de aquélla. Sí que es cierto que la gravedad ha informado la configuración de algunas figuras imprudentes (p. ej., en el homicidio y lesiones culposas). Pero no es menos cierto que basados en esta gravedad podrían haberse castigado otras conductas imprudentes (p. ej., en los delitos contra la libertad y seguridad, contra la libertad sexual, etc.), y que, en el extremo opuesto, en algunos se ha atendido a otros criterios de significación distinta, como el desvalor de la acción o necesidades de política criminal, no siempre justificados (p. ej., los daños culposos, que deberían pasar a ser mero ilícito civil). Todo ello no permite un tratamiento uniforme y coherente del error vencible de prohibición, al obedecer su castigo —a título de culpa— a diversas razones que no dependen de la mayor o menor facilidad para su evitación, al menos en las más fácilmente vencibles.

Al estar informado el Proyecto por el principio político-criminal de la intervención mínima (28), según el cual el Derecho penal es entendido como la última *ratio*, debido a que las consecuencias jurídicas del delito son las más graves del ordenamiento jurídico y afectan a los bienes más valiosos del individuo, adopta el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos y serían excepcionales los casos de error evitable de prohibición que resultaran punibles, con la consecuencia de las mencionadas e insatisfactorias lagunas punitivas. Por tanto, para evitar estos inconvenientes se pretende volver al periclitado —como veremos más abajo— sistema del Código vigente, de la inclusión de unas cláusulas generales para el castigo de las conductas culposas, que volverían así a ser punibles con carácter general y permitiría esta situación una mejor adaptación a las necesidades de la teoría del dolo.

En este contexto deben inscribirse las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Coalición Democrática (29), que solicita la supresión del artículo 18 y sus concordantes de la Parte Especial del Proyecto (los *crimina culposa*) y su sustitución por unas cláusulas generales similares —con los perfeccionamientos correspondientes —a las de los actuales artículos 565, número 3 del 586 y 600 (sistema de *numerus apertus*). Si fueran acep-

(27) Pues una solución homogénea con el art. 20-3.º nos vincularía a la teoría estricta del dolo, pero nunca a su versión limitada (precisamente pensada para un tratamiento más acorde de los supuestos mencionados en el texto), según fue difundida por Edmund MEZGER, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en *Festschrift für Kohlrausch*, Berlín, 1944, p. 180 y ss.

(28) Como declara la propia Exposición de Motivos del Proyecto: *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, I, Serie A, 17 de enero de 1980, núm. 108-I, p. 659.

(29) Enmiendas números 1.437, 1.438 y 1.439. Véanse también de este grupo los números 1.654, 1.655, 1.656 y 1.657.

tadas estas enmiendas, desaparecerían en gran parte las dificultades de incorporar al Proyecto la teoría del dolo preconizada por los causalistas. Y no otro sentido puede adjudicárseles, a mi modo de ver, si ponemos en conexión dichas enmiendas con otras dos presentadas por el mismo grupo parlamentario que interesan al párrafo tercero del artículo 20 (30), que conduce cada una de ellas —al proponer establecer para esta clase de error la pena del delito culposo— a sustituir la teoría de la culpabilidad por la del dolo y a desvirtuar un apoyo capital en favor del concepto personal de lo injusto que se infiere del Proyecto. De esta forma, con la vuelta a aquellas cláusulas generales, se evita la objeción de las lagunas de punibilidad que se derivarían de la teoría dominante en nuestro país.

Esta relación entre ambos grupos de enmiendas no es, sin embargo, reconocida expresamente por el citado grupo enmendante, sino que se alegan justificaciones de diversa índole a favor del primer grupo de enmiendas mencionado (sobre los delitos culposos), presentando tales razones revestidas de carácter autónomo.

Entre los defectos de que adolece según Coalición Democrática la regulación prevista por el Proyecto para la responsabilidad culposa, mediante unas figuras concretas (*numerus clausus*), se señala que dada la antigüedad del sistema vigente en esta cuestión (arranca de 1848), son numerosas las leyes que contienen figuras delictivas reguladas en función del sistema tradicional, por lo que un cambio de perspectiva produciría descoordinación y sería perturbador (31). Hay que contestar a esta objeción que tales discordancias pueden plantearse también —y de hecho así sucederá— con otros aspectos en los que el Proyecto se muestra innovador, y que en consecuencia exigirán un tratamiento general de la solución del problema. Y así vemos cómo en el Derecho vigente se han presentado ya problemas de este tenor (32) que han tenido que ser resueltos por la doctrina y la jurisprudencia (33). Por tanto, no puede hacerse depender la reforma en este punto, que es de capital importancia, de ciertos problemas técnicos accidentales, sino de su bondad u oportunidad intrínseca (34). Como tampoco puede basarse en la consideración —según expone el citado grupo parlamentario— de la no inclusión de ciertos delitos merecedores de ser castigados a título culposo —en algún caso discutible—, o de la defectuosa

(30) Enmiendas números 1.441 y 1.442. En el mismo sentido se circunscribe la enmienda núm. 1.673 del Partido Nacionalista Vasco.

(31) Este problema ha sido también evidenciado por Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código penal*, I, en *La Ley*, núm. 25, 1980.

(32) Piénsese, por ejemplo, en la clasificación tripartita que encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1879 sobre las infracciones (graves, menos graves y leves) frente a la bipartita adoptada por el Código penal desde 1932 (graves y leves, art. 6).

(33) Véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, cit., 229 y ss.

(34) L. RODRÍGUEZ RAMOS, *La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código penal*, II, en *La Ley*, núm. 26, 1980, apunta la solución de revisión y adaptación, en su caso, de cada una de estas leyes. Del mismo modo se pronuncia la motivación de una enmienda (núms. 1.437, 1.438 y 1.439) del propio Grupo de Coalición Democrática.

regulación de algunas de las figuras previstas, pues son también problemas distintos. Nos hallamos aquí en realidad ante un ataque frontal al principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, principio aceptado casi unánimemente en nuestra doctrina (35).

Conviene, por consiguiente, recordar las críticas más significativas que ha suscitado en la doctrina el sistema vigente, según lo vemos configurado en el artículo 565 y concordantes: genera indeterminación, censurable desde el punto de vista de la certeza y seguridad jurídicas (36), pues hay delitos dolosos que por su propia naturaleza (al comportar una especial intencionalidad, concretada en un elemento subjetivo de lo injusto o «dolo específico» junto al dolo propiamente dicho) no admiten la modalidad culposa (37). Pero no siempre es esto fácil de determinar (especialmente, precisar la existencia o no de ese elemento subjetivo), lo que ha originado interpretaciones divergentes de la doctrina y la jurisprudencia. Algún autor ha reconocido, incluso, que hay que distinguir en el Código vigente la posibilidad meramente conceptual de la ejecución culposa de su posibilidad jurídica, pues no son nociones coincidentes (38). La inseguridad jurídica que se origina por esta vía no puede ser mayor; inseguridad que es, además, incompatible con el principio de legalidad. Pero estas mismas restricciones han sido aprovechadas y aun extendidas a otras figuras delictivas para reducir lo que ha parecido un excesivamente amplio campo de aplicación del delito culposo, sobre todo, en relación con ciertas conductas imprudentes cuya gravedad reviste escaso relieve y su castigo —con una *sanción penal* resultaría desmesurado e injusto desde el punto de vista material. El sistema del *numerus apertus* conduce, en suma, a una inflación del Derecho penal no deseable y no justificada desde el punto de vista de la prevención, lo cual afecta a la propia eficacia de la sanción (39). La jurisprudencia española, consciente de esta situación, se ha visto obligada en más de una ocasión a favorecer las mencionadas restricciones en el tipo de los delitos culposos (40).

Frente a esta situación insatisfactoria, el Proyecto, fiel a su ideal de la mínima intervención del Derecho penal (41), y consciente de la

(35) Con las excepciones ya mencionadas en nota 18 de A. QUINTANO y C. CAMARGO.

(36) Véase G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones*, cit., p. 25 y s.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *La nueva regulación de los delitos culposos*, I, cit., *Exposición de Motivos*, cit., p. 659.

(37) Véase al respecto A. TORIO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en *ADP*, 1972, p. 64 y s.

(38) A. TORIO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, cit., p. 57 y ss.

