

El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático Universidad Autónoma de Barcelona

1. PLANTEAMIENTO POLITICO CRIMINAL

Necesariamente desde esta perspectiva hay que partir de la pena, por ser ella en concreto la expresión de la intervención del Estado en los derechos del individuo, que requiere en un Estado social y democrático de derecho de una explicación y fundamentación. He sostenido que la pena es autoconstatación (1) del propio sistema estatal. Ahora bien, como en el sistema democrático sus pilares sustentadores son los bienes jurídicos, la autoconstatación de ellos significa como tarea básica la protección de esos bienes jurídicos. De ahí que el principio rector de todo injusto es el de *lesividad* o, en otros términos, «nullum crimen nulla poena *sine iniuria*». No puede haber un injusto (o delito) sin que se afecte de algún modo real un bien jurídico. Pero eso no basta, ya que los bienes jurídicos *son una relación social* (2), luego surgen de la participación de los sujetos en la vida social, por tanto el principio de lesividad tiene que estar conectado a los actos de los individuos. El injusto tiene que ser *suyo*, lo que desde antiguo ha sido expresado bajo el principio de culpabilidad en el sentido de prohibición a la responsabilidad objetiva: necesidad que exista una *relación personal con el injusto* (3). En otras palabras, en un Estado democrático la pena se aplica a los individuos por *sus hechos*, la intervención del Estado sobre los derechos de un individuo sólo puede explicarse en cuanto el injusto es *su obra*. De ahí que haya de considerarse la teoría del error en el injusto, pues el error altera esta conexión personal, la pena pierde entonces su sentido.

(1) Cfr. *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, Ariel, Barcelona 1984, pp. 39 ss.; *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Temis, Bogotá 1982, pp. 136 ss., 179 ss.

(2) Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., pp. 62 ss.; *Bases*, ob. cit., pp. 14 ss., 31 ss., 70 ss.

(3) Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El principio de culpabilidad en el anteproyecto de Código penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 6, pp. 165 s.

Pero he sostenido que en un Estado democrático la pena se aplica por su hecho *al individuo*. No basta, por tanto, con fundamentar desde el hecho sobre la base de los bienes jurídicos, sino que además se requiere explicitar y legitimar *la imposición* de la pena (4). Su explicitación radica en la finalidad de tal imposición, que es aumentar la capacidad de actuar del individuo frente a conflictos sociales, por eso la pena ha de ser un ejercicio de opciones para el sujeto, en definitiva el Derecho penal ha de convertirse en un *Derecho de Opciones para el sujeto*. Ahora bien, la legitimidad de la intervención de un Estado democrático está sometida a un principio básico para su orden político y social, que es el de la dignidad de la persona. Por eso, la pena sólo se puede imponer a un sujeto *capaz de respuesta* o de responder frente a ese orden jurídico. De ahí que no se pueda aplicar pena al inimputable, ya que él no puede responder frente a ese orden racional, sino respecto de otro —además, por ello mismo, la finalidad de opciones carecería de sentido— (5). Se violaría su dignidad de persona al someterlo a un orden racional que no es el suyo o respecto del cual no tiene las condiciones necesarias para responder, la intervención estatal se convertiría en violencia estatal. El juicio de imputabilidad o inimputabilidad no agota, sin embargo, el principio de dignidad de la persona. Además, hay que considerar si al sujeto se le puede exigir una determinada conciencia del derecho en relación al hecho concreto realizado, al injusto cometido, porque podría suceder que dadas las condiciones personales determinadas en que el sujeto actuó su actitud valorativa frente al injusto (o delito) no podía coincidir con la exigida conforme al ordenamiento jurídico. De ahí la necesidad de considerar también desde la dignidad de la persona la exigibilidad de una determinada conciencia valorativa para la imposición de una pena, lo que necesariamente plantea la problemática de una *creencia diferente sobre la licitud*. Imponer una pena, a pesar de que tal creencia diferente impedía al sujeto coincidir con la conciencia exigida significaría no respetar la dignidad de la persona, la pena perdería toda su legitimidad y también carecería de sentido la pena como opción.

En definitiva, desde un punto de vista político criminal, las teorías del error y la creencia diferente (o errónea, según el código) aparecen indisolublemente unidas a una concepción de la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

2. LA TEORIA DEL ERROR

2.1. *Delimitación conceptual*

Conforme al artículo 6 bis a del C. p. al relacionar sus párrafos 1 y 2 con el 3, la teoría del error comprende todo aquello que no diga relación con la creencia errónea de estar obrando lícitamente. En otras

(4) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., pp. 40 s.

(5) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., pp. 381 ss.; *Bases*, ob. cit., pp. 87 ss.

palabras, todo aquello que dice relación con la actitud valorativa de licitud del hecho realizado no queda comprendido por la teoría del error.

La teoría del error aparece referida sólo a los elementos integrantes de la infracción penal y, respecto de estos elementos, no se trata ya de un problema de creencia, sino *de conocimiento*. Así surge claramente del artículo 60, párrafo 2, que habla del «*conocimiento*» de las circunstancias atenuantes o agravantes. La teoría del error aparece pues en relación a la teoría del conocimiento de los elementos de la infracción penal. Dicho conocimiento, como señala el propio artículo 60, párrafo 2, ha de darse «*al momento de la acción*», es decir, ha de ser *actual, presente* en ese momento. Esto quiere decir que todo elemento de la infracción que requiera de *conocimiento* puede también quedar afectado por la teoría del error, en el sentido que al momento de la acción haya una ignorancia respecto de ese elemento o un falso o equivocado conocimiento.

Ahora bien, los elementos que requieren de conocimiento en la infracción penal son el aspecto objetivo del tipo y los presupuestos de las causas de justificación. En general, se puede decir que sobre ello no existe discusión en la doctrina, pues no es una contradicción en términos absolutos con esta afirmación el que ciertas posiciones limiten el conocimiento en las causas de justificación sólo a algunas de ellas (6). De modo, entonces, que la teoría del error hay que referirla al aspecto objetivo del tipo y a los presupuestos de las causas de justificación.

