

EL TRATAMIENTO DEL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. REFLEXIONES DE UN MAGISTRADO

THE TREATMENT OF ERROR ON THE MODIFYING CIRCUMSTANCES OF CRIMINAL LIABILITY. REFLECTIONS OF A MAGISTRATE

Carlos Cerrada Loranca
Magistrado

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2019

Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2019

RESUMEN: El tratamiento del error es una de las cuestiones más estudiadas por la doctrina penal española que ha desembocado en la aplicación por los Tribunales con ocasión de determinadas conductas. Multitud de autores españoles y alemanes tratan de arrojar luz sobre el concepto del error, las distintas clases del mismo y el tratamiento de las consecuencias de estas clases de error. Anteriormente a la Reforma del Código Penal de 1973 en 1983, en España no se había producido una incorporación a la legislación penal del error y sus consecuencias, generando dudas sobre si era o no irrelevante y qué efectos tenía. El estudio de los efectos del error sobre las atenuantes y las agravantes deviene fundamental para una correcta imposición de la pena.

ABSTRACT: The treatment of the error is one of the most studied issues by the Spanish criminal doctrine which has resulted in the application by the courts on the occasion of certain behaviors. Multitude of German and Spanish authors are trying to shed light on the concept of error, different classes of the same and the treatment of the consequences of these kinds of error. Prior to the reform of the Penal Code of 1973 in 1983, in Spain had not occurred an addition to the criminal legislation of the error and its consequences, raising doubts about whether or not it was irrelevant and what effects it had. The study of the effects of the error on the mitigating and aggravating factors becomes fundamental for the correct imposition of the sentence.

PALABRAS CLAVE: error de tipo, error de prohibición, dolus generalis, aberratio ictus, in personam, in objecto.

KEYWORDS: error of tipe, error of prohibition, dolus generalis, aberratio ictus, in personam, in object.

SUMARIO: I. Introducción, Teoría del error; II. Clases de error; III. Tratamiento de las consecuencias del error. IV. Reflexión final.

I. Introducción, Teoría del error

Cuando en un proceso penal, se alega el padecimiento de un error en el acusado, para explicar el motivo de su conducta o la justificación de su reacción, es cuando se debe argumentar con precisión, en el informe final del Juicio Oral, el tipo de error padecido por el sujeto y si el error ha recaído sobre alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya se trate de las agravantes o de atenuantes. Es fundamental hacer llegar la información al Juez o Tribunal de que el acusado ha presentado un error de tipo o de prohibición y es necesario acreditar suficientemente la concurrencia del mismo como indica el Tribunal Supremo en múltiples resoluciones como en la STS 336/2009, de 2 de abril. Es más, debe describirse en los hechos probados de la sentencia la clase de error, si es de tipo o de prohibición, vencible e invencible y las condiciones del caso concreto para su aplicación a efectos de que un posible recurso en segunda instancia surta los efectos deseados por las defensas. La acreditación debe realizarse desde el mismo comienzo de la instrucción, máxime cuando el actual y desacertado artículo 324 LECr, impone plazos muy breves a fin de que se practiquen las diligencias de investigación precisas para la acreditación de los indicios racionales de criminalidad frente al autor o de las diligencias de prueba de defensa. La acreditación del padecimiento del error desde el principio del proceso penal le otorga credibilidad y base potente para que, cuando se exponga en el juicio oral la pretensión, tenga un peso que goce de cierta verosimilitud. Ni que decir tiene que probar que se desconocía que la sustancia con la que se traficaba contenía otras sustancias muy nocivas para la salud es importantísimo. No se quiere afirmar que si se alega por primera vez en el acto del juicio oral no vaya a ser estimado por el Juez o Tribunal, pero la alegación desde el comienzo de la instrucción dota de mayor fuerza al argumento jurídico y las posibilidades de que sea tenido en cuenta.

El error tuvo su entrada en el Derecho Penal Español con ocasión de la Ley 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1973, en el artículo 6 bis a), siendo una regulación muy pareja a la del artículo 14 del Código Penal de 1995. Con anterioridad hubo silencio en su regulación, como bien nos indica Bacigalupo, puesto que no se reguló en el Código Penal Francés de 1810 y tampoco en los Códigos Penales Españoles de 1848 y 1973. La influencia en la regulación moderna del error se debe al Código Penal Suizo de 1937 (arts. 19 y 20) y del Proyecto alemán de 1927.

Son muchos los autores que se han detenido para estudiar a fondo el error como Luzón Peña, D.M, Webber, Schasfftein, Roxin, Engisch, Bacigalupo Zapater. E., Córdoba Roda, Muñoz Conde. F., Mir Puig, Jiménez de Asúa, Quintano,

Dorado Montero, Alfonso De Castro, Lesch Heiko, H., Fakhouri Gómez, Y. o Díaz y García Conlledo, M.

