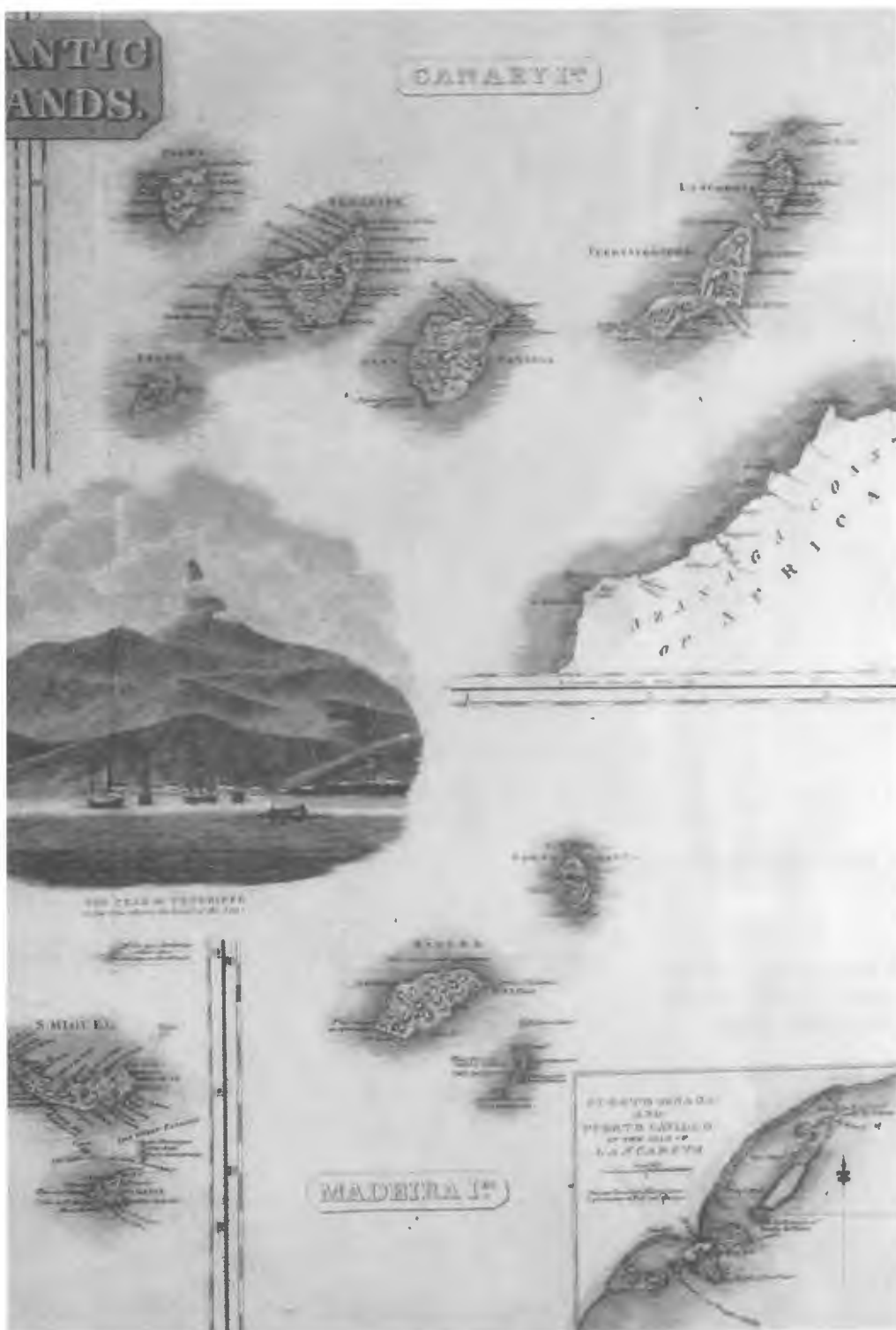


*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

87

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

José M. Acedo Croft

Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

PRETERINTENCIONALIDAD Y ERROR TRAS LA REFORMA DE 1983

SANTIAGO MIR PUIG

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL EN LA
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

La característica tal vez más aplaudida de la Reforma del CP de 1983 fue la profundización en el **principio de culpabilidad** entendido en el sentido amplio político-criminal en que abarca, entre otras cosas, la exigencia de imputación subjetiva ⁽¹⁾. En particular, este aspecto del principio de culpabilidad se perfeccionó en el tratamiento de los casos de preterintención y en la regulación expresa del error. A ambos temas ha de referirse mi intervención.

I

Por lo que se refiere al primer tema de la preterintencionalidad, es sabido que el antiguo principio de origen canónico del “*versari in re illicita*” seguía manifestándose en el CP español en una doble dirección. Por una parte, se preveían diversos “delitos cualificados por el resultado” en los que según la interpretación usual, no era preciso dolo ni culpa respecto al resultado más grave.

(1) Sobre la distinción de un sentido amplio y un sentido estricto de culpabilidad, cfr. 8'1 TRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schulprinzips* (1977), f. 40; BAURMANN. *Schuldlose Dogmatik?* en LUDERSEN/SACK (ed.) *Seminar: Abwischendes Verhalten*. IV, 1980, pp. 216 y s.; MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general* 2ª ed., 1985, pp. 79 y ss.

Por otra parte, varios preceptos de la Parte General se interpretaban como base de una regulación general de la preterintencionalidad contraria al principio de culpabilidad. La Reforma de 1983 quiso acabar con ambas cosas.

1. El procedimiento seguido para liberar a los delitos cualificados por el resultado de su significado vinculado a la responsabilidad objetiva fue parecido al que en 1953 se adoptó en la República Federal de Alemania. El artículo 1. II CP —que anteriormente establecía la presunción de voluntariedad de las acciones y omisiones penadas por la Ley— se redactó en los términos siguientes: “No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa”. Desaparece, pues, la posibilidad de considerar suficiente la sola producción de un resultado más grave para la agravación de la pena. No basta tampoco exigir que dicho resultado sea objetivamente imputable, como realización del riesgo típico de la acción base⁽²⁾. Ahora es preciso, **además**, que el hecho sea al menos imprudente, lo que exige contemplar la concreta situación del sujeto agente, con sus conocimientos y facultades **personales**. No basta, así, la “previsibilidad objetiva”, sino que es necesaria, entre otras cosas, la “previsibilidad subjetiva”⁽³⁾.

No obstante, la exigencia de “al menos culpa” en los delitos cualificados por el resultado no ha determinado en general una variación de **las penas** señaladas a los mismos. Estas penas son superiores a las que corresponderían castigando por la vía del concurso ideal de delitos los hechos dolosos e imprudentes concurrentes. De ahí que un sector de la doctrina española considere que el mantenimiento de los delitos cualificados por el resultado con finalidad agravatoria sigue vulnerando el principio de culpabilidad, aunque respete la exigencia del principio de imputación subjetiva⁽⁴⁾.

Las SSTs de 30 de marzo y 3 de abril de 1985 trataron de superar estas objeciones por una vía dogmáticamente inadmisibles. Ambas sentencias se refieren al último párrafo del artículo 411 CP, que tanto antes como después de la reforma de 1983 impone la pena de reclusión menor “cuando a conse-

(2) Como restricción del anterior alcance de los delitos cualificados por el resultado exigió con razón este presupuesto de la imputación objetiva GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, 1966.

(3) Cfr. en referencia a la discusión del problema en la doctrina alemana DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP 1982, pp. 648 y s.

(4) Cfr. en este sentido respecto a la reforma de 1983, SUÁREZ MONTES, en *COBO DEL ROSAL* (dtr.), *Comentarios a la legislación penal*, V, vol. 1º, 1985, pp. 47 y s.; el mismo, *Revista Jurídica de Asturias*, 1985, p. 135; el mismo, RFDUC monogr. 6 (1983), p. 627. Con referencia al Proyecto de 1980 cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP, pp. 112 y ss.

cuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a las que se refiere el número 1.º del artículo 420''. Si se causase otra lesión grave se impondrá la pena de prisión mayor. Se trata, según la interpretación tradicional, de un tipo cualificado por el resultado, en que el aborto consumado o intentado resulta agravado por la producción de muerte o lesiones graves de la mujer. Tras la reforma de 1983 la doctrina ha entendido que en éste, como en los demás delitos cualificados por el resultado, habrá que exigir imprudencia y no bastarán los resultados más graves por sí solos. Pero las citadas sentencias de 30 de marzo y 3 de abril de 1985 llegaron con que la reforma de 1983 no sólo impuso la necesidad de imprudencia en el mencionado artículo 411, último párrafo, sino del propio **dolo**, en su modalidad de **eventual**.

