

El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo *

UJALA JOSHI JUBERT

Becaria de Investigación.
(Departamento de Derecho Penal. Universidad de Barcelona)

I

Durante largo tiempo la jurisprudencia del TS no concedió relevancia penal al error de Derecho, salvo cuando tenía por objeto una norma extrapenal. Ello se basó primero en el artículo 2.º CC y luego en el artículo 6.º del mismo cuerpo legal, según los cuales la ignorancia de la ley no excusaba de su cumplimiento (1). El artículo 6.º bis a) del CP, en cuanto atribuye efectos tanto al error sobre el tipo como al error sobre la prohibición, ha modificado esta doctrina. No puede ya partirse del principio «ignorantia iuris non excusat», alegado tradicionalmente por la jurisprudencia (2). Se discute actualmente si este precepto acoge la teoría de la culpabilidad o bien la teoría del dolo (3).

Lo que no regula expresamente el artículo 6.º bis a) del CP son las consecuencias que debe tener el error sobre las causas de justificación. En consecuencia, ello dependerá de cómo se conciban las causas de justificación, y en última instancia de la concepción de la teo-

* Agradezco la ayuda recibida de la CINIT de la Generalitat de Catalunya

(1) Vid CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pp. 17 y ss.; QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 39 y ss.

(2) En contra la STS 1-2-1986, según la cual «en el error iuris o error de prohibición impera el principio *ignorantia iuris non excusat*». En el mismo sentido, STS 4-2-1987.

(3) De otra opinión, BUSTOS RAMÍREZ, *El tratamiento del error en la Reforma de 1983: artículo 6 bis a)*, ADPCP, 1985, pp. 718 y 719, que considera que «la reforma del año 1983 se aparta en el artículo 6 bis a) de las llamadas teorías del dolo y de la culpabilidad y sus variantes», y entiende que el error está regulado en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a), mientras que el párrafo 3.º de dicho precepto contiene una causa de inexigibilidad del injusto. Critica esta posición MUÑOZ CONDE, «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», *Estudios penales y criminológicos 1985-1986*, Santiago de Compostela, 1987, p. 266, nota 19: «conciencia y conocimiento son situaciones psicológicamente similares que sólo pueden diferenciarse en el plano normativo».

ría del delito que se sustente. Hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en tratar el error sobre la *existencia* y el error sobre los *límites* de una causa de justificación como errores de prohibición. El objetivo de este trabajo es analizar cuál es la posición del TS, a partir de la reforma del CP de 1983, en materia de error sobre los *presupuestos objetivos* de una causa de justificación. Pero antes convendrá anteponer brevemente las interpretaciones que del artículo 6.º bis a) han propuesto la doctrina y la jurisprudencia.

II

1. La doctrina mayoritaria española entiende que el artículo 6.º bis a) del CP regula las consecuencias del error de acuerdo con la teoría de la culpabilidad, y concretamente según la versión estricta (4). En consecuencia, para este sector doctrinal dicho artículo distingue entre error de tipo (1.º y 2.º párrafos) y error de prohibición (párrafo 3.º) (5). La falta de conocimiento de la antijuricidad no elimina el dolo del tipo ya que si el error de prohibición es vencible, el hecho se castiga con la pena del delito doloso atenuado (6). Según esta interpretación, este precepto ofrecería, pues, importantes argumentos en favor del dolo natural, y de su ubicación sistemática en la antijuricidad, quedando la conciencia de la antijuricidad en la culpabilidad (7). Otra consecuencia sería el trato que debe recibir el error sobre las causas de justificación: este error, en cualquiera de sus modalidades, daría lugar a un error de prohibición, y a la aplicación del párrafo 3.º del artículo 6.º bis a).

Es dudoso que del artículo 6.º bis a) se desprendan los conceptos de dolo y de conocimiento de la antijuricidad, y su respectiva ubicación sistemática. Esta conclusión —la de que el artículo 6.º bis a) re-

(4) Vid. MUÑOZ CONDE, *La creencia*, pp. 266 y ss.

(5) En contra, BACIGALUPO, «La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de CP de 1980», *La Ley*, 16, 1981, pp. 920-921, que considera que el error de tipo y el error de prohibición tienen cabida indistintamente en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 6 bis a). De otra opinión, ZUGALDIA ESPINAR, «El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del CP español de 1980», en *CPC número 15*, 1981, pp. 512 y 517, que admite que las posibilidades interpretativas del artículo 20 son muchísimas; MIR PUIG, «El error de prohibición en la Reforma Urgente y Parcial del CP», en *Ponencia presentada en el seminario sobre la Reforma Penal*, Universidad de La Laguna, junio 1983, pp. 3 y ss., da argumentos a favor de la posibilidad de distinguir entre error de tipo y error de prohibición en el artículo 6 bis a).

(6) Cfr. HUERTA TOCILDO, «El error vencible de prohibición en el Proyecto de ley Org. de CP», en *RFUC*, monográfico 3, 1980, p. 35, para quien la regulación del error «ofrece argumentos definitivos en favor de la inclusión del dolo natural en el tipo de injusto doloso y resulta incompatible con la visión causal de la teoría del delito»; según GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica del Delito», *Derecho Penal, PG*, Madrid, 1984, pp. 97 y ss., los artículos 6 bis a) y 6 bis b) ofrecen argumentos que «posibilitan» el concepto natural del dolo, su ubicación sistemática en el injusto y la conciencia potencial de la antijuricidad situada en la culpabilidad.

(7) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 99 y ss., deriva del artículo 6 bis a) que la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo y que debe exigirse un conocimiento potencial de la misma.

coge la teoría estricta de la culpabilidad— no es, pues, en absoluto obligada. Cabe también sostener tanto la teoría del dolo, como la teoría de la culpabilidad limitada. En efecto, el defender una u otra teoría no puede derivarse del mencionado precepto, sino que dependerá de argumentos dogmáticos y de consideraciones de política criminal (8). Como ha puesto de manifiesto Mir Puig, el artículo 6.º bis a) no supone ningún obstáculo a la teoría del dolo: en él no se contemplan categorías sistemáticas, sino sólo reglas de determinación de la pena. Así, por ejemplo, el hecho de que el párrafo 3.º imponga una pena inferior a la del delito doloso atenuado para los supuestos de error vencible de prohibición, no significa necesariamente que tal error no afecte al dolo, ni que su situación sistemática corresponda en la culpabilidad. El artículo 565, último párrafo, del CP obliga a imponer siempre la pena inferior a la del hecho doloso sin que por ello se diga que en estos casos el sujeto comete un delito doloso. De la misma forma, nada impide entender el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) como una cláusula general de culpa iuris con objeto de evitar la impunidad del error vencible de prohibición en todos los casos en que no sea punible la culpa facti (9).

Otro argumento que pone también de manifiesto que la aplicación del artículo 66 en los casos de error vencible de prohibición no ha de significar necesariamente que este error afecte a la culpabilidad es el siguiente: también la pena de las eximentes incompletas se calcula en base al artículo 66, y no por ello se entenderá que todas ellas afectan a la culpabilidad. En efecto, cabe distinguir entre las eximentes incompletas relativas a una causa de exculpación, que sin duda disminuirán la culpabilidad, y las eximentes incompletas relativas a una causa de justificación, que disminuirán el injusto y no la culpabilidad. Así, pues, podría, igualmente, entenderse que el error de prohibición vencible disminuye el injusto doloso.