2.2. El error en relación al aspecto objetivo del tipo

En el aspecto objetivo del tipo pueden darse elementos esenciales y accidentales. Los esenciales son aquellos constitutivos para el injusto de la respectiva figura delictiva, sin ellos no es posible el injusto. Los accidentales, en cambio, sólo implican una modificación del injusto, es decir, lo aumentan o lo disminuyen. Por tanto, la teoría del error no puede tener las mismas consecuencias en uno y otro caso, pues un error sobre un elemento accidental dejará siempre subsistente el injusto correspondiente. Un error sobre un elemento accidental deja intocado el injusto, que conforme a lo que establece el artículo 1, párrafo 1, seguirá siendo doloso o culposo según el caso, ya que las acciones u omisiones son las dolosas o culposas y no las circunstancias.

Luego, el injusto admite formas de conexión personal: puede ser doloso o culposo. Es, por eso, que un error sobre un *elemento esencial* de él tiene que tomar en cuenta estas formas de relación personal. Habrá casos en que ellas queden absolutamente eliminadas y otros en que pueda subsistir alguna de ellas, es decir, la culpa. De ahí que el

(6) Así, p. ej., COBO-VIVES, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad de Valencia, 1984, pp. 387 s.

artículo 6 bis a, en sus párrafos 1 y 2, distinga entre error esencial *invencible* y *vencible*, el primero elimina toda relación personal con el injusto, éste no pertenece al sujeto, no es suyo, de ahí que no se pueda aplicar pena alguna, pues carecería de fundamento conforme al principio de culpabilidad, entendido como exclusión de la responsabilidad objetiva. Pero diferente es si es vencible, ya que en tal caso puede subsistir la relación personal con el injusto basado en la falta de cuidado. Esto es, que aún cuando no se ha dado el *conocimiento* de ese elemento esencial (—que es eliminado por el error cualquiera que sea: invencible o vencible—), lo que es básico para establecer la relación personal dolosa con el injusto sin embargo *normativamente* se podía exigir un determinado cuidado en los actos del sujeto que habría excluido la afección del bien jurídico. Desde el punto de vista del injusto se equipara, por tanto, para el establecimiento de la relación personal, el *conocimiento* (y querer consecuente = dolo) con el *cuidado exigido* en el ámbito de actuación concreto.

Diferente es, en cambio, la situación con los elementos accidentales, éstos no admiten formas de conexión personal alguna, ya que dolo y culpa están referidos a las acciones y omisiones, pero no a las circunstancias aisladamente consideradas. Es, por eso, que conforme a lo que establece el artículo 60, párrafo 2 del C. p. sólo se puede predicar el conocimiento respecto de ellas y éste entonces *se da* o *no se da*, no hay posibilidad de establecer formas respecto de él. Este está presente o no: un conocimiento a medias no es conocimiento y un conocimiento posible tampoco lo es. Por eso que, conforme al principio de exclusión de la responsabilidad objetiva, si no se tenía conocimiento de una circunstancia agravante no se puede agravar la pena. Ahora bien, este planteamiento aparece confusamente expuesto en el artículo 6 bis a, párrafo 1, en relación al 2, ya que pareciera que es posible una agravación culposa (7), con lo cual se entra en contradicción con el artículo 1, párrafo 1. De modo que habría que entender que el párrafo 2 del artículo 6 bis a no puede referirse al error sobre una agravante. Pero aun resuelto este punto, conforme a una interpretación sistemática y teleológica, queda subsistente la situación de las atenuantes. ¿Qué pasa con un error sobre una atenuante?, se podría entender a *contrario sensu* del artículo 6 bis a, párrafo 1, el único aplicable a las circunstancias, que en ese caso la atenuante no queda excluida. Lo cual no pareciera incorrecto, pues el conocimiento de una circunstancia atenuante podría equipararse con la suposición errónea de su presencia ya que se trata de no aumentar la pena, sino de disminuirla. Pero ello entra en contradicción con el artículo 60, párrafo 2 del C. p. y, por tanto, frente a una regla expresa, la regulación a *con-*

(7) Cfr. críticamente MAQUEDA, María Luisa, *El error sobre las circunstancias, Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código Penal*, en CPC 21, páginas 699 ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1984, pp. 210 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., pp. 303 s.; del mismo, *El principio de culpabilidad*, ob. cit., pp. 173 s.

trario sensu, que tendría un carácter puramente interpretativo, no se puede hacer valer.

Por último, queda todavía un punto que resolver en torno al error sobre un elemento accidental. Si bien es cierto que a los elementos accidentales no se les pueden aplicar las formas de conexión personal del injusto, sin embargo se podría decir que sí sería aplicable una cierta graduación del error mismo. Es decir, que el artículo 6 bis a, lo que quiere señalar es que, para excluir una agravación, el error tiene que ser invencible, si fuese vencible ello no sería posible. Al respecto habría que decir, en primer lugar, que tal interpretación entraría en conflicto con el artículo 60, párrafo 2, ya que éste simplemente habla de conocimiento o no de la respectiva circunstancia. Frente a esta argumentación se podría contestar que como el artículo 6 bis a, es la ley posterior prima sobre el artículo 60, párrafo 2 y, por tanto, el error que excluye sólo ha de ser el invencible. Pero entonces tal planteamiento habría que fundamentarlo desde el punto de vista del principio de exclusión de la responsabilidad objetiva. En otras palabras, *todo error excluye el conocimiento*, sea invencible o vencible, como hemos dicho un conocimiento a medias o potencial no es conocimiento, por eso el artículo 60, párrafo 2, exige el conocimiento al momento de la acción. No basta, por tanto, decir que hubiese podido tener ese conocimiento, eso ya no es conocimiento y no permite fundamentar una pena (otra cosa es que en la culpa se fundamente la pena sobre la falta de cuidado exigido). Luego, equiparar el error vencible a conocimiento y entender que tal circunstancia está abarcada por el dolo, es una pura ficción o presunción, que vulneraría el principio de exclusión de la responsabilidad objetiva y, consecuentemente, la exigencia de dolo propiamente tal que hace el código, que no es de un dolo presunto o posible.