(39) Según ha puesto de relieve J. CEREZO MIR, en *Notas a El nuevo sistema de Derecho penal*, cit., p. 110, nota 29; *Dictamen para el Ministerio para la Coordinación Legislativa, sobre las enmiendas presentadas al Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal*, a los números 1.437, 1.438 y 1.439 de Coalición Democrática.

(40) Véase, en este sentido, A. TORIO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, cit., p. 53 y ss.

(41) Como declara la propia *Exposición de Motivos*, cit., p. 659; y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones*, cit., p. 26.º

trascendencia jurídica y social de la sanción penal, ha reducido drásticamente el ámbito punición de los delitos culposos, con lo cual se ha invertido el sistema y superado en gran medida las críticas apuntadas de la situación actual (42).

Ante todo lo expuesto hasta ahora vemos cómo las objeciones técnico-jurídicas o dogmáticas planteadas a la teoría de la culpabilidad (43) quiebran ante un sistema con el que se podrá o no convenir, pero que se presenta a todas luces como coherente y compacto. No pueden venir por ese lado las críticas. Sin embargo, no cabe decir lo mismo, en mi opinión, de la teoría del dolo, la cual se ha mostrado incompatible con el sistema del *numerus clausus* en los delitos culposos, al provocar lagunas de punibilidad (44) y converge necesariamente para evitarlas al sistema de las cláusulas generales, cuyos vicios hemos podido conocer. Las enmiendas en favor de aquéllas que se han mencionado conducen, efectivamente, a esa deseada atenuación de la pena del error de prohibición a través de la teoría del dolo y de las cláusulas generales del castigo de la imprudencia, pero implican como consecuencia necesaria a un aumento paralelo de incriminación de las conductas culposas, que constituyen un fenómeno delictivo muy frecuente y cuantitativamente muy superior a cualquier otra forma de manifestación del delito, incluido el que es cometido en una situación de creencia errónea de actuar lícitamente. Si consideramos, además, que este sistema supone también una mayor incriminación del error vencible que recae sobre el tipo (que es sometido al castigo por culpa), pues pasa así su punición a tener carácter general, llegamos a una ulterior conclusión de que el balance final, el *resultado total* del sistema que se preconiza es de más amplio rigor punitivo (prescindiendo ahora de ciertas diferencias valorativas); situación precisamente inversa a la

(42) Otras críticas al Proyecto (G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones*, cit., p. 25; enmiendas núms. 1.437, 1.438 y 1.439 de Coalición Democrática) señalan que así se aparta de una tradición centenaria, que ha dado tan buen juego en la administración de justicia. Aceptada esta tradición, aunque el Código de 1822 ya se inspiraba, como se ha dicho, en el mismo sistema que hoy el Proyecto, los inconvenientes mencionados abocan a una evolución renovadora que rompa con una tradición jurídicamente insostenible, según declara también CEREZO MIR, *Dictamen*, cit.

(43) Véase, p. ej., L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición*, cit.

(44) Otra prueba en favor de la afirmación del texto nos la suministra el Derecho comparado: en Alemania, cuando todavía no estaba expresamente regulado el error de prohibición en el Código penal de ese país, pero ya regía el sistema de incluir junto al delito doloso correspondiente las formas más graves de comisión culposa (esto es, castigo excepcional de ellas), la jurisprudencia alemana pasó de mantener el postulado del *error iuris nocet* directamente a la teoría de la culpabilidad, sin haber aplicado nunca la del dolo, por ser incompatible con la incriminación excepcional de las conductas imprudentes. Como este principio se mantuvo en la última reforma alemana del Código penal (1969), se acogió en ellas, al incluir el error de prohibición, coherentemente la teoría de la culpabilidad y no la del dolo. A pesar de esta observación hay que señalar también que ha habido autores en la doctrina de aquel país que han defendido la teoría del dolo, y no sólo antes de la citada reforma, sino también después, como veremos más abajo.

pretendida por sus defensores, que se basan, como principal punto de apoyo, en lo poco progresiva que estiman que es la teoría de la culpabilidad —por su excesiva dureza— en comparación con la del dolo. Estas mismas objeciones se pueden apuntar, aunque atenuadas en mayor o menor medida, según los casos, si aceptando como punto de partida el principio que informa al artículo 18 del Proyecto, se extendiesen excesivamente en éste las figuras susceptibles de comisión culposa (45). Apreciamos así cómo las discusiones de contenido inicialmente sistemático abocan imperceptiblemente a reflexiones no meramente formales, sino de justicia material y hasta de política criminal.

No pueden estimarse tampoco afortunadas las soluciones que, al modo de Schröder y del Proyecto de Gürtner de 1936 (46), proponen regular —en consonancia con la teoría del dolo— el error de prohibición vencible mediante una cláusula general de culpa jurídica, que al establecer una pena uniforme daría paso en nuestro Código a un auténtico *crimen culpa* censurable y censurado por la doctrina (47), pues al faltar la relación con el hecho concreto se prescinde del contenido de lo injusto del delito cometido y de la culpabilidad (48), no teniéndose así más en cuenta los casos de error más fácilmente vencibles.

En la línea de la supresión del párrafo tercero del artículo 20 e incorporación de la teoría estricta del dolo, Torio ha propuesto una fórmula similar a las mencionadas, pero de contenido esencialmente distinto (49): partiendo de la construcción de Schröder para la conexión de esa cláusula general de culpa de derecho con los tipos (dolosos) de la parte especial, lo cual consigue mediante la exigencia de la realización de los elementos objetivos y la presencia de los co-

(45) Una solución próxima a la mencionada propone L. RODRÍGUEZ RAMOS, *La nueva regulación de los delitos culposos*, II, cit., que quedaría al margen de estas censuras, consistente en sugerir por una mejor punición del error sobre el tipo (que equipara en su tratamiento al de prohibición, en *Error sobre el tipo y error de prohibición*, cit.), la inclusión de nuevas figuras en la parte Especial que previeran el específico supuesto de castigar el error vencible sobre algún elemento del tipo, en sus formas más graves, evitando así volver a las cláusulas generales o a incluir figuras culposas. Aquí parece más bien que nos encontraríamos ante un delito culposo, pero cuyo ámbito típico sería más reducido que el correspondiente doloso.

(46) Véase HORST SCHÖDER, *Die Irrtumsrechtsprechung des BGH*, en *ZStW*, 1953 (núm. 65), p. 178 y ss. La exposición de estas construcciones puede verse en A. TORIO LÓPEZ, *El error evitable de prohibición en el Proyecto*, cit., páginas 263 y ss.

(47) Así, p. ej., H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., página 108; R. MAURACH, *Derecho penal*, t. II, cit., p. 219.

(48) H. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., p. 106. Objeciones apuntadas también por A. TORIO LÓPEZ, *El error evitable de prohibición*, cit., p. 264. Son también conocidas las críticas opuestas al criterio ofrecido por E. MEZGER (véase más arriba, nota 27), para salvar la teoría del dolo de las objeciones que se han mencionado, al limitar la aplicación de aquella construcción (de ahí que se la conozca como teoría limitada del dolo, frente a la pura o estricta) a ciertos casos de los que quedarían excluidos y mantendrían, por consiguiente, la incriminación a título de dolo, aquellos de ceguera jurídica o de enemistad hacia el Derecho; digamos únicamente que el principio de legalidad queda aquí infringido.