Ello se argumenta por las sentencias mencionadas a partir del hecho de que la pena señalada por el artículo 411 último párrafo, para el caso de muerte de la mujer es la misma que del homicidio doloso. Siendo así, el espíritu de la reforma de 1983, que según su Exposición de Motivos trató de realizar principio de culpabilidad, obligaría a exigir el dolo para el tipo cualificado del artículo 411. El dolo deberá ser eventual, según las sentencias comentadas, porque a su juicio el dolo directo daría lugar al asesinato (art. 406 CP). En caso de ser imprudente el resultado de la muerte, como sucede en los casos resueltos en las SS. 30 de marzo y 3 de abril de 1985, éstas consideran que debe prescindirse de las penas agravadas del artículo 411, último párrafo, y castigarse el aborto doloso y la muerte imprudente en **concurso ideal de delitos**, con aplicación del artículo 71 CP.

Este planteamiento, que supone prescindir del tipo cualificado del artículo 411 en la mayoría de supuestos —salvo los de dolo eventual respecto al resultado más grave—, se opone a la interpretación unánime de la doctrina, y ha sido objeto de una crítica detenida por parte de Suárez Montes, seguido en este punto por los demás autores que se han ocupado del tema. Suárez Montes empieza por afirmar que comparte de lege ferenda la solución del concurso ideal de delitos que propone el TS ⁽⁵⁾, aunque entiende que no estaría justificado entonces tratar de otro modo los casos de dolo eventual ⁽⁶⁾. Pero de lege lata considera con razón que las sentencias comentadas vinieron a concebir el

(5) Cfr. SUÁREZ MONTES, *Rev. Jur. Asturias*, pp. 120, 130.

(6) *Ibidem*, p. 144.

artículo 411, último párrafo, como una “norma especial de concurso **privilegiado**” ⁽⁷⁾, en contra del sentido agravatorio con que nació dicho precepto en 1944 ⁽⁸⁾. Y, efectivamente, supondría un tratamiento privilegiado de los casos de resultado de muerte con dolo eventual el aplicarles sólo la pena de homicidio doloso sin tener en cuenta el delito de aborto consumado o intentado. Parece absurdo justificar la previsión del resultado de muerte en el artículo 411, último párrafo, por la sola finalidad de privilegiar el homicidio con dolo eventual producido a consecuencia de aborto o prácticas abortivas.

Esto enlaza con otra cuestión que suscita la expresión del párrafo segundo del artículo 1 “**al menos** por culpa”. Me refiero al problema de hasta qué punto dicha fórmula permite incluir supuestos de **dolo** en los tipos cualificados por el resultado. La expresión “al menos” se ha tomado, sin duda, del § 18 StGB alemán. En la doctrina alemana se admite generalmente que dicha expresión permite incluir en los tipos cualificados por un resultado más grave no sólo supuestos de imprudencia respecto a éste, sino también del dolo ⁽⁹⁾. En nuestro país, sin embargo, la doctrina se halla dividida. Un sector se opone a incluir combinaciones de dolo-dolo en los delitos cualificados por el resultado, por entender que si el resultado más grave es doloso concurre un delito doloso “distinto y más grave ⁽¹⁰⁾” y “sería inadmisibles que un tipo concebido con indudable finalidad agravatoria quede convertido en un tipo privilegiado ⁽¹¹⁾”. Ello se afirma pensando que la pena señalada al delito cualificado es menor o igual a la del delito doloso independiente; si es igual —como puede suceder en el caso antes examinado del aborto con resultado de muerte—, la estimación del tipo cualificado sería más favorable que la del concurso de delitos (de aborto y homicidio).

Sin embargo, ¿qué sentido tendría entonces la expresión que requiere “al menos” culpa? Parece difícil negarle todo significado ⁽¹²⁾. Por de pronto, el párrafo segundo del artículo 1 CP no se limita expresamente a los “delitos

(7) *Ibidem*, p. 144.

(8) *Ibidem*, pp. 121 y ss. De acuerdo MAQUEDA ABREU, CPC n.º 31 (1987), p. 230; ZUGALDÍA ESPINA, ADPCP 1986, p. 400; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOLCINO, *Derecho Penal*, 2.ª ed., 1986, p. 115; CEREZO MIR, *La Ley*, 4, marzo 88, pp. 3 y s.

(9) Cfr. la exposición general de DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP 1982, pp. 629 y ss.

(10) Así Quintero, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal*, 1983, pp. 36 y s.

(11) Así SUÁREZ MONTES, *Rev. Jur. Asturias*, p. 143.

(12) En favor de entender que obliga a incluir las combinaciones de dolo-dolo, aunque se manifiesta en contra de *lege ferenda*. DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP 1982, p. 635. También (críticamente) BUSTOS, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de CP*, en RFDUC, monograf. 6 (1983), p. 167; CEREZO MIR, *Principales reformas del Código penal español introducidas en 1983*, en *La Ley*, 4 de marzo de 1988, p. 3.

cualificados por el resultado” en el sentido más estricto —aquélos en que antes de la reforma de 1983 se consideraba suficiente la producción objetiva del resultado de la agravación de la pena—. Se refiere no sólo a éstos, sino a todos los casos en que un resultado más grave determina un tipo agravado. Cabe, pues, incluir también en el ámbito del artículo 1 II los casos de tipos agravados que requieran la producción **dolosa** de un resultado más grave. Podría mencionarse aquí el ejemplo que se maneja en la doctrina alemana de la detención ilegal agravada por una duración superior a cierto tiempo —así, el CP español impone una pena agravada cuando el encierro o detención hubiera durado más de quince días (art. 481.2º). También podría citarse como ejemplo el artículo 506.8º CP, que considera circunstancia agravante del robo la de que “revisitiere especial gravedad, atendido el valor de los efectos robados o se produzcan daños de especial consideración”. En un sentido amplio también sería posible considerar que la pena viene “determinada por un resultado más grave” en delitos como los de lesiones graves o menos graves, que se diferencian de la falta de lesiones del artículo 583.1º, por la mayor gravedad del resultado. En todos estos ejemplos cabe exigir que el resultado determinante de una pena mayor sea producido con dolo, siquiera sea eventual.

Pero, del mismo modo que en los casos mencionados no basta que el resultado sea culposo, en los “delitos cualificados por el resultado” en sentido estricto no es obligado incluir la producción dolosa del resultado⁽¹³⁾. El párrafo segundo del artículo 1 CP no obliga a incluir el dolo y la culpa en todos los supuestos de pena agravada por un resultado más grave: se puede entender que exige dolo o imprudencia, pero no decide la cuestión de qué casos requieren el dolo y en cuáles basta la culpa, o si en algún supuesto cabe tanto el dolo como la imprudencia. A mi juicio, la existencia de tipos agravados por resultados que deben ser dolosos, pone de manifiesto que depende de la **interpretación de cada tipo** si el resultado más grave ha de ser doloso o imprudente o si, en su caso, pueden imputarse indistintamente a imprudencia y a alguna o todas las formas de dolo. Un criterio que debe guiar estas decisiones interpretativas es el de si la finalidad del tipo agravado por el resultado es la de permitir una pena más grave que la que determina el castigo separado, en concurso de delitos, del hecho base y del cualificativo⁽¹⁴⁾. Así, en el ejemplo antes considerado del aborto con resultado de muerte, dada la finalidad agravatoria del artículo 411, último párrafo, sería absurdo incluir en él los casos de homicidio

(13) En contra de lo que afirma CEREZO MIR, *I a Ley*, cit., p. 4.

(14) De acuerdo, en la conclusión CEREZO MIR, *La Ley*, cit., p. 4.

doloso, porque ello supondría castigar menos de lo que permitiría la punición del concurso de delitos de aborto y homicidio (o asesinato). En cambio, puede tener sentido incluir en el mismo artículo 411, último párrafo, los casos de lesiones graves **dolosas**, puesto que la pena de reclusión menor que para ellos también se señala en dicho precepto es mayor que la que permitiría el concurso de delitos. Antes de concluir la consideración del nuevo párrafo segundo del artículo 1 recordaré que la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983 prescinde de la exigencia de al menos culpa en los tipos agravados por el resultado. Considera suficiente para erradicar la responsabilidad objetiva afirmar el principio de que no hay pena sin culpabilidad (art. 3) y tratar de suprimir de la Parte Especial los delitos cualificados por el resultado. Esto último respondería a la opinión doctrinal que estima insuficiente la exigencia de culpa en los delitos cualificados por el resultado, en la medida en que éstos siguen suponiendo una agravación injustificable desde el prisma de la responsabilidad subjetiva. Según esta opinión, sería preferible acudir a las reglas generales del concurso de delitos⁽¹⁵⁾. Sin embargo, lo cierto es que la Propuesta de 1983 no ha conseguido suprimir todos los delitos cualificados o determinados por el resultado, sino sólo los más llamativos⁽¹⁶⁾. Siendo así, es dudosa la oportunidad de prescindir de la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave⁽¹⁷⁾.