En definitiva, la regla del artículo 6 bis a, párrafo 1, sobre la agravante no sólo resulta innecesaria frente al artículo 60, sino que además confusa, y, contradictoria con uno de los principios garantistas básicos del Derecho penal.

2.3. El error sobre los elementos normativos del tipo

Tanto los elementos esenciales como accidentales, pueden ser meramente descriptivos o normativos. En el tipo objetivo hay, pues, elementos descriptivos y normativos. Los primeros, en general, no ofrecen mayor problemática para la teoría del error, como tampoco para la del conocimiento, pues basta para éste con una aprehensión sensorial de ellos y según el caso una menor o mayor adecuación con una significación lingüística general. Así, por ejemplo, la discusión iría más allá de lo puramente sensorial, si una ley prohíbe en un bosque matar todo animal de cuatro pies, con lo cual al aparecer en él unos canguros se podría plantear la duda, no ya sensorial, sino de significación: quien

piensa que sólo se pueden llamar pies las extremidades que se utilizan normalmente para andar, podría llegar a la conclusión que el canguro no está comprendido por dicha ley.

Esta problemática resulta todavía más agudizada cuando se trata de los elementos normativos, ya que su conocimiento surge fundamentalmente no de una aprehensión sensorial, sino de una serie de juicios de significación (8). Es por eso mismo que no se puede exigir el conocimiento propio a un especialista en estas significaciones (jurista, sociólogo, economista, etc.), sino sólo aquel conocimiento propio al general del uso del lenguaje, el llamado paralelo del lego. Así, por ejemplo, en el caso del delito de atentado del artículo 231, núm. 2, basta para el conocimiento de funcionario público saber que se trata de un miembro perteneciente a la Administración del Estado, no se requiere el conocimiento de todos los requisitos que, jurídicamente, y más aún, desde un punto de vista penal, configuran el concepto de funcionario público conforme a la doctrina y la jurisprudencia. Luego, la teoría del error abarcará todos los presupuestos mismos de este conocimiento, es decir, *tanto aquellos de carácter puramente sensorial como de significación*

Así, ciertamente, será un presupuesto sensorial la calidad de hombre del funcionario público: luego, si alguien queriendo golpear lo que supone un perro detrás de unas cortinas, golpea a un funcionario público, no se puede decir que ha empleado fuerza contra un funcionario público. Del mismo modo si al querer golpear a un sujeto que se le interpone en su camino durante una manifestación, al agacharse éste golpea a un funcionario público, tampoco puede decirse que hay empleo de fuerza contra un funcionario público. En este último caso el error no descansa ya en un problema puramente sensorial de conocimiento, ya que él ciertamente sabía que a quien pensaba golpear no reunía las cualidades de funcionario público. En todos estos casos estamos en presencia de un error respecto de un elemento normativo del tipo, diferente a estimar si el obrar es lícito o no.

Ahora bien, pienso que la teoría del error alcanza todavía *hasta el nivel más elevado dentro de los juicios de significación* respecto de un elemento y que ello no implica una creencia diferente sobre el obrar lícito. Así, por ejemplo, si para alguien, equivocadamente, los funcionarios de las autonomías no son funcionarios públicos, porque no serían funcionarios del Estado, ciertamente no actúa con dolo, ya que no sabe, en el caso del delito de atentado, que golpea a un funcionario público. Hay claramente un error sobre *un elemento* esencial de la infracción (9). Diferente sería, en cambio, si él estimara que los funcionarios de las Autonomías son funcionarios públicos, pero que no

(8) Por eso que KUNERT prefiere reemplazar la clasificación de elementos descriptivos y normativos por la de unidimensionales y pluridimensionales, distinguiendo a su vez entre aquellas verdaderas características valorativas, las características de sentido y las de apreciación (*Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Walter de Gruyter, Berlín 1958, pp. 82 ss., 93 ss., 104, 105 ss.

(9) Cfr. KUNERT, Karl Heinz, ob. cit., p. 103.

quedan comprendidos por la protección del delito de atentado, pues éste sólo se refiere a los funcionarios públicos de la Administración Central del Estado. En este caso, él sabe que golpea a un funcionario público, luego actúa con dolo, no hay un error sobre un elemento (esencial) de la infracción, sino que hay una creencia diferente sobre la licitud *del obrar* en su conjunto, en virtud de una creencia diferente sobre el ámbito de la licitud, se trata de lo que se ha denominado error de subsunción. Aquí el problema ya no es en relación a un elemento determinado, sino a la valoración o desvaloración que informa al hecho en su conjunto, al obrar como tal.

Algo semejante, pero en forma más simplificada que en los elementos normativos —ya que éstos se componen mediante un complejo de juicios de significación—, se puede producir en los elementos descriptivos. Si retomamos el ejemplo ya dado, cuando una persona equivocadamente piensa que un canguro no es un animal de cuatro pies, al matarlo *está errando sobre un elemento* esencial del tipo legal prohibitivo, pero *no sobre la prohibición misma*, ya que no sabe que mata a un animal de cuatro pies. Diferente sería si sabe que los canguros son animales de cuatro pies, pero cree que la prohibición está referida sólo a animales de cuatro pies españoles y no alcanza a los extranjeros. En este caso no se trata de un error sobre un elemento de la infracción penal, sino sobre el ámbito mismo de la prohibición, se trata de una creencia diferente sobre la licitud del obrar.

En definitiva, *todo problema referente al conocimiento respecto de un elemento normativo* —al igual que respecto de uno descriptivo—, *abarcando cualquiera de sus diferentes niveles de significación que lo componen, hace referencia a la teoría del error y se resuelve conforme a sus principios*. Cuando el problema no es el del conocimiento de un elemento de la infracción, sino que tiene que ver con la licitud o ilicitud misma del hecho, con su valoración (sea de prohibición o de mandato), se está en presencia no ya de la teoría del error, sino de la creencia diferente sobre la licitud del obrar.