(49) *El error evitable de prohibición*, cit., p. 264 y s.

rrespondientes elementos subjetivos de lo injusto; y la pena se fija rebajando en uno o dos grados la establecida para la realización dolosa del tipo con pleno conocimiento de la prohibición (50). Se evita así, nos dice el autor, el *crimen culpae* con todos sus defectos y se convierte en verdaderos *crimina culposa* adaptados a la gravedad de lo injusto (51). «No se trata únicamente, pues, de reducir la pena del dolo, sino de la presencia de un título jurídico diverso, en sentido paralelo al método legislativo propio de la imprudencia punible del Código penal vigente» (52). Resulta difícil comprender tan hábiles como profundos pensamientos sin aceptar al mismo tiempo el defecto lógico y sistemático que implica tal propuesta, lo que honestamente no tiene inconveniente en aceptar su autor: «El dolo cumple en el tipo una función definitoria del delito, que es rectificadora después al calificarse la acción de la norma de la culpa de derecho» (53). Esta construcción de Torio es vinculada por Huerta (54) con la del dolo mixto aplicada al error de prohibición, acogida, según indica, negativamente en Alemania (55). En cualquier caso, antes de comentar esta original solución de Torio, hay que recordar que la inclusión del dolo en el tipo que aquí vemos es, en principio, coherente con el pensamiento del autor, ya que en otros supuestos también acepta excepcionalmente el dolo en el tipo de lo injusto (56). El problema, sin embargo, surge si observamos que esta cláusula de culpa jurídica propuesta por Torio supone una inclusión del dolo en el tipo que no obedece siempre a los criterios inicialmente aceptados por él. Problema que se agudiza si, efectivamente, comprobamos ese defecto lógico que el propio autor menciona, de que lo que reconocemos ya como dolo en el tipo pasa a culpa en la culpabilidad. Pero sucede también que por esta vía el dolo de hecho (el dolo del tipo de lo injusto) queda separado de la conciencia de la antijuricidad, y no hay que olvidar que el punto de partida de la teoría del dolo es que a éste pertenece la conciencia de la ilicitud de la conducta. No obstante, la inconsecuencia puede ir más lejos, puesto que quiebra la afirmación reconocida por los seguidores de la teoría del dolo, de que todo el error vencible recaiga sobre el tipo o sobre la prohibición de la conducta se beneficia del mismo tratamiento penal. Esto no sucede ya, si aceptamos esta modificación del Proyecto, al ser castigada una clase de

(50) TORIO, *lug. cit.*, p. 265.

(51) TORIO, *lug. cit.*

(52) TORIO, *lug. cit.*

(53) TORIO, *lug. cit.*, p. 266 y s.

(54) *El error vencible de prohibición en el Proyecto, cit.*, p. 38.

(55) En efecto, Robert von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, Berlín, 1930 (reimp. por Scientia Verlag. Aalen, 1971), p. 349 y s. estima que el error de derecho implica responsabilidad dolosa, puesto que la culposa tiene un ámbito muy reducido, limitado exclusivamente a la realización culposa del tipo del delito.

(56) Véase, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia, cit.*, p. 73. Estos casos, a juicio suyo, son: cuando se da la exigencia de elementos subjetivos; en los delitos de intención, tendencia o expresión; en los delitos en que la dirección impíjida por el sujeto de la acción se refiere al resultado.

error excepcionalmente (a tenor del art. 18) y la otra siempre — con una pena distinta—, apoyada esta última clase en esa cláusula general (57). Este tratamiento heterogéneo hace pensar, en suma, que ambas clases gozan, en efecto, de una naturaleza diferenciada que requiere, por tanto, una consideración diferenciada. Y esto lo encontramos así, cuando reconocemos que la conducta practicada sin la conciencia de su antijuricidad cumple los presupuestos del dolo, lo que no sucede en el otro supuesto de error. Entonces la cuestión aquí es cuál sea el tratamiento penal más satisfactorio. Torio lo encuentra en la atenuación de la pena en uno o dos grados, es decir, que el error evitable de prohibición es merecedor siempre —a través de la culpa jurídica— de una pena atenuada, solución que confluye nítidamente con la teoría de la culpabilidad, que mantiene también la existencia en estos casos del dolo —en el tipo de lo injusto—, la consiguiente incriminación general, y la atenuación de la pena, aunque sólo en un grado (58). Las diferencias se concretan en la culpabilidad, pues para el primero ésta deviene culposa (*crimina culposa*), y para la otra el objeto de reproche de la culpabilidad sigue siendo el dolo, que no desaparece. Es decir, son más divergencias conceptuales que reales.

Según hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, todos los autores que se han ocupado hasta ahora de la regulación del error en el Proyecto han coincidido en reconocer en ella la aceptación de la teoría de la culpabilidad. Sin embargo, en Alemania, cuyo parágrafo 17 es muy similar a nuestro futuro párrafo 3.º del artículo 20, ha surgido alguna interpretación, bien es cierto que minoritaria, que mantiene la vigencia de la teoría del dolo en el Código penal alemán vigente. El paralelismo existente nos mueve a conocer en síntesis dicha postura y analizar su viabilidad interpretativa en relación con el actual texto del Proyecto de Código penal. Sin embargo, puede adelantarse ya, que no aportan sus seguidores, en último término, ningún rasgo nuevo a la línea argumental que se sigue en este trabajo. El más significativo representante de esta tendencia es Langer (59), quien dedica su atención, entre otros puntos, a unas interesantes reflexiones sobre la labor de interpretación en general, como punto de partida del problema posterior que se plantea en relación con la correcta interpretación del parágrafo 17; así como también aborda la cuestión de la delimitación

(57) Esta afirmación no tiene por qué ser necesariamente así, pues dependerá de la concreción legal de la cláusula general, que podría abarcar —como efecto no deseado— el error sobre el tipo, al menos cuando éste fuera de derecho (elementos normativos del tipo), lo que iría en perjuicio del mismo.

(58) Diferencia ésta que también puede previsiblemente desaparecer, pues el artículo 81, aplicable aquí, ha sido objeto de varias enmiendas coincidentes, en el sentido de la atenuación obligatoria en un grado —igual que el texto actual del Proyecto— y facultativa en dos: Grupo Parlamentario Centrista (núm. 1.324), Socialista (núm. 326), Comunista (núm. 919) y Partido Nacionalista Vasco (núm. 1.690).

(59) Winrich LANGER, *Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung*, en GA, 1976, p. 193 y ss. En la misma dirección: Eberhard SCHMIDHAUSER, *Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz*, en NJW, 1975, p. 1807 y ss.

de las funciones y asignaciones propias del legislador, el órgano jurisdiccional y el científico en relación con la norma penal. En relación ya con la cuestión que nos ocupa, señala que el legislador no debe ocuparse de los aspectos teoréticos de la norma, esto es, de recoger o formular construcciones conceptuales, sino de establecer las normas jurídicas, lo que no le exime, sin embargo, de prever las consecuencias que pueden derivarse de una determinada regulación (60). En este sentido, el legislador no se ha vinculado con el párrafo 17 a ninguna teoría en concreto, párrafo al que el intérprete ha de dar su significado comprensible en el lenguaje corriente, y antes de intentar adscribirlo a ninguna construcción teórica de las existentes hay que contestar a la cuestión de si el error de prohibición que en aquél se regula mantiene la existencia del dolo y con ello la posibilidad de atenuación prevista supone únicamente una atenuación de la pena del dolo (como pide la teoría de la culpabilidad), o si, por el contrario, el error de prohibición hace desaparecer el dolo (según las exigencias de la teoría del dolo), teniendo que relacionar entonces aquella posibilidad de atenuación con la amenaza penal del delito culposo (61). Esta cuestión, dice, no la prejuzga el legislador, y lo que sí está claro, en su opinión, es que la ley en el párrafo 17 no se vincula a la teoría de la culpabilidad, puesto que ni incluye una definición legal del dolo en el sentido del tipo doloso (al igual que el Proyecto de 1962) ni regula expresamente el propio párrafo 17 el actuar doloso en el error de prohibición (como el Proyecto de 1927). Y la adscripción a la teoría del dolo la encuentra Langer, en un análisis más exacto del párrafo, sabido que cuando éste define el error de prohibición como la falta de conciencia de obrar antijurídicamente, pero que el autor podía entonces evitar el error si mediante sus conocimientos y capacidades, así como los datos objetivos cognoscibles por él tuvo la posibilidad de recuperar la conciencia de lo injusto, todo lo cual no se corresponde sino al reproche de la culpabilidad de la imprudencia (63). Critica con esto a los defensores de la teoría de la culpabilidad que nunca han aclarado la relación entre «error evitable» e «imprudencia».

En un Código penal, como el vigente alemán y en un Proyecto como el español de 1980, en los que rige el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, la mencionada relación no puede ser otra: los delitos culposos sólo se castigan cuando así se establece en la Parte Especial de la ley (la excepción), mientras que el error vencible se castiga en todo caso (la regla). ¿Que aún así la ley ha querido castigar como culposo el error vencible, según pretende Langer? Ello sería seguir el camino interpretativo más complejo y alambicado, como es querer ver una excepción a la excepción (del castigo *excepcional* de las conductas culposas) (64) y no lo que se defiende aquí, de una regla que confirma la regla general (el delito doloso se

(60) *Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung*, cit., p. 206 y s.

(61) Lug. cit., p. 214.

(62) Lug. cit.

(63) Lug. cit., p. 214 y s.

(64) Además de dar paso a unos extraños *crimina culposa*.

castiga siempre, aunque aquí atenuado por estar reducida su reprochabilidad). Aparte de seguir siendo válidas las reflexiones aplicables aquí apuntadas hasta ahora (65).