2. Una segunda manifestación de la preterintencionalidad constituyó también objeto de la reforma de 1983. Me refiero a la regulación que se contenía en el anterior párrafo III del artículo 1 y en el artículo 5 CP, que fue derogada en 1983. No afectaba sólo a determinados tipos de la Parte Especial, sino que se refería en general a todos los casos en que con intención de cometer un delito se causaba un mal mayor o distinto. El anterior artículo 1 III declaraba el principio general de responsabilidad penal pese a la divergencia entre el mal propuesto y el causado. El artículo 50 concretaba un posible tratamiento jurídico-penal de estos casos, cuando el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, en cuyo caso establecía la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo. La doctrina desde Silvela, había considerado aplicable este precepto al caso paradigmático de preterintencionalidad de lesiones dolosas que ocasionan, sin quererlo el autor, la

(15) Cfr. en este sentido DÍEZ RIPOLLES, ADPCP 1983, pp. 122 y ss., 120; SUÁREZ MONTES, RFDUC, monogr. 6 (1983), pp. 628 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOLCIDO, *Derecho penal*, p. 116.

(16) Cfr. los numerosos ejemplos que menciona SUÁREZ MONTES, RFDUC, monogr. 6 (1983), pp. 629 y ss. También MIR PUIG, RFDUC, Monogr. 6 (1983), p. 473.

(17) En contra de la supresión SUÁREZ MONTES, RFDUC, monograf. 6 (1983), p. 641.

muerte de la víctima⁽¹⁸⁾. La jurisprudencia tradicional del TS acudía, en cambio, en este caso, a la atenuante cuarta del artículo 9, “la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo”. Pero, como la estimación de una circunstancia atenuante en el delito de homicidio doloso supone la concurrencia de este delito, esta solución jurisprudencial chocaba con el escollo de que por una parte presuponía concurrente un homicidio doloso y por otra atenuaba la pena por falta de intención homicida. Ello daba lugar a una atormentada figura de “homicidio intencional preterintencional”. Se trataba de una solución sólo comprensible desde el prisma de la responsabilidad objetiva y del *versari in re illicita* que se entendía proclamado en el anterior artículo 1 III CP. Sin embargo, lo cierto es que el artículo 50 tampoco podía resolver correctamente casos como el de lesiones/homicidio que contemplamos. La aplicación del artículo 50 podía conducir a resultados completamente injustos, puesto que en realidad se había introducido en su momento para otros casos distintos, de error in persona y aberratio ictus relevantes⁽¹⁹⁾.

La única solución justa de los casos de divergencia entre el delito propuesto y el ocasionado debía buscarse prescindiendo tanto de la calificación de homicidio doloso atenuado como de la aplicación del artículo 50 CP. Las reglas generales del concurso de delitos ofrecían un tratamiento adecuado de casos como los de lesiones dolosas que causan una muerte imprudente. El artículo 60 CP era perturbador y debía suprimirse. Así me manifesté en un trabajo publicado en 1979⁽²⁰⁾. La reforma de 1983 ha derogado el artículo 1 III y el 50, y tanto la doctrina como la jurisprudencia han acogido casi unánimemente la propuesta que en su día defendí: la estimación de un **concurso** entre el delito doloso (así, por ejemplo, las lesiones dolosas) y el delito imprudente ocasionado (así, por ejemplo, el homicidio culposo)⁽²¹⁾.

(18) Ver las sentencias doctrinales en MIR PUIG, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, pp. 57 y 22.

(19) Cfr. en este sentido MIR PUIG, *RJCat.* 1979, pp. 94 y ss.

(20) Cfr. *RJCat.* 1979, pp. 94 y ss., 99.

(21) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, 6ª ed., 1985, pp. 16 y s. El mismo, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *Reforma... cit.*, pp. 126 y s.; QUINTERO, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 68; ASUA BATARRITA, *Rev. del Colegio de Abogados de Vizcaya*, diciembre 1983, pp. 11 y ss.; ALONSO ÁLAMO, *La Ley*, 23 sept. 83, p. 7; HUERTA TOLCIDO, *La Ley*, 8 oct. 84, pp. 4 y s.; BUSTOS, *Documentación Jurídica*, monograf. 1983, vol. 1, p. 82; SUÁREZ MONTES, *Rev. Jur. Asturias* 1985, p. 140; MAQUEDA, comenta las sentencias del TS del 9 de febr. 84, 28 marzo 84, 19 oct. 84, 30 mayo 85, 21 en., 1 abril, 3 marzo 85, 4 marzo, 11 marzo y 12 marzo 86, y la importante sentencia 26 dic. 87, que abandonaron vías anteriores y acogieron decididamente la solución del concurso de delitos; CPC n.º 31 (1987), pp. 217 y s.; CEREZO MIR, *La Ley* cit., pp. 28; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1985, p. 202.

Una vez alcanzado este acuerdo —que puede celebrarse como indicio de la tan deseable aproximación de teoría y práctica en un punto en que ambas habían seguido tradicionalmente caminos separados—, importa seguir adelante en la solución de los problemas concretos que plantea. Aquí destacaré los tres siguientes: Primero, ¿de qué clase ha de ser el concurso de delitos a estimar, real o ideal? segundo ¿las lesiones concurrentes han de apreciarse como consumadas o como frustradas? y tercero, ¿qué función corresponde en la actualidad a la atenuante 4 del artículo 9 CP?

a) Por lo que se refiere a la primera cuestión, la de la clase de concurso a apreciar, hay que decir que las primeras Sentencias que adoptaron el criterio del concurso de delitos para el llamado homicidio preterintencional no acertaron al elegir entre las distintas clases de concurso de delitos que conoce nuestro Código. Ni puede aceptarse que exista en estos casos el concurso medial a que se refiere el segundo inciso del primer párrafo del artículo 71 como propuso la Sentencia que inició la línea del concurso, la de febrero, ni tampoco puede apreciarse concurso real de los artículos 69 y 70. La solución correcta, acogida unánimemente por la doctrina favorable al concurso de delitos ⁽²²⁾, es la estimación del concurso ideal previsto en el primer inciso del párrafo primero del artículo 71 —sin perjuicio, claro está, de tener que penar separadamente los delitos si ello supone una pena menor, según disponen los párrafos 2 y 3 del artículo 71—. Cuando el golpe con el que sólo se quería lesionar produce por imprudencia la muerte de la víctima, no existen dos hechos, sino un solo hecho, el de golpear que constituye dos delitos. Así lo reconoce expresamente la clara Sentencia de 26 de diciembre de 1987, que cita en el mismo sentido las Sentencias de 19 de febrero de 1985 y 3 de mayo de 1985. Esperemos que esta línea jurisprudencial se imponga definitivamente.

Ahora bien, la vía del concurso ideal suscita algunas cuestiones. No entraré a debatir el problema, no específico de la materia que nos ocupa, de si es aplicable el artículo 71 cuando una o ambas infracciones constituyen falta. Sí quisiera, en cambio, precisar que la citada Sentencia de 26 de diciembre de 1987 parece olvidar el límite que el propio artículo 71 impone a la aplicación de la pena más grave en su grado máximo cuando la misma sea superior a la suma de las penas separadas de los delitos en juego. En efecto, al estimar concurso ideal de homicidio imprudente y de lesiones menos graves del artículo 422 y considerar **necesaria** la imposición de la pena del primero en su grado

(22) Ver las referencias de la nota 21.

máximo, no tiene en cuenta que las penas señaladas por este precepto —arresto mayor o multa— son menos graves que el grado máximo de la prisión menor prevista por el artículo 565. Ello no significa que no **pueda** imponerse en tal caso el grado máximo de la pena del artículo 565, pues el tercer párrafo de este precepto deja la elección del grado a imponer al arbitrio del juzgador —como subrayó acertadamente la Sentencia de 28 de marzo de 1984, que acudió a dicho arbitrio para imponer la pena de prisión menor en su grado máximo pese a concurrir el homicidio imprudente con una falta de malos tratos—. Pero entonces la agravación mencionada ya no es consecuencia necesaria y automática de la estimación del concurso ideal, sino sólo una posibilidad abierta al arbitrio judicial.