2. Mientras que la doctrina española manejaba la distinción error de tipo/error de prohibición, y consideraba relevantes a ambos ya antes de la reforma de 1983, muy otra ha sido la posición de la jurisprudencia (10). Ésta mantuvo durante mucho tiempo la distinción entre error de hecho y error de derecho (que podía ser penal o extrapenal),

(8) En este sentido, MIR PUIG, *El error*, p. 2 y pp. 14 y ss.: El mismo, «Derecho Penal», *Parte General*, 2.ª ed. Barcelona, 1985, p. 549, para este autor otro argumento en contra de que el artículo 6 bis a) acoja la teoría de la culpabilidad es que según este precepto todo error, incluso el burdo, impide el castigo señalado al hecho doloso. Ello se opone al principio de la teoría de la culpabilidad estricta, según el cual la atenuación no es obligatoria, sino sólo facultativa. Una discusión paralela se plantea en Alemania, en relación a los párrafos 16 y 17 StGB: mientras que la doctrina mayoritaria entiende necesario acoger la teoría de la culpabilidad (ver por todos JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, Barcelona, 1981, p. 398), un sector doctrinal cree factible una interpretación de acuerdo con la teoría del dolo. En este sentido, vid. LANGER, «Voratztheorie un Strafgesetzliche Irrtumsregelung», *GA*, 1976, pp. 214 y ss., según el cual una interpretación semántica, sistemática y objetivo-teleológica de los párrafos 16 y 17 del StGB permite admitir la teoría del dolo. En el mismo sentido, vid. SCHMIDHÄUSER, «Strafrecht», *AT*, 2.ª Auf. 1984, p. 223.

(9) Cfr. MIR PUIG, *El error*, pp. 9 y ss.

(10) Cfr. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, *passim*.

atribuyendo eficacia excusante sólo al primero, y al segundo, cuando versaba sobre una norma extrapenal. A partir de la introducción del artículo 6.º bis a) esta interpretación difícilmente puede prosperar: este precepto reconoce efectos penales al error de tipo y al error de prohibición. Pero importa examinar cuál es la posición actual del TS ante estas dos clases de error. Igualmente interesa preguntar si sigue manteniendo la teoría del dolo, tradicionalmente sustentada, o bien si la sustituye, por el contrario, por la teoría de la culpabilidad.

La jurisprudencia acepta ya mayoritariamente la distinción entre error de tipo y error de prohibición, e incluye aquél en el párrafo 1.º del artículo 6.º bis a), y éste en el párrafo 3.º del mismo precepto (11). El error de tipo es el que versa sobre los hechos integradores de la conducta tipificada (SSTS 14-12-1985 y 1-2-1986), el error de prohibición, que puede tener su origen tanto en un error sobre la norma prohibitiva, como en un error sobre las causas de justificación (STS 18-11-1985), supone la errónea conjetura de estar obrando en términos correctos de licitud (STS 21-1-1986). Ahora bien, el hecho de que el TS admita dicha distinción no significa todavía que abandone la teoría del dolo en favor de la teoría de la culpabilidad, como lo demuestran las consecuencias que atribuye a ambos errores, su ubicación sistemática y el concepto de dolo que maneja.

En efecto, si la jurisprudencia acogiera la teoría de la culpabilidad tendría que aceptar que el dolo es un dolo natural situado en el injusto, que la conciencia de la culpabilidad, separada ya del dolo, afecta a la culpabilidad, y que el error de tipo excluye el dolo, pero no así el error de prohibición. En cambio, casi todas las sentencias del TS de los años 1984 a 1986 (12) coinciden en afirmar que el error de prohibición elimina el dolo y que por lo tanto en caso de ser invencible da lugar a la impunidad por «decaimiento del elemento culpabilístico». Si es vencible (13), la infracción será castigada como culposa con arreglo a la jerarquización prevista en los artículos 565, párrafos 1.º y 2.º, y el artículo 586, párrafo 3.º (en este sentido las SSTS 26-1-1984, 14-5-1985 y 3-11-1986). Las mismas consecuencias se aplican al error de tipo (impunidad si es invencible, imprudencia si es vencible: STS 14-12-1985). Así, pues, la jurisprudencia entiende que el dolo, considerado como forma de culpabilidad, comprende tanto el querer y conocer los elementos del tipo como la conciencia de la antijuricidad, y, en consecuencia, que la falta de cualquiera de estos elementos excluye el dolo (SSTS 14-12-1985, 26-2-1986, 15-3-1986 y 8-4-1986). Final-

(11) En este sentido, SSTS 24-4-1985, 14-5-1985, 18-10-1985, 18-11-1985, 1-2-1986.

(12) En contra la STS 1-2-1986, para la cual el error de tipo afecta a la genuina tipicidad, y se circunscribe al dolo natural del delito y altera el tipo de lo injusto de las figuras dolosas, mientras que el error de prohibición se refiere al conocimiento de la antijuricidad y se integra y atañe a la culpabilidad. Si es vencible se atenúa la pena del delito doloso.

(13) El criterio para decidir la vencibilidad o invencibilidad del error, según el TS, es el siguiente: «debe tenerse en cuenta, de un lado, las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, y de otro, las probabilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia anti-jurídica de su obrar» (STS 21-2-1986).

mente, cabe señalar que no se contenta con una conciencia potencial de la antijuricidad, sino que exige su conocimiento actual (SSTS 4-9-1985, 20-4-1985, 6-12-1985, y 4-3-1986). En este sentido, la STS 6-12-1985 declara que el dolo «supone la concurrencia de dos factores: a) el factor intelectual, o sea, el conocimiento actual de los hechos constitutivos de la infracción criminal y de sus circunstancias objetivas... b) elemento intelectual extensible asimismo a la significación antijurídica, no formal, pero sí material, del comportamiento, advertencia —no equivalente a la imposición de una subsunción jurídica, sino traducida en una valoración racional de la conducta— con conciencia de su enfrentamiento con determinados intereses jurídicamente protegidos».

En conclusión, la jurisprudencia absolutamente mayoritaria del TS coincide en afirmar que el artículo 6.º bis a) distingue entre error de tipo y error de prohibición, que tanto el querer y conocer los elementos del tipo como la conciencia actual de la antijuricidad constituyen elementos del dolo, que error de tipo y error de prohibición afectan al dolo y por tanto a la culpabilidad, y que cuando sean vencibles darán lugar ambos a imprudencia. De esta doctrina se separan, por un lado, aquellas sentencias, antes citadas, para las cuales el artículo 6.º bis a) sólo regula el error de prohibición, y, por otro lado, las sentencias también mencionadas, según las cuales el dolo natural está situado en el injusto y la conciencia de la antijuricidad es un elemento de la culpabilidad.

III

No hay en el CP ningún precepto relativo al *error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación*. Tradicionalmente, la jurisprudencia ha seguido lo que algunos autores llaman la vía de la eximente putativa. En efecto, un sector mayoritario de la jurisprudencia, en caso de error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación estimaba la propia eximente puesto que entendía que la creencia racional de que concurrían los presupuestos era requisito suficiente para poder estimarla. Y cuando el error era vencible apreciaba un delito imprudente. Sin embargo, algunas sentencias trataban al error sobre los presupuestos de una causa de justificación como error de prohibición. Según este sector de la jurisprudencia, el error invencible sobre los elementos de justificación da lugar a la impunidad, y el vencible a imprudencia (14). Actualmente, con la introducción en el CP del artículo 6.º bis a) parece más acertada esta vía del error. Y así lo entiende la doctrina mayoritaria. Pero esta conclusión no nos soluciona todavía el problema planteado: ¿Qué párrafo del artículo 6.º bis a) cabe aplicar en los supuestos de error sobre los presupuestos de justificación? ¿El del error de prohibición, o el que re-

(14) Sobre estas dos posiciones de la jurisprudencia vid. CORDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1976, pp. 260 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 310 y ss.

gula el error de tipo? La solución depende, otra vez, de consideraciones dogmáticas y de política criminal.

Según un sector doctrinal lo dogmáticamente y político criminalmente correcto es estimar error de prohibición. Para otro sector, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es dogmáticamente un error de tipo, y además este es el tratamiento adecuado y más justo. Finalmente, otros autores distinguen entre la naturaleza dogmática (que sería la de un error «sui generis»), y el tratamiento que debe recibir (aplicación analógica de las reglas del error de tipo o del error de prohibición). Veamos, en primer lugar, la posición que defiende que este error debe ser tratado como un error de prohibición por ser ésta su naturaleza dogmática.

