

XVI SEMINARIO INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO PENAL.

LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO PENAL.

**UNIVERSIDAD DE LEÓN. DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO.
AREAS DE DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO.
LEÓN, 9 Y 10 DE JULIO DE 2015.**

TÍTULO: JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO PENAL EN SUPUESTOS DE FALTA DE CONSCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL Y ERROR DE PROHIBICIÓN.

SACRAMENTO RUIZ BOSCH
JUEZA SUSTITUTA ADSCRITA AL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REGIÓN DE MURCIA

SUMARIO:

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y AL CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

3.- LA CONSCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

4.- EL ERROR DE PROHIBICIÓN.

4.1.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ERROR.

4.2.- EL ERROR DE PROHIBICIÓN Y SUS CLASES.

5.- LA CONSCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. EL TRATAMIENTO Y LA PUNICIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL ARTÍCULO 14.3 DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. ¿ESTÁ JUSTIFICADO EL CASTIGO PENAL EN ESTOS CASOS?

6.- JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO PENAL EN SUPUESTOS DE FALTA DE CONOCIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL.

1.- INTRODUCCIÓN.

Para que una acción u omisión típica y antijurídica sea culpable, o lo que es igual, para que una acción típica y antijurídica pueda ser reprochada al sujeto es preciso, en primer lugar, que éste tenga capacidad de culpabilidad, es decir, un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biopsíquicas que le

permitan conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento.¹

La imputabilidad es el fundamento o presupuesto de la culpabilidad, concepto que suele elaborarse centrándolo en el sujeto como cualidad o manera de ser del mismo. Señala QUINTANO, la imputabilidad viene a asimilarse a la capacidad de obrar del derecho privado y lo mismo que se habla de capacidad para realizar negocios jurídicos, puede hablarse de capacidad o incapacidad para responder penalmente de una acción típicamente antijurídica, y por eso, como dijo CUELLO CALÓN, la imputabilidad es un modo de ser del agente, un estado espiritual del mismo.² Pero sin embargo con ello no es suficiente para poder afirmar que la conducta es culpable, siendo necesario además que concurren los elementos de la reprochabilidad: el elemento intelectual y el elemento volitivo. El elemento intelectual de la reprochabilidad es la consciencia o conocimiento actual o posible de la antijuridicidad de la conducta, esto es, de que la conducta es ilícita, contraria al Derecho. Por ello, una persona que no sabe ni puede saber que su conducta es antijurídica no actúa culpablemente. El sujeto sólo actúa culpablemente cuando conoce o le es posible conocer la ilicitud de su comportamiento. El elemento objetivo de la reprochabilidad consiste en la exigibilidad de la obediencia al derecho, es decir, en la exigibilidad de una conducta conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico.³

Centrándonos en el elemento intelectual de la reprochabilidad, o conocimiento o cognoscibilidad de la antijuridicidad de la conducta, han sido varias las teorías acerca de su relevancia para la responsabilidad penal.

Siguiendo a la doctrina más autorizada, distinguiremos las siguientes corrientes:

A.- La “teoría del *error iuris nocet*”.

La jurisprudencia tradicional y parte de la doctrina antigua mantenían que el error de derecho perjudica, no beneficia al sujeto (*error iuris nocet*) porque todos los ciudadanos están obligados a conocer las normas jurídicas. Un sector de la doctrina admitía la relevancia del error sobre normas extrapenales, pero no la relevancia del error sobre las normas penales.⁴

B.- La “teoría del dolo”.

La “teoría del *error iuris nocet*” fue desplazada en España por la llamada “teoría del dolo”.⁵

Según la “teoría del dolo” el error de prohibición excluye el dolo, ya que éste es *dolus malus* (subjektivamente), que requiere conciencia de la antijuridicidad. En consecuencia,

¹ CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito /2, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 114.

² LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, 1997, pág. 127.

³ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, pág. 114.

⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., Curso de Derecho Penal, Parte General, I. Universitas, Madrid, 1996, pág. 464.

⁵ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, pág. 118.

tal error tiene el mismo tratamiento que el error de tipo: si el error de prohibición es vencible o evitable, hay imprudencia, concretamente *culpa iuris* (imprudencia de Derecho, imprudencia en conocer el Derecho), con lo que sólo será punible si el tipo admite la comisión culposa; si el error fuera invencible, no habrá responsabilidad penal por falta de dolo e imprudencia.⁶

Esta teoría tuvo un gran auge durante los años veinte y treinta, siendo aceptada por la mayoría de la doctrina en Alemania. Nuestro Tribunal Supremo la siguió desde la Sentencia de 19 de diciembre de 1962 hasta que la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma del Código Penal de 1973 introdujo una regulación expresa del error sobre la antijuridicidad de la conducta en el párrafo 3º del artículo 6 bis a), según el cual “*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 66.*” Y en este último precepto se establecía la atenuación de la pena, en uno o dos grados, para el caso de concurrencia de una eximente incompleta.⁷

Pero la teoría del dolo tropieza con graves inconvenientes desde el punto de vista político-criminal en aquellos sistemas en que rige el principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes, pues se producen graves lagunas en la punibilidad. En España pudo ser aplicada porque hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 no rigió ese principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes, sino el principio del castigo de la realización por imprudencia de todas las figuras delictivas, salvo determinadas excepciones.

Por lo tanto, como resalta LUZÓN PEÑA, la teoría del dolo es difícilmente compatible con las regulaciones legales como la del art. 14.3 CP, según el cual el error de prohibición vencible no da lugar a imprudencia, en caso de que sea punible el hecho imprudente, como sucede en el error vencible de tipo, sino que se castiga en todo caso con la pena del delito doloso (salvo, claro está, que el error de prohibición se presente en la realización de un delito imprudente, en cuyo caso obviamente el delito seguirá siendo imprudente y se atenuará su pena), pero atenuada, lo que desde luego se ajusta a la solución de la teoría de la culpabilidad.⁸

Sin embargo, una corriente actualmente minoritaria intenta compatibilizar la teoría del dolo con la regulación legal aduciendo que ésta se limita a dar una regulación especial a la *culpa iuris*.⁹

Dentro de esta postura cabe distinguir a su vez entre:

a.- La “teoría estricta del dolo”, que excluye el dolo sin limitación en cuanto no haya un conocimiento actual de la antijuridicidad; Esta teoría fue defendida por ANTÓN ONECA, CUELLO CALÓN, FERRER SAMA, DEL ROSAL, RODRÍGUEZ DEVESA y RODRÍGUEZ MOURULLO, parte de una concepción causal, manteniendo que el dolo se integra por dos

⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., <<Curso de Derecho Penal>>, Madrid, 1996, pág. 465.

⁷ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, pág. 119.

⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., <<Curso de Derecho Penal>>, Madrid, 1996, pág. 465.

⁹ LUZÓN PEÑA, D. M., <<Curso de Derecho Penal>>, Madrid, 1996, pág. 465.

elementos, el conocimiento del tipo de injusto y el conocimiento actual de la antijuridicidad. En el error de prohibición vencible faltará el segundo elemento, por lo que como no puede haber dolo, el sujeto responderá a título de culpa.¹⁰

b.- La “teoría restringida o limitada del dolo” introduce restricciones en la exigencia de conciencia de la antijuridicidad para el dolo, pues no exige conciencia actual ni exacta, sino actualizable y aproximada (con la valoración paralela del profano), y sobre todo, siguiendo a MEZGUER, no se excluye tal conciencia de la antijuridicidad cuando el error revela ceguera jurídica u hostilidad al Derecho.¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA defendió esta postura, que se diferencia de la anterior en que para la existencia de dolo no se exige un conocimiento actual, bastando la potencialidad de ese conocimiento, por lo que se considera que obra dolosamente el sujeto que se comporta con indiferencia o enemistas hacia el derecho, o con “ceguera jurídica”.