b) Otra cuestión problemática que plantea la solución del concurso de delitos es la más arriba enunciada de si las lesiones dolosas han de estimarse consumadas o frustradas. La solución adoptada por Sentencias como las acabadas de citar, de 28 de marzo de 1984 y de 26 de diciembre de 1987, es la de apreciar concurrentes como consumadas las lesiones o malos tratos a que puede probarse que alcanzó el dolo del autor. Las posibles dudas al respecto se resuelven con ayuda del principio **in dubio pro reo**. Así, la acción inicial de apretar el cuello de la víctima hasta hacerle perder la conciencia, que determinó su caída al suelo y el golpe en la cabeza que ocasionó su muerte no dolosa, fue calificada por la sentencia de 28 de marzo de 1984 como falta de malos tratos “en ausencia de otros datos fácticos”, mientras que la Sentencia de 26 de diciembre de 1987 califica de lesiones menos graves el hecho de golpear en la cabeza con una botella vacía que ocasionó una hemorragia determinante de la muerte no querida de la víctima. Es interesante la argumentación que sigue esta última Sentencia:

“La determinación de la pena correspondiente a las lesiones dolosas —afirma— dependerá, por lo tanto, de un juicio en el que se establece cuál de los resultados posibles del delito de lesiones fue alcanzado por el dolo del autor. A tales fines se debe considerar que el dolo llegará hasta el límite que se pueda inducir, mediante un juicio basado en la experiencia, de una consideración de todas las circunstancias del hecho. En el presente caso (...) no cabe duda de que, por lo menos, quiso producir lesiones de cierta importancia, dado que ello se induce de la fuerza empleada y del instrumento utilizado. Sin embargo, en la medida en que la Audiencia no ha determinado —como hubiera sido aconsejable— con precisión el alcance del dolo del acusado, es de aplicación el principio “**in dubio pro reo**” y se deberá estar a las hipótesis más

favorables no insignificantes, el comportamiento del acusado se debe subsumir bajo el tipo básico de lesiones del artículo 422 del CP...”.

No obstante, debe señalarse que dicho planteamiento no fue compartido por el Excmo. Sr. D. Marino Barbero Santos, que formuló un voto particular, por entender, entre otras cosas, que supone una presunción **contra reo** considerar al sujeto autor de unas lesiones que produjeron “al ofendido incapacidad para el trabajo por más de quince días” y menos de treinta, “lo que —a juicio del Magistrado discrepante—, evidentemente no es verdad”. La solución correcta, que puede conducir a la misma pena habida cuenta del arbitrio judicial que permite el artículo 565 CP, es, según Barbero Santos, la apreciación de un único delito de imprudencia temeraria.

Es posible, ciertamente, entender que no basta la muerte para afirmar la efectiva consumación de unas lesiones, sino que para ello se requiere o bien la producción de una lesión orgánica o bien el transcurso del tiempo de merma de la salud de que se trate. En este sentido me manifesté ya en mi trabajo sobre la preterintencionalidad de 1979. Pero ello no obstaría a la necesidad de apreciar lesiones **frustradas** cuando la muerte sustituye a la lesión orgánica o al tiempo de merma de la salud, siempre que una u otra se hubieran, por lo menos, aceptado el dolo eventual. Por otra parte, la verdad es que también es posible defender la existencia de estos casos de lesiones consumadas, como hace la Sentencia comentada. Cabe, en efecto, atender al hecho, innegable, de que la muerte implica la privación de todos los miembros corporales, tanto principales como no principales, y que también incapacita para el trabajo para siempre. Este punto de vista tiene, además, la ventaja que impide tener que considerar más grave el supuesto en que la muerte tarda tiempo en producirse que aquél en que tiene lugar de inmediato, aunque el tiempo de enfermedad anterior a la muerte puede valorarse como lesión autónoma por el sufrimiento que puede representar, ni tal sufrimiento se produce siempre que la muerte se retrasa —piénsese en los casos de inconsciencia—, ni deja de ser discutible considerar el resultado global menos grave por el hecho de que la muerte se produzca antes.

c) La tercera cuestión, más arriba enunciada, que planteó la derogación del párrafo 3º del artículo 1 y del artículo 50 por la reforma de 1983, es la del papel que ha de corresponder ahora a la atenuante 4ª del artículo 9. Descartada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, su aplicación a los casos de “preterintencionalidad heterogénea”, como el de lesiones-homicidio, ha de reservarse su aplicación a los supuestos de “preterintencionalidad homogénea” en sentido estricto, en los que el mal causado no dé lugar a un delito

distinto al pretendido. Como ejemplo paradigmático suele pensarse en el de que se quisieran lesiones graves del artículo 420, pero no tanto como las que resultaron. Ello requiere ciertas precisiones. Por de pronto, han de reputarse, sin duda, delitos distintos los de lesiones menos graves y de lesiones graves, y con mayor razón hay que diferenciar de ambos las faltas de lesiones. Cuando la preterintención determine un resultado de lesiones comprendidas en distinto **nomen iuris** no será aplicable el artículo 9.4º. Más discutibles son los supuestos en que la discrepancia entre lo querido y lo acaecido tenga lugar dentro del mismo artículo 420, o de otro de estructura análoga. Cabe distinguir aquí dos casos: por una parte, el de que queriendo producir únicamente lesiones de un subtipo determinado, por ejemplo, del núm. 4º del artículo 420, se causen lesiones descritas en otro número que señala mayor pena, por ejemplo, en el núm. 1º del mismo artículo; y, por otra parte, el de que la preterintención tenga lugar dentro de un mismo número del artículo 420 —por seguir con el mismo ejemplo de las lesiones graves—, que prevea un resultado graduable. Un sector de la doctrina acepta el criterio tradicional según el cual el artículo 9.4º es aplicable en ambos casos, mientras que otra dirección, que inicié en mi trabajo de 1979, postula la aplicación de las reglas del concurso de delitos para el primer caso de resultado descrito en un número distinto que señala mayor pena: concurso entre el subtipo de lesiones no querido pero producido por imprudencia, suponiendo que ésta concurra, y el subtipo de lesiones dolosas que efectivamente se querían realizar⁽²³⁾. El artículo 9.4º sólo sería aplicable a los casos de preterintención dentro de un mismo subtipo o número del artículo 420, o en otros delitos de resultado graduable pero con una pena única, como en los daños de los artículos 559 y 563⁽²⁴⁾.

Este segundo planteamiento más restrictivo tiene la ventaja político-criminal que respeta en mayor medida el principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva, pues el enfoque tradicional reproduce dentro de los límites de figuras como las de lesiones graves las consecuencias versaristas que implicaba la aplicación del artículo 9.4º al homicidio preterintencional. Téngase, además, en cuenta que la actual solución del concurso de delitos que ahora se acoge para el homicidio preterintencional no es coherente con el rechazo del mismo criterio del concurso cuando el resultado más grave no querido es de lesiones. Seguir manteniendo, entonces, la aplicación del artículo 9.4º para los casos de divergencia entre el subtipo de lesiones queridas y el producido

(23) Cfr. MIR PUIG, Rev. J. Cat. 1979, p. 99; ZUGALDÍA, ADPCP 1986, p. 402; MAQUEDA, CPC 1987, p. 204.

(24) También en este sentido SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1985, p. 200.

podría tener como consecuencia paradójica que en algún caso la pena resultante fuera mayor que en el caso de que resultase la muerte, como advierte Huerta Tocildo que sucedería si en lugar de las lesiones del núm. 4º del artículo 420 pretendidas se ocasionaran las del núm. 1º del mismo artículo ⁽²⁵⁾.

Es cierto, por otra parte, que la aplicación del artículo 9.4º a los casos en que la admito de preterintención dentro de un mismo subtipo o tipo que prevé una misma pena para resultados más o menos graves (por ejemplo, como decíamos, dentro de un mismo número del artículo 420) podría dar lugar a consecuencias absurdamente más favorables para el reo que la producción del grado mínimo de lesión típica, puesto que ésta no está prevista como atenuante en el artículo 9 ⁽²⁶⁾. Para evitarlo, y basándose en el principio de igualdad, habría que estimar como atenuante análoga a la del artículo 9.4º, la de no haber producido la lesión típica en el grado máximo que permita el delito.

1. La segunda parte de mi Ponencia se referirá a la regulación del error en el artículo 6 bis a). El texto de este precepto ⁽²⁷⁾ coincide ampliamente con el propuesto por el artículo 20 del Proyecto de CP de 1980, sobre el cual ya había volcado la doctrina su interés ⁽²⁸⁾. Faltaba en la tradición legislativa española un tratamiento expreso del error, que quedaba confiado a las orientaciones de la doctrina de los autores y a la jurisprudencia de los Tribunales. El cambio de criterio responde, sin duda, como decíamos al principio de culpabilidad, en el sentido amplio que ya mencionamos.