Tras todas las reflexiones contenidas en este apartado y como conclusión de ellas, cabe afirmar que la teoría del dolo obliga a contradicciones importantes de naturaleza sistemática y punitiva difícilmente salvables, e incompatibles con la moderna ciencia del Derecho penal. En último extremo, la incorporación de la teoría de la culpabilidad a nuestra ciencia y legislación penal y el subsiguiente abandono de la teoría del dolo vienen exigidos en esencia por la propia evolución del sistema del Derecho penal (66), en la cual la cuestión aquí debatida constituye un peldaño más independiente —aunque no ajeno en sus consecuencias— de los postulados de dirección o escuela. Por otra parte, sólo la teoría de la culpabilidad permite una perfecta coherencia del sistema (sobre todo en relación con la incriminación de los delitos culposos y con la asignación del dolo al tipo de lo injusto). La teoría del dolo permite con frecuencia un tratamiento teórico más benigno del error de prohibición, pero ello a costa de originar lagunas punitivas censurables e injustificadas (si se parte del castigo excepcional del delito culposo). Pero también puede provocarse el efecto inverso: una incriminación general de los delitos culposos (si se adoptan cláusulas generales al modo del actual artículo 565 y concordantes), cuya frecuencia de comisión es, evidentemente, muy superior a la del error evitable de prohibición, para conseguir con ello, según se argumenta, un tratamiento más satisfactorio de éste; a costa también, en este caso, de una consideración más severa del error sobre el tipo, que pasa por esta vía a una incriminación general. Estos mismos efectos se producirían, aunque ciertamente atenuados, si aceptando la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, se incluyeran otras figuras más de delitos culposos (salvo algunos supuestos que, por su mayor gravedad, deberían ser incluidos en el Proyecto). Y, por último (si se adopta la cláusula de la culpa jurídica, concebida como *crimina culposa*), se llega a unos resultados muy próximos a los de la teoría de la culpabilidad, y no sólo en cuanto a la incriminación misma (pena inferior en *uno* o dos grados en todos los casos de error vencible de prohibición), sino también en cuanto a parte de los presupuestos de su formulación (el dolo, dolo de hecho, existe); sin olvidar los peligros de la ampliación con esta fórmula de incriminación a ciertas formas de error sobre el tipo (los elementos normativos).

B) Mayor interés práctico revisten los argumentos manejados contra la teoría de la culpabilidad que, inspirados en razones de justicia material, objetan a esta teoría que con su incorporación al Derecho positivo el legislador se apartará así de una tradición vigente en nuestro Derecho favorable a la teoría del dolo y, por consiguiente, se ar-

(65) Baste recordar lo dicho por H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 106 y ss.

(66) Cuyos pasos más señalados puede escuchar precisamente del Profesor TORIO es una brillante y breve exposición con motivo del enjuiciamiento de mi tesis doctoral.

guye, a un tratamiento más benigno de la problemática del error de prohibición que el preconizado por la teoría de la culpabilidad (67). Es, pues, decisivo aportar una respuesta satisfactoria a esta objeción para poder defender adecuadamente el mantenimiento de la teoría de la culpabilidad en el futuro Código penal, o, si esto no es posible, aceptar tal situación como una consecuencia necesaria de esta teoría, que ya ha puesto de manifiesto sus ventajas desde otras perspectivas (coherencia del sistema, etc.), que, no obstante, ha evidenciado también que en este sentido aparecen igualmente sensibles ventajas desde el punto de vista punitivo, por lo que parcialmente ya tenemos una respuesta a la cuestión ahora debatida.

¿Puede afirmarse que, en efecto, el Proyecto se orienta hacia una mayor dureza en el tratamiento del error de prohibición, frente al sistema que representa la situación actual?

En primer lugar, hay que recordar, una vez más, que el Proyecto recoge una versión de la teoría de la culpabilidad en la que la atenuación en un grado no es facultativa (según la cual cabría mantener la pena del delito doloso sin variaciones, a juicio del Tribunal), sino obligatoria, con lo cual se suaviza el rigor de sus efectos: se mantendrá la responsabilidad dolosa en todos los casos —de error vencible—, pero imponiendo siempre la pena inferior en grado que establece el artículo 81 (68). Ya se ha visto que esta situación tiene probabilidades de experimentar todavía una mayor suavización, si prosperan sendas enmiendas presentadas por varios grupos parlamentarios, favorables, además de lo anterior, a una atenuación facultativa en dos grados (69).

Por otra parte, la teoría del dolo, que, como se ha indicado, es dominante en nuestra doctrina y jurisprudencia, aplicada al Código vigente conduce —excluida la posibilidad de subsistir el dolo— a la responsabilidad culposa. Al existir las cláusulas generales del artículo 565, se pone de manifiesto que el error de prohibición es siempre punible en nuestro derecho vigente —como sucede también con la teoría de la culpabilidad—, pero a título distinto del dolo. Torio, no obstante, no coincide con esta apreciación, puesto que observa que el artículo 565 no es aplicable a todas las conductas culposas, sino que admite, por el contrario, numerosas excepciones (70); y que como el

(67) Así lo mantiene A. TORIO, *El error evitable de prohibición*, cit., página 250 y ss.

(68) El artículo 66 del Código vigente, que se corresponde con el artículo 81 del Proyecto, admite la solución alternativa de la atenuación en un grado y facultativa en dos.

(69) Véase al respecto, más arriba, nota 58. No hay que perder de vista, de todas formas, que parece ser la atenuación fijada en el Proyecto responde a una adecuación con el sistema de penas que adopta el mismo, cuyo techo es notablemente más bajo que en el vigente. Que esta comprobación haya de interpretarse necesariamente en el sentido de menor rigor se muestra también como dudosa, pues han desaparecido paralelamente ciertos beneficios (p. ej., la redención de penas por el trabajo) tendentes a acortar la duración del cumplimiento de las penas privativas de libertad. Compárese, en este sentido con la *Exposición de Motivos del Proyecto*, cit., p. 659.

(70) Véase *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, cit., pá-

artículo 565 acoge tanto la culpa de hecho como de derecho, hay que darles un tratamiento homogéneo, de forma que también la culpa jurídica se beneficia de las excepciones de comisión de la culpa de hecho, en cuyos casos el error de prohibición evitable restará impune (71). Sin embargo, a mi juicio, no puede decirse que, partiendo de la hipótesis de que efectivamente el artículo 565 acoge ambas clases de culpa —lo cual ha sido, por lo demás, razonadamente rechazado por Cerezo (72)—, sea posible darles un tratamiento homogéneo, pues, aparte de que se restringe considerablemente el castigo del error de prohibición vencible, para poder hacerlo es preciso que ambas tengan la misma naturaleza. En la culpa de hecho «la resolución de voluntad del autor no va dirigida a la producción de un resultado típico, desaprobado (lesión del bien jurídico, sino (regularmente) de un resultado jurídicamente irrelevante y a menudo, incluso, socialmente valioso» (73). Mientras que en la culpa jurídica la conciencia y voluntad del agente sí que va dirigida a la lesión del bien jurídico, aunque cree que dicha lesión no está prohibida. Por tanto, no participan de la misma naturaleza, pues les diferencia una conciencia y voluntad distintas y no hay motivo aparente para que se beneficien del mismo tratamiento jurídico ni de las excepciones reconocidas para la culpa de hecho. De esta forma, la culpa jurídica se castigaría en todo caso (74), lo cual no deja de constituir, en mi opinión, una desnaturalización de la teoría del dolo, tal y como es concebida por sus seguidores y, en último extremo, una prueba más de que el espíritu del artículo 565 no admite en su seno la culpa jurídica sin provocar graves distorsiones. Late aquí también la objeción antes señalada de que se está transformando en culposa la comisión dolosa del tipo.

Se ha podido comprobar igualmente, que aplicando en el Proyecto la solución de incluir la cláusula general de culpa jurídica —*crimina culposa*— los resultados punitivos se aproximan considerablemente a los de la teoría de la culpabilidad.

Parece dudoso, además, que pueda hablarse en nuestro país realmente de una tradición; al menos, de una larga tradición proclive a una valoración más favorable del error de prohibición basada en la teoría del dolo.