El error se regula en el artículo 14 del Código Penal de 1995 que nos señala:

“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

La aparición del error de tipo en delitos menos graves es bastante infrecuente (al menos su alegación en el acto del plenario), no así la del error de prohibición, donde encontramos casos donde la persona desconocía que la conducta estaba prohibida por el Ordenamiento jurídico o que concurría alguna causa de justificación cuando realmente no concurría (inexistente agresión ilegítima). Anteriormente se hablaba de los errores de hecho y de derecho, propios de la teoría causalista o clásica, pero cayó en desuso debido a que el error de tipo contempla errores sobre los elementos de hecho y sobre elementos normativos del tipo, como un delito de hurto, donde no sólo el sujeto debe saber que coger un objeto mueble sin consentimiento es delictivo sino que debe saber que es ajeno. Si creyendo que es propio, lo toma para sí, entonces habrá error de tipo.

Es muy interesante la evolución del tratamiento del error en la dogmática alemana. Podemos destacar la teoría de la culpabilidad, equiparando el error de tipo con el error de prohibición, pues entendía que la voluntad del autor no afectaba a la consideración de la culpabilidad del autor. M. E. Mayer introdujo la teoría de los elementos normativos del tipo (discutido por Díaz y García Conlledo, M. en cuanto a la primicia del descubrimiento), empezándose a hablar de conceptos como “ajeno”, lo que posibilitaba la aplicación de error de tipo si había pleno desconocimiento de la ajenidad. Encontramos también la teoría del dolo, que consideraba que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo, intentando amortiguar las críticas a la distinción de error de tipo y de prohibición. En España, podemos leer a Díaz y García Conlledo, M., el cual ofrece un interesante estudio sobre el error de los elementos normativos del tipo, su consideración como error de tipo, de prohibición o como de ambas clases.

II. Las clases de error

Comenzaremos la clasificación por la antigua distinción entre error de hecho y derecho, que a su vez puede ser penal y extrapenal: el error de hecho es aquel que recae sobre uno de los elementos del tipo penal. Ejemplo, llevarte una mochila del trabajo creyendo que era la tuya. El error de derecho es aquel que versa sobre elementos jurídicos del tipo relacionado con el desconocimiento de si está o no prohibido. Por ejemplo, persona que considera que quitarle dinero a

otra persona que le debía una cantidad no es constitutivo de un delito de realización arbitraria de propio derecho. El error de derecho extrapenal se refiere a aquellos sobre normas jurídicas no penales que definen elementos normativos del tipo. La dogmática alemana entendía que si había un error de derecho penal, era irrelevante, mientras que si era extrapenal, tenía efectos de exclusión del dolo. Lo estableció así el Código Penal del Reino de Sajonia, en su art. 97.

La siguiente clasificación es aquella que hace referencia al error de tipo y al error de prohibición. El artículo 14.1 Código Penal establece que este error recae sobre “los elementos esenciales que expresan la tipicidad penal de un hecho”. El efecto de este error es la exclusión de la responsabilidad penal, si es invencible, porque no puede decirse que el sujeto haya obrado de manera imprudente si no se le puede exigir mayor cuidado en el respeto al derecho penal. Si es vencible, se entenderá que ha habido imprudencia en el sujeto, siempre y cuando esté regulada la imprudencia para ese delito en el Código Penal.

El error de tipo puede presentarse de diferentes maneras, como un error in objeto (error en el objeto, que puede ser de la misma o diferente valoración jurídica), un error in personam (error sobre la persona, que puede ser de la misma o diferente valoración jurídica), error en el curso causal o “aberratio ictus” (cuando el sujeto realiza lo necesario para conseguir su objetivo pero no lo concluye por causa no voluntaria al mismo), como dolus generalis (el sujeto realiza dos acciones, teniendo la creencia de que el resultado se consuma con la primera acción pero realmente acontece con la segunda. Ejemplo: Un médico, que se propone causar la muerte del paciente en el curso de una intervención quirúrgica, se la causa, sin saberlo, al administrarle la anestesia, de forma que, cuando incide con el bisturí para consumar su propósito, lo hace sobre un cuerpo ya sin vida) o error sobre elementos accidentales o cualificatorios del tipo (art. 14.2 Código Penal).

En cuanto al error de prohibición, según el Tribunal Supremo, constituye “el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho”, (SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 14-11-1997 (rec. 2445/1996); 865/2005, de 24 de junio Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 24-06-2005 (rec. 2033/2003) ; 181/2007, de 7 de marzo Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 07-03-2007 (rec. 1816/2006); 753/2007, de 2 de octubre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 02-10-2007 (rec. 264/2007) ; y 353/2013, de 19 de abril Jurisprudencia citada a favor STS, Sala de lo Penal, Sección: 1ª, 19/04/2013 (rec. 1805/2012) El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho.).