1. A) Defienden esta concepción los partidarios de la *teoría estricta de la culpabilidad*. Su fundamentación originaria arranca de los presupuestos del finalismo. Este sector doctrinal concibe la norma penal como norma de determinación, que prohíbe conductas finales, al tipo como tipificación de las conductas insoportables para la vida social y relevantes para el Derecho penal. Según esta posición, toda conducta típica infringe una norma de prohibición (en abstracto), pero esto no significa necesariamente que sea contraria al ordenamiento jurídico. Para que ello suceda hará falta algo más: será necesario que en el caso concreto no concorra ningún precepto permisivo (causa de justificación). En consecuencia, según este punto de vista, hay conductas prohibidas (típicas) antijurídicas, y conductas prohibidas (típicas) permitidas; el tipo, a pesar de no ser valorativamente neutro, no dice aún nada sobre si su realización debe valorarse como contraria a Derecho (15); y el dolo y la imprudencia se hallan referidos necesariamente a los elementos del tipo, y sólo a ellos: para que concorra dolo se considerará suficiente que el sujeto quiera y conozca la realización del tipo (en sentido estricto), sin que este querer y conocer se extiendan a los presupuestos de las causas de justificación. El que yerra sobre los requisitos objetivos de una causa de justificación actúa con el dolo del tipo intacto. El que, por ejemplo, mata en legítima defensa putativa conoce y sabe que está matando a otro. Este sector de la doctrina entiende que, en este caso, lo que falta al sujeto es la conciencia de la antijuricidad, puesto que cree que su conducta es lícita cuando en realidad es contraria a Derecho [el sujeto se pregunta si su hecho está prohibido o no y responde afirmativamente (16)]. En definitiva, el

(15) Cfr. WELZEL, «Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatives Problem», en *ZStW*, 1955, p. 211, nota 30: El mismo, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 56. Según este autor, el dolo debe abarcar tanto a los elementos positivos como a los llamados elementos negativos del tipo, pero no a los presupuestos objetivos de justificación, puesto que si estos presupuestos fuesen elementos del tipo, el sujeto tendría que tener también conciencia actual de ellos (el dolo requeriría la actualidad de la no concurrencia de todos los presupuestos de la causa de justificación) y esto es imposible: «¿Qué dolo más monstruoso sería este, y ante qué imposibilidad psicológica nos encontraríamos!» En el mismo sentido vid. FUKUDA, «Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe», en *J.Z.*, 1958, p. 144.

(16) Cfr. FUKUDA, *Das Problem*, p. 147, para el cual «ello demuestra que el dolo per-

sujeto incurriría en un error sobre la autorización de su conducta, error de prohibición que si es vencible atenuará la culpabilidad, y si es invencible la excluirá.

B) La teoría de la culpabilidad estricta ha sido defendida por autores no estrictamente finalistas y, a su vez, criticada desde posiciones finalistas puras. En efecto, un sector doctrinal no finalista mantiene también que el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación es un error de prohibición al faltar en estos casos al sujeto la conciencia de la licitud de su conducta. En este sentido se pretende que el sujeto que actúa suponiendo erróneamente la presencia de los elementos objetivos de justificación, actúa con pleno desvalor de la acción y del resultado, mientras que el comportamiento, también típico, realizado en la creencia invencible de que concurren los presupuestos objetivos de la justificación no excluye ninguno de los dos desvalores (17).

Ello se basa en que, según esta opinión el error que contemplamos no impide que el sujeto quiera realizar la conducta típica que ha llevado a cabo. El que mata porque cree erróneamente que le atacan, quiere la conducta de matar. De ahí se derivaría la conclusión de que su conducta es disvaliosa para el Derecho (18). Pero si el sujeto realiza una acción típica justificada (y él lo sabe), aunque también en este supuesto sabe y quiere la conducta típica, se dirá que no hay desvalor de la acción (por supuesto, tampoco habrá desvalor del resultado). Esto no resulta coherente con lo anterior (19). Si se define el desvalor de la acción, como hacen estos autores, a partir de la voluntad dirigida a la realización típica (en sentido estricto), luego tendría que afirmarse la presencia de éste en ambos casos. Y más correcto sería entender que en los dos supuestos el «desvalor de la acción» aparece en el caso concreto valorado positivamente.

C) La teoría estricta de la culpabilidad sostiene que el error sobre los presupuestos de justificación no excluye nunca la antijuricidad. Si es invencible faltará la culpabilidad, ya que al sujeto no le era posible conocer la ilicitud de su comportamiento. Si es vencible, sólo se atenuará, en su caso, la culpabilidad. Sus defensores consideran que esta es la solución preferible por varios motivos. *En primer lugar*, por-

manece intacto, puesto que en la imprudencia el sujeto no se pregunta por la prohibición de su conducta».

(17) Vid. JESCHECK, *Tratado*, p. 323; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, Bogotá, 1984, p. 87: «Ambos conceptos son igualmente importantes en la configuración de la antijuricidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados.»

(18) Para HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, p. 125, en el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación concurre tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado, ya que el dolo típico no exige otra cosa que el conocimiento de los hechos y voluntad de realización, elementos ambos, que, según la citada autora, concurren en los supuestos de legítima defensa putativa. ¿Pero acaso no concurre también este dolo típico en la legítima defensa real?

(19) Así, vid. CEREZO MIR, *Curso*, p. 411, que entiende que cuando concurren todos los presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación la acción es valiosa para el derecho.

que es la única teoría que permite castigar los hechos dolosos como lo que son, a saber, hechos dolosos (20). En nuestro Derecho no sería válida la crítica que se ha dirigido a este planteamiento, cuando supone la atenuación meramente *facultativa* de la pena del delito doloso para el error vencible, en el sentido de que no sería justo que pudiera tratarse a quien actúa en error vencible de prohibición como cualquier otro autor doloso: en nuestro Código el párrafo 3.º del artículo 6 bis a) prevé para el error vencible mencionado la atenuación *forzosa* (21). En Alemania la situación es distinta ya que el párrafo 17 StGB no obliga a atenuar, por lo que algún autor ha propuesto que se prevean dos preceptos para el error de prohibición, uno para los casos normales de error vencible de prohibición, en que la atenuación tendría que ser forzosa, y otro para los supuestos de ceguera jurídica, sin atenuación o atenuación facultativa (22). *En segundo lugar*, la teoría de la culpabilidad estricta evita que en los supuestos de delitos no susceptibles de comisión imprudente se llegue a la misma consecuencia de impunidad tanto si el autor yerra de forma vencible como invencible, según ha de aceptar la teoría del dolo (23). De esta forma, las lagunas derivadas de la falta del correspondiente tipo imprudente desaparecen sin necesidad de acudir al discutible recurso de fingir una especial enemistad con el Derecho (24). *En tercer lugar*, esta teoría permite tratar de distinta forma el error sobre los presupuestos de justificación y el error de tipo, lo que se estima correcto porque el conocimiento que tiene el autor de la concurrencia de todos los elementos del tipo debe servirle de estímulo para cerciorarse de la presencia de los requisitos objetivos de justificación (25). *En cuarto y último lugar*, el mayor arbitrio que esta teoría concede al juez la hace, en opinión de sus defensores, político-criminalmente preferible (26).

D) Una posición especial dentro de la teoría de la culpabilidad estricta es la de otros autores que distinguen en mayor medida entre el tratamiento que debe recibir el error invencible y el error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación. Por una parte, un sector doctrinal entiende que la concurrencia de la situación justificante debe ser examinada *ex-ante*, de tal forma que si *ex-ante* el espectador objetivo, en la situación y con los conocimientos del sujeto, decide que concurren los presupuestos objetivos de la causa de justi-

(20) Cfr. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal II*, p. 145.

(21) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 295; BACIGALUPO, *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. 1.º, Madrid, 1985, p. 58, que considera que la atenuación obligatoria prevista por el artículo 6 bis a) párrafo 3.º es contraria a la teoría de la culpabilidad, que sólo exige una atenuación facultativa.

(22) Cfr. WARDA, «Zur gesetzlichen Regelung des Vermeidbaren Verbotsirrtums», en *ZStW*, 1959, p. 256.

(23) Cfr. MAURACH, *Tratado*, p. 146; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, pp. 36 y ss.

(24) Vid. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, p. 125; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, p. 145.