En primer lugar, en el siglo pasado era común el principio del *error iuris nocet*, de que el error de derecho perjudica, no exime de

ginas 63 y ss. Los objetivos propuestos en este trabajo no permiten abordar la exactitud de los diversos grupos de exclusión de comisión culposa que incluye el autor (así, por ejemplo, tal vez no habría motivos aparentemente suficientes para excluir la comisión culposa de delitos que contienen en su figura delictiva el dolo —«a sabiendas», etc.—, ni en algunos de actividad, como las falsedades).

(71) A. TORIO, *lug. cit.*, p. 84.

(72) *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, cit., p. 13 y ss. (*separata*).

(73) H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 110.

(74) Véase J. CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, cit., p. 107 y 134, que se ha manifestado en el mismo sentido del texto.

responsabilidad penal. La jurisprudencia de nuestra nación se ha mantenido fiel a este postulado hasta las últimas décadas, apoyándose en el derogado artículo segundo del Código civil; postura que le conducía a aceptar únicamente la relevancia del error extrapenal. Una muestra de la vigencia de esta tradición la encontramos en que el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal de 1972 la asume, al dar acogida a este principio, con la salvedad, precisamente, para el error de derecho no penal cuando afecte a un elemento del tipo (75). Como ya señaló Cerezo en su momento (76), la tesis de que la conciencia de la antijuricidad sea un elemento del dolo aparece por primera vez en nuestro país en 1895, de la mano de Dorado Montero, siendo paulatinamente aceptada a lo largo del primer tercio de nuestro siglo por los diversos autores. Pero será a partir de Jiménez de Asúa (que sigue en esto a Joaquín Costa) cuando se irá abriendo camino la estimación de la relevancia del error de Derecho penal (77), aunque en la jurisprudencia se introdujera la teoría del dolo mucho más tarde, a partir de los sesenta, y ya abiertamente en los últimos años.

Por tanto, es relativa esa tradición de generosidad en el tratamiento del error, pudiéndose afirmar que ha imperado más bien la idea y, sobre todo, la práctica contrarias.

En segundo lugar, y ya con la teoría del dolo en juego, se ha visto que una aplicación estricta de la misma con el Código penal vigente en la mano obliga a un castigo general del error de prohibición, si bien con la pena rebajada que requiere la culpa jurídica.

La teoría de la culpabilidad, por su parte, supone —digámoslo una vez más— la responsabilidad dolosa atenuada, por ser menos reprochable la conducta del sujeto. Esta afirmación se basa en la observación efectuada por Welzen de que el agente frecuentemente no posee un conocimiento actual de la ilicitud de su conducta, y si se exigiera dicho conocimiento, como hacen los causalistas, serían raros los casos de plena responsabilidad (78). Basta, pues, un conocimiento inactual, esto es, al autor se le reprochará el dolo (que sí requiere conciencia actual, real) «en la medida que pudo actualizar la conciencia de la antijuricidad y convertirla en un contramotivo determinante del sentido» (79). Se basa tal teoría, según Welzel, en el principio de la responsabilidad, según el cual el hombre es responsable de la juricidad de sus decisiones, dentro de los límites de su capacidad de conocimiento ético-social, lo que le puede obligar a un examen más detenido de conciencia, reflexión, consulta, etc. (80). Esto es fácil en relación con determinados bienes jurídicos fundamentales, en los que no hay problemas para el conocimiento de su valoración ético-social. Pero no lo

(75) Base segunda. Véase José CEREZO MIR, *Informe sobre el Anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, en ADP, 1972, p. 766.

(76) *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, cit., p. 8 y ss. (separata).

(77) J. CEREZO, *La conciencia de la antijuricidad*, cit., p. 17 y s. (separata).

(78) H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 107.

(79) H. WELZEL, *lug. cit.*

(80) *Lug. cit.*, p. 108.

es tanto en otros sectores del Derecho penal —y es aquí a donde se quiere reconducir la discusión—, como el Derecho penal administrativo o económico, fundamentalmente, pero, incluso también en ocasiones en los delitos contra la seguridad del Estado, según ha puesto de relieve Torio (81) y una enmienda al Proyecto presentada en el Congreso (82), como cuando se comete un delito de esta naturaleza sin cerciorarse de la licitud de esta conducta, pero creyendo que está permitida. Si tenemos en cuenta la abundante y compleja normativa existente en este ámbito (policía de mercados, salud pública, propiedad industrial, tráfico motorizado, delitos monetarios, precios, etc.), puede ser realmente difícil deslindar aquí cuál es el comportamiento lícito y, por consiguiente, el que hay que seguir. A la vista de estas reflexiones, resulta excesivamente riguroso aplicar estrictamente la teoría de la culpabilidad en el error de prohibición que afecta a estos sectores jurídico-penales. En estos casos se impone arbitrar alguna solución que dé satisfacción a los mencionados temores. Caben varias. Tal vez una de ellas fuera la que suministran las enmiendas citadas al artículo 81, de atenuar la pena facultativamente en dos grados, y hasta aceptar, en los supuestos de error difícilmente vencible, la impunidad (83). Sin embargo, parece que el camino no sea a través del artículo 81 reformado, pues supondría la extensión del arbitrio judicial y de la rebaja de la pena a todas las eximentes incompletas, con los riesgos inherentes para la prevención general, cuestión que no interesa debatir aquí. Por ello, mejor sería introducir las excepciones convenientes relacionadas con el Derecho penal administrativo, económico, de la seguridad del Estado, etc., en el sentido de una mayor atenuación o, incluso, impunidad, según los casos —en dependencia de la mayor o menor dificultad de la vencibilidad o evitabilidad del error—, en los lugares correspondientes de la Parte Especial del Proyecto y en leyes especiales, cuando también fuere necesario (84).

(81) *El error evitable de prohibición en el Proyecto*, cit., p. 254 y ss.

(82) Por el Grupo Parlamentario Coalición Democrática, enmienda número 1.442.

(83) Por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., W. De Gruyter, Berlín, 1969, p. 173, es partidario de llegar, incluso, a la impunidad en el error de prohibición vencible que afecta a estos sectores del Derecho penal. En esta dirección, véanse los planteamientos de Juan CÓRDOBA RODA, *Evolución jurídica y ciencia penal*, en ADP, 1978, p. 19.

(84) Véase J. CEREZO MIR, *Dictamen a las enmiendas del Congreso al Proyecto de Código penal*, cit. (a la enmienda núm. 270), quien presenta una solución que va en esta dirección. Sin embargo, ha habido autores, como Richard LANGE, *Der Strafgesetzbuch und die Schuldlehre*, en J. Z. 1956, páginas 73 y ss. Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed. Carl Winter, Heidelberg, 1976, p. 130 y ss., que se inclinan por mantener la teoría del dolo para estos casos, pues ofrece en ellos, según esta opinión, un tratamiento adecuado: en el Derecho penal administrativo el conocimiento de la prohibición por las normas jurídicas ha de pertenecer al dolo, pues sin él el autor no puede conocer lo injusto material del hecho, por ser lo injusto administrativo un injusto meramente formal. Esta distinción puramente formal (cualitativa) del ilícito penal ya no es aceptada prácticamente hoy

Un problema inverso que también se plantea es el de la excesiva atenuación y consiguiente trato de favor en los supuestos de ceguera jurídica que permitiría la aplicación de la teoría de la culpabilidad, que no deberían beneficiarse de ninguna rebaja en la pena. Estos mismos inconvenientes se le presentan a la teoría del dolo (sobre todo, si se apoya en la excepcionalidad de la incriminación de las conductas culposas), aunque en ésta las más de las veces agravados. No obstante, al ser en realidad sucesos más bien raros y, por tanto, infrecuentes, y teniendo en cuenta que el arbitrio del juez puede reducir la atenuación considerablemente, no creo que sea calificable como un problema excesivamente grave. Además de que, con gran probabilidad, las soluciones posibles existentes irían en detrimento de la regla general, aplicable a la mayoría de los supuestos, o implicarían soluciones no conciliables jurídicamente, como ya se vio (la figura de la culpa jurídica) (85).

En resumen, la teoría de la culpabilidad debe encuadrarse dentro de una más de las fases de la evolución de la ciencia del Derecho penal (86), y no como un problema meramente de adscripción o dirección dogmática, aunque de hecho se aproxime a una determinada, lo que ha sido claramente comprendido por los detractores de su incorporación al Proyecto.