El artículo 14.3 Código Penal dice: “3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. A su vez este error de prohibición puede ser directo o indirecto, según se produzca sobre la ilicitud de la acción o sobre una causa de justificación, como por ejemplo, creer obrar en legítima defensa.

Señala la STS 123/2001 de 5 Feb. 2001, que Jurisprudencia citada a favor STS , Sala de lo Penal , Sección: 1ª, 05/02/2001 (rec. 1519/1999) El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse. el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse. Las SSTS 14 de noviembre de 1997, 29 de noviembre de 1997 y 15 de abril de 1996 se requiere para el enjuiciamiento del error de prohibición, la necesidad de “tener en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como las posibilidades que se le ofrecieran en instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la transcendencia antijurídica de su actuar”.

El Tribunal Supremo condena conductas de personas que voluntariamente deciden no acceder al significado jurídico de sus acciones cuando pueden hacerlo. Así tenemos STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 374/2017 de 24 May. 2017, Rec. 1729/2016 que dice: “La sentencia de instancia excluye expresamente el error: el desconocimiento evitable, derivado de la indiferencia, no es un error, y no puede provocar una descarga de la responsabilidad. No puede errar aquél que no tiene interés en conocer.”

Hay un error de prohibición inverso cuando el sujeto cree que está cometiendo un hecho delictivo cuando en realidad la conducta no es antijurídica.

El error de prohibición puede ser también vencible o invencible. El carácter vencible o invencible del dolo depende de las circunstancias concretas de la situación, considerando la doctrina insuficiente el acudir a la diligencia del hombre medio porque es un concepto indeterminado muy amplio. El artículo 14.1 Código Penal establece la necesidad de acudir a criterios objetivos y subjetivos, al indicar que deberá atenderse a las circunstancias del hecho y a las personales del autor. Cuando se valoren todas estas circunstancias es cuando se puede tomar una decisión sobre el tipo de error del sujeto.

Puede ser el error de prohibición propio cuando se produce en el momento en el que el sujeto internamente decide actuar creyendo que obra lícitamente. El sujeto considera que estando habilitado administrativamente para abrir un local donde se reúnen consumidores de cannabis no es delito, precisamente porque el Ayuntamiento de la localidad le había concedido la licencia de apertura, licencia que debió ser impugnada en la vía contenciosa

administrativa para dejarla sin efecto. Error impropio es aquel que se produce sobre la ejecución de la acción.

En cuanto error en las causas de justificación, podemos destacar como ejemplos: cuando un particular o autoridad o funcionario público realmente creen que pueden detener a otra persona (artículos 491 y 492.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); asegurarse de que la información era creíble aunque luego resulte no serlo, como presupuesto del derecho fundamental a la libertad de información, del artículo 20.1 d) de la Constitución Española; utilización del medio adecuado para defenderse del artículo 20.4 del Código Penal; riesgo permitido en la práctica deportiva; consentimiento presunto cuando realmente no concurre; estado de necesidad, artículo 20.5 Código Penal; cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo del derecho, oficio o cargo, artículo 20.7 Código Penal.

III. Tratamiento de las consecuencias del error

Los efectos del error se regulan en el artículo 14 del Código Penal, y responden a necesidades técnicas y político-criminales. Los defensores de la teoría del dolo indican que debe eliminarse la responsabilidad penal en los casos de error de prohibición vencible, cuando no haya tipificación imprudente en la legislación penal. Los defensores de la teoría de la culpabilidad consideran que la atenuación de la pena en los errores de prohibición vencibles debería ser facultativa y no obligatoria.

El efecto del error invencible de tipo es la exclusión de la responsabilidad penal, porque no puede decirse que el sujeto haya obrado de manera imprudente sino se le puede exigir mayor cuidado en el respeto al derecho penal (una persona, según sus condiciones culturales, de edad, personales, no hubiera podido actuar de manera diferente). Para poder lograr el efecto de la exclusión de cualquier responsabilidad es muy importante exponer un detallado análisis de la historia personal del acusado, dónde nació, evolución escolar o posibles condicionamientos sociales (lo cual es muy discutible y podría dar lugar a un debate de discriminación en cuanto a que personas que nacen en hogares muy acomodados también podrían recibir estímulos desde la infancia que les llevaran a un actuar concreto). Es importante determinar si es o no consumidor de tóxicos, de corta o larga evolución.

En cambio, si el error es vencible, se entenderá que ha habido imprudencia en el sujeto, siempre y cuando esté regulada la imprudencia para ese delito en el Código Penal. De ahí que se utilice la expresión “en su caso”, que implica que sólo en aquellos supuestos donde haya un precepto donde se castigue el delito por imprudencia, procederá la exigencia de responsabilidad penal. La imprudencia se regula en el artículo 12 del Código Penal: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.”.