La mayor significación que en este sentido corresponde al artículo 6 bis a) radica en la expresa previsión del error de prohibición. La trascendencia y los efectos del error de tipo se hallaban reconocidos unánimemente por la doctrina

(25) Cfr. HUERTA, La Ley, p. 5.

(26) Lo señala COBO/VIVES, PG, cit., p. 441.

(27) El texto del artículo 6 bis a) es el siguiente:

“El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad o la agravación en su caso.

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 88”.

El artículo 66 prevé una atenuación importante de la pena para los casos en que concurran parte de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en el artículo 8.

(28) Cfr. HUERTA TOLCIDO, RFDUC, monograf. 8 (1980), pp. 75 y ss. CPC 12 (1980), pp. 23 y ss.; Torio en Fernández Albor (ed.), La reforma penal y penitenciaria, 1980, pp. 249 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, La Ley, 5 dic. 1980; BACIGALUPO, La Ley, 16 enero, 1981; ZUGALDÍA, CPC 15 (1981), pp. 511 y ss.; ROMERO CASABONA, ADPCP 1981, p. 739, y ss.

y por la jurisprudencia tradicionales pese al silencio que guardaban los Códigos —salvo alguna duda respecto al error sobre elementos típicos accidentales—. Distinta ha sido la historia del error de prohibición, al que en un principio no se concedía eficacia eximente ni atenuante alguna. Durante este siglo la doctrina ha ido admitiendo su eficacia y en los años anteriores a la reforma de 1983 la jurisprudencia había acogido esta evolución⁽²⁹⁾. Mas en absoluto cabría pensar que el artículo 6 bis a) viniera a suponer la mera consagración de una realidad incontrovertida. Al contrario, prescindiendo incluso de qué ámbito de aplicación estaba dispuesta a concederle la jurisprudencia, la propia doctrina discutía abiertamente en qué casos el error de prohibición debía conducir a la impunidad y qué otros efectos atenuatorios había que concedérsele. No era, pues, ocioso que el artículo 6 bis a) se ocupase del tema. Veremos, sin embargo, que ello no bastó para zanjar las disputas doctrinales, que en buena parte no resultan decididas —ni seguramente deberían serlo— por la nueva regulación. Ni la delimitación de los conceptos de error de tipo y error de prohibición, ni la decisión en favor de la teoría del dolo o de la culpabilidad, en una u otra modalidad, se deducen sin más de la redacción del artículo 6 bis a). Para interpretar este precepto y averiguar cómo deben resolverse estas cuestiones a la vista de su tenor, será preciso remontarse a consideraciones dogmáticas y político-criminales.

2. La nueva regulación del error distingue tres clases de error: el error “sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal”, el error sobre un elemento “que agrave la pena” y “la creencia errónea... de estar obrando lícitamente”. Las dos primeras clases están reguladas por los párrafos primero y segundo del artículo 6 bis a); la tercera, se contiene en su párrafo tercero. Según la interpretación de la doctrina, las dos primeras especies de error constituyen modalidades de error de tipo y la última es expresión de error de prohibición.

Se ha argüido por algún autor que esta distinción no se ha logrado plasmar correctamente en la fórmula legal, alegándose que, por una parte, la expresión “error sobre un elemento integrante en la infracción penal” podría dar cabida junto al error de tipo al error de prohibición —considerando la antijuridicidad como un elemento de la infracción penal— y que, por otra parte,

(29) En la doctrina española, cfr. por todos CÓRDOBA, El reconocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, 1962, pp. 59 y ss. En la jurisprudencia del TS, cfr. las sentencias de 19 dic. 62, 26 mayo 64, 30 marzo 76, 30 enero 79, 24 oct. 81, 4 oct. 82 (con comentario de MAQUEDA en LA LEY, 11 abr. 83). Sin embargo, salvo la sentencia de 30 enero 79, las demás se refieren a errores sobre el tipo de una causa de justificación.

“la creencia errónea de estar obrando lícitamente” concurre también literalmente en quien actúa en error de tipo —al desconocer el hecho que se realiza se ignoraría también que con él se comete un hecho prohibido⁽³⁰⁾.

Aunque pueda discutirse si la redacción del artículo 6 bis a) resultó suficientemente clara⁽³¹⁾, no creo que permita confundir la ubicación de los supuestos básicos de error de tipo y de prohibición.

Por una parte, ya es discutible que el error sobre la antijuridicidad pueda considerarse un “error sobre un elemento de la infracción penal”, en los términos del artículo 6 bis a). Si —como estimo correcto— se entiende que la antijuridicidad necesaria para el delito, la antijuridicidad típica, equivale a la infracción de una norma jurídico-penal —la norma primaria dirigida al ciudadano que se contiene tácitamente en la ley penal⁽³²⁾, dicha antijuridicidad coincidirá con la “infracción penal”⁽³³⁾. Entendida como infracción de una norma penal, la antijuridicidad típica no es sólo un elemento de la infracción penal, sino esta infracción penal misma⁽³⁴⁾.

Por otra parte, y si lo anterior se admite, tampoco puede interpretarse el último párrafo del artículo 6 bis a) en el sentido de que permita incluir en “la creencia errónea de actuar lícitamente” no sólo el error de prohibición, sino también el error de tipo. Tal interpretación está vedada por el carácter más específico de la referencia al error de tipo que, según se ha visto, contiene el párrafo primero. En otras palabras, referido específicamente el párrafo primero al error de tipo, debe considerarse *lex specialis* que respecto a esta clase de error desplaza, por el principio de especialidad, la aplicación del último párrafo más general.

En conclusión, pues, el error de tipo debe tratarse con arreglo a lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 6 bis a), mientras que el error de prohibición ha de incluirse en el párrafo III del mismo artículo.

(30) Así BACIGALUPO, op. cit., pp. 1 y s.

(31) Cfr. MAQUEDA, CPC n.º 31 (1987), p. 250.

(32) Sobre el carácter jurídico-penal de esta norma cfr. MIR PUIG, PG, pp. 23 y ss.

(33) Cuestión distinta es la de si la antijuridicidad puede considerarse un elemento de la infracción punible; es decir, no sólo la infracción penal, que únicamente exige la infracción de una norma penal, sino de la infracción que además reúna los demás elementos que permiten afirmar su punibilidad. Es evidente que en este sentido la antijuridicidad penal no equivale a la infracción punible, sino que es, ciertamente, uno de los elementos de ésta.

(34) En relación con el artículo 6 bis a) escribe TORIO: “Los elementos (esenciales) integrantes de la infracción se deben, pues, distinguir de la infracción mismo”, en Beristain (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, 1984, p. 109.

Ello puede reputarse seguro al menos por lo que afecte al error de tipo en sentido estricto (sobre el tipo positivo) y al error de prohibición directo. Más discutible es la ubicación legal del error sobre los presupuestos de una causa de justificación, al que dedicaremos el apartado siguiente. De momento puede afirmarse ya que sería deseable que el TS superase su indecisión en cuanto al tratamiento del error de prohibición y optase definitivamente por su inclusión en el párrafo III del artículo 6 bis a) —como ya hacen muchas sentencias—, dejando de aplicar su párrafo II y los correspondientes preceptos reguladores de la imprudencia a tales casos de error de prohibición.

3. No se desprende de la letra del artículo 6 bis a) si el *error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación* ha de considerarse una modalidad del error de tipo previsto en el párrafo primero o, por el contrario, una forma de error de prohibición regulado en el último párrafo. Ello depende de consideraciones dogmáticas y político-criminales.

a) Si el término “infracción” que emplea el párrafo primero del artículo 6 bis a) se entiende en su sentido literal de “infracción de una norma”, la cuestión que acabamos de plantear depende de si se admite o no que la realización del tipo en sentido clásico (como tipo positivo) supone ya la infracción de la norma prohibitiva. Si ello se admite —como hace el finalismo ortodoxo⁽³⁵⁾—, puede interpretarse que “error sobre un elemento de la infracción penal” sólo puede recaer sobre un elemento del tipo (positivo). El error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación quedaría, entonces, relegado al ámbito de la “creencia errónea de obrar lícitamente” del párrafo tercero. Se trataría como error de prohibición, según propone la teoría de la culpabilidad.

b) Mas esta conclusión no es necesaria, ni siquiera desde el punto de vista de quien admita que la realización del tipo (positivo) supone ya una “infracción”. Este postulado no se opone al reconocimiento de que para la concurrencia del **deber concreto** de evitar el hecho típico es precisa la ausencia de causas de justificación —así lo entiende Welzel⁽³⁶⁾—. Cabría siendo así, interpretar que el “error sobre un elemento de la infracción penal” del párrafo primero del artículo 6 bis a) que analizamos se refiere a un elemento de la **concreta infracción** que supone la realización del tipo sin causas de presupuestos objetivos de una causa de justificación. Así podría proceder quien defendiese

(35) Cfr. WEZEL, Lb., p. 50.