2.4. *El error sobre los presupuestos de las causas de justificación*

Ciertamente las causas de justificación cuando concurren son elementos esenciales de la infracción penal, su presencia excluye el injusto (o delito). También en este caso hay que excluir aquellos de creencia errónea de estar obrando lícitamente, como sucedería si el sujeto cree estar actuando conforme a una causa de justificación no reconocida por el derecho (p. ej., cree tener permiso para corregir al hijo de su vecino). El problema, entonces, no gira en torno al contenido de la causa de justificación, a sus presupuestos para que se dé, sino en relación a su existencia jurídica misma, a la valoración que hace el derecho en una situación de conflicto social, que es la que hace surgir la regla permisiva misma.

Por tanto, la teoría del error no puede referirse a este tipo de casos, sino a aquellos en que al interior de una causa de justificación

se exige el conocimiento de sus presupuestos (a la situación de defensa en la legítima defensa o a la situación de peligro en el estado de necesidad, por ejemplo), en que este conocimiento, al igual que en relación al aspecto objetivo del tipo ha de ser actual, es decir, presente al momento de la acción (de defensa, de necesidad, de obediencia, etcétera). También en estas situaciones el error elimina totalmente el conocimiento (no hay un conocimiento a medias o sólo posible). Otra cosa es la exigencia de un determinado cuidado en las acciones y, por tanto, que a pesar de la falta o falso conocimiento, pueda atribuirse al sujeto una relación personal con el hecho en virtud de la falta del cuidado exigido.

Ahora bien, sobre la base de la llamada teoría de la culpabilidad se podría entrar a discutir la naturaleza misma de este error: las argumentaciones sistemáticas y materiales en contra de tales objeciones, nos las repetiré, pues a ellas me he referido en extenso en otras publicaciones (10). Ahora sí quiero añadir unas precisiones de carácter dogmático fundadas en la ley española. El artículo 565, párrafo 1, señala que quien ejecutara por imprudencia temeraria un hecho que «si mediare malicia, constituiría delito, será castigado...». El artículo 565 opone, pues, al concepto de dolo del artículo 1, párrafo 1, el de malicia, y, ciertamente, aparecen como dos conceptos diferentes. Así, el artículo 1, párrafo 1, predica el *dolo respecto de la acción u omisión*, y, en cambio, el artículo 565 *la malicia respecto del delito*, esto es, la acción u omisión (típica o, como dice el Código, penada por la ley) no es maliciosa, sino sólo dolosa. ¿Qué se requiere, pues, para que la acción u omisión dolosa se convierta en delito con malicia?, justamente algo más que señalar que es típica, esto es, que es además antijurídica. *Sólo el injusto o delito puede ser malicioso, no la acción u omisión típica*. En otras palabras, un error en relación al conocimiento de los presupuestos de las causas de justificación, impide la existencia de un injusto o delito, no hay un hecho malicioso. La acción u omisión típica dolosa sólo ha sido indicio de injusto, pero en definitiva no injusto, pues no se ha dado la antijuricidad y, por tanto, no se puede hablar de un hecho malicioso (o en términos tradicionales de un delito doloso). Pero si bien el error sobre un presupuesto —*sea descriptivo o normativo*— de una causa de justificación, elimina la malicia, luego la segunda desvaloración que hace del hecho doloso el ordenamiento jurídico mediante el juicio de antijuricidad, ello no quiere decir, sin embargo, que no se pueda exigir un determinado cuidado en el actuar del sujeto, que el error no ha eliminado. (La falta de cuidado exigido, por su carácter eminentemente normativo y no basado, por tanto, en el conocimiento como el dolo se puede predicar, conforme a los artículos 1, párrafo 1, y 565, párrafo 1, tanto respecto de la acción u omisión típica como respecto del delito o injusto). De ahí, entonces, la posibilidad conforme al artículo 6 bis a, párrafo 2, y artículo

(10) *Manual*, ob. cit., pp. 299 s.; *El principio de culpabilidad*, ob. cit., páginas 176 ss.

565, párrafo 1, que quede subsistente la relación personal con el injusto denominada culpa o imprudencia, cuando el error es vencible.

El hecho, en definitiva, es uno solo: cuando Pedro mata a José, no sólo sabe que lo mata, sino también que lo hace para defenderse de su agresión. Pero las valoraciones son diferentes. *Una*, es la que surge de *la norma* (de prohibición en este caso, que necesariamente ha de ser absoluta, ya que la protección de los bienes jurídicos —la vida, la salud, la libertad— no puede quedar adjetivada o sujeta a condiciones, pues con ello el ciudadano perdería frente al Estado toda su lucha por los derechos humanos desde la Carta Magna). *Otra* es la valoración que surge en relación a una solución general de conflictos sociales, que da nacimiento a una *regla de permiso*, cuando se dan determinadas circunstancias. Sería una contradicción pensar que está prohibido y permitido matar. Matar está siempre prohibido: la vida, como derecho reconocido, no está sujeta a condiciones en su reconocimiento, se protege como tal, otra cosa son las situaciones de conflicto y su resolución. Del mismo modo, sería absurdo pensar que está permitido matar y que sólo en ciertos casos concretos se prohíbe matar. Los planteamientos, los elementos negativos del tipo y de lo típicamente antijurídico de Mezger incurren, respectivamente, en estas contradicciones valorativas.

Hay, pues, dos desvaloraciones diferentes en relación a uno y el mismo hecho. Este es injusto (delito) sólo cuando se dan ambas. Luego, el hecho indiciariamente doloso será un injusto doloso (con malicia para el código) cuando se da también la segunda desvaloración. Por tanto, si hay falta de conocimiento o un falso conocimiento sobre un presupuesto de una causa de justificación no se puede establecer la relación personal a título de malicia con el hecho. Sólo quedaría subsistente la posibilidad de recurrir a la otra forma de relación personal, esto es, la culpa o imprudencia, si no se ha actuado con el cuidado exigido.

En definitiva, frente al texto legal, el problema del conocimiento de los presupuestos —sean descriptivos o normativos— de una causa de justificación está en relación con la teoría del error y queda englobado, por tanto, en las reglas de los párrafos 1 y 2 del artículo 6 bis a, esto es, que si es invencible se elimina dolo y culpa, y si es vencible, sólo el dolo, permaneciendo la posibilidad de la culpa.