(25) Cfr. CEREZO MIR, «La doble posición del dolo», en *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Madrid, 1982, p. 202.

(26) Vid. ZUGALDIA ESPINAR, *El tratamiento*, p. 519.

ficación, hay que apreciar ésta y excluir el injusto (27). En la doctrina española es partidario de este tratamiento diferenciador, aunque partiendo de una perspectiva objetiva y no finalista, Gómez Benítez. Este autor parte de la necesidad de realizar un examen conforme a deber como requisito de toda causa de justificación. Pero este requisito no es entendido como un elemento subjetivo al lado del propio elemento subjetivo de las causas de justificación, sino como elemento objetivo, de tal forma que si el sujeto realiza este examen conforme a deber llegando a creer invenciblemente que concurren los requisitos necesarios para justificar el hecho, quedará excluido el injusto: el sujeto habrá actuado sin dolo y sin imprudencia (28). Cuando el error sea vencible concurrirá un injusto doloso y lo que procederá será la atenuación de la culpabilidad (29).

Desde un punto de vista dogmático y de política criminal, se muestra también de acuerdo con la teoría de la culpabilidad estricta Córdoba Roda. Lo que ocurre, según este autor, es que esta teoría no es de recibo en Derecho Español, puesto que éste contiene una regulación particular del error de prohibición, dentro del cual incluye el error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Esto último lo basa en varias razones. En primer lugar, en que considera suficiente la conciencia y voluntad de realización del hecho para que concurra el dolo. Y en segundo lugar, en que, a su juicio, el conocimiento de la antijuricidad se encuentra fuera del ámbito del tipo y situado en la culpabilidad. En cualquier caso, si el sujeto actúa con conciencia actual de la ilicitud de su hecho se impondrá la pena del delito cometido. Si no se ha representado la ilicitud, Córdoba Roda distingue tres supuestos. *Primero*, que se dé un conocimiento potencial de la antijuricidad por deberse la situación de ignorancia a la voluntad imprudente del sujeto. En este caso la acción deberá castigarse por imprudencia. Así pues, el error vencible de prohibición, y por tanto también el error vencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, darán lugar a imprudencia (aplicación del artículo 565 CP) (30). *Segundo*, puede suceder que la situación de ignorancia en que actúa el sujeto no se le pueda atribuir a él, por no ser ésta voluntaria. En este caso faltará la culpabilidad y no existirá delito. *Tercero*, si la figura-

(27) Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Zur Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, pp. 401 y 402; CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, pp. 260 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio*, p. 262.

(28) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, 1980, p. 262: «Cuando sea afirmable la necesidad objetiva ex-ante de la justificación, y sólo entonces, puede afirmarse que el sujeto no pretendía ningún desvalor contenido social, al no haber infringido el deber objetivo de cuidado.»

(29) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio*, pp. 265 y ss.: «No puede estimarse imprudencia, porque ésta implica que el sujeto no quiere realizar el resultado típico, exactamente lo contrario a lo que ocurre en los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación.»

(30) Para CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, p. 134, en nuestro Derecho, a diferencia de lo que puede suceder en el alemán, cabe admitir la imprudencia de Derecho. Tampoco concurren, según este autor, los obstáculos de política criminal existentes en el Derecho penal alemán para incriminar por imprudencia (de derecho) al error de prohibición debido a la regulación en *numerus apertus* de la imprudencia.

ción del sujeto era objetivamente fundada, lo correcto será apreciar la propia eximente (31).

A pesar de su concepción finalista del injusto, Zielinski no acoge la teoría de la culpabilidad estricta. Para este autor, al igual que para los demás partidarios del finalismo, el tipo encierra una norma de prohibición, y las causas de justificación invalidan para un caso concreto esta prohibición. Así pues, la primera función de las causas de justificación es la de ser normas de permisión, que guardan una relación específica con la norma de prohibición. Esta relación, según Zielinski, puede concebirse de dos maneras, de forma monista, o bien, de forma dualista. Es decir, o bien la causa de justificación es una parte integrante de la prohibición, de tal manera que la limita, o bien es independiente y se erige al lado de la prohibición, dejando a ésta sin validez en un caso concreto. Zielinski considera que el uso de una regla de permisión, y con ello la posibilidad de excluir la antijuricidad, viene sólo en consideración cuando al lado de la valoración negativa de la finalidad lesiva para un bien jurídico, procede también una valoración positiva de la finalidad de conservación del bien jurídico. Y esta finalidad conservativa es, como elemento subjetivo de justificación, esencial y constitutivo para la exclusión del injusto. La exclusión del injusto se basa en un balance entre la acción proyectada y la cometida (32). Cuando el autor se encuentra en un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no sabe lo que hace, él cree que realiza una acción idéntica a la descrita por la norma permisiva, cuando en realidad no es así. Estas acciones son acciones de «deber ser» (sollen sein), y están permitidas. Lo que el sujeto proyecta hacer merece una valoración positiva (33). Pero para que este error pueda excluir el injusto, el sujeto debe haber examinado la situación de hecho correctamente. Este examen conforme a deber no es ningún presupuesto formal de la exclusión del injusto, sino que sólo adquiere significado en los casos de error sobre los presupuestos de justificación. En caso de error vencible, el sujeto ha infringido este examen conforme a deber y debe ser castigado por delito imprudente (34).

En conclusión, la teoría de la culpabilidad estricta en su versión original (para la cual, como se sabe, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es un error de prohibición, que si es invencible excluye la culpabilidad, y si es vencible la atenúa) se ha mantenido, en primer lugar, por autores finalistas; en segundo lugar, ha sido seguida en sus consecuencias por otros sectores doctrinales. En cambio, otros autores, a pesar de ser considerados muchas veces como seguidores de la teoría de la culpabilidad estricta, han mantenido una

(31) Vid. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, p. 132; el mismo, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, p. 140; El mismo, *Comentarios*, p. 267.

(32) Cfr. ZIELINSKI, *Handlungs - Und Erfolgsunwert inn Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973.

(33) Cfr. ZIELINSKI, *Handlungs*, p. 271.

(34) Cfr. ZIELINSKI, *Handlungs*, pp. 276 y 288, para quien el sujeto ha actuado con imprudencia de hecho y no de derecho. Así pues, no es correcto que todo autor finalista sea partidario de la teoría estricta de la culpabilidad como pretende BAUMANN, «Strafrecht», en *AT*, 8 Auf., 1977, p. 445.

posición mixta, en el sentido de no tratar unitariamente el error invencible y el vencible sobre las causas de justificación. Finalmente, algún sector doctrinal, partiendo de las bases del finalismo, llega a conclusiones distintas a éste en esta materia.

E) Estas teorías han sido *criticadas* por diversos motivos. Cabe distinguir la crítica político-criminal (disconformidad con los resultados) de la crítica dogmática. A su vez, esta última puede ser intrasistemática y extrasistemática.

En efecto, desde el primer punto de vista, se ha dicho que la teoría de la culpabilidad estricta lleva a resultados contrarios al sentimiento de justicia, al considerar doloso el hecho cometido en error sobre los presupuestos de justificación. Así, por ejemplo, tendría que imponerse la pena del delito de homicidio doloso atenuada cuando en la guerra un soldado mata a su propio compañero tomándolo por un enemigo (35). En realidad, se están equiparando valorativamente objetos axiológicamente distintos: el homicidio cometido a conciencia de que no concurren los presupuestos de ninguna causa de justificación, y el homicidio cometido en la creencia errónea de que concurren tales presupuestos de la justificación: en ambos casos se castiga por delito doloso (36).

Se alega también que esta teoría es contradictoria con sus propios puntos de partida. Puntos de partida que, a su vez, son en sí mismos discutibles. Mientras que en el ámbito del tipo se distingue entre error de tipo y error de prohibición, no se hace en el seno de las causas de justificación. De esta forma desconocen que el que yerra sobre la existencia de los elementos objetivos de la justificación, yerra sobre lo que hace, y no sobre la valoración de su hecho (37). El tipo de una causa de justificación puede, al igual que el tipo en sentido estricto, contener elementos descriptivos y normativos. Y si en el tipo es posible distinguir según que el error afecte a una u otra clase de elemen-

(35) Cfr. CRAMER, en *Schönke/Schroder, Strafgesetzbuch*, 21. Aufl., 1982, p. 241; ...TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 42. ed., 1985, p. 97; JESCHECK, *Tratado*, p. 635; BLEI, «Strafrecht», en *AT*, 17. Aufl., 1977.