C.- La “teoría de la culpabilidad”.

A su vez podemos distinguir dentro de estas teorías:

a.- La “teoría pura de la culpabilidad”. La teoría de la culpabilidad fue formulada por WELZEL para superar los defectos de la teoría del dolo. Este autor postuló el abandono de la vieja distinción entre el error de hecho y el error de Derecho, sustituyéndola por la de error sobre un elemento del tipo y error de prohibición. A partir de esta nueva distinción WELZEL formuló el axioma básico de la teoría de la culpabilidad: “la conciencia de la antijuridicidad de la conducta no pertenece al dolo, sino a la culpabilidad, es un elemento de la culpabilidad, y por ello el error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta no excluye el dolo. Si el error era vencible dará lugar simplemente a una disminución de la culpabilidad y de la pena del delito doloso. Si el error era invencible quedarán excluidas la culpabilidad y la responsabilidad criminal”.¹² Esta teoría parte pues de un esquema finalista, y entiende que el dolo pertenece al tipo de injusto, integrándose sólo por el conocimiento y voluntad del resultado típico. Se trata de un “dolo natural” y no de “*dolus malus*”, por cuanto no abarca la conciencia de la antijuridicidad. Por ello esta teoría entiende que en el error vencible de prohibición hay actuación dolosa, con una atenuación de la pena por una menor reprochabilidad.

En España esta teoría ha sido defendida por CÓRDOBA RODA, CEREZO MIR, ZUGALDÍA y HUERTA.

Así pues, esta teoría sostiene que el error de prohibición no excluye el dolo, pues éste no requiere conciencia de la antijuridicidad, sino que sólo afecta a la culpabilidad, excluyéndola cuando el error es invencible, y atenuándola cuando el error de prohibición es vencible para el sujeto.¹³

¹⁰ LUZÓN CUESTA, J. M., <<Compendio>>, Madrid, 1997, pág. 94.

¹¹ LUZÓN PEÑA, D. M., <<Curso de Derecho Penal>>, Madrid, 1996, pág. 466.

¹² CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, pág. 121.

¹³ LUZÓN PEÑA, D. M., <<Curso de Derecho Penal>>, Madrid, 1996, pág. 466.

b.- La “teoría limitada de la culpabilidad”. Partiendo de las mismas premisas que la teoría pura, la “teoría limitada o restringida de la culpabilidad” sostiene que el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación no es un error de prohibición, sino que es un error sobre elementos del tipo o debe ser tratado como si lo fuera. Por ello esta teoría es defendida por los partidarios de los elementos negativos del tipo. Y también es defendida por los que consideran que esta “teoría restringida de la culpabilidad” lleva a resultados más justos porque entienden que es más justo tratar el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación como si fuera un error sobre los elementos del tipo, de manera que si fuera vencible, daría lugar a una responsabilidad por imprudencia y si fuera invencible eximiría, por supuesto, de responsabilidad.¹⁴ Esta postura fue mantenida por GIMBERNAT.

Los partidarios de esta teoría distinguen entre el error de Derecho y el error de prohibición, en el sentido de que el segundo excluye el error de Derecho y además al error sobre los presupuestos facticos de una causa de justificación.¹⁵

2.-APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y AL CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Etimológicamente el término antijuridicidad evoca la idea de un comportamiento que contradice las reglas establecidas por el Derecho. Y centrándonos en el ámbito del Derecho Penal, al Legislador le compete la tarea de seleccionar el elenco de conductas penalmente antijurídicas con arreglo a su gravedad para la convivencia social.¹⁶

El sistema jurídico español ha optado por el principio de legalidad, lo que trae como consecuencia ineludible que no quepa otra definición formal de delito que la de acción penada por la ley, y por tanto, desde el punto de vista formal el delito es la acción penada por la ley.¹⁷

En sentido material el delito suele definirse por la doctrina como una acción típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición material es el fruto de una larga evolución dogmática de más de un siglo de duración que partió de la definición formal del delito, a la que pretendió aclarar y complementar.¹⁸

Por ello, el carácter prohibido de una conducta se deriva de la confluencia de dos requisitos: uno de signo positivo, y que consiste en la concordancia de la conducta con

¹⁴ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>>, Madrid, 2001, pág. 123.

¹⁵ LUZÓN CUESTA, J. M., <<Compendio>>, Madrid, 1997, pág. 95.

¹⁶ BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; SERRANO PIEDECASAS, J. R. y GARCÍA RIVAS, N., Lecciones de derecho Penal. Parte General, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, pág. 143.

¹⁷ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., Derecho Penal Español. Parte General, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 181.

¹⁸ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal >>, Madrid, 2010, pág. 182.

el supuesto de hecho típico (tipicidad) y otro de signo negativo, consistente en la ausencia de causas de justificación de la conducta.¹⁹

La dogmática penal actual ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva:

a.- Por un lado, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta. A este primer juicio de desvalor se le conoce como ilicitud o antijuridicidad. La antijuridicidad es la desaprobación del acto.

b.- Y por otro lado, se presenta como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor del hecho. A este segundo juicio de desvalor se le conoce como culpabilidad o responsabilidad. La culpabilidad es la atribución del acto antijurídico a su autor para hacerlo responsable del mismo.²⁰

El termino antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico.²¹

La antijuridicidad es la contrariedad con el derecho, lo que supone un juicio sobre el hecho comparándolo con el ordenamiento jurídico, para decidir si, efectivamente, el hecho es o no contrario al ordenamiento jurídico.²²

La antijuridicidad no es un concepto específico del Derecho Penal, sino que un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.²³

Ponen de relieve MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN que en la dogmática jurídico-penal se emplean el término antijuridicidad y el de injusto como equivalentes, y sin embargo deben ser objeto de diferenciación, pues la antijuridicidad es un predicado de la acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico, en tanto que “el injusto” o “lo injusto”, es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica. Mientras que la antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto es una acción antijurídica determinada. En Derecho Penal se emplea la expresión “tipo de injusto” para calificar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad.

Debemos a VON LISTZ la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material.²⁴ Aunque en realidad, antijuridicidad formal y material son aspectos del mismo fenómeno.²⁵

¹⁹ BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; SERRANO PIEDECASAS, J. R. y GARCÍA RIVAS, N., <<Lecciones de derecho Penal>>, Barcelona, 1999, pág. 144.

²⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General, Tirant lo blanc, Valencia, 2010., pág. 202.

²¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>, Valencia, 2010, pág. 299.

²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Tratado de Derecho Penal. Parte General, Civitas, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 613.

²³ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 299.

²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., <<Tratado de Derecho Penal>>, Navarra, 2010, pág. 615.