C) Con el ánimo, si no de agotar el tema, sí al menos de dar un repaso a los comentarios más importantes que ha despertado el Proyecto en tan trascendente materia ésta del error de prohibición, vamos a detenernos brevemente en alguna objeción que no afecta al contenido de la cuestión, pero sí a determinados aspectos colaterales que indirectamente inciden en la futura regulación del error de prohibición.

Si prescindimos ahora de los temores que ha suscitado la situación «geográfica» del error en el Proyecto —delante de las eximentes y de las atenuantes y no inmediatamente después, como se ha propuesto (87)—, pues no parece que tengan por sí mismos suficiente fundamento (88), se ha temido detectar un obstáculo para mantener la tesis de la vinculación del Proyecto con el concepto personal de lo injusto y consiguiente pertenencia del dolo al tipo, en la confusa y

(85) Sin olvidar que la versión primigenia de la teoría de la culpabilidad, recogida en el Código penal alemán (parág. 17) evita todo problema en este sentido, al ser facultad del juez la atenuación de la pena. Por las diversas razones alegadas a lo largo del trabajo, me inclino por mantener, a pesar de este inconveniente teórico, la línea marcada por el Proyecto.

(86) Véase, también en este sentido, J. CUELLO CONTRERAS, *La estructura de la acción punible en el Código penal*, cit., p. 648; con una perspectiva más general, J. CÓRDOBA RODA, *Evolución jurídica y ciencia penal*, cit., páginas 13 y ss.

(87) En tal sentido, una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista, del Congreso (núm. 861), y Santiago MIR PUIG, *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto del Código penal en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico, núm. 3.º, 1980, p. 48 y s. (también en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., p. 485 y ss.).

(88) Por las razones, entre otras, que el propio MIR PUIG aporta, véase nota anterior.

contradictoria redacción del artículo 21 del Proyecto (89), cuando dice: «si el hecho se cometiere por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será reprochable a su autor». Precepto que es calificado, asimismo, de superfluo, una vez existente el artículo 17 (90). Esta objeción que, obviamente, no procede de causalistas, se basa en que al utilizar dicho precepto la palabra «reprochable» se figura que el caso fortuito es concebido como causa de exclusión de la culpabilidad, definición que no corresponde decidir al legislador (91) y que no es compatible con la concepción del dolo dentro del tipo de lo injusto de los delitos dolosos, distinto del tipo de lo injusto de los delitos culposos (92). También se ha objetado a dicha expresión que responde a la concepción ética de la culpabilidad, que se estima superada (93).

Hay que convenir sin la menor reserva con que este precepto plasmado en el artículo 21 es totalmente innecesario, pues, efectivamente, el artículo 17 es suficiente al declarar y, en consecuencia, limitar las vías por las que puede concretarse la responsabilidad penal de un hecho: «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley»; de forma que no es posible la responsabilidad por delito o falta que provenga por otro título que no sea el dolo o la imprudencia. La explicación más verosímil de la existencia del artículo 21 hay que buscarla en ver aquí una reminiscencia del viejo principio del *versari in re illicita*, tan perturbador en el Código penal vigente, que precisamente se manifiesta, entre otros, en el caso fortuito, al exigir para su apreciación el arranque lícito de la conducta (núm. 8 del artículo 8.º). Quiere, así, el Proyecto zanjar definitivamente esta cuestión, que en dicho texto ha sido convenientemente superada, y remachada con la declaración del artículo 21; se pretende con esta reiteración —estrictamente, ya dije, innecesaria— evitar que la inercia de la práctica jurisprudencial pudiera hacer incurrir de nuevo en responsabilidad objetiva. Una vez comprendida su razón de ser, no creo que exista, sin embargo, un peligro real de contradicción en relación con la posición del dolo en el tipo de lo injusto, puesto que la culpabilidad sólo podrá derivarse del reproche personal de la conducta que es adecuada al tipo de lo injusto doloso o culposo; mientras que la ausencia del dolo (elemento subjetivo del tipo de lo injusto de los delitos dolosos) y del cuidado objetivamente debido (elemento objetivo de la culpa) implica la falta de la tipicidad, pero también de la antijuricidad y de la culpabilidad (94).

(89) Así lo ha denunciado S. HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición*, cit., p. 39.

(90) S. HUERTA, lug. cit.; S. MIR PUIG, *Observaciones a los títulos preliminar y primero*, cit., p. 49. También la enmienda núm. 862 del Grupo Comunista.

(91) Así, S. MIR PUIG, lug. cit.

(92) HUERTA TOCILDO, lug. cit.

(93) En este sentido, la enmienda núm. 271 del Grupo Socialista del Congreso.

(94) En este sentido se expresa J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 423, nota 57.

Por otra parte, la redacción actual del artículo 21 del Proyecto, junto con otros preceptos de éste, como los del artículo primero, tercero, 17 y el mismo 20, proporcionan argumentos para defender la vinculación del Proyecto a la concepción normativa de la culpabilidad, en el sentido de reproche personal, lo que permite considerarla no sólo como límite sino también como fundamento de la pena, al ser un elemento esencial del delito (95), a pesar de los intentos que ha habido de deducir otra concepción distinta (96). Ello no implica, sin embargo, una concepción ética (material) de la culpabilidad.

III

No podía concluirse el presente estudio sin abordar la interesantísima cuestión del tratamiento jurídico penal que merezca, a la vista de lo dispuesto por el Proyecto, el error que versa sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación; y si es correcto el mismo, teniendo en cuenta la naturaleza dogmática de esta clase de error.

Lo lógico para resolver este punto es acudir al Proyecto, en el lugar donde ha previsto la regulación del error, es decir, el ya conocido artículo 20. Enseguida comprobamos que dicho artículo no contiene ninguna referencia expresa sobre el error que recae en las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. El problema radica entonces en determinar en cuál de las dos clases de error a que alude claramente el Proyecto encaja mejor el que nos preocupa ahora: si en los párrafos primero y segundo («el error... sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena...»), que hemos calificado como error sobre el tipo; o bien en el tercero («la creencia errónea... de estar obrando lícitamente...»), que recoge el error de prohibición (97). Partiendo de la premisa, ya comprobada, de que el Proyecto se vincula a la teoría de la culpabilidad, se trata de averiguar si es aplicable su versión limitada o restringida (esto último, en el caso de concluir que es equiparable a un error sobre el

(95) De esta opinión, en relación con el Proyecto, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código penal español*, cit., p. 20 y s.

(96) Diego Manuel LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Instituto de Criminología, Madrid, 1979, p. 44, quien concibe la culpabilidad como atribuibilidad basada en la motivabilidad normal.

(97) Sin embargo, Enrique BACIGALUPO, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto*, cit., no ve tan sencilla esta distinción (que ya conceptualmente ha originado abundante literatura), según los términos del Proyecto, pues, a su juicio, existen supuestos de error de prohibición que encajan en los párrafos 1.º y 2.º del art. 20, y, a la inversa, otros que recaen sobre el tipo que son asimilables al párrafo 3.º del mismo artículo, según su actual redacción.

tipo) (98), o si, por el contrario, su configuración estricta o pura (si es tratado como error de prohibición) (99).

Bacigalupo, que afirma la viabilidad teórica, en principio, de ambas soluciones, a la vista del Proyecto, considera, sin embargo, para evitar confusiones, más adecuado que un ulterior párrafo regule como categoría autónoma el error sobre circunstancias que de concurrir hubieran justificado el hecho, teniendo en cuenta para ello su proximidad analógica con el error de prohibición, pero evitando el excesivo rigor a que éste conduce en ocasiones (100).

Es indudable que un tratamiento diferenciado expreso de las tres clases de error contribuiría a una máxima transparencia interpretativa, lo que únicamente sería viable en estos momentos a través de enmiendas parlamentarias. Sin embargo, en mi opinión el Proyecto suministra ya suficientes criterios para poder decir cuál es el tratamiento correcto de la cuestión a partir del propio Proyecto. No me parece, por tanto, posible que quepa igualmente una aplicación analógica tanto del error sobre el tipo como del error de prohibición. El texto actual del Proyecto nos conduce por un solo camino, como voy a intentar demostrar a continuación.

El proceso es muy sencillo. Pero, es preciso distinguir, dada la diferente trascendencia jurídico-penal que se les reconoce en general, el error que versa sobre los elementos esenciales del que recae sobre elementos inesenciales. Empezaremos por los mencionados en último lugar.