(36) Cfr. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959, páginas 128 y 129, que considera que esta teoría además de contradecir el principio de justicia no respeta el de seguridad jurídica, puesto que no logra distinguir con claridad el error de tipo y el error de prohibición; para LANGER, *Vorsatztheorie*, p. 213, estas teorías suponen un renacimiento de la pena por sospecha (*Verdachtstrafe*); TORIO LÓPEZ, «El error vencible de prohibición en el proyecto de Código Penal de 1980», en *Reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 254 y 255; que considera que la razón de tal equiparación está en impedir que se produzcan demasiadas absoluciones, y así «se tolera el hecho de que el Estado se sirva del Derecho penal para proteger intereses que no están respaldados por la conciencia moral general».

(37) Vid. TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, p. 97; DREHER, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe Festschrift Fest für Heinitz*, 1972, p. 213; ENGISCH, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen», *ZStW*, 1958, p. 294, para quien si un cazador, al confundir a un hombre por un animal, incurre en un error de tipo, ¿por qué no lo es el confundir a un no agresor con un agresor?; ARTHUR KAUFMANN, «Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962», en *ZStW*, 1964, p. 563, nota 60; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 542; BUSCH, *Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum*, *Festschrift Fest für Mezger*, 1954, p. 180.

tos, sin incurrir en la distinción error de hecho/error de Derecho, no se entiende por qué no podrá hacerse lo mismo en el marco de las causas de justificación (38). No convence el argumento según el cual el que yerra sobre los elementos del tipo no sabe lo que hace mientras que el que desconoce los requisitos objetivos de justificación en realidad actúa pensando que su conducta es lícita y por tanto incurre en un error de prohibición: también el que desconoce un elemento del tipo piensa que está actuando lícitamente. Parece, pues, cierto que el error de tipo no es más que un error mediato de prohibición (39). El distinto tratamiento que reciben el error de tipo, por un lado, y el error de prohibición, por otro, no podrá basarse en que en un caso el sujeto cree que actúa lícitamente, y en el otro no. Tendrán que ser otras las razones: por ejemplo, el interés del Estado en que el sujeto conozca el Derecho puede llevar a castigar más severamente el error de prohibición (40).

Tampoco se explica por qué en los delitos imprudentes la infracción del deber de cuidado pertenece al tipo objetivo, y por lo tanto si falta tal infracción no hay antijuricidad, y en cambio, en el ámbito del error sobre los elementos objetivos de justificación, a pesar de que el sujeto haya actuado con todo el cuidado debido (error invencible), su conducta haya de considerarse antijurídica y únicamente inculpa- ble (41).

A la teoría de la culpabilidad estricta se le ha objetado también el concepto de tipo del cual parte por resultar demasiado restrictivo. *En primer lugar*, algún autor (42) considera que si el tipo se entiende como *Delikttypus*, al cual no pueden pertenecer los presupuestos de justificación, éstos tampoco podrán encuadrarse dentro de la antijuricidad, ya que al ser ésta el juicio de desvalor del ordenamiento jurídico sobre conductas típicas, no podrá admitir —la antijuricidad— elementos de los cuales no depende. *En segundo lugar*, no convence el concepto de dolo que manejan, referido sólo al tipo en sentido estricto.

(38) Vid. WEBER, *Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift Fest. für Mezger*, 1954, pp. 190 y 191, considera que hay que distinguir entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto, y que esta distinción también es aplicable a las causas de justificación, ya que una cosa son los elementos de la causa de justificación y otra la valoración de estos elementos. En contra, MUÑOZ CONDE, *La creencia*, p. 284, por considerar que se llega a una atomización de las teorías del error excesivamente complicada.

(39) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, «El error sobre el tipo y el error de prohibición en el proyecto de CP», en *La Ley*, 1980, I, p. 1074; *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1984, p. 224.

(40) En este sentido vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 549; BAUMANN, «Strafrecht», en *AT*, 8 Auf., 1977, p. 446, que entiende que es más fácil evitar un error de tipo que un error de prohibición. En contra, por considerar que la imposición de una pena más grave refuerza al Estado frente al individuo, vid. TORIO LÓPEZ, *El error*, pp. 253 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, p. 224.

(41) Cfr. CRAMER, en *Schönke/Schroder*, p. 241.

(42) Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Die Irrtumsregelung*, pp. 566 y ss.; según este autor, la teoría de la culpabilidad lleva una confusión entre tipicidad y antijuricidad, y además se ve obligada a admitir, junto al tipo en sentido estricto y la antijuricidad, no sólo los tipos de permisión, sino también los tipos prohibitivos de los delitos de omisión, con lo cual quiebra el sistema de la teoría del delito.

El dolo de robar, por ejemplo, puede comprender la representación de actuar sin la concurrencia de una causa de justificación (conciencia inmanente de su ausencia), sin que ello signifique, como pretende Welzel, la construcción de un dolo psicológicamente imposible. Tampoco en las llamadas circunstancias negativas del tipo —por ejemplo, la de que el sujeto pasivo no tenga aún 12 años en el delito de abusos deshonestos— es necesario que el sujeto las tenga presentes durante toda la ejecución de la conducta. Es suficiente, pues, para el dolo el conocimiento de la situación dada, sin que sea exigible una representación actual durante todo el transcurso de la acción (43).

2. Ante estas críticas, otros autores han defendido *otras versiones de la teoría de la culpabilidad*. Aunque lo fundamenten de distinta forma, la característica común a todas ellas es el trato que dan al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación: aplicación de las reglas relativas al error de tipo. Este tratamiento caracteriza a la llamada «*teoría limitada de la culpabilidad*» cuyo nombre se debe a que excluye del tratamiento de la teoría de la culpabilidad a los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

A) A esta versión limitada de la teoría de la culpabilidad puede llegarse a través de *la teoría de los elementos negativos* del tipo: las causas de justificación pertenecen al tipo (constituyen el tipo negativo), y por tanto, un error sobre sus presupuestos es un error de tipo. Esto supone la aplicación inmediata de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a) en España, y del párrafo 16 StGB en Alemania.

A esta teoría se le objeta precisamente su punto de partida: la concepción del tipo como comprensivo también de la ausencia de las causas de justificación. Se dice, *en primer lugar*, que tal concepto de tipo conduce a una confusión valorativa entre tipicidad y antijuricidad, ya que no se logra distinguir entre lo relevante para el Derecho penal (lo típico) y aquello que es irrelevante (atípico), ni entre lo que siendo relevante (prohibido) resulta permitido en un caso concreto (44). No obstante, hay que poner de relieve que los partidarios actuales de la teoría de los elementos negativos del tipo no desconocen la distinta significación material que existe entre una conducta típica, una conducta típica justificada y el comportamiento atípico (45).

(43) Cfr. ROXIN, *Offene Tatbestände*, pp. 125 y ss., aunque acepta la diferencia valorativa entre tipo en sentido estricto y la causa de justificación, no acepta que tal distinción sea decisiva para el trato del error.

(44) Cfr. WELZEL, *Nuevo Sistema*, p. 58; *Die Regelung*, pp. 210 y 212, nota 32: «La tipicidad ya no sería más el presupuesto de la antijuricidad, sino la antijuricidad el presupuesto de la tipicidad. ¿Pero cómo puede ser la antijuricidad indagada sin y previamente a la tipicidad?» En el mismo sentido, vid. FUKUDA, *Das Problem*, p. 144; JESCHECK, *Tratado*, pp. 340 y ss.; MUÑOZ CONDE, *La creencia*, p. 284; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 301, que considera que esta confusión valorativa es perjudicial para el efecto motivacional de las normas penales, puesto que la motivación se dirigiría hacia la utilización de las causas de justificación y no hacia la evitación de acciones dirigidas a producir resultados típicos.