La antijuridicidad en sentido formal es una relación entre la acción o conducta y el Derecho, concretamente representa la contrariedad a Derecho de la conducta. La antijuridicidad formal es la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico.²⁶

Pero la antijuridicidad no se agota en la relación de oposición entre la acción y la norma, sino que también tiene un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger.²⁷ El concepto de antijuridicidad material nos ofrece las claves para saber cuándo una conducta es contraria a Derecho, pero también es una exigencia del Derecho penal instalado en el Estado Social y Democrático de Derecho al que alude el artículo 1 de la Constitución Española de 1978, pues viene a constituir un límite al *ius puniendi*. Así, por antijuridicidad material hay que entender lesión o puesta en peligro reprobable y grave de un bien jurídico protegido en concreto y del propio Derecho. Y precisamente esta exigencia de lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico concreto para la antijuridicidad material se opone a los denominados delitos formales o de pura desobediencia, configurados sin ataque a ningún bien jurídico, sino como mera infracción de un deber de obediencia al Estado.

A su vez el contenido de la antijuridicidad material no se agota en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, porque no toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de la acción). Pero el Derecho Penal, por imperativo del principio de intervención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquéllas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables. Ambos conceptos, desvalor de la acción y desvalor del resultado son, por tanto, igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, y están íntimamente entrelazados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor del resultado.²⁸

La evolución doctrinal del concepto de delito se centró durante mucho tiempo en la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo. A la antijuridicidad se la consideraba totalmente objetiva, en tanto que la parte subjetiva del delito pertenecía a la culpabilidad. Y es cierto que si consideramos la antijuridicidad como la lesión de un bien jurídico (VON LISZT), ésta tendrá carácter objetivo, pero si la consideramos como la infracción de un imperativo (BINDING), lo esencial será la subjetividad de la conducta que implica una desobediencia a la orden imperativa de la norma. En la primera concepción hablaremos de antijuridicidad objetiva, y en la segunda de antijuridicidad subjetiva.²⁹

En nuestro ordenamiento jurídico el concepto legal de delito lo encontramos en el art. 10 del Código Penal de 1995. Este precepto se ha visto reformado por la Ley Orgánica

²⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General, Tirant lo blanc, Valencia, 2010, pág. 300.

²⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 300.

²⁷ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 300.

²⁸ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 304.

²⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., <<Tratado de Derecho Penal>>, Navarra, 2010, pág. 634.

1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el día 1 de julio de 2015, que en su nueva redacción establece que “*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”.

En la nueva redacción del precepto se ha suprimido la referencia que el artículo hace en su redacción actual a las faltas, pues con la aludida reforma se han eliminado del Código Penal las infracciones penales constitutivas de falta. Como dice el apartado XXXI del Preámbulo de la referida Ley de 2015, tal supresión, que venía siendo reclamada por una buena parte de los operadores jurídicos, ha venido motivada por la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento, pero también por la dudosa necesidad de que conductas carentes de la gravedad suficiente en muchos casos, deban ser objeto de un reproche penal.

La definición de delito recogida en el artículo 10 CP no es puramente formal, pues junto a los elementos formales (acciones y omisiones, penadas por la ley) se contienen también otros elementos o valoraciones materiales (pues éstas deben ser dolosas o imprudentes).³⁰

Cuando el precepto habla de “acciones y omisiones” se alude al primer elemento del delito: la acción en un sentido amplio, es decir, acciones que dan lugar a delitos comisivos, como acciones que se subsumen en tipos omisivos.

La expresión “penadas por la ley” implica tipicidad. La conducta debe estar descrita por la ley.

Implícitamente, se puede entender que el concepto legal de delito requiere antijuridicidad, pues sólo serán punibles las conductas que están desvaloradas y prohibidas de modo general por la ley penal, es decir, las conductas antijurídicas.

Para autores como LUZÓN CUESTA, el elemento de la culpabilidad se recoge en el precepto cuando se formula la exigencia de que las acciones u omisiones sean “dolosas o culposas”.³¹ Sin embargo, otro sector doctrinal considera que el elemento de la culpabilidad no se infiere expresamente, ni implícitamente que el concepto legal de delito, ni siquiera recurriendo a los adjetivos de la descripción legal, tales como “dolosas o imprudentes”. Para esta concepción del delito estos elementos no pertenecen a la culpabilidad, como al principio de la evolución del concepto de delito se mantenía, sino que son la manifestación legal del principio de responsabilidad subjetiva y constituyen los diversos grados de desvalor de la intención, es decir, que el dolo y la imprudencia forman parte de la antijuridicidad y no de la culpabilidad.

3.- LA CONSCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

³⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 202.

³¹ LUZÓN CUESTA, J. M., <<Compendio>>, Madrid, 2011, pág. 42.

Junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, la doctrina concibe también como un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad.³²

JESCHECK afirmó que “con la admisión del requisito de la consciencia de lo injusto para el reproche de la culpabilidad se ha emprendido el camino para la plena realización del principio de culpabilidad”.³³

MIR PUIG destaca que en la doctrina actual existe acuerdo en requerir para la presencia de delito que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley, de manera que no basta con que quien actúa típicamente conozca la situación típica, sino que además debe saber o poder saber que su actuación se halla prohibida, o en otras palabras, es preciso el conocimiento, o al menos su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho.³⁴

La conciencia de la antijuridicidad de la acción puede definirse como el conocimiento que debe tener el autor de que su conducta contradice la exigencia del Derecho. Y no basta por tanto, con que el sujeto sepa que su acción contraviene las buenas costumbres o la moral, sino que es necesario que sepa que con ella se pone en contra del ordenamiento jurídico, es decir, que su conducta es antijurídica y, por tanto, que le es jurídicamente atribuible y reprochable.³⁵

Quien actúa con dolo por regla general lo hace con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, de manera que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, y de ahí que en la práctica el conocimiento de la antijuridicidad no plantee demasiados problemas, y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, cuando dicho sujeto es imputable.³⁶

Este conocimiento de la antijuridicidad no es necesario que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho.³⁷ No es necesario que el conocimiento del sujeto sea el de un jurista.³⁸ Basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas que rigen la convivencia,³⁹ así pues, es suficiente con que el sujeto sepa, como lo suele saber un profano en derecho, que su conducta está en contra de las leyes. No es necesario que el sujeto sepa que su conducta

³² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 381.

³³ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 393.

³⁴ MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008, pág. 546.

³⁵ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal Español>>, Madrid, 2010, pág. 392.

³⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 381.

³⁷ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 381-382.

³⁸ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 392.

³⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 382.

está contra las leyes penales, bastando con que sepa que su conducta no está jurídicamente permitida.⁴⁰

Un sector doctrinal entiende que es suficiente un conocimiento potencial de la antijuridicidad, es decir, con que el autor hubiese podido conocer lo ilícito de su acción para que se le pueda reprochar como culpable, no obstante, la asunción de esta postura puede conllevar la ampliación desmesurada al considerar culpable a todo el que, con capacidad de culpabilidad, comete un hecho típico y antijurídico, pues siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición.⁴¹

Tampoco es necesario que el sujeto comparta las valoraciones legales, siendo suficiente con que sepa que con su acción se pone en contradicción con las mismas. Por ello puede castigarse al delincuente por convicción, fuera de los estrechos límites de la objeción de conciencia, aunque el sujeto crea que debe actuar en conciencia como lo hizo, pues sabe que se pone en contra de la ley.⁴²

Y también es suficiente con que la conciencia de la antijuridicidad esté latente en el sujeto, aunque no se actualice conscientemente en el momento de realizar la conducta.⁴³

El sujeto ha de darse cuenta de que el contenido concreto de su conducta está contra la ley. No basta con saber que se ha contravenido la ley en general o anteriormente, y por eso no cabe en el principio de culpabilidad el *versari in re illicita*.