3. LA TEORIA DE LA CREENCIA DIFERENTE (O ERRONEA)

3.1. *Precisión conceptual*

En principio habría que estimar como totalmente diferentes las regulaciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 6 bis a y el tercero. Ello, sin embargo, puede ser controvertido desde la óptica de algunas posiciones doctrinales, que trasladan la discusión existente en Alemania y pretenden distinguir entre teoría de la culpabilidad y teoría del

dolo (11). En verdad, como hasta el momento hemos ido explicando, tal artículo no se puede interpretar ni a partir de una ni de otra, sino que de él surge un planteamiento totalmente diferente.

Así, se ha señalado que el párrafo 3 reproduciría la teoría de la culpabilidad (12) y aun lo han afirmado decididos partidarios de la teoría del dolo (13). Pero ello no se corresponde con la formulación global del artículo 6 bis a, ya que claramente y con una fundamentación

(11) Como se sabe, la teoría de la culpabilidad se divide en teoría de la culpabilidad estricta y limitada. La teoría de la culpabilidad estricta, que coincide especialmente con la estructura del delito que presenta la teoría finalista, señala que el error de tipo recae sobre el conocimiento del dolo (natural) en relación al aspecto objetivo del tipo y que el error de prohibición recae sobre la conciencia de la antijuridicidad. De modo que todo lo que pertenece al aspecto objetivo del tipo puede dar lugar a un error de tipo y todo lo que pertenece a la antijuridicidad puede dar lugar a un error de prohibición. Con ello, sin embargo, se encuentra con dos problemas: primero explicar por qué el error sobre los presupuestos de una causa de justificación, que están en relación a un problema de conocimiento actual de ellos, es un error de prohibición, si éste no está referido a problemas de conocimiento, sino sólo de conciencia del injusto; segundo, cómo fundamentar la punibilidad del error de prohibición vencible, si todo error invencible o vencible elimina la conciencia del injusto. Con el objeto de salvar estos problemas, aunque sin lograrlo satisfactoriamente, surgen las teorías de la culpabilidad limitada, que sobre todo se refieren al problema de los presupuestos de las causas de justificación, si bien la de teoría de la culpabilidad elástica de JAKOBS se plantea el segundo (JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, de Gruyter, Berlín 1983, pp. 452 ss.). Por su parte también la teoría del dolo se divide en teoría del dolo estricta y limitada. La teoría del dolo estricta, que coincide en general con la estructura del delito que sustenta el causalismo, al partir del concepto de dolo malo (que comprende tanto el conocimiento del aspecto objetivo del tipo como de la antijuridicidad), pues el dolo es un problema de la culpabilidad estima que tanto el error de tipo como de prohibición eliminan el dolo y quedaría entonces sólo como posibilidad de fundamentar la punibilidad la culpa, ya sea la *facti* respecto del error referido al tipo, o bien la *iuris* respecto del error referido a la antijuridicidad. Los problemas con que se enfrenta esta teoría son: uno, al exigir conocimiento actual de la antijuridicidad, abre enormemente las posibilidades del error sobre la antijuridicidad, en especial porque procesalmente resulta imposible de demostrar que el sujeto tuvo tal conocimiento al momento de actuar; dos, si bien logra fundamentar la punibilidad del error vencible de prohibición en base a la culpa *iuris*, éste resulta un concepto totalmente inaplicable, ya que sería la pretensión de exigir un cuidado al sujeto en relación al derecho y más aún respecto de las valoraciones o racionalidades que sustentan los injustos. De ahí que surgieran las teorías del dolo limitadas, que se han preocupado especialmente del primer problema.

(12) Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de ley orgánica de Código penal de 1980*, en CPC, p. 93; BACIGALUPO, Enrique, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980*, en La Ley, núm. 76, pp. 2 ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, en ADP 1981, p. 740; ZUGALDÍA, José Miguel, *El tratamiento jurídico-penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley orgánica del Código penal español de 1980*, en CPC, pp. 519 ss.

(13) Cfr. SÁINZ CANTERO, José, *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, en *Estudios penales y criminológicos*, VII, páginas 432, 434; TORIO, Angel, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980, pp. 249 ss.

distinta tanto a la teoría de la culpabilidad estricta como a las diferentes configuraciones de la culpabilidad limitada (14), el problema referido a los presupuestos de las causas de justificación, como ha quedado demostrado, aparece como una cuestión de *conocimiento actual* y, por tanto, perteneciente a la *teoría del error*.

También, aisladamente, por Santiago Mir (15), se ha sostenido que el artículo 6 bis a, párrafo 3, no se aparta de la teoría del dolo. Según este autor abonan su tesis dos líneas argumentales. En primer lugar, que el artículo 6 bis a, párrafo 3 estaría dando sólo una regla de determinación de la pena cuando alude al artículo 66, sin dar razón de dicha atenuación y que ella, justamente, podría fundarse en la institución de la «culpa iuris» que planteó la teoría del dolo. Esta argumentación resulta discutible, ya que se parte en el artículo 6 bis a, párrafo 3, segunda frase, de *algo sustancial* que es atenuado (corroborado por la redacción del artículo 66), *no se trata pues de una nueva categoría de relación entre el sujeto y su hecho*, como es el caso de la culpa y que aparece muy claro en el artículo 565; por otra parte, no tendría explicación que en el párrafo 2 se aluda a la culpa y en el tercero, sin embargo, nada se diga al respecto. En segundo lugar, se señala por Mir que el párrafo 3 respondería a la alternativa *conocimiento (luego actual)* o no conocimiento, por tanto claramente conforme a la teoría del error. Pero si esto así fuese sobraría este último párrafo y bastaría con los dos primeros, ya que se podría entonces entender que la licitud o ilicitud es también un elemento esencial de la infracción. Sin embargo, se agrega este párrafo 3 y con una redacción muy diferente, no se trata del error sobre un elemento, luego el reverso del conocimiento de ese elemento, sino de la *creencia* errónea sobre el *obrar* lícito. No es, por tanto, un problema de conocimiento de aquél u otro elemento, sino que el obrar en su conjunto se cree lícito, es decir, se le da una valoración positiva, no se estima que es injusto o delito. No estamos pues al nivel de la estructura del conocimiento, sea de carácter fundamentalmente sensorial o intelectual, respecto de un determinado elemento o presupuesto, sino de la *conciencia* concreta que tiene el sujeto respecto del conjunto de su obrar.