Si el error afecta a los elementos accidentales o los que agravan o cualifican la infracción, el artículo 14.2 nos indica que: “2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”. En la Jurisprudencia se advierte su reclamo en delito contra la salud pública, donde se peticiona que no aplique la agravación por desconocer la misma. (STS 25/03/1998). En este punto, es indiferente que el error sea de tipo vencible o invencible.

En relación al error sobre las circunstancias atenuantes, del artículo 21 del Código Penal, hay autores y en concreto, Vives Antón considera que, se puede aplicar la analógica, del párrafo 7º del artículo 21 del Código Penal mientras que si el error es sobre la no concurrencia de una atenuante, la misma se podrá aplicar igualmente.

En el supuesto de error in objecto: Si dirigía su acción a matar a una persona y mata a otra, la conducta es igualmente constitutiva de delito de homicidio, pero si el autor pretendía cazar un jabalí y mata a un cazador, el error determina la exclusión del dolo, ya que es un error relevante. En el caso de que se produzca un ilícito donde hay variación de tipicidad, por concurrir elemento de agravación de la pena, si hay error, procederá la no aplicación.

Si hubiera error in personam: se estima que el error in personam no deberían ser considerado verdadero caso de error porque se produce únicamente un error sobre la identidad del sujeto pasivo, ya que la identidad no es un elemento del tipo. Diferente sería que se quisiera abatir a un guardaespaldas de un presidente de un estado extranjero y se abata al citado presidente. En ese caso, el error sí que habría que tenerse en cuenta.

Consecuencias del error sobre el curso causal o “aberratio ictus”: se estima que las desviaciones que no afectan a la producción del resultado querido por el autor, son irrelevantes. Si el resultado pretendido por el autor, matar a una persona, se produce por una causa que no domina el autor, se le castigará como tentativa. Autores como Jescheck establecen que el curso causal es un elemento del tipo como lo son la acción y el resultado y el sujeto debe conocerlos. Normalmente, la desviación del curso causal imaginado, cuando es irrelevante, no excluye el dolo, como cuando una persona quiere matar a otra con un hacha, pero la muerte se produce por la infección de las heridas, por el evidente peligro a la acción que se ha realizado en forma de menoscabo de la integridad física del sujeto afectado.

El error en el golpe “aberratio ictus” (desviación de la trayectoria), debido al cambio del curso causal, A quería matar a B pero el disparo mata a C. Aquí hay dos teorías, la teoría de la concreción, según la cual, A debería ser condenado por tentativa de homicidio respecto de B y por homicidio por imprudencia, respecto de C. Faltaría el dolo, pero la teoría de la equivalencia establece que como se ha matado a una persona, objetivo inicial de A, la desviación del curso

causal no tiene influencia en el dolo. Para otros autores, este error debería ser calificado como error in personam, que no excluiría el dolo.

Seguimos con el tratamiento del error de prohibición: El artículo 14.3 Código Penal dice: “3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

A su vez este error de prohibición puede ser directo o indirecto, según se produzca sobre la ilicitud de la acción o sobre una causa de justificación, como por ejemplo, creer obrar en legítima defensa.

Si es invencible, excluye la responsabilidad penal pero si es vencible, persiste el dolo, pero se atenúa la pena en uno o dos grados. Si el error es de prohibición inverso, no hay consecuencias penales porque el delito es imposible o imaginario.

IV. Reflexión Final

La práctica diaria de los Tribunales de Justicia nos ofrece un escaso grado de enjuiciamiento sobre el error, si bien, en el caso de los delitos contra la Salud Pública atribuidos a asociaciones cannábicas o en delitos contra la Hacienda Pública, existe un mayor intento de acreditación de su concurrencia por parte de los letrados defensores, que no siempre prospera debido a que hay que valorar todas las circunstancias concurrentes del caso, las personales y objetivas de los autores. Es necesario probar suficientemente la existencia de un error en el sujeto activo del delito, labor que corresponde a la parte que lo alega, desde el inicio de la instrucción, no debiéndose dejar todo el trabajo para el informe final en el acto del plenario porque siempre faltará tiempo y elementos de prueba que sostengan tal apreciación. Quien de manera voluntaria decide no conocer lo antijurídico de su conducta no puede peticionar un error de prohibición como manifestó el Tribunal Supremo. El error, ya sea de tipo o de prohibición, se introdujo porque hay ocasiones en que los sujetos activos del delito desconocen que un acto era delictivo o que el mismo estaba prohibido y su regulación demuestra que ello puede acontecer. Las discusiones doctrinales y dogmáticas acerca de la naturaleza del error sobre los elementos normativos del tipo o sobre las causas de justificación son muy interesantes y sirven para el enriquecimiento de todo aplicador del derecho a fin de tener una mejor preparación en su labor profesional.