De todo lo anterior parece extraerse que en el caso de que el acusado alegase en juicio la falta de conciencia de la antijuridicidad de la acción, será tarea suya probarlo, porque se está ante una presunción iuris tantum, según el sentido actualmente acogido por la doctrina del artículo 6.1 del Código Civil.⁴⁴

La razón de la importancia que tiene la conciencia de la antijuridicidad de la conducta para el principio de culpabilidad es que dicha conciencia constituye el núcleo del reproche que se hace al sujeto activo al considerarlo culpable de su conducta. Al sujeto se le reprocha que se haya puesto conscientemente contra el Derecho habiendo podido no hacerlo. La consecuencia más inmediata de lo anterior es la de que cuando falta la conciencia de la antijuridicidad de modo totalmente inculpable (error invencible de prohibición), el sujeto no se pone en contra del derecho y por tanto no se le puede reprochar la acción típica y antijurídica. La razón de la irreprochabilidad es que el individuo no se puso libremente contra la ley, ya que ignoraba invenciblemente que

⁴⁰ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 392.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 382.

⁴² LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 393.

⁴³ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 393.

⁴⁴ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal >>, Madrid, 2010, pág. 393.

estaba actuando contra ella, y por tanto, no se le puede reprochar dicha violación de la ley, ni se le puede castigar por ello.⁴⁵

4.- EL ERROR DE PROHIBICIÓN.

4.1.-CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ERROR.

En el Derecho Penal error e ignorancia se toman como conceptos equivalentes, por lo que en ambos casos se suele hablar de error.⁴⁶ No obstante, algunos autores distinguen entre ambos conceptos, entendiendo por error el conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica, y por ignorancia la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo. Pero tales diferencias terminológicas no se traducen en distintos efectos jurídico-penales, resultando indiferente que un sujeto menoscabe un bien jurídico porque padeció un error invencible, o porque simplemente ignoraba que estaba ante un bien jurídico valioso para los demás y protegido por un sistema coercitivo como lo es el ordenamiento penal.⁴⁷

Atendiendo a los distintos tipos de error resulta harto complicado llegar a un concepto unitario de error.

La doctrina define el error, en general, como el desconocimiento de alguna o de todas las circunstancias de la acción típica y antijurídica, que tienen relevancia penal.⁴⁸

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, precisa que una “definición amplia del error sería aquella según la cual existe error cuando el conocimiento del sujeto y la realidad no coinciden, de manera que existe un conocimiento y falta la realidad a la que cree referirse o existe al revés una realidad que no conoce. Es decir, que esta discrepancia entre realidad objetiva y conocimiento puede deberse a que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia, error negativo) o a que tiene una representación falsa de la realidad (equivocación, error positivo)”⁴⁹.

Cuando el sujeto yerra sobre el conocimiento de algún elemento del tipo nos encontramos ante el error de tipo, y cuando el error recae sobre el conocimiento de la

⁴⁵ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal >>, Madrid, 2010, pág. 394.

⁴⁶ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal >>, Madrid, 2010, pág. 394.

⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, G., con la colaboración de MORALES PRATS, F., Parte General del Derecho Penal, Aranzadi, 2010, pág. 450.

⁴⁸ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 394.

⁴⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., El error sobre elementos normativos del tipo penal, La Ley, Madrid, 2008, pág. 140.

norma, es decir, cuando la persona desconoce que su conducta está prohibida por el Derecho, estaremos ante un error de prohibición.⁵⁰

El punto de arranque de ambos es el mismo: la ignorancia, la equivocación, la desinformación o la creencia errónea del sujeto y su trascendencia jurídico-penal.⁵¹

No obstante, son muchas las clasificaciones que la doctrina ha hecho del error en general.

Como hemos adelantado, históricamente se ha venido utilizando la distinción entre el error de hecho y el error de Derecho. Por error de hecho se entendía el error sobre los presupuestos fácticos del delito, en tanto que el error de derecho versaba sobre los elementos valorativos del mismo, y se aplicaban las máximas *error facti non nocet* (el error de hecho no daña, no perjudica, es decir, excusa) y *error iuris nocet* (el error de derecho daña, perjudica, no excusa),⁵² planteamiento que tiene sus orígenes en el Derecho Romano y que con posterioridad fue desarrollado por los glosadores y postglosadores.⁵³

En virtud de esta última máxima, el responsable de un hecho delictivo no podía invocar con éxito el desconocimiento total o parcial de las normas jurídicas, aunque dicho desconocimiento pudiera existir, bien por tratarse de sujetos no integrados del todo en la sociedad, o por la aparición de una hipertrofia normativa que hacen que un ciudadano plenamente integrado pueda desconocer alguna norma con relevancia para el Derecho Penal, o incluso cuando se incriminan nuevas conductas es perfectamente posible que un ciudadano desconozca que las mismas han pasado a ser delictivas.⁵⁴

Hasta mediados del siglo XX no se reconoció la influencia de la falta de conocimiento de la ilicitud de la conducta en la responsabilidad penal. Hasta ese momento histórico se siguió máxima a la que nos hemos referido anteriormente del *error iuris nocet*. Esta tesis ha tenido una gran importancia en España porque fue sostenida de forma constante por la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta los años setenta. El Alto Tribunal invocaba el antiguo artículo 2 del Código Civil a favor de la teoría de que “el error de derecho perjudica”, precepto que en su originaria redacción se limitaba a establecer el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. De este precepto, situado en el Título Preliminar del Código Civil, y aplicable, por tanto, a todo el ordenamiento jurídico, deducía el Tribunal Supremo la irrelevancia del error de derecho, con la excepción del error de Derecho extrapenal, es decir, la jurisprudencia hacía una excepción cuando el error de derecho versaba sobre preceptos de otras ramas del ordenamiento jurídico. En contra de esta postura jurisprudencial, ANTON ONECA sostuvo que el artículo 2 del Código Civil no era obstáculo para estimar la relevancia del error de Derecho Penal, considerando que el precepto establece la obligatoriedad de

⁵⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., <<Tratado de Derecho Penal>>, Navarra, 2010, pág. 499.

⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, pág. 449.

⁵² LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 396.

⁵³ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, pág. 117.

⁵⁴ BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; SERRANO PIEDECASAS, J. R. y GARCÍA RIVAS, N., <<Lecciones de derecho Penal>>, Barcelona, 1999, pág. 261.

las leyes de modo general, pero no es incompatible con los efectos jurídicos del error en materia penal.⁵⁵

La doctrina española fue sustituyendo esta nomenclatura clásica por la más moderna de error de tipo o sobre los caracteres del tipo y error de prohibición, denominaciones importadas de Alemania, donde ya habían sido popularizadas por GRAF ZU DOHNA a partir de 1925.⁵⁶

Como pone de manifiesto LUZÓN PEÑA, la doctrina actual sigue esta distinción entre error de tipo y error de prohibición. En primer lugar porque cuando en una descripción legal se contienen elementos normativos del tipo, el error sobre alguno de ellos puede deberse a un error de derecho (por ejemplo, en el hurto considerar la cosa que se toma no es ajena debido a desconocimiento o falsa interpretación de las normas civiles sobre propiedad) y ser sin embargo ya un error sobre el tipo (o sobre los elementos que fundamentan la prohibición) y no meramente un error sobre la prohibición. Y en segundo lugar, porque a partir del finalismo un sector doctrinal mantiene que el error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación (causas de justificación putativas), pese a ser un error de hecho, es un error de prohibición, y no un error sobre el tipo excluyente del dolo.⁵⁷

Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que defiende una perspectiva volitiva del dolo, el reverso de éste viene constituido por la ausencia de su elemento intelectual, es decir, del conocimiento de los elementos del tipo objetivo de injusto, sea por absoluta ignorancia o por conocimiento equivocado de la situación típica, y en estos casos hablamos de error de tipo. Y en contra de lo que sostuvo la doctrina mayoritaria hace tiempo, entiende que el error sobre la antijuridicidad de la conducta, sobre su carácter de desvalorada y prohibida, el llamado error de prohibición, no excluye el dolo. Y la doctrina actual dominante parece responder a esta idea tratando de manera distinta al error de prohibición y al error de tipo.⁵⁸

En la actualidad el artículo 6.1 del Código Civil, tributario del antiguo artículo 2, dispone que *“La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.”* De manera que el error de derecho en el ámbito que nos ocupa, producirá los efectos determinados en el artículo 14.3 CP. El error de tipo tendrá los efectos prevenidos en los dos primeros apartados del artículo 14 CP.