(45) Ver, por ejemplo, ROXIN, *Offene Tatbestände*, p. 128; ARTHUR KAUFMANN, *Die Irrtumsregelung*, pp. 569 y ss., reconoce al tipo en sentido estricto la función esencial de

En segundo lugar, esta teoría es rechazada porque supone un concepto de dolo demasiado amplio y porque implica la exigencia de un *dolus malus* (46). No puede exigirse —dicen— que el dolo abarque la no concurrencia de las causas de justificación, ni en forma de un conocimiento concomitante, por resultar psicológicamente imposible. Pero como ya se ha dicho anteriormente, basta para el dolo un conocimiento de la situación y, por lo tanto, puede exigirse al sujeto que conozca que, en su situación, no concurre ningún requisito objetivo de justificación, sin que ello, además, signifique acudir a un concepto de *dolus malus*. En efecto, no se está requiriendo la conciencia de la antijuricidad —que el sujeto, por ejemplo, tenga conocimiento de que matar en legítima defensa está prohibido—, sino sólo el conocimiento de unos elementos de situación —por ejemplo conocer que concurre la agresión ilegítima, sin necesidad de que se sepa si la conducta así realizada es o no contraria a Derecho.

En tercer lugar, de tratarse este error como error de tipo, por entender que versa sobre presupuestos situacionales, deberían —según esta posición crítica— también aplicarse las reglas del error de tipo al error sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad, lo que resulta contradictorio: por un lado, se afirmaría que la concurrencia real de los requisitos objetivos de una causa de exculpación excluye la culpabilidad (no el injusto), y de otro lado, en caso de error sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad, de aplicarse las reglas del error de tipo, se excluiría el dolo situado en el injusto. De ser esto cierto, tendría que afirmarse que las causas de exclusión de la culpabilidad forman parte a veces de la antijuricidad, y a veces de la culpabilidad (47). Pero esta conclusión no es ni mucho menos necesaria. Es perfectamente explicable que merezcan distinto tratamiento el error sobre los presupuestos situacionales del hecho que condicionan su prohibición (su carácter antijurídico) y el error sobre otros presupuestos fácticos que no afectan a dicha prohibición, sino a la culpabilidad del sujeto. Aunque todos ellos sean elementos situacionales, condicionan dos características del hecho bien distintas, como son su naturaleza antijurídica y su atribuidibilidad al sujeto. En cambio, todos los presupuestos referentes a la situación del injusto afectan al carácter prohibido del hecho (48).

En cuarto lugar, otro de los argumentos utilizados en contra de la teoría de los elementos negativos del tipo, que podría tener sentido en un sistema cerrado de incriminación de la imprudencia, es que con-

seleccionar las conductas penalmente relevantes; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 97, que propone para evitar que el uso de determinados términos lleve a una confusión conceptual la terminología de la teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho.

(46) Cfr. WELZEL, *Die Regelung*, pp. 210, y pp. 213, nota 32 a); HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960, p. 227: «Es imposible la concurrencia de un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación conjuntamente con conciencia de la antijuricidad. El que mata en legítima defensa putativa quiere algo que la ley desaprueba». ¿Pero a caso no sucede esto en toda clase de error?; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 301; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, p. 134.

(47) Cfr. WELZEL, *Die Regelung*, p. 223; HIRSCH, *Die Lehre*, p. 222.

(48) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, p. 692; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 533.

duce a impunidades injustificadas siempre que no haya el tipo imprudente correspondiente (49).

Finalmente, se considera político-criminalmente insatisfactoria la impunidad del que participa en un hecho cometido en error invencible (50). Pero en estos casos podrá acudir a la autoría mediata, ya que la pertenencia del hecho corresponderá al hombre de atrás como instrumento que actúa sin antijuricidad.

B) Desde un punto de vista de Política criminal, se ha estimado poco equitativa la solución a que llega la teoría de la culpabilidad limitada. En este sentido se dice que, a diferencia de lo que ocurre en el error de tipo, en los supuestos aquí analizados el autor tiene conocimiento de la concurrencia de todos los elementos del tipo, lo que debería servirle de estímulo para cerciorarse de la presencia o ausencia de tales presupuestos (51). Es cierto que no es lo mismo no saber en absoluto que se realiza una acción típica, que tener conocimiento de su realización. Pero este dato podrá influir en la vencibilidad o invencibilidad del error, y no en su naturaleza jurídica.

En España, contra la teoría de los elementos negativos del tipo se alegan también argumentos legales. En efecto, algunos autores consideran que el CP español impide acogerla. Ello se derivaría de la interpretación que realizan del art. 9.1. Este precepto contendría una regulación del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, según la cual esta clase de error no excluiría el dolo. Esto quedaría confirmado, para estos autores, por el hecho de que la pena prevista en este precepto sea la del delito doloso atenuado (52). En nuestra opinión, a partir de la Reforma de 1983, y con la regulación del error en el artículo 6 bis a), es dudoso que el artículo 9.1.º regule los efectos del error sobre las causas de justificación. Parece mejor entender que la eximente incompleta debe aplicarse a los casos en que concurren efectivamente alguno de los presupuestos esenciales de la causa de justificación con independencia de que el sujeto tenga o no conocimiento de ello.

3. Las consecuencias de la teoría de la culpabilidad limitada han sido defendidas en base a otras consideraciones. En efecto, se llega también a la conclusión de que el error sobre los elementos de justificación debe ser tratado como error de tipo a partir de la *teoría del error sui generis*.

A) La mayoría de sus defensores parten de dos afirmaciones: primera, existencia de un *tipo permisivo*, constituido por elementos normativos y descriptivos, a los cuales no se extiende el dolo del tipo de

(49) Vid. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*. p. 117; HUERTA TOCILDO, *El error*, pp. 36 y 37.

(50) Cfr. HIRSCH, *Die Lehre*, p. 234; BACIGALUPO, *La distinción*, p. 923.

(51) Vid. CEREZO MIR, *La doble posición*, p. 202.

(52) Vid. CEREZO MIR, *Notas al nuevo sistema de Derecho Penal de Welzel*, Barcelona, 1964, pp. 58 y 59, nota 12; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, p. 141; MIR PUIG, «Los términos delito y falta en el CP», en *ADPCP*, 1973, p. 327; el mismo, *La Función*, p. 61, considera que del CP se pueden desprender argumentos en favor de la teoría de los elementos negativos del tipo.

prohibición, y segunda, la *doble posición* sistemática del dolo, en el tipo y en la culpabilidad. De ello se derivaría la posibilidad de poder realizar un injusto doloso faltando, en cambio, el dolo de la culpabilidad (ausencia de culpabilidad dolosa) (53).

Según esta teoría, el error sobre los presupuestos objetivos es un error sui generis, de naturaleza propia, que tiene características comunes al error de tipo y al error de prohibición (54). *Por un lado*, es estructuralmente semejante al error de tipo: en ambos se desconoce el objeto de la valoración. *Y por otro lado*, tiene el mismo origen que el error de prohibición, y sus mismas consecuencias: el conocimiento del tipo (en sentido estricto) no resulta afectado y, por tanto, el dolo, como dolo del tipo, permanece intacto. Las consecuencias de este error sui generis no están previstas en la legislación, lo cual exige —según esta teoría— tener que decidir si lo correcto es aplicar las reglas del error de tipo, o bien es preferible la regulación del error de prohibición. Dilema que resuelven en favor de la aplicación analógica del error de tipo, ya sea por consideraciones principalmente dogmáticas (teoría de la doble posición del dolo), ya sea por las consecuencias político criminales [teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas (55)]. Si se parte de la doble posición del dolo, en los casos de error vencible, al concurrir el dolo del tipo, pero no la culpabilidad dolosa, sólo podrá analizarse el aspecto imprudente del hecho. De esta forma, si concurren los requisitos necesarios de la imprudencia, el hecho podrá castigarse como tal sin necesidad de fingirla (56). Para esta concepción, la punición con arreglo al tipo doloso no estaría justificada al faltár al autor la culpabilidad dolosa; éste no quiere realizar ningún desvalor del resultado. Esta solución les parece, además, satisfactoria porque no deja impunes a los partícipes que actúan sin error. En caso de que falte el correspondiente tipo imprudente, se es-

(53) Cfr. GALLAS, *Zur Struktur*, pp. 170 y ss.