Cuando el error afecta a un elemento *inesencial* de una causa de justificación, es decir, cuando el agente actúa en la creencia —errónea— de que se halla amparado por una causa de justificación cuando realiza el hecho, porque estima que concurren todas las circunstancias necesarias, pero resulta que *falta* una inesencial, no podremos aplicar con toda su plenitud la eximente —causa de justificación— correspondiente (legítima defensa, ejercicio de un derecho, etc.) del artículo 26, sino que nos moveremos en el capítulo siguiente, el dedicado a las atenuantes, dentro del artículo 27. Este, en el número uno, regula las eximentes incompletas: «Son circunstancias atenuantes: las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos». Es admitido por la doctrina que tal precepto es aplicable en ausencia de los elementos inesenciales, y, por tanto, a la cuestión que estamos estudiando aquí, pues no es otra la situación que se produce cuando el autor actúa con la ausencia de alguno de los inesenciales, pero cree

(98) Se entiende que a la versión limitada llegarán, fundamentalmente, los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo, para quienes al constituir las circunstancias que sirven de base a la justificación del hecho ya un elemento (negativo) del tipo, esta naturaleza determina su tratamiento.

(99) BACIGALUPO, *lug. cit.*

(100) *Lug. cit.* También se ha pronunciado por esta vía en Alemania Eduard DREHER, *Der Irrtum über Rechtsfertigungsgründe*, en *Festschrift für Ernst Heintz*, W. De Gruyter, Berlín, 1972, p. 227.

—por error— que también se dan. Para la aplicación de la pena en estos casos cuenta el Proyecto con una regla especial, la del artículo 81, que no por conocido voy a dejar de transcribir una vez más: «En los casos de exención incompleta previstos en el número 1 del artículo 27 se aplicará la pena inferior en grado, imponiéndola en la extensión que el Tribunal estime conveniente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 145 y 146». Es decir, la pena inferior en grado a la del delito correspondiente. Hasta aquí no hay, en realidad, ninguna novedad para esta cuestión en estudio, en relación con el Código penal vigente, puesto que existe una coincidencia sustancial entre éste y el Proyecto: el artículo 8 del Código con el 26 del Proyecto; el número 1.º del artículo 9 con el número 1 del artículo 27; y el artículo 66 con el 81. No son necesarias, en consecuencia, mayores explicaciones. Y es que el problema surge a partir de ahora, al dar el siguiente paso, que es donde el Proyecto es más claro si cabe que el Código vigente, del que ya Cerezo (101) supo descubrir y extraer abundantes argumentos en la dirección de interpretación más correcta de las posibles. Porque el artículo 81 (o el actual 66) no nos resuelve por sí mismo el problema, pues *hay que ponerlo en relación con el delito cometido*, pero ¿con cuál, con el delito *doloso* o el *culposo*? Se trata, en suma, de averiguar dónde efectuaremos la atenuación prevista en el artículo 81 (y el actual 66), si en la modalidad dolosa o culposa del delito (102). Esto, como puede comprobarse tiene una importancia capital, pues, aparte de las esenciales divergencias punitivas, ello decidirá que nos encontremos con la versión restringida o con la pura de la teoría de la culpabilidad, y para el Código vigente la recuperación, además, de argumentos en favor de la teoría del dolo.

Veamos qué sucede si consideramos que debemos partir del delito culposo. Cerezo (103) ya aportó objeciones para el Código vigente que son válidas también para el Proyecto: si tomamos como referencia

(101) En sus *Notas a el nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 58 y s. *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, cit., p. 16. Mantiene el mismo criterio J. CUELLO CONTRERAS, *La estructura de la acción punible*, cit., p. 649 y ss., quien manifiesta que no es «que el legislador se haya pronunciado sobre la teoría del dolo o de la culpabilidad, sino que del tenor legal lo único que cabe deducir es que el Derecho español, salvo en el llamado «caso fortuito» (que en realidad no es tal), no se producen los efectos postulados por la teoría del dolo, por cuya razón, no es viable esta teoría y sí la opuesta, de la culpabilidad», y rechaza asimismo la viabilidad de la teoría restringida de la culpabilidad y con ello la de los elementos negativos del tipo. Sin embargo, han sido duramente criticados estos planteamientos por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, en *Recensión a las Notas a el Nuevo sistema...*, citadas, en R. E. P., 1966, p. 473 y ss.

(102) Téngase en cuenta que es admitida la posibilidad de aplicar las eximentes incompletas a la imprudencia. Así, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, p. 38 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 383, nota 47.

(103) *Curso de Derecho penal español*, cit., y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, en NPP, 1972, p. 236 y s.

el delito imprudente llegaremos a unas penas muy bajas, no conciliables con el espíritu de la ley y no deseadas por su voluntad: el artículo 565 no ha sido concebido para acoger dentro de sí la culpa jurídica o de la prohibición. En relación con el Proyecto hay una diferencia, y es que el artículo 81 sólo prevé la atenuación en un grado y no facultativamente en dos, como el Código vigente, pero su extensión sigue quedando al arbitrio del Tribunal, lo que permite mantener la distinción con los casos en que el agente sabe que le falta algún requisito. Además, hay prevista una enmienda en el sentido del vigente artículo 66 con probabilidades de prosperar. Pero existe otra razón, también de peso, a mi juicio. Esta se obtiene comparando la pena a que llegamos en los casos de error sobre el tipo (sobre los elementos positivos, para los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo) y en los de error sobre la presencia de elementos inesenciales de una causa de justificación, si partimos aquí del delito culposo. Resulta que en el error sobre el tipo aplicamos la pena del delito culposo sin ninguna otra atenuación (párr. 2.º, art. 20), ni, por supuesto, la del artículo 81, mientras que en esta otra modalidad de error, aplicamos también la pena del delito culposo (si aceptamos esta solución), pero con la atenuación —en un grado— establecida en el citado artículo 81. Y esto es lo grave, pues se llega así a una solución comparativamente injusta: pues en el segundo error (el que versa sobre los elementos de la causa de justificación) se da al menos un *plus*, que es la conciencia y voluntad de realización de la parte objetiva del tipo, circunstancia que no se da, sin embargo, cuando el error versa sobre el tipo. Así que la conducta más grave sale claramente beneficiada por este camino. Para deshacer esta paradójica situación se impone probar la otra vía que nos queda, la de partir del delito doloso. Pero antes de continuar, obsérvese que estas reflexiones no sólo son válidas para el Proyecto, sino también —y creo poder afirmar que todavía no había sido apuntado— para el Código penal vigente, en el cual se producen unos efectos semejantes.

Gimbernat, sin embargo, no estaba de acuerdo con los argumentos que aportó Cerezo en su momento, y que sigue sustentando, de que en el número 1 del artículo 9.º encaja la conducta de quien actúa con la creencia errónea de la concurrencia las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, pero le falta algún requisito inessential. Rechaza este autor que el núm. 1 del artículo 9 abarque este supuesto y el de que el autor obre con la conciencia de la ausencia de este requisito fáctico (104). Gimbernat objeta a Cerezo que hay que demostrar que ese precepto incluye también esos supuestos de error. Para él sólo se comprende el actuar doloso, mientras que los otros deben ser llevados directamente al artículo 565, que es la única forma de darles el tratamiento diferenciado que exige su divergente magnitud de lo injusto (105). Aparte de que Gimbernat procede a una separación no establecida por la ley, y que también habría que demostrar,

(104) E. GIMBERNAT ODEIG, *Recensión*, cit., p. 479.

(105) *Recensión*, lug. cit.,

se pueden recordar las reflexiones que opuso Cerezo a estas objeciones, de que la enorme rebaja de la pena que el artículo 66 prevé (uno o dos grados) no tendría sentido si sólo fuera aplicable cuando el agente actúa dolosamente y con conciencia de que la antijuricidad de la conducta (106); y que la inclusión en el núm. 1 del art. 9 de los supuestos en que hay error y de aquéllos en que no los hay, no supone una nivelación de los mismos, pues en el artículo 66 se prevé la posibilidad de reducir la pena en uno o dos grados, lo que permite reflejar debidamente la diferente gravedad que revisten ambos supuestos (107). Por otra parte, un riesgo de equiparación paralela a la que Gimbernat critica en Cerezo, se produciría con el error que recae sobre el tipo (en el que el agente no tiene conciencia de realizar los elementos objetivos del tipo) y el que versa sobre los presupuestos de una causa de justificación (en el que el actor sí actúa con esa conciencia), si recondujéramos éste, según propone Gimbernat, al artículo 565. Por último, no siempre se conseguiría ese tratamiento diferenciado que propone este autor cuando falta dolosamente algún presupuesto fáctico de una causa de justificación (núm. 1 art. 9,° y art. 66) o cuando es por error (art. 565), pues frecuentemente se llegaría a una equivalencia punitiva de ambas fórmulas o, incluso, más favorable para la primera, lo cual parece contrario al fin perseguido con esta interpretación (108), la diferencia más importante se centraría, así, en el título de la incriminación (dolosa o culposa).