Las clasificaciones del error más aceptadas doctrinalmente son las que distinguen entre: a) error esencial y accidental, b) error vencible e invencible, c) error propio e impropio, y d) error de tipo y de prohibición.

⁵⁵ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>>, Madrid, 2001, pág. 117, con cita de ANTÓN ONECA, Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1949, pág. 216.

⁵⁶ LUZÓN CUESTA, J. M., <<Compendio>>, Madrid, 2011, pág. 72.

⁵⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., Curso de Derecho Penal, Parte General, I. Edit. Universitas, Madrid, 1996, pág. 440.

⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., <<El error sobre elementos>>, Madrid, 2008, pág. 142.

4.2.- EL ERROR DE PROHIBICIÓN. EFECTOS Y CLASES.

Centrándonos en esta última clasificación, el error de tipo supone el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo legal,⁵⁹ mientras que el error de prohibición se refiere al desconocimiento de que la conducta esté prohibida por la ley. El sujeto no sabía ni pudo haber sabido que su conducta estaba prohibida jurídicamente.⁶⁰ El error de prohibición es, por tanto, la falta de conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta, es decir, la ignorancia de la antijuridicidad de la conducta.⁶¹

MUÑOZ CONDE entiende que el error de prohibición existe no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud del hecho.⁶²

Para LUZÓN PEÑA el auténtico error de prohibición, inmediato, directo, no consecuencia lógica de un error de tipo, se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundadores o presupuestos de la prohibición y sin embargo, por un error inconsecuente con tal conocimiento y por tanto “no razonable” para el hombre medio ideal desde la perspectiva del Derecho, desconoce la valoración negativa y la prohibición jurídica de esa conducta. El sujeto debe creer que su conducta no es antijurídica desde la perspectiva de la totalidad del ordenamiento.⁶³

El error de prohibición afecta por tanto, a la significación antijurídica del hecho, ya por creer que éste no está prohibido, ya por creerse el autor que está legitimado para hacerlo (error sobre la justificación de la conducta).⁶⁴

Sin embargo, aunque el error de prohibición no excluya el dolo, ni la imprudencia aunque sea invencible, no afecta a la parte subjetiva del tipo de injusto, sino a la culpabilidad.

Continuando la delimitación de este error, la mayoría de la doctrina, tanto en la teoría del dolo como en la de la culpabilidad, por una parte descarta tal error si el sujeto no tiene un conocimiento exacto de la antijuridicidad, pero sí un conocimiento aproximado con una “valoración paralela en la esfera del profano” según la fórmula de MEZGER, o un conocimiento de la antijuridicidad material al modo del profano para JESCHECK, y por otra parte excluye del propio concepto de error de prohibición o en todo caso del error de prohibición relevante los casos de ignorancia de la prohibición que revelan “ceguera jurídica” u “hostilidad hacia el Derecho”, es decir de una ignorancia crasa y burda absolutamente incomprensible, incluso en las circunstancias concretas del sujeto.⁶⁵

A lo que hay que añadir que existen delitos que por su propio contenido son difícilmente compatibles con el error de prohibición, como ocurre en los casos en que

⁵⁹ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 396.

⁶⁰ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., Derecho <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, págs. 396 y 397.

⁶¹ LUZÓN CUESTA, J. M., <<Compendio>>, Madrid, 2011, pág. 75.

⁶² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 382.

⁶³ LUZÓN PEÑA, D. M., <<Curso de Derecho Penal>>, Madrid, 1996, pág. 439.

⁶⁴ QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, pág. 456.

⁶⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., <<Curso de Derecho Penal>>, Madrid, 1996, pág. 439.

la propia tipicidad viene condicionada al conocimiento del sujeto de la ilicitud de su proceder, y así no parece posible cometer el delito de estafa concurriendo un error de prohibición, en cuanto la estafa conlleva el “engaño bastante”. Y lo mismo ocurre para determinados tipos que incorporan elementos normativos que requieren en el proceder el conocimiento de la contrariedad a Derecho, como ocurre con el delito de prevaricación del artículo 404 CP en que el sujeto debe actuar “a sabiendas” de la injusticia de su resolución.⁶⁶

Partiendo de las anteriores consideraciones, podemos aventurarnos a realizar una primera distinción dentro del error de prohibición, diferenciando entre el error de prohibición directo, referido a la norma prohibitiva como tal, y el error de prohibición indirecto o sobre las causas de justificación.

A.- El error de prohibición directo.

LUZÓN CUESTA considera que el error de prohibición directo es el error sobre la norma prohibitiva.⁶⁷ LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ incluyen dentro del error de prohibición directo los casos en que el sujeto desconoce totalmente la existencia de la prohibición (por ejemplo cuando el sujeto cree que los objetos de valor que encuentre en la calle son de quien los descubre).⁶⁸ Por su parte QUINTERO OLIVARES incluye en esta clase los supuestos de error sobre la licitud de la conducta, o dicho de otra manera, el supuesto de quien actúa creyendo que su acción no es delictiva, o que incluso, es justa.⁶⁹

B.- El error de prohibición indirecto o sobre las causas de justificación.

Se trata de supuestos en los que el autor sabe que la conducta está tipificada, pero cree estar legitimado para ello (será el caso, por ejemplo, del que cree que está justificado robar a un deudor para hacerse pago de su deuda).⁷⁰

En relación al error en las causas de justificación de la conducta, es de reseñar que la justificación de una acción sólo podrá darse si concurren tanto el elemento objetivo como el elemento objetivo de la respectiva causa de justificación. Para justificar una acción típica es necesario que exista objetivamente la situación justificante y además que el autor conozca esa situación, e incluso, cuando la ley así lo exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales para justificar su acción (la legítima defensa sólo se dará si el sujeto sabe que se está defendiendo). La falta de cualquiera de estos elementos determina que el acto siga siendo antijurídico. Tanto si falta el elemento subjetivo como si falta el elemento objetivo de la causa de justificación, nos encontramos con un error que, aunque no afecta a la antijuridicidad, puede tener repercusiones en la esfera de la culpabilidad o en la de la determinación de la pena.⁷¹

⁶⁶ CASTRO MORENO, A., en: GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 115.

⁶⁷ LUZÓN CUESTA, J. M., <<Compendio>>, Madrid, 1997, pág. 96.

⁶⁸ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 398.

⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, pág. 457.

⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, pág. 457.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, págs. 312-313.