(54) Cfr. LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 15 ed., 1983, p. 94; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, p. 98; JESCHECK, *Tratado*, p. 634; DREHER, *Der Irrtum*, p. 213, para el cual el error sobre los presupuestos de justificación no es un error de prohibición: «el que yerra sobre los presupuestos, yerra sobre lo que hace; en el error de prohibición, en cambio, se yerra sobre sí lo que se hace se debe hacer». No obstante, para GALLAS, *Zur Struktur*, pp. 169 y ss., el error sobre los presupuestos objetivos de justificación es un error de prohibición de clase especial cuya principal diferencia con el error de prohibición directo reside en que el sujeto no valora de forma errónea, sino que más bien toma erróneamente como concurrentes los presupuestos de hecho de la valoración legal.

(55) Cfr. GALLAS, *Zur Struktur*, p. 170; JESCHECK, *Tratado*, p. 636; CRAMER, *Schönke/Schroder*, pp. 242 y ss.; TORIO LÓPEZ, «Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal», en *Reformas Penales del mundo de hoy*, 1984, pp. 95 y ss., considera, p. 110, que el nuevo artículo 6 bis a) no regula de forma expresa el error sobre los presupuestos de una causa de justificación y que hay que aplicar analógicamente (analogía *in bonam partem*) los párrafos 1.º y 2.º de dicho precepto. MUÑOZ CONDE, *La creencia*, páginas 290 y 313, propugna una teoría del error orientada a las consecuencias y cree preferible la aplicación del párrafo 3.º del artículo 6 bis a).

(56) Vid. DREHER, *Der Irrtum*, p. 225; GALLAS, *Zur Struktur*, p. 172; LACKNER, *Ob. cit.*, p. 94; JESCHECK, *Tratado*, p. 636.

tará frente a una laguna legal, y tendremos que contentarnos con el resarcimiento del daño previsto en la legislación civil (57).

En conclusión, para esta teoría del error sui generis, a pesar de que el error sobre los presupuestos de justificación tenga su origen en un error de prohibición, deben aplicarse las reglas previstas para el error de tipo (58).

4. Antes de la Reforma del CP de 1983, el TS solucionaba los casos de eximente putativa de dos formas distintas. La mayoría de las veces se entendía que la creencia racional del sujeto en la presencia de una agresión equivalía a su real concurrencia y, por lo tanto, la suposición errónea e invencible de la existencia de los presupuestos necesarios para la justificación conducía a apreciar la propia eximente. No obstante, en algún supuesto, el TS sostuvo ya que cuando el sujeto se hallaba errónea pero firmemente convencido de la existencia real y actual o inminente de una agresión injustificada, concurría un error de prohibición que volatilizaba el elemento intelectual del dolo, por faltar en el sujeto pasivo el «indispensable conocimiento de la significación antijurídica». Si el error de prohibición era invencible, se estimaba una culpabilidad culposa «estableciendo una jerarquización —según lo establecido en los artículos 565 y 586 del CP— ajustada a la mayor o menor disculpabilidad del error y de que la omisión de la diligencia debida para disipar la referida equivocación hubiese sido más o menos acusada» (STS 26-10-1982) (59). Después de la Reforma de 1983, la jurisprudencia, en estos casos de eximentes putativas, aprecia generalmente error de prohibición, en base al artículo 6 bis a) y no —como antes se veía obligada a hacer— en base al artículo 1CP (60).

A) La estimación de error de prohibición, y no de error de tipo, se debe a que, según el TS, el sujeto que yerra sobre los presupuestos de una causa de justificación cree obrar legítimamente y con arreglo a derecho, en definitiva, porque le falta el conocimiento de la situación antijurídica (STS 26-1-1984). Son numerosas las sentencias que se pronuncian en este sentido (61). Así, por ejemplo, en el supuesto analizado por la STS 14-5-1985, que la Audiencia había calificado como de delito de homicidio doloso en concurso real con un delito de lesiones, ambos atenuados, el TS absuelve por estimar concurrente un

(57) Vid. JESCHECK, *Tratado*, p. 636, nota 46; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, p. 98; DREHER, *Der Irrtum*, p. 207.

(58) En sentido crítico, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 309; LANGER, *Vorsatztheorie*, página 212; ARTHUR KAUFMANN, *Die Irrtumsregelung*, p. 565 y ss., para el cual esta teoría finge la imprudencia; «Einige Anmerkungen zu Irrtümern über Irrtum», en *Festschrift Fest. Lackner*, Berlín, 1987, pp. 194 y 197: «Se trata de una teoría que pretende subsanar las deficiencias legales *ad hoc*, lo cual no es ninguna buena dogmática. Y además introduce nuevos conceptos, y lo que en realidad necesita la teoría del error son menos conceptos, pero más claros», pp. 194 y 197.

(59) Respecto a la posición de la jurisprudencia antes de la Reforma de 1983, ver CORDOBA RODA, *Comentarios*, pp. 260 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica*, p. 312.

(60) Hay alguna sentencia aislada que no concede relevancia a la suposición errónea de los requisitos de las causas de justificación. En este sentido, la STS 3-3-1986 exige que la agresión ilegítima tenga existencia objetiva.

(61) Vid. SSTS 26-1-1984, 14-5-1985, 18-11-1985, entre otras.

error de prohibición invencible. Los hechos resumidos que aquí interesan son los siguientes: cuatro individuos se acercan al procesado J y «después de breves palabras de lo que pretendían, J. les manifestó que siguieran su camino..., ante lo cual aquéllos comenzaron a zaranearlo y a pegarle con las manos, momento en que J. sacó rápidamente una navaja que llevaba en el bolsillo, cuyas dimensiones no constan por haber desaparecido, y empezó a cuchilladas». A consecuencia de ellas, un individuo, A, murió y los otros tres resultaron lesionados. El TS absuelve, conclusión por lo demás correcta, a través de una fundamentación confusa. En efecto, no se sabe en qué basa la sentencia la absolución, si aprecia legítima defensa real o bien legítima defensa putativa (que daría lugar, según el TS, a un error de prohibición). Por un lado, se afirma que, al no poder el sujeto defenderse de manera distinta a como lo hizo, «se dibujan una serie de circunstancias ambientales que enmarcan la aplicación del artículo 8.4.º CP». A continuación, y por otro lado, se dice «que el procesado no está en condiciones de discernir racional y pensadamente los medios de que se valían las cuatro personas» que atacaban, con lo cual su actuación queda enmarcada en el «círculo estricto de la eximente putativa, ese error de prohibición...». Seguramente, lo que en realidad lleva al Tribunal a bajar la hipótesis de un posible error de prohibición es el medio que el procesado empleó para repeler la agresión: utilización de un cuchillo frente a unos individuos desarmados que, ex-post, aparece como excesivo. En definitiva, se está discutiendo sobre la necesidad racional del medio empleado. En cambio, un análisis ex ante de la situación es indudable que nos llevaría a afirmar la necesidad del medio usado y, por tanto, a apreciar legítima defensa real y no putativa. Es indudable que ex ante, el uso del cuchillo, único medio del cual disponía el procesado para hacer frente a la agresión, es objetivamente adecuado y proporcionado.

B) Según el TS, para que la suposición de los presupuestos de una causa de justificación pueda dar lugar a un error de prohibición, vencible o invencible, deben concurrir los siguientes *requisitos*: a) un error en el sujeto, consistente en creer que existe la agresión ilegítima como *acometimiento o acción de fuerza* (62) que atenta contra las personas o derechos, b) un *animus defendendi*, c) que se capte la *necesitas defensionis* (SSTS 20-6-1984; 11-10-1984), y d) que el error sea verosímil y verdadero, es decir, que cualquier persona media y perteneciente al entorno sociocultural de los protagonistas del suceso hubiera incidido en la misma equivocación e interpretado del mismo modo los actos que en su caso hubiera realizado el supuesto agresor, así como las circunstancias concurrentes en el curso del evento (STS 26-1-1984).