(36) Cfr. nota 38.

una teoría limitada de la culpabilidad sin base en la teoría de los elementos negativos del tipo ⁽³⁷⁾.

c) La misma conclusión es, sin embargo, **necesaria** desde la lógica de la teoría de los elementos negativos del tipo —si se parte de la premisa que empezamos por fijar: que “infracción” significa en el artículo 6 bis a) la infracción de una norma jurídico-penal—. Según esta perspectiva, la realización del tipo positivo es necesaria pero no suficiente para que exista una infracción de la norma jurídico-penal, porque las causas de justificación se conciben como elementos que impiden la presencia del hecho prohibido. Quien cree erróneamente que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación yerra, desde este prisma, acerca de presupuestos necesarios para la existencia de la infracción. Tal error cabrá, entonces, en el “error sobre un elemento integrante de la infracción penal” del párrafo primero del artículo 6 bis a).

Las tres posibles interpretaciones señaladas (a, b y c) de la primera forma de error prevista en el artículo 6 bis a) arrancan, como se ha dicho, del entendimiento del término “infracción” en su sentido literal de vulnerabilidad de una norma. A partir de este significado la solución se ha de depender de la teoría de las normas que se sustente, pero también han de tenerse en cuenta consideraciones político-criminales. Así, hemos señalado que la teoría limitada de la culpabilidad **podría** defenderse pese a que se considere que la ausencia de causas de justificación no impide la presencia de la infracción abstracta, entendiendo la “infracción” a que alude el párrafo I del artículo 6 bis a) en el sentido de la concreta infracción que requiere la efectiva ausencia de causas de justificación. Pero todo esto es una **posibilidad**, que no siendo obligada desde sus premisas internas, sólo puede decidirse basándose en razones de Política criminal. Como es notorio, en efecto, la teoría limitada de la culpabilidad, cuando no se basa en la teoría de los elementos negativos del tipo, no responde a consideraciones dogmáticas, sino que, al contrario, puede encontrar dificultades en cuanto a la fundamentación dogmática de su coherencia interna ⁽³⁸⁾. La adopción de esta teoría ha de depender, entonces, de que se estime preferible político-criminalmente el tratamiento del error de tipo para la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación —así, porque se considere que el error sobre la **situación** descrita por una causa de justificación merece, por su analogía de significado con el error sobre la **situación**

(37) También quien acoja la “teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica”, cfr. JESCHECK, *Tratado I*, pp. 633 y ss., 635 y s.

(38) Cfr. En España ZUGALDÍA, op. cit., pp. 517.

descrita en el tipo (positivo), el mismo tratamiento político-criminal. El rechazo de esta identidad de tratamiento podría fundarse, en cambio, en la consideración político-criminal de que sería inoportuno dejar impune el error vencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la mayoría de delitos, como sucedería en España si prosperase el sistema de *numerus clausus* previsto para la incriminación de la imprudencia por el Proyecto de 1980 y por la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Así podría entenderlo quien crea que la sola realización del tipo (positivo), que generalmente supondrá la lesión consiguiente de un bien jurídico, exige un mayor rigor en el trato del error sobre aquellas situaciones en que está justificada la conducta típica ⁽³⁹⁾.

La elección entre las dos alternativas anteriores depende, pues, del tratamiento político-criminal que se estime preferible. Desde el prisma, en cambio, de la teoría de los elementos negativos del tipo, y de la afirmación de que la única infracción de una norma de que puede hablarse es la que supone la anti-juridicidad, hemos señalado que era **necesario** incluir el error sobre los presupuestos de una causa de justificación en el párrafo primero del artículo 6 bis a), si se parte de la interpretación del término “infracción” en el sentido de vulneración de una norma penal. Esta interpretación debería revisarse si el tratamiento del error de tipo no pareciera adecuado político-criminalmente a la clase de error que estamos examinando. Pero ocurre que, al contrario, el tratamiento de tipo parece el más adecuado no sólo por razones dogmáticas desde el prisma de la teoría de los elementos negativos del tipo, sino por razones político-criminales a la mayoría de los partidarios de la concepción tradicional del tipo, los cuales o bien sustentan la teoría limitada de la culpabilidad o bien aceptan sus mismas consecuencias (“teorías de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica”) ⁽⁴⁰⁾. El argumento fundamental que puede esgrimirse

(39) Con relación al Proyecto de 1980 se inclinan por la teoría escrita de la culpabilidad alegando razones político-criminales: HUERTA, op. cit., p. 93; ZUGALDÍA, op. cit., pp. 519 y s.; ROMERO CASANBONA, op. cit., pp. 766 y s.; CEREZO, Problemas fundamentales del derecho penal, 1982, pp. 201 y s. Este autor mantiene la misma posición respecto al artículo 6 bis a) en ADPCP 1985, p. 279 y ss. Respecto a dicho artículo, en el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito (I), 1985, pp. 176 y s. y (II) 1986, pp. 62 y ss.; MAQUEDA, CPC 1987, pp. 260 y s. Incluye también el error sobre los presupuestos de esa causa de justificación en el párrafo 3º del artículo 6 bis a); MUÑOZ CONDE, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, X, 1987, pp. 308 y ss. Propugna la aplicación del tratamiento del error de prohibición por analogía BACIGALUPO, op. cit., pp. 2 y s. En favor en cambio, de la equiparación del tratamiento de esta clase de error al de tipo, desde la teoría del dolo, TORIO, op. cit., pp. 262 y s.; COBO/VIVES, Derecho Penal, Parte General, 1984, p. 560.

(40) La opinión más generalizada es que el tratamiento que propugna la teoría estricta de la culpabilidad “conduce a veces resultados incompatibles con el sentimiento jurídico”, como escribe JESCHECK, Tratado, I, p. 635, donde se afirma el carácter mayoritario de esta postura.

en este sentido, en favor del tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación con arreglo al que recibe el error de tipo, es que aquella clase de error no supone desatención al conocimiento del Derecho y no hace preciso, por tanto, el mayor rigor con que se trata el desconocimiento del Derecho, mayor rigor que sólo está justificado —si es que lo está⁽⁴¹⁾— como estímulo a conocer el Derecho y para evitar que resulte beneficiado quien no se preocupa de conocer lo prohibido, en comparación con quien sí se ha tomado la molestia de tomar conocimiento de ello. Adviértase que quien incurrir en un error sobre los presupuestos de una causa de justificación no desconoce ninguna norma jurídico-penal ni su alcance, sino que sólo yerra —como en el error sobre el tipo (positivo)— en cuanto a la situación frente a la que se encuentra.

La conclusión a que conduce todo lo anterior es la siguiente: quien admite —como personalmente estimo correcto— que la ausencia de causas de justificación es necesaria para que pueda hablarse de una verdadera “infracción penal”, podrá incluir el error sobre los presupuestos de una causa de justificación en el “error del primer párrafo del artículo 6 bis a), con la consiguiente aplicación del tratamiento del error de tipo y sus ventajas político-criminales. Pero también podrá acoger la misma solución, si la cree político-criminalmente preferible, quien, pese a admitir que la realización del tipo supone ya una “infracción” abstracta de la norma, reconozca que además es precisa la ausencia de causas de justificación para que pueda hablarse de una “infracción” **concreta**.

d) Se sigue de lo anterior que la letra del artículo 6 bis a) I y II no decide expresamente la cuestión de si en estos párrafos se encuentra la regulación correspondiente al error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Pero otros autores creen necesario o preferible tratar este caso de error con arreglo al párrafo III del mismo artículo 6 bis a). Por la importancia práctica de esta cuestión, de la que depende la pena aplicable, conviene exponer cuál es la posición adoptada por la Jurisprudencia posterior a 1983.

Como ha puesto de manifiesto en un trabajo reciente sobre el tema Ujala Joshi, el TS califica a la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación de “error de prohibición”, pero ello no significa que lo incluya en el párrafo III del artículo 6 bis a). Cuando el mencionado error es vencible considera desplazado el dolo y aplicable lo que dispone el párrafo II del artículo

(41) Lo niega TORIO, op. cit., pp. 262 y s.; COBO/VIVES, PG, p. 560. También lo cuestiona, desde otro planteamiento, MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 300.