Por ello, el error en las causas de justificación o error de prohibición indirecto subdividirse a su vez en:

B.1.- Error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación (o error sobre la concurrencia en el hecho de los elementos o presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación).

LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ se refieren a los casos en que el sujeto yerra sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (por ejemplo cuando alguien se defiende de quien cree que le va a agredir con una pistola porque le ha visto meterse la mano en el bolsillo de la chaqueta).⁷²

Para analizar esta clase de error debemos distinguir entre la denominada “teoría estricta de la culpabilidad” defendida por el finalismo para la que se trata de un error de prohibición, y la “teoría restringida de la culpabilidad” que lo considera como un error de tipo, o al menos, entiende que debe tratarse como tal.⁷³

En realidad, la diferencia entre la teoría pura o estricta de la culpabilidad y la teoría restringida de la culpabilidad radica en el tratamiento del error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, pues mientras que para la primera se trata de un error de prohibición, que si es vencible atenúa la pena del delito doloso y si es invencible exime de responsabilidad penal, para la segunda se trata de un error sobre un elemento negativo del tipo o debe tratarse como si lo fuera, y si es vencible estamos ante un delito imprudente, o debe aplicarse la pena de dicho delito, y si es invencible exime de responsabilidad criminal.⁷⁴ Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO el error sobre los presupuestos de las causas de justificación es un error de tipo, y no sólo algo que hay que tratar analógicamente a él, cuyas consecuencias son las de todo error de tipo, dependiendo de su vencibilidad o invencibilidad.⁷⁵

La cuestión de cómo debía tratarse el error sobre las causas de justificación no tenía mucha relevancia para la teoría del dolo, pues, como todo error, éste excluiría el dolo y si es invencible, también la imprudencia. Pero para quienes en la actualidad mantienen la teoría del dolo en sistemas como el nuestro, es importante decidir ante qué clase de error nos encontramos, pues el tratamiento penológico que se dispensa al error de tipo (art. 14.1 y 2 CP) y al error de prohibición (art. 14.3 CP) es diferente. Y así, para la teoría estricta de la culpabilidad, que parte del dolo como dolo neutro, es error de prohibición todo el que recae sobre una causa de justificación, es decir, no sólo el error que se refiere a su propia existencia o límites, sino también el que recae sobre la concurrencia de los presupuestos, fácticos o normativos, de una causa de justificación. Es el ejemplo del amigo que le dice a otro arriba las manos, y éste le agrade lesionándolo de gravedad sin saber que en realidad es un amigo que pretendía hacerle

⁷² LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 398.

⁷³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., <<El error sobre elementos>>, Madrid, 2008, pág. 168.

⁷⁴ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, págs. 123-124.

⁷⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., <<El error sobre elementos>>, Madrid, 2008, pág. 172.

una broma, en este caso, al faltar el requisito de la agresión ilegítima estaremos ante la legítima defensa putativa: Para esta teoría en el caso del ejemplo nos encontraríamos ante un delito de lesiones graves dolosas, pero estaría excluida la culpabilidad si el error era vencible y atenuada si el error era invencible, y ello porque el sujeto que agredió al bromista conocía los elementos del tipo, pero desconocía la antijuridicidad de su acción.⁷⁶

Entiende MUÑOZ CONDE que para resolver esta clase de error hay que tener en cuenta que, al igual que sucede en otros elementos subjetivos del delito, como el dolo o la imputabilidad, también en el ámbito de los elementos subjetivos de las causas de justificación nos movemos en el terreno de las tendencias, de las percepciones subjetivas de la realidad, difíciles de constatar empíricamente en el proceso penal. Y por ello traslada las consideraciones relativas a la delimitación entre el delito imprudente y la imputación objetiva (riesgo permitido, adecuación social, etc.) a este terreno, y considera que quien actúa *ex ante* dentro de los márgenes admitidos socialmente al apreciar el presupuesto de una causa de justificación, actúa justificadamente, aunque luego *ex post* resulte que su percepción de la realidad fue objetivamente errónea. Y el verdadero error jurídicamente relevante comenzará a plantearse sólo cuando el sujeto traspase en su apreciación los límites de lo razonable y lo socialmente adecuado.⁷⁷

B.2.- Error sobre los límites y sobre la propia existencia de la causa de justificación.

En estos casos el sujeto habrá creído erróneamente que su acción estaba autorizada. Se trata de la creencia errónea de estar obrando lícitamente, es decir, de un error “*sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal*”. LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ se refieren a los casos en que el sujeto se cree amparado en una causa de justificación o desconoce exactamente los límites de la misma (por ejemplo cuando cree que está permitido ir a la casa del ladrón a recuperar por la fuerza lo que le ha sido previamente hurtado).⁷⁸

B.3.- Ausencia del presupuesto subjetivo de la causa de justificación.

El caso inverso se da cuando falta el elemento subjetivo de la causa de justificación, aunque objetivamente exista la situación justificante (por ejemplo, quien dispara voluntariamente contra alguien sin saber que a su vez la víctima le estaba esperando para matarle). Resulta evidente que en estos casos la acción es antijurídica, pero la cuestión que se plantea la doctrina es si debe castigarse por el delito consumado. La cuestión es muy discutida, inclinándose la doctrina mayoritaria por castigar por tentativa ya que, aunque el resultado pretendido por el autor se ha producido y, objetivamente, constituye la consumación de un delito, la verdad es que el ordenamiento jurídico no lo desapueba. En estos casos existirá desvalor de acción, que fundamenta la

⁷⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., <<El error sobre elementos>>, Madrid, 2008, pág. 168.

⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 314.

⁷⁸ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., <<Derecho Penal>>, Madrid, 2010, pág. 398.

punición en base a la tentativa, pero no desvalor del resultado, que justificaría la punición por la consumación.⁷⁹

C.- El error de prohibición inverso.

El error de prohibición inverso consiste en la creencia errónea de que una conducta está prohibida, por lo que da lugar a un delito putativo o imaginario, que en todo caso es impune.⁸⁰

Por exigencias del principio de legalidad, cuando un elemento normativo del tipo de cualquier delito no existe objetivamente, es por completo irrelevante la conciencia de antijuridicidad con que el autor pudiera obrar al respecto, de modo que un error inverso sobre un elemento normativo del tipo no es más que un supuesto de delito putativo, y por tanto impune.⁸¹

Este sería el caso de quien creyendo en la vigencia de una orden de alejamiento respecto de una persona, se acerca a ella creyendo que está incumpliendo el mandato judicial que le prohíbe aproximarse.

Y como ocurre con toda especie de error, el error de prohibición puede que a su vez absoluto o invencible, o relativo, vencible o evitable.⁸²

D.- El error de prohibición invencible.

Este tipo de error determina la impunidad de la conducta.

Para la llamada teoría del dolo, el error invencible hace desaparecer el conocimiento de la antijuridicidad, de manera que la impunidad se produce tanto por ausencia de dolo como de culpa.

Para la llamada teoría de la culpabilidad, el error de prohibición invencible conduce a la impunidad porque, siendo el conocimiento de la antijuridicidad uno de los pilares en que se basa el juicio de culpabilidad, el mismo no puede formularse, desapareciendo totalmente la culpabilidad, sin cuya afirmación no puede imponerse pena alguna.⁸³

E.- El error de prohibición vencible.

Para el sistema causalista el error de prohibición, que supone la falta de diligencia en el sujeto que no quiso informarse previamente, determina la desaparición del dolo y la subsistencia de la imprudencia o *culpa iuris*, y esta será la forma en que se castigará el hecho.