El Proyecto nos presta otro argumento, ahora ya exclusivo de él, que evidencia por sí sólo también lo equivocado de poner en relación la atenuación del artículo 81 con el delito culposo. Pues puede suceder que éste no exista en el Proyecto, ya que, como es sabido, parte de la excepcionalidad del castigo de las conductas culposas, de forma que no todo delito doloso que lo admite teóricamente lleva junto a él la figura culposa correspondiente, habrá casos en que la aplicación del artículo 81 que se nos impone se volverá inviable: cuando no exista el delito culposo. Y como el artículo 81 no distingue, ni admite su no aplicación en algún caso particular, para mantener su aplicabilidad no cabe otra solución que ponerlo en relación con el delito doloso, al que habrá que atenuar la pena. Pues tan absurdo —y legalmente imposible— como renunciar a la aplicación de la pena —y del artículo 81—

(106) *La polémica en torno a la doctrina de acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, cit., p. 238; y *Curso de Derecho penal español*, cit. La Jurisprudencia con criterio constante ha aplicado en los otros casos también la atenuación del art. 66 en relación con el núm. 1 del art. 9, es decir, mantiene la responsabilidad dolosa, p. eje., s. 18 de junio de 1975, 12 de diciembre de 1978, 30 de abril de 1980, 19 de junio de 1980.

(107) CEREZO, lug. cit. Aunque tal afirmación queda sometida al libre arbitrio que el propio art. 66 reconoce a los Tribunales.

(108) Recuérdese que la imprudencia temeraria del art. 565 tiene establecida la pena de prisión menor, mientras que un delito doloso (p. eje., homicidio, con reclusión menor) podría bajar hasta dos grados (es decir, a prisión menor) y llegar a una pena inferior a la del primer párrafo del art. 565 (si el delito doloso de referencia tiene una pena menor a la de reclusión menor).

sería castigar por culpa cuando esta modalidad exista y por dolo en los demás casos —atenuando en ambos la pena.

Todas estas reflexiones nos conducen a la aplicación de la atenuación que el artículo 81 prevé para los supuestos del núm. 1 del artículo 27 (pues creo haber también demostrado que es éste el precepto aplicable cuando el error versa sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación) partiendo del delito doloso como referencia, una vez demostrada la inviabilidad de acudir al delito culposo. Es decir, que cuando el error versa sobre los elementos inesenciales de una causa de justificación, el Proyecto nos dice que se mantiene la responsabilidad dolosa (núm. 1 art. 27), pero atenuada (art. 81). Si ahora comparamos esta solución con las que el Proyecto nos ofrece en el artículo 20, donde regula específicamente la relevancia del error en materia penal, vemos una plena coincidencia —y no casual, a mi juicio— con la del párrafo 3.º, es decir, con lo que hemos calificado como error de prohibición, pues establece igualmente la atenuación del artículo 81. Por tanto, el propio Proyecto nos indica la naturaleza que ha asignado a esta especie de error, pues participa de la del de prohibición, con lo cual aquí se vincula con la versión pura o estricta de la teoría de la culpabilidad (109), (110), lo que hace inviable en este futuro texto legal la teoría de los elementos negativos del tipo.

En cuanto al error vencible que recae sobre los elementos *esenciales* de una causa de justificación, el Proyecto no nos proporciona una respuesta explícita. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, y en relación con el Código penal vigente en los casos de error vencible sobre los elementos esenciales de las causas de justificación, castiga por imprudencia (111). A la misma conclusión

(109) Se aparta así el Proyecto del camino seguido por el legislador alemán, que en la reforma de 4 de julio de 1969 introdujo la regulación de la eficacia del error sobre un elemento del tipo y del error de prohibición, pero no ha tomado posición acerca de la naturaleza del error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación, lo que ha suscitado una fuerte polémica doctrinal en la fijación de su naturaleza: algunos creen que deberá aplicarse las reglas del error sobre el tipo por analogía (por todos: Günter STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 2.ª ed., Carl Heymanns Verlag, Berlín, 1976, p. 152 y ss.); otros acuden a éste simplemente para la determinación de la pena aplicable (p. ej., H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 376); por fin, otros indican que en esta clase de error no queda excluido el dolo como elemento subjetivo de lo injusto, pero sí el dolo como forma de la culpabilidad, que manifiesta esa disposición de ánimo hostil o indiferente al Derecho (p. ej., JESCHECK, lug. cit., Eduard DREHER, *Der Irrtum über Rechtsferligungsgründe*, cit., p. 224 y ss.). Véase con más detalle, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, p. 381, y *La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española*, cit.

(110) S. HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de ley orgánica de Código penal de 1980*, cit., p. 36 y s., nota 60, se inclina en el Proyecto también por la teoría de la culpabilidad estricta, pero por razones de justicia material, pues estima en principio defendible en el Proyecto también la teoría de la culpabilidad limitada.

(111) Así, sentencias de 14 de junio de 1977, 23 de noviembre de 1977, 21 de abril de 1980.

llega Cuello Contreras, aunque por distinta vía, al estimar por analogía lo establecido en el art. 64 para la eximente del núm. 8 del art. 8.º, el caso fortuito, que es considerado por él como causa de justificación (y consagración de la figura del riesgo permitido) (112), (113). Sin dejar de tener en cuenta que las discrepancias prácticas entre esta solución (aplicar la norma que sanciona la imprudencia) y la establecida en caso de ausencia de elementos no esenciales (atenuación del delito doloso en uno o dos grados) no son siempre reales, corremos el riesgo, si abrazamos esta solución diferenciadora, de invertir los términos adecuados de tratamiento de cada una de las dos situaciones (falta de los elementos esenciales o de los inesenciales). Por tanto, se impone, para mantener una interpretación coherente, y que ha de ser necesariamente analógica, que ésta se corresponda con la solución adoptada para el error que recae en los elementos inesenciales (114). Solución que permite también una mayor uniformidad, pues piénsese a la vista del Proyecto, que si se mantiene el otro criterio, resultaría que el error sobre los elementos inesenciales de las causas de justificación sería *siempre* punible a título de dolo (atenuado), mientras que cuando el error lo fuera sobre los elementos esenciales, se haría responsable de imprudencia o quedaría impune (cuando no exista el delito culposo correspondiente).

(112) *La estructura de la acción punible en el Código penal*, cit., p. 651 y s. De aceptar las premisas de que parte CUELLO, se daría acogida a la teoría del dolo o a la de la culpabilidad restringida. El propio autor disipa el temor de esta posibilidad, considerando lo anterior como una excepción. Véase más arriba, nota 101.

(113) El otro lugar (*El médico y el Derecho penal*, I, cit., p. 223 y s.) me he ocupado de esta figura del riesgo permitido, que debe ser asignado al tipo de los delitos culposos, como noción coincidente con la de la observancia del cuidado objetivamente debido. No lo creo causa de justificación (como pretende en Alemania JESCHECK), además de las razones aludidas (lug. cit., p. 224), porque en el Derecho positivo español no es necesario (ya contamos con la amplia justificante del núm. 11 del art. 8). Además, no parece posible incluirlo en el núm. 8 del art. 8.º (como defiende J. CUELLO): la ilicitud inicial del acto nos llevaría del núm. 8 del art. 8.º (a través del art. 64) al delito de imprudencia, sin que necesariamente se diera efectivamente el tipo del delito culposo; además la licitud o ilicitud de la agresión del bien jurídico se haría depender de algo tan extraño para el moderno concepto de lo injusto, de la licitud o ilicitud inicial del acto. En suma, se quiere trasladar así un problema de culpabilidad (que radica en la presencia del *versari* en tal precepto) a la antijuricidad, lo que provoca, además, contradicciones, al someter a un tratamiento distinto al error que versa sobre las circunstancias que sirven de base a causa de justificación, según los casos.

(114) Solución que ya propone J. CEREZO, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 384, nota 52.