6 bis a): la punición con arreglo a los artículos 565, 586.3º ó 600. En este sentido, pueden citarse las SSTs de 26 de enero de 1984, 20 de junio de 1984, 14 de diciembre de 1985 y 26 de octubre de 1986⁽⁴²⁾. Este tratamiento jurisprudencial es el que me parece preferible por las razones antes esgrimidas.

4. El artículo 6 bis a) se refiere al error sobre los **elementos que agravan la pena**.

Una primera observación que debe efectuarse al respecto es que el texto del artículo 6 bis a) deja sin mencionar los casos de error sobre circunstancias atenuantes o elementos típicos accidentales de carácter privilegiante⁽⁴³⁾. En segundo lugar, la redacción legal ha suscitado ya división de opiniones en cuanto a qué elementos agravantes deben entenderse incluidos en ella. Mientras que la doctrina dominante considera que alcanza a **toda** circunstancia o elemento accidental típico que agrave la pena por elevar el injusto⁽⁴⁴⁾, Maqueda Abréu considera que el artículo 6 bis a) sólo se ocupa de los elementos **esenciales** de agravación que, a su juicio, serían los que dan lugar a un delito sui generis⁽⁴⁵⁾. Esta opinión se apoya en el hecho de que el artículo 6 bis a) alude al “error invencible sobre un elemento **esencial** integrante de la infracción penal o que agrave la pena...”. El adjetivo “esencial” le parece a Maqueda gramaticalmente referido tanto al elemento integrante de la infracción penal como al que agrave la pena. Sin embargo, cabe también entender que aquel adjetivo viene a integrarse sólo en el conjunto de características de la primera clase de elementos que se refiere la Ley. De hecho, la mención del error sobre un elemento que agrave la pena resultaría redundante si se limitase a elementos esenciales del delito, pues precisamente a éstos es a los que ya se refiere el supuesto normal del error de tipo. Téngase en cuenta, por último, que ni el precedente inmediato del artículo 6 bis a), el artículo 20 del Proyecto de 1980, ni el correspondiente artículo 17 de la Propuesta de 1983 mencionan el término “esencial”, y que éste se introdujo a última hora y por unanimidad en el Senado sin pretensión de cambiar todo el sentido del error sobre los elementos que agravan la pena⁽⁴⁶⁾.

Según el primer párrafo del artículo 6 bis a), si el error sobre los elementos agravantes es invencible, ha de dejar de apreciarse el elemento agravante

(42) Cfr. JOSHÍ, ADPCP 1987, pp. 715 y s.

(43) Cfr. en sentido crítico al respecto MAQUEDA, CPC 21 (1983), p. 718.

(44) Así, p. ej., QUINTERO/MUÑOZ CONDEZ, La reforma, p. 52; MIR PUIG, PG, p. 211.

(45) Cfr. MAQUEDA, op. cit., pp. 703 y ss. Ver en especial la nota 86.

(46) Cfr. sobre la discusión parlamentaria RODRÍGUEZ DEVESA, RFDUC, monogr. 6 (1983), p. 589.

desconocido. Pero ¿qué ocurre si el error resulta **vencible**? Reza el segundo párrafo del mismo artículo: “Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales, del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa”. Sin duda, esto no es aplicable al error vencible sobre el elemento que agrave la pena: sería absurdo que, siendo doloso el hecho básico, hubiese de castigar sólo por imprudencia o renunciar incluso a la pena si la modalidad imprudente es impune. La única solución admisible es entender que el error sobre un elemento que agrava la pena ha de determinar la no agravación según el mismo. Este tratamiento deberá seguir fundándose, como antes de 1983, en el criterio establecido en el artículo 60, II CP precepto que literalmente sólo alcanza a las “circunstancias agravantes” de la Parte General, pero que puede aplicarse por analogía in bonam partem a los demás casos de error sobre un elemento típico cualificatorio⁽⁴⁷⁾. Es posible basar la evitación del régimen establecido por el artículo 6 bis a), II, en el hecho de que éste sólo conduce a la pena del delito culposos “en su caso”⁽⁴⁸⁾. Sin embargo, es lástima que se haya desaprovechado la ocasión que brindó la introducción del artículo 6 bis a) para regular de forma completa, y no sólo fragmentaria, el error sobre elementos agravantes. También se echa en falta la regulación del error sobre elementos atenuantes.

5. Aunque nada dicen ni el artículo 6 bis a) CP ni su precedente, el artículo 20 del Proyecto de 1980, la mayoría de los intérpretes no han vacilado en ver en ellos una consagración inequívoca de la **teoría de la culpabilidad**⁽⁴⁹⁾. Una consideración detenida de la nueva regulación pone de manifiesto, sin embargo, que no obliga a aceptar ni la teoría del dolo ni la teoría de la culpabilidad, sino que es susceptible de ser interpretada tanto desde una como desde otra teoría⁽⁵⁰⁾.

Es evidente que ni el artículo 20 del Proyecto de 1980 ni el artículo 6 bis a) CP contienen ninguna declaración expresa en el sentido de que acojan la teoría de la culpabilidad ni ninguna otra. Se limitan a distinguir varias clases de error y asignarles diferentes consecuencias jurídicas. Es lo que debe hacer

(47) Cfr. MIR PUIG, PG, pp. 210 y ss. 212.

(48) Cfr. QUINTERO, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, La reforma, pp. 52 y s.

(49) Cfr. ZULGADÍA, op. cit., p. 511. También TORIO, op. cit., pp. 249 y s.; ROMERO CASABONA, op. cit., pp. 740 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS, op. cit., p. 1; BACIGALUPO, op. cit., p. 1; HUERTA, op. cit., pp. 35 y ss.; CEREZO, ADPCP OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, DP, Teor. Jur. Del. II, pp. 59 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, Teor. Jur. Del., p. 486; MAQUEDA, CPC 1987, pp. 258 y s., aunque admite que el artículo 6 bis a) también permite la teoría del dolo.

(50) De acuerdo con esto y lo que sigue JOSHI, ADPCP, 1987, p. 699.

un legislador, que debe guardarse de terciar en cuestiones doctrinales. ¿Por qué, entonces, la suposición de que la nueva regulación del error acoge inequívocamente la teoría de la culpabilidad? Tal suposición se basa en el hecho de que la nueva fórmula distingue el tratamiento del error de tipo y del de prohibición vencibles: mientras que el párrafo segundo remite a la pena de la imprudencia, el párrafo tercero prescribe la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito doloso. Se interpreta, sobre esta base, que ello supone admitir que el error de prohibición vencible deja en pie el delito doloso y se limita a atenuar la pena que le corresponde, cosa que sólo parece poder fundarse en una disminución de la culpabilidad —como precisamente sostiene la teoría de la culpabilidad—. Mas esta interpretación no es obligada en absoluto por el texto del artículo 6 bis a), que, por el contrario, se aparta en un punto fundamental de la teoría de la culpabilidad.

Que se remita a la **pena** inferior en grado a la señalada al delito doloso no equivale, desde luego, a afirmar que exista un delito doloso. El artículo 6 bis a) nada dice de la naturaleza del hecho realizado con error de prohibición vencible, sino que se limita a ofrecer una **regla de determinación de la pena**. Y esta pena no es tampoco la del delito doloso, sino otra inferior. Que se calcule tomando como base comparativa la del delito doloso, no significa que subsista el dolo. También en el artículo 565 CP último párrafo se obliga a imponer al delito imprudente siempre una pena inferior a la del hecho doloso, y también la atenuación de la pena prevista para los casos de exención parcial —pena a la que remite el artículo 6 bis a)— se prevé igualmente con relación a eximentes del todo diversas, tanto justificantes como excluyentes de la culpabilidad. En esta línea, la atenuación prevista por el STGB alemán para el error de prohibición (parágr. 17) es la misma que se señala a la tentativa (parágr. 23): en ambos casos se remite al párrafo 49, y es evidente que nadie podría sostener que ello significa que la tentativa supone la presencia del delito doloso consumado que sirve de base para atenuar la pena. Sólo se trata, obviamente, de una regla de determinación de la pena coincidente, que nada dice de la razón de la atenuación.

En el caso del artículo 6 bis a), III, nada impediría entender que la pena que se señala para el error de prohibición vencible se debe a la concurrencia de imprudentia iuris. La diferencia de tratamiento que ello supone respecto del error de tipo vencible podría explicarse por la conveniencia político-criminal de tratar con mayor rigor esta forma de imprudencia, al objeto de estimular el conocimiento del Derecho. El último párrafo del artículo 6 bis a), no es,

pues, obstáculo alguno al mantenimiento de la teoría del dolo, sino que puede entenderse como expresión de una cláusula general de **culpa iuris** como la propuesta desde las premisas de la teoría del dolo con objeto de evitar la inconveniente impunidad del error de prohibición vencible en todos los casos en que no sea punible la culpa facti⁽⁵¹⁾.