Se trata, pues, de un juicio mucho más sofisticado y complejo que aquél referido a un puro *elemento descriptivo o normativo*, que siempre conforme al código será un problema de conocimiento y, por tanto, dirá relación con la teoría del error. Lo que ahora es relevante es que el sujeto tenga comprensión de la *valoración* que sirve de sustento al obrar injusto, o bien, de la *ratio* que lo inspira. Así, un sujeto puede conocer la ley, el artículo 119 del Código penal que define al funcionario público y, sin embargo, a pesar de ello no tener conciencia de la *ratio* del injusto frente a un precepto determinado y creer que los funcionarios de las autonomías quedan excluidos del delito de atentado, por ejemplo. Del mismo modo alguien puede haber leído el artículo

(14) Sobre las teorías limitadas de la culpabilidad, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., p. 402.

(15) Ob. cit., pp. 548 s.

407 («El que mate a otro tendrá tal pena...»), pero creer conforme a sus costumbres culturales que eso no alcanza a los niños de corta edad con graves deficiencias corporales. Igualmente, alguien puede tener la comprensión que el aborto es un injusto, pero conforme a su experiencia social que lo es sólo a partir del tercer mes de vida del feto. Al revés, alguien puede tener la conciencia de que matar es un injusto y no haber leído jamás el artículo 407 del Código penal, ni tampoco el artículo 15 de la Constitución. Conocimiento de un elemento (o presupuesto) y conciencia del valor o de la *ratio* sobre que descansa un delito corren caminos diferentes y tienen, por tanto, una estructura diferente. De ahí que también la teoría de la culpabilidad, no sólo la del dolo, siga una vía equivocada, ya que habla de conocimiento potencial o posible, y ciertamente un conocimiento potencial o posible no es conocimiento, es cualquier otra cosa. Es por eso, que la teoría de la culpabilidad se confunde en el tratamiento, ya que sobre la base de la posibilidad de conocimiento o conocimiento potencial, pretende de algún modo homologar el problema de la conciencia de la ilicitud con la del conocimiento de un elemento de la infracción penal y de este modo *homologar la teoría de la creencia diferente (o conciencia diferente) con la teoría del error*. En ese sentido la crítica de la teoría del dolo a la teoría de la culpabilidad es acertada, si se trata de cuestiones homologables también las consecuencias deberían serlo (de ahí que frente a la culpa *facti* debiera surgir la culpa *iuris*). Más aún, esta pretendida homologación lleva a la teoría de la culpabilidad estricta a considerar el error sobre los presupuestos de las causas de justificación como una cuestión de conocimiento posible o potencial, lo que ciertamente es sostenible sólo sobre la base de una ficción, de considerar lo actual como potencial y de ahí que éste haya sido el punto más débil de toda su construcción y en el cual la teoría del dolo ha podido mostrar resultados más realistas (16).

(16) En verdad la teoría de la culpabilidad es presa de su propio esquematismo sistemático. Como el error de tipo, como reverso del dolo, está en relación al tipo, por su parte el error de prohibición, como reverso de la conciencia de la antijuricidad, está en relación a la antijuricidad. Pero ello así esquemáticamente planteado, no es totalmente cierto, ya que si se habla de error de prohibición, la prohibición propiamente tal está en relación al tipo y no la antijuricidad, por eso se dice que la acción típica es antinormativa —viola la prohibición—; por otra parte tampoco es acertado hablar de conciencia de la antijuricidad, pues como hemos señalado con ello no se comprendería la conciencia de la prohibición, pues ésta dice relación con el tipo y no con la antijuricidad. De ahí que la expresión más correcta es aquella que habla de conciencia del injusto y correlativamente de error sobre el injusto. Esto es, lo que se trata de poner de relieve es que la conciencia y el error han de estar referidos a la valoración que sirve de base al injusto; en otras palabras, al bien jurídico en cuanto desvaloración de relación social (que abarca tanto el desvalor de acto como de resultado). Y este problema valorativo está entonces más allá de una consideración atomizada de tipicidad y antijuricidad, dice relación con las bases de fundamentación del injusto o delito. De ahí que la conciencia del injusto o el error sobre el injusto no pueda referirse específicamente a la antijuricidad y menos aún a aspectos objetivos (ya sean descriptivos o normativos) de ella, que como tales, requieren de conocimiento y no de conciencia, pues no están directamente referidos a la fundamentación valorativa del injusto.

Pero conocimiento de un elemento y conciencia de la licitud *no son homologables*. Para el conocimiento de un elemento de la infracción no se requiere la conciencia ni de la valoración ni tampoco de la *ratio del injusto*, así como para la conciencia de la licitud no se requiere necesariamente un conocimiento de un elemento concreto. La estructura de la conciencia de la licitud está dada sobre la base de una comprensión cultural y social del individuo de los valores y racionalidades concretas que informan el sistema jurídico y político en que vive y *participa*. Por eso, sería absurdo plantear como requisito la actualidad de la conciencia esto es, que esté presente al momento de la acción, como señala el artículo 60, párrafo 2, para los elementos de la infracción penal, basta con que en el sujeto *se dé* tal comprensión (el hecho que esté presente al momento de la acción, evidentemente es prueba que se da tal comprensión, pero el que no esté presente no es prueba que no se dé o que por lo menos no sea exigible —así claramente en los casos de dolo de ímpetu o en los hechos culposos—). Por eso, que tal conciencia vale tanto para hechos dolosos como culposos y estos últimos hemos constatado que no se construyen, como el dolo, sobre la base del conocimiento (y querer), sino sobre la falta de cuidado. Si la conciencia fuese igual a conocimiento de un elemento surgiría una contradicción con la estructura de los delitos culposos. Resultaría extraño después de haber señalado que el error, conforme al artículo 6 bis a, párrafos 1 y 2, eliminó —sea invencible o vencible— el conocimiento como forma de relación personal con injusto, y que la punibilidad sólo es posible ya fundamentarla sobre la falta de cuidado —como forma de relación personal, en su caso subsistente—, resurgiera por arte de magia con posterioridad nuevamente el conocimiento —conocimiento de la ilicitud— en el hecho culposo, para dar nacimiento a la culpa *iuris*. De ahí que la teoría del dolo tampoco logre dar un sentido coherente a su explicación del error sobre la licitud, pues basa la llamada culpa *iuris* sobre un conocimiento reaparecido desde las cenizas, como si fuese un ave fénix, ficción semejante a la de la teoría de la culpabilidad (17).