Para el sistema finalista el error de prohibición vencible produce una reducción del reproche en el que se plasma el juicio de culpabilidad, puesto que el carácter doloso del

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 316.

⁸⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., <<El error sobre elementos>>, Madrid, 2008, pág. 183.

⁸¹ En este sentido podemos citar las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 26/1994, de 27 de enero, FJ.5, y nº 67/1998, de 18 de marzo, FJ.7.

⁸² QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, pág. 457.

⁸³ QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, pág. 457.

hecho no depende de que el autor conociera o no la antijuridicidad, y esa reducción del reproche debe traducirse también en una reducción de la pena.⁸⁴

Si el error de prohibición es invencible, es una causa de justificación, y si es vencible es una causa de disminución de la culpabilidad, lo que en opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO significa que el criterio de la evitabilidad es puramente subjetivo, individual o personal, no existiendo errores de prohibición objetivamente invencibles, lo que a su vez tiene consecuencias especialmente a efectos de la legítima defensa, la responsabilidad civil y de autoría y participación.⁸⁵

5.- LA CONSCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. EL TRATAMIENTO Y LA PUNICIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL ARTÍCULO 14.3 DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. ¿ESTÁ JUSTIFICADO EL CASTIGO PENAL EN ESTOS CASOS?

Centrándonos en el sistema jurídico-penal español, la falta de regulación legal del error en nuestro ordenamiento jurídico fue puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, hasta que la LO 8/1983 introdujo en el Código Penal de 1973 el artículo 6 bis a), antecedente del actual artículo 14 del Código Penal de 1995.⁸⁶

Y no se trataba sólo de una carencia técnica, sino de una cuestión de mayor profundidad, pues el error, “en cuanto reverso de la consciencia de la antijuridicidad, permite apreciar una base positiva para el principio de culpabilidad, pero, y especialmente, expresa el respeto del derecho penal positivo por la posición del ciudadano frente a los mandatos y prohibiciones del derecho. Despreciar la condición de ser dotado de capacidad intelectual sería un modo de tratar al ciudadano con desprecio. Regular el error era por ello una exigencia de respeto a la persona”.⁸⁷

La regulación del error de prohibición en el Código Penal actual es prácticamente idéntica a la contenida en el párrafo tercero del artículo 6 bis a) del Código Penal de 1973.⁸⁸

El apartado 3 del artículo 14 CP, que dispone que “*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*”.

Es opinión prácticamente dominante en nuestra doctrina que la regulación del error de prohibición que realiza nuestro Código Penal se refiere al error sobre la ilicitud de la conducta y no al error sobre la ilicitud penal o sobre la punibilidad de la misma.⁸⁹

De manera que, en nuestro ordenamiento jurídico actual:

⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, págs. 457-458.

⁸⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., <<El error sobre elementos>>, Madrid, 2008, pág. 178.

⁸⁶ LUZÓN CUESTA, J. M., <<Compendio>>, Madrid, 2011, pág. 72.

⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, pág. 459.

⁸⁸ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, pág. 125.

⁸⁹ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, pág. 126.

1.- El error de prohibición invencible, que implica la exclusión plena del conocimiento del carácter antijurídico del hecho, en cuanto elemento integrante de la culpabilidad, determina la exclusión de la responsabilidad penal.

2.- El error de prohibición vencible, que para los partidarios de la teoría de la culpabilidad supone la disminución de la culpabilidad, y para los partidarios de la teoría del dolo es un supuesto de imprudencia, determina la atenuación de la pena en uno o dos grados.⁹⁰

El error será vencible si era superable, es decir, si el sujeto podía haber conocido la antijuridicidad de su conducta, para lo cual es necesario que dudara o tuviera razones para dudar de la licitud de la misma y la posibilidad de informarse adecuadamente.⁹¹

En definitiva, “Lo determinante es si el conocimiento erróneo pudo ser evitado, dado que evitarlo es responsabilidad del autor. Si no pudo ser evitado, el error será invencible y no existirá responsabilidad criminal, pues el sujeto activo no pudo adecuar su conducta a las exigencias del orden jurídico penal. Si pudo ser evitado y no se evitó al no desplegar una conducta diligente, el error será vencible y existirá una responsabilidad penal atenuada, pues el sujeto activo no era normalmente motivable por la norma penal. Finalmente si el error pudo ser evitado y no se desarrolló actividad alguna o, la desplegada fue burda para despejar toda duda al respecto, existirá una responsabilidad penal plena pues el sujeto pudo autoconducirse en términos respetuosos con la ley penal.” (Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa nº 60/2012, de 13 de febrero de 2012).

QUINTERO OLIVARES entiende que la redacción del artículo 14.3 CP no abarca los supuestos de error sobre causas de inexigibilidad subjetiva de la conducta, es decir, no abarca las denominadas causas de exculpación. Las situaciones de inexigibilidad subjetiva de la conducta excluyen la culpabilidad del sujeto, pero no el carácter antijurídico de la acción, por lo que en consecuencia la solución para estos supuestos de inexigibilidad subjetiva de la conducta deberá fundamentarse en una construcción que reclama la analogía *in bonam partem*.⁹²

En el Código Penal de 1995 la atenuación prevista para el error de prohibición vencible es obligatoria. En ello se aparta de la “teoría de la culpabilidad” tal y como fue formulada por WELZEL, pues éste proponía para estos supuestos una atenuación meramente facultativa de la pena. No obstante, la doctrina considera preferible y adecuado el tratamiento que hace el artículo 14.3 CP del error de prohibición vencible, porque lo considera más adecuado al principio de culpabilidad. En este sentido CEREZO MIR pone de manifiesto que aunque “es verdad que el carácter obligatorio de la atenuación de la pena tiene el inconveniente de que la pena tiene que ser atenuada aunque el error de prohibición fuera muy fácilmente vencible, pero lo cierto es que, aún en ese caso, el sujeto actuaba sin conciencia de la antijuridicidad de su conducta, creía que su conducta era lícita y estaba disminuida, por tanto, su capacidad de obrar de otro

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, pág. 466.

⁹¹ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, pág. 127.

⁹² QUINTERO OLIVARES, G., <<Parte General>>, 2010, pág. 467.

modo, es decir conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. La reprochabilidad personal de su acción u omisión es menor que si obrara con consciencia de la antijuridicidad.” Por ello, a la vista de la regulación del error de prohibición en el Código Penal español, es indudable que la consciencia de la antijuridicidad de la conducta no es un elemento del dolo, y que en los supuestos de error de prohibición vencible no queda excluida la responsabilidad dolosa. Para el autor, el error de prohibición puede darse no sólo en los delitos dolosos, sino también en los delitos imprudentes, pues la regulación del artículo 14.3 CP es de carácter general, y por tanto aplicable tanto a los delitos dolosos como imprudentes.⁹³

En contra de la opinión anterior, para MIR PUIG, la regulación del Código Penal no sólo no obliga a la teoría de la culpabilidad, sino que ofrece un importante argumento a favor de la teoría del dolo: que se remita a la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito doloso no significa que también lo sea, sino que se trata de una regla de determinación de la pena, estableciendo una cláusula general de *culpa iuris*, para evitar la inconveniente impunidad del error de prohibición vencible en todos los casos en que no sea punible la *culpa facti*.⁹⁴ Y en contra, a su vez, de esta opinión CEREZO MIR sostiene que si la regulación de la pena para el caso de error de prohibición vencible que recoge el artículo 14.3 CP fuera una mera regla técnica de determinación de la pena para la imprudencia de Derecho o referida a la prohibición, al ser aplicable en todas las infracciones penales estaría en contradicción con el principio de la excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes que establece el artículo 12 CP.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO llega a las siguientes conclusiones en relación con el error de prohibición:

- 1.- Que el error de prohibición que no es consecuencia lógica de un error de tipo se produce cuando el sujeto, pese a conocer todos los elementos configuradores de la prohibición, desconoce la valoración negativa y la prohibición jurídica de su conducta.
- 2.- Que aunque la doctrina mayoritaria considera irrelevante el error sobre la prohibición penal de la conducta, el mismo puede ser relevante si afecta a la culpabilidad del sujeto, lo que puede traducirse penalmente en una menor punición dentro del marco penal del delito de que se trate, incluso rebasando el límite inferior acudiendo a una atenuante analógica que puede ser muy cualificada.
- 3.- Que el error de prohibición es relevante pues afecta a la culpabilidad del sujeto que la sufre. El artículo 14.3 CP hace incuestionable la relevancia del error de prohibición.
- 4.- Que es rechazable que el error de prohibición excluye el dolo, dejando subsistente la imprudencia como *culpa iuris*, si es vencible, y excluyéndola si es inevitable. La teoría del dolo es sólo de manera forzada compatible con la regulación del artículo 14.3 CP.
- 5.- Que la teoría de la culpabilidad, que sostiene que el error de prohibición no excluye el dolo, sino que afecta a la culpabilidad del sujeto, excluyéndola si es vencible y

⁹³ CEREZO MIR, J., <<Curso de Derecho Penal>> Madrid, 2001, pág. 129-131.

⁹⁴ LUZÓN CUESTA, J. M., <<Compendio>>, Madrid, 1997, pág. 72.

atenuándola si el error es vencible, evita las lagunas de punición que provocaría la teoría del dolo en los supuestos de error vencible de prohibición en numerosos delitos cuya comisión imprudente no se castiga.

6.- Que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, siguiendo la versión de la teoría restringida de la culpabilidad fundada en la teoría de los elementos negativos del tipo, es un error de tipo.

7.- Que el error de prohibición es un causa de exculpación si es invencible, y una causa de disminución de la culpabilidad si es vencible, lo que significa que el criterio de la evitabilidad es puramente subjetivo, en el sentido de personal o individual, no existiendo errores de prohibición objetivamente invencibles.

8.- Y que no deben exagerarse las exigencias de conocimiento del Derecho por el ciudadano en un ordenamiento jurídico complejo reflejo de una sociedad cada vez más compleja.⁹⁵

Partiendo de que el error de prohibición no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que se haya realizado, tiene, por tanto, los mismos efectos que una causa de exculpación, sin que el Estado pueda conceder relevancia a las creencias y opiniones subjetivas individuales más allá de los límites expuestos, pues lo contrario haría depender la vigencia objetiva de las normas jurídicas de su aceptación por el individuo, ya que la responsabilidad penal exige el conocimiento de la antijuridicidad o de las normas que la determinan, pero no el reconocimiento de las mismas.⁹⁶

6.- JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO PENAL EN SUPUESTOS DE FALTA DE CONOCIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL.

A modo de cierre de la presente exposición, y haciendo unas breves reflexiones sobre los efectos del error de prohibición, comparando las consecuencias penológicas de la apreciación de un error de prohibición vencible, con las consecuencias penológicas previstas en el Código Penal actual para otros supuestos de disminución de la culpabilidad por la concurrencia como eximentes incompletas de otras causas de inculpabilidad, como puede ser la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, apreciamos que del juego de los artículos 20.1ª y 21.1ª CP, en relación con los artículos 66 y 68 CP, que tanto en uno como en otro caso, prevén la atenuación de la pena con carácter obligatorio, resulta que deberá aplicarse la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley. Y esta igualdad de tratamiento penológico parece equitativa, pues, aunque en el artículo 14.3 CP no se recogen criterios indicadores para determinar la rebaja, como sí hace el artículo 68 CP, que ordena atender al número y la entidad de los requisitos que falten o concurren y a las circunstancias personales del autor, la ponderación de las circunstancias concurrentes, deberá hacerse también por el

⁹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., <<El error sobre elementos>>, Madrid, 2008, págs. 176-178.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., <<Derecho Penal>>. Valencia, 2010, pág. 386.

Juzgador en el caso del error de prohibición vencible para motivar la rebaja de la pena en uno o en dos grados.

En cuanto a las consecuencias penológicas del error de prohibición invencible y las de la concurrencia una eximente completa, como sabemos, serían las mismas, la irresponsabilidad criminal y por ende la irresponsabilidad penal. Pero cabe plantearse si puede aplicarse a los supuestos de error de prohibición invencible una medida de seguridad cuando concurra algún tipo de déficit intelectual o enfermedad mental, que sí está expresamente prevista en el Código Penal para en el caso de la concurrencia de una eximente completa por causa de inculpabilidad (o de inimputabilidad en tanto presupuesto de la culpabilidad) como puede ser la anomalía o alteración psíquica del art. 20.1ª CP. En mi opinión el principio de legalidad, que en su vertiente de garantía penal recoge el artículo 2.1 CP, impide tal consideración, por cuanto los artículos 101 a 104 CP recogen taxativamente los supuestos a los que pueden aplicarse, sin que proceda aplicar medidas de seguridad por analogía.

Por último, en el artículo 118.2 CP se establece que “*En el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho*”. Aunque como principio general la responsabilidad civil *ex delicto* supone la previa declaración de la responsabilidad criminal, sin embargo existen algunos supuestos en que puede declararse la responsabilidad civil por el delito sin la concurrencia de responsabilidad criminal en el sujeto, bien porque el autor está amparado por una eximente, bien porque los responsables civiles lo sean en razón de hechos delictivos ajenos. El artículo 118 CP recoge el primer grupo de supuestos, es decir aquellos en que el autor del delito está amparado por una eximente.⁹⁷ Por tanto, la exención de responsabilidad criminal declarada en el artículo 14.3 CP no exime de la responsabilidad civil.

BIBLIOGRAFÍA.-

BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; SERRANO PIEDECASAS, J. R. y GARCÍA RIVAS, N., Lecciones de derecho Penal. Parte General, Editorial Praxis, Barcelona, 1999.

CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Tecnos, Madrid, 2001.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., El error sobre elementos normativos del tipo penal, La Ley, Madrid, 2008.

DE LA FUENTE HORUBIA, F., Las Consecuencias Accesorias del Artículo 129 del Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2004.

GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010.

LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., Derecho Penal Español. Parte General, Tecnos, Madrid, 2010.

⁹⁷ DE LA FUENTE HORUBIA, F., Las Consecuencias Accesorias del Artículo 129 del Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 282-283.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Tratado de Derecho Penal. Parte General, Civitas, Aranzadi, Navarra, 2010.
- LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General. Dykinson, Madrid, 1997.
- LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General. Dykinson, Madrid, 2011.
- LUZÓN PEÑA, D. M., Curso de Derecho Penal, Parte General, I. Madrid, Edit. Universitas, 1996.
- MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008.
- MORILLAS CUEVA, L., Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad, Dykinson, Madrid, 2008.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General, Tirant lo blanc, Valencia, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G., con la colaboración de MORALES PRATS, F., Parte General del