En efecto, la redacción del tercer párrafo del artículo 6 bis a) contiene un elemento que hace pensar que no respondió a la lógica de la teoría de la culpabilidad sino a la de la teoría del dolo: la atenuación de la pena tiene lugar **siempre** que falte el conocimiento **actual** de la antijuridicidad. Es sabido —pero es importante recordarlo— que uno de los puntos centrales de la teoría de la culpabilidad es el abandono de la exigencia del conocimiento actual de la antijuridicidad y su sustitución por la **posibilidad** de dicho conocimiento (conocimiento **potencial**) y su valoración no ya como dato psicológico, sino en cuanto influya en el juicio de reproche de la culpabilidad. El conocimiento actual sólo se requiere para el dolo. Al separarse de éste el conocimiento de la antijuridicidad, ya sólo se exige que el sujeto pudiera contar con él, puesto que ello basta para que pudiera motivarse conforme a la norma y, por tanto, para el poder-actuar-de-otro-modo que Welzel viene a erigir en fundamento del reproche de culpabilidad. Recuérdese que el finalismo pretende haber conseguido eliminar todo contenido psicológico de la culpabilidad y haber logrado una concepción “puramente” normativa de la misma⁽⁵²⁾. Para decirlo en términos de Graf zu Dohna: en la culpabilidad no habría de quedar nada del **objeto** de la valoración, trasladado íntegramente al injusto, sino sólo la **valoración** del objeto. En la culpabilidad no se preguntaría ya si el sujeto **quiso** o **no quiso** el hecho, sino sólo si **pudo** o **no pudo** evitarlo. De ahí que cuando el error de prohibición es **burdo** (grob), la teoría de la culpabilidad sostiene que no debe ni siquiera atenuar la pena, porque no responde en absoluto a **ninguna disminución de la posibilidad de motivación conforme a la norma**. Ésta fue, precisamente, una de las razones que hicieron que la teoría de la culpabilidad fuera aceptada por la Sentencia del BGH de 18 de marzo de 1952: con ello se cerraba la puerta al peligro de que el reconocimiento de relevancia al error de prohibición supusiera una forma de primar el desconocimiento inexcusable de valores fundamentales. Con todo esto choca la fórmula del párrafo tercero del artículo

(51) Sobre esta construcción, propuesta en Alemania por SHRODER, y sobre el modo de hacerla viable en España —coincidiendo, por cierto, con la imposición de una pena inferior a la señalada al delito doloso que prevé el artículo 6 bis a)— Cfr. TORIO, op. cit., pp. 263 y ss.

(52) Cfr. JESCHECK, Tratado I, p. 579; MAURACH, Tratado II, pp. 24 y ss.

6 bis a), que sigue anclada en la alternativa clásica de conocimiento/desconocimiento, como datos psicológicos actuales⁽⁵³⁾.

La explicación de la solución acogida, procedente del Proyecto de 1980, podría ser la siguiente: partidarios de la teoría del dolo la mayoría de los integrantes de la Comisión redactora de dicho Proyecto, estaban dispuestos a admitir la supresión del sistema de *numerus apertus* para la *imprudencia facti*, pero no para la *imprudencia iuris*: para que respecto a ésta pudiese proseguir de alguna forma el sistema de punición general del error de prohibición vencible que permiten los artículos 565, 586.3º y 600 CP, los partidarios de la teoría del dolo admitieron la regla de determinación de la pena del artículo 81 del Proyecto, que suponía una atenuación de la pena calculada a partir de la del delito doloso.

En este sentido, me he inclinado en otro lugar por entender que el Proyecto viene a responder a la teoría del dolo y a la corrección de sus defectos político-criminales mediante la punición general de la culpa *iuris*⁽⁵⁴⁾, interpretación que acogen abiertamente Cobo/Vives⁽⁵⁵⁾.

La situación es algo distinta en el nuevo artículo 6 bis a). Aunque el texto de este precepto es sustancialmente coincidente con el del artículo 20 del Proyecto de 1980, viene a inscribirse en el contexto diferente del Código Penal vigente, subsiste en éste el sistema de incriminación abierta de la imprudencia a través de los artículos 565, 586.3º y 600, y sin embargo, el tercer párrafo del artículo 6 bis a) no remite a estos preceptos para el error vencible de prohibición, sino que sigue acudiendo a la atenuación prevista para las eximentes incompletas (art. 66 CP). Ello podría interpretarse como un argumento en favor de la teoría de la culpabilidad y en contra de la del dolo, puesto que la citada atenuación no sería necesaria como cláusula genérica de culpa *iuris*, habida cuenta de que para ello cabría acudir a las fórmulas generales de imprudencia del Código. En otras palabras: si en el Proyecto la atenuación general prevista para el error de prohibición vencible podía explicarse como el único medio de conseguir la punibilidad general de la culpa *iuris* una vez suprimida la técnica de las cláusulas generales para la imprudencia, no sucede así en el artículo 6 bis a).

(53) Señala la discrepancia entre el tratamiento propugnado por el finalismo y el acogido por el Proyecto de 1980 el Ponente General de la comisión redactora del Anteproyecto de 1979, RODRÍGUEZ MOURULLO, en Fernández Albor (ed.), *La reforma penal y penitenciaría*, p. 25.

(54) Fr. MIR PUIG, Adiciones al Tratado de Jescheck I, p. 644, PG, pp. 548 y s.

(55) Cfr. COBO/VIVES, op. cit., p. 560.

Mas no por ello resulta imposible mantener la teoría del dolo en el Código reformado. Por de pronto, los artículos 565, 586.3º y 600 siguen presuponiendo la necesidad de “malicia” en los delitos dolosos, y la “malicia” entraña el conocimiento del carácter reprochable del hecho; ello se explica fácilmente por la teoría del dolo (*dolus malus*) y contradice el concepto de dolo natural que maneja la teoría de la culpabilidad⁽⁵⁶⁾. Por otra parte, que el artículo 6 bis a) no remita a las cláusulas generales de imprudencia, sino a la pena de las eximentes incompletas, puede interpretarse también como expresión de la voluntad de agravar el tratamiento de la culpa *iuris*. Por último, ello puede obedecer también a la finalidad de evitar la impunidad del error vencible de prohibición en los delitos en que no se considere punible la imprudencia⁽⁵⁷⁾.

La elección entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad ha de seguir, pues, dependiendo de las premisas dogmáticas y político-criminales que se suscriban⁽⁵⁸⁾. Éste es el punto de partida de la construcción de Muñoz Conde, que interpreta el artículo 6 bis a) combinando los elementos de la teoría del dolo y de la culpabilidad que entiende preferibles desde su planteamiento político-criminal del tratamiento del error de prohibición, sino sólo de descargar al nuevo artículo 6 bis a) de la responsabilidad de decidir una cuestión que no tiene por qué decidir.

(56) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, RFDUC, monograf. 6 (1983), p. 594.

(57) Una opinión entiende que los delitos que no permiten la imprudentia facti tampoco consienten la imprudentia iuris: TORIO, en Fernández Albor (ed.), III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, 1976, p. 331. Sin embargo, ello no me parece fundado, puesto que la imposibilidad de la culpa facti puede responder a razones derivadas de la estructura del tipo positivo, que no se oponen a la posibilidad estructural del error de prohibición vencible, posible en todo delito. La cuestión sería distinta si la no punición de la imprudencia se debiera a la suficiente gravedad de ésta, supuesto en que podría reputarse también insuficiente la gravedad de toda imprudencia, facti o iuris.

(58) Creer que el artículo 6 bis a) no decide la cuestión en favor de la teoría de la culpabilidad QUINTERO, en QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La reforma*, pp. 53 y ss., MUÑOZ CONDE, *Estudios penales* cir., p. 290, creyendo que permite combinar según una perspectiva político-criminal orientada a las consecuencias, elementos de la teoría de la culpabilidad y de la teoría del dolo. También, aunque parece favorable a la teoría de la culpabilidad, CUELLO CONTRERAS, CPC nº (1987), pp. 283 y 285; RODRÍGUEZ DEVEDA, Monograf. 6 (1983), p. 598. Según este autor, la reforma de 1983 ha dejado intactos los argumentos a favor del *dolus malus*; p. 594. Para BUSTOS, ADPCP 1985, pp. 711 y ss. 719, ni la teoría del dolo ni la de la culpabilidad explican adecuadamente el artículo 6 bis a) III, sino que cree necesario un planteamiento distinto, que ni entienda la “creencia errónea” como forma de error, sino de “conciencia diferente” que supone una valoración del hecho distinto de la del Derecho positivo.