En otras palabras, la conciencia del injusto queda excluida conforme al artículo 6 bis a por la creencia errónea, esto es, por una conciencia diferente. Aquí, al revés que en la teoría del error, no se puede hablar de falta de conciencia, porque el sujeto siempre tendrá alguna, sólo que no la misma que inspira al injusto llevado a cabo.

(17) La estructura del delito culposo está basada en la falta de cuidado exigida, no sobre el problema de conocimiento como el dolo; más aún, hemos visto que tanto el error invencible como vencible sobre un elemento esencial, eliminan el conocimiento, pero sin embargo, en el error vencible puede quedar subsistente la culpa. Luego si el conocimiento no juega papel alguno en la culpa, ¿cómo se puede explicar entonces una exigencia de conocimiento actual de la antijuricidad para poder castigar el delito culposo? Resulta totalmente una ficción y con mayor razón todavía sostener que este conocimiento actual ficticio de la antijuricidad en el delito culposo pueda dar base a un error vencible que eliminaría ese conocimiento, pero que dejaría subsistente la posibilidad de una falta de cuidado *iuris* exigida o *cupa iuris*. En definitiva, nos encontramos ante una construcción basada sobre sucesivas ficciones.

3.2. *La creencia errónea invencible y vencible*

De todos modos, el legislador cayó un poco dentro de los planteamientos de la teoría de la culpabilidad y del dolo, ya que habla de *invencibilidad y vencibilidad* (18) de la creencia errónea y, ciertamente, tales conceptos se adecúan a la teoría del error y no de la creencia diferente.

En efecto, si planteamos el problema desde la perspectiva de la teoría del error, la creencia errónea elimina de partida toda posibilidad de respuesta del sujeto, luego no tendría sentido la distinción entre invencibilidad y vencibilidad, ya que esta última en la teoría del error se puede sustentar sólo sobre la base de la falta de cuidado exigido (la culpa) y en la creencia errónea no encontraríamos base de fundamentación para aplicar pena a la llamada vencible, aunque sea atenuada. Se transgrediría el principio de culpabilidad, ahora ya no en el sentido de falta de relación personal con el injusto, sino en el sentido que no hay base para establecer la capacidad de respuesta del sujeto. Es por eso, que la teoría del dolo recurre para tal fundamentación de la punibilidad de la creencia errónea vencible sobre la licitud a la culpa *iuris*; pero como hemos visto ello es insostenible, pues implica una ficción de conocimiento. Por su parte, la teoría de la culpabilidad no encuentra fundamentación para tal punibilidad y de ahí, con razón, se pueda criticar que extiende ilegítimamente la punibilidad, como lo ha señalado la teoría del dolo. Por eso, últimamente, Jakobs, para salvar esta deficiencia de la teoría de la culpabilidad, plantea una teoría de la culpabilidad elástica, en que el concepto de vencibilidad dice en verdad relación con la competencia (*Zuständigkeit*) del sujeto respecto de su falta de conciencia (18 bis). Pero también este planteamiento es una ficción, pues sin fundamentación alguna pone a cargo del sujeto su creencia errónea y, de ahí que tenga que llegar a la conclusión que la creencia errónea vencible no siempre atenúa, pues de partida *corre por cuenta* del sujeto (19). Por tanto, no sólo no se salvan las deficiencias de la teoría de la culpabilidad, sino que se las acentúa, se extiende todavía más de modo ilegítimo la punibilidad. Pero también el planteamiento de la culpa *iuris* de la teoría del dolo es una fundamentación ilegítima de la punibilidad en la creencia errónea vencible sobre la licitud del obrar. Primero, porque parte de una presunción de conocimiento, que existe un conocimiento de la ilicitud presente al momento que el sujeto realiza el hecho, lo cual es ciertamente *indemostrable* y si así se postulara llevaría *al fracaso a todo proceso penal*. Segundo, porque se exige ya no sólo un cuidado en la forma de llevar a cabo un comportamiento, sino ahora también un cuidado respecto del conocimiento del derecho. Si ya hay que admitir que es una exigencia grande para el sujeto requerirle un cuidado en sus propias acciones, resulta totalmente desmesurado obligarlo a un cuidado de co-

(18) En sentido semejante, JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 459.

(18 bis) Ob. cit., pp. 451, 459.

(19) Cfr. JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 452.

nocimiento del derecho (o bien de la licitud o ilicitud), en el fondo sería exigir a todos que sean un buen jurista o buen juez. Tal exigencia carece de sentido y en la práctica se transforma entonces en una simple presunción de falta de cuidado. Por tanto, la teoría del dolo adolece de una doble ilegitimidad en su fundamentación de la creencia errónea vencible.

Pero el problema en torno a la conciencia gira de modo diferente a la teoría del error. No se trata como en el conocimiento si hay o no, sino si la conciencia del sujeto coincide o no con la que ha servido de base al ordenamiento jurídico en relación a ese injusto concreto. Si tiene la conciencia del injusto no habrá problema. Tampoco si claramente tiene una conciencia diferente, en virtud que las circunstancias jurídicas y sociales vivenciadas (de las que ha sido partícipe) por el sujeto configuraron de modo diferente su conciencia respecto de ese injusto concreto. Es lo que el Código llama creencia errónea invencible. En otros términos, en ese caso no hay posibilidad para el ordenamiento jurídico de *exigibilidad* de una coincidencia entre la conciencia del sujeto y la que sirve de base a su sistema en relación a ese injusto concreto. En otras palabras, la creencia errónea invencible es en verdad una *causa de no exigibilidad* de una determinada conciencia. El ordenamiento jurídico dada la imputabilidad del sujeto, es decir, su capacidad general de respuesta frente a ese orden racional, y dada la elementalidad de los valores o racionalidades del sistema, puede plantear la exigencia de una determinada conciencia al sujeto, es decir, que le era posible llegar a la comprensión de la valoración o racionalidad concreta de ese injusto. Sin embargo, por un sinnúmero de causas (de no exigibilidad —de *carácter abierto*, como es lógico, en el código, con la *fórmula amplia* de invencibilidad), ya sea personales estrictamente, por las circunstancias sociales y políticas y aún por la falta de elementalidad —o bien, gran complejidad— de las valoraciones o racionalidades que sirven de base al injusto concreto, tal coincidencia exigida por el derecho entre la del sujeto y la que sirvió de base al injusto, no resulta posible.

Ahora bien, sin embargo, puede suceder que las causas de no exigibilidad de la conciencia carezcan de la intensidad suficiente, que no logren dar una explicación totalmente satisfactoria respecto de la conciencia diferente del sujeto, en este caso no se da una causa de inexigibilidad completa o estricta. Es lo que el Código llama creencia errónea vencible. Esta, contrariamente a lo que sostiene Jakobs (20), ha de ser siempre atenuada, pues *hay una conciencia diferente*, sólo que las circunstancias que la han conformado no revisten la suficiente intensidad o no son suficientemente satisfactorias frente al sistema jurídico. Con razón entonces el artículo 6 bis a, párrafo 3 se remite al artículo 66 del Código penal, pues éste justamente da razón de la atenuación de la creencia errónea vencible, ya que se refiere al caso en que al no concurrir todos los requisitos para eximir de responsabilidad el hecho no fuere del todo «excusable» (expresión claramente normativa apli-

(20) Ob. cit., p. 452.

cable totalmente a la creencia errónea vencible, si se la considera desde el punto de vista de la exigibilidad de la conciencia). Por ello resulta totalmente homologable con el problema de la exigibilidad de la conciencia la regla final del artículo 66, al señalar que los Tribunales impondrán la pena en el grado que estimaren conveniente «atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren».

En definitiva, pues, la única manera de entender la regla del artículo 6 bis a, párrafo 3, sobre la creencia errónea, es como una causa de inexigibilidad de la conciencia del injusto, es decir, como una cuestión fundamentalmente normativa (21) y, por tanto, esencialmente graduable (a diferencia de lo que sucede en la teoría del error, ya que el conocimiento se da o no se da).

Por cierto, se puede discutir el criterio de exigibilidad (excusabilidad según el artículo 66); pero éste aparece fundamentado tanto por el principio de imputabilidad, por la elementalidad los bienes jurídicos protegidos, como también por las características mismas de la conciencia del injusto, que le dan una estructura y flexibilidad muy diferente a la del estricto conocimiento. Por ello mismo, a cualquier posición doctrinaria aparece como exagerado llegar a la conclusión que la responsabilidad queda excluida en todo caso, si la conciencia del sujeto respecto de ese injusto concreto es diferente. Por eso que la teoría del dolo tuvo que crear la figura de la «ceguera jurídica», para evitar la excesiva ampliación de la impunidad que traía como consecuencia su planteamiento, pero tal concepto resultaba totalmente inadmisibile y no era sino una nueva ficción de la teoría del dolo. De ahí entonces que también desde un punto de vista práctico el principio de la exigibilidad aparece totalmente justificado (22). Más aún, dado este carácter esen-

(21) Cfr. JAKOBS, Günther, ob. cit., pp. 460 ss. La perspectiva de Jakobs, propia a su planteamiento funcionalista de positivismo jurídico, es despersonalizante, en cambio la nuestra parte del hecho que una consideración valorativa tiene que tener como eje no al sistema sino al sujeto actor de las relaciones sociales que dan fundamento al sistema.

(22) Ciertamente se podría decir que como toda creencia errónea sobre el obrar lícito implica una conciencia diferente, necesariamente hay siempre un error invencible; pero ello dejaría sin explicación la regla de vencibilidad que da el código, que por eso mismo hay que entenderla sobre la base de una causa de inexigibilidad incompleta. Sería absurdo explicar la regla de la vencibilidad de otra manera, esto es, por ej., que tuvo conciencia del injusto, pero con ciertas perturbaciones, ya que si tuvo tal conciencia, tales perturbaciones ya no influyen en su conciencia, sino en su actuar. De ahí que el llamado error sobre las excusas legales absolutorias o sobre las condiciones objetivas de punibilidad —en que no hay alteración respecto del conocimiento de un elemento esencial de la infracción y tampoco respecto de la conciencia de la ilicitud del obrar—, no es un problema propio ni a la teoría del error ni a la creencia errónea sobre la licitud del obrar, sino que se trata de circunstancias que inciden en relación a la exigibilidad de la conducta y pueden dar lugar a su inexigibilidad o a una atenuación.

Por último, si habría que reafirmar que como se trata también en la creencia errónea vencible de una conciencia diferente, con el objeto de acentuar que se trata de un problema de inexigibilidad, debería dar facultad al juez para llegar hasta la exclusión de la pena, y así también salvar cualquier interpretación demasiado rígida o estricta de la invencibilidad (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., p. 404).

cialmente normativo del criterio de exigibilidad, puede prescindirse de él o restringirse en ciertos ámbitos jurídico penales, justamente por la falta de elementalidad de la valoración o racionalidad que sirve de base al injusto; así, por ejemplo, en el llamado derecho penal administrativo. Es decir, en este caso tanto la creencia errónea invencible como vencible excluyen la responsabilidad. La inexigibilidad o excusabilidad se produce siempre.

Para terminar, reafirmemos una vez más que la reforma del año 83 se aparta en el artículo 6 bis a de las llamadas teorías del dolo y de la culpabilidad y sus variantes, surgidas frente al texto penal alemán y conforme a una determinada tradición político, cultural y jurídica. Ello no significa desconocer las importantes aportaciones al ámbito jurídico penal de tal polémica; pero que, como tal, no es trasladable, y, sería absurdo tratar de ceñir nuestra realidad jurídica a un anillo teórico ajeno que, además, se ha demostrado insatisfactorio en sus soluciones.