C) Uno de los puntos más importantes en el análisis de la jurisprudencia en materia de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es indagar *qué párrafo del artículo 6 bis a)* aplica ésta. El hecho de que el TS hable en este caso de un error de pro-

(62) En esta sentencia el TS vuelve a exigir una agresión física.

hibición, no quiere decir que siga la interpretación que de este artículo hace la doctrina mayoritaria. Como veremos a continuación, para el TS el error de prohibición no tiene las consecuencias que le suele otorgar esa doctrina: exclusión de la culpabilidad, por desconocimiento de la antijuricidad, cuando el error es invencible, y atenuación facultativa de la culpabilidad cuando es vencible.

La suposición errónea de que concurren los elementos de justificación supone, según la jurisprudencia, «un desplazamiento desde la objetividad característica de las causas de justificación hacia metas de inculpabilidad» (SSTS 26-1-1984, 20-6-1984, 14-5-1985). Así pues, mientras que la concurrencia de una causa de justificación elimina la propia antijuricidad, el error sobre sus presupuestos, sea vencible o invencible, afecta a la culpabilidad (63). Hasta aquí el TS llega a las mismas consecuencias que la teoría de la culpabilidad estricta: el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es un error que afecta a la culpabilidad y no al injusto. Las diferencias comienzan a surgir cuando se analizan los efectos concretos de esta modalidad de error de prohibición. Mientras que para la teoría de la culpabilidad estricta, que parte de una estructura finalista del delito, en el sentido de que sitúa el dolo natural en el tipo, y la conciencia de la antijuricidad en la culpabilidad, el error de prohibición deja siempre intacto el dolo típico, pudiendo, en su caso, atenuar la culpabilidad si es vencible o excluirla si es invencible, para el TS, en cambio, el error de prohibición afecta en todo caso al dolo. En efecto, la jurisprudencia sostiene mayoritariamente una concepción causalista del delito. El dolo se concibe, como es sabido, como querer y conocer la situación típica más la conciencia de proceder contra Derecho. Y en los casos de suposición errónea de los presupuestos de justificación queda, según el TS», volatilizado el elemento intelectual del dolo», concretamente falta la conciencia actual de la antijuricidad (SSTS 26-1-1984, 26-2-1986).

De lo dicho hasta ahora aún podría, quizá, pensarse que el TS aplica el párrafo 3.º del artículo 6 bis a) a los casos de suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación puesto que el sujeto incurre en «la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente». Pero no sucede así. Se repite una y otra vez que el error invencible de prohibición elimina el dolo intencional y por lo tanto excluye la culpabilidad, y si el error es vencible, la infracción se estima culposa «estableciendo una jerarquización —párrafo 1.º artículo 565, párrafo 2.º artículo 565, y número 3.º artículo 586 del CP— ajustada a la mayor o menor disculpabilidad del error y a que la omisión de la diligencia haya sido más o menos acusada (64). Por lo tanto, en caso de error vencible se acude a los preceptos que regulan la imprudencia y no al artículo 66 del CP, como dispone el párrafo 3.º del artículo 6 bis a). Esto podría hacer pensar que la jurisprudencia aplica los pá-

(63) Alguna sentencia ha considerado a la eximente incompleta relativa a una causa de justificación como una causa de disminución de la culpabilidad; en este sentido, por ejemplo, la STS 20-11-1984.

(64) Vid. SSTS 26-1-1984, 20-6-1984, 14-12-1985, 26-10-1986.

rrafos 1.º y 2.º de dicho artículo tanto para los supuestos de error de tipo como para los de error de prohibición, y que entiende que en el artículo 565 también cabe la imprudencia de Derecho. Pero esta conclusión no sería correcta. En algunas sentencias, en las que se analiza la concurrencia o no de error de prohibición directo, el TS declara que este error aparece regulado en el párrafo 3.º del artículo 6 bis a), mientras que el error de tipo lo está en el párrafo 1.º del mismo precepto (SSTS 1-2-1986, 24-4-1985, 14-5-1985, 18-10-1985, 18-11-1985). En definitiva, puede decirse que la jurisprudencia no sigue un criterio unitario en el tratamiento del error de prohibición vencible. Algunas veces —todas ellas en supuestos de error de prohibición directo— aplica la pena atenuada conforme al artículo 66 CP, otras veces —tanto en supuestos de error directo como en casos de error indirecto de prohibición— acude a los preceptos de la imprudencia en base, también al artículo 6 bis a).

Por otra parte, en determinados casos de error vencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, la jurisprudencia acude directamente a la imprudencia, sin mencionar la existencia de un error. Esto sucede, principalmente, cuando el error vencible versa sobre los presupuestos del cumplimiento de un deber o de la obediencia debida (65). Veamos algún ejemplo. La sentencia del 30 de septiembre de 1985 analiza el caso de un Guarda Jurado que al advertir la presencia de cuatro cazadores furtivos en la finca que custodiaba como tal Guarda, con el fin de llamarles la atención, disparó dos tiros al aire con la carabina que portaba, «mas como quiera que aquéllos continuaban disparando a las piezas de caza, el procesado, sin medir las posibles consecuencias de su acción, desde 700 metros (y, por tanto, dentro del radio de eficacia) efectuó dos disparos apuntando sobre los cuerpos de aquéllos, uno de los cuales alcanzó a SR, y le causó la muerte». El TS castiga en este caso por imprudencia. Sin embargo cabría plantear la posibilidad que el Guarda Jurado hubiese actuado en error sobre los presupuestos de una causa de justificación, y la aplicación de la eximente incompleta. En mi opinión, podría tratarse de un error sobre los presupuestos, ya que el sujeto yerra sobre la proporcionalidad del uso de la fuerza. Error que al ser de tipo invencible daría lugar también a imprudencia.

5. Falta ahora averiguar cuál es la interpretación que mejor se adapta a la redacción del artículo 6.º bis a). Ello dependerá, fundamentalmente, de lo que se entienda por *infracción* y de los elementos que la integren.

No obstante, algunos autores estiman preferible acudir a otras vías de interpretación. En efecto, a veces se alegan motivos político-criminales en favor de una u otra teoría (66). Otras veces se defiende una

(65) Vid. SSTS 30-3-1983, 30-9-1985, 16-12-1985, 13-2-1986.

(66) Cfr. HUERTA TOCILDO, *El error*, p. 36, nota 60, entiende que cabe interpretar dicho artículo en favor tanto de la teoría de la culpabilidad limitada como de la versión estricta, pero, por razones fundamentalmente de justicia material, estima preferible la última.

determinada teoría a través de argumentos que se derivan de otros preceptos del CP. En efecto, un sector doctrinal deduce del artículo que regula las eximentes incompletas (artículo 9.1) argumentos definitivos en favor de la teoría de la culpabilidad estricta (67). Según esta interpretación, el artículo 9.1 regula los supuestos de error sobre un elemento inesencial de una causa de justificación. La pena a imponer en estos casos será, según estos autores, la del delito doloso cometido atenuado en uno o dos grados. Cuando el error verse sobre un elemento esencial de una causa de justificación, aunque ni el proyecto de CP de 1980, ni el CP en su redacción actual, contienen un precepto expreso, opinan que hay que llegar a la misma conclusión —delito doloso atenuado— por vía de la analogía. Entiendo que actualmente la respuesta al problema de cómo debe ser tratado el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación hay que buscarla en el artículo 6.º bis a) y concretamente en el concepto de infracción.

B) Un sector doctrinal mayoritario entiende por infracción la realización del comportamiento descrito en el tipo de la Parte Especial, y por elementos esenciales integrantes de esta infracción, los elementos reales determinados por la acción (en el homicidio, por ejemplo, éstos estarían constituidos por la acción, el resultado homicida y el nexo causal existente entre ambos (68)). En consecuencia, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no constituiría un supuesto previsto expresamente en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6.º bis a). Si partimos de este concepto de infracción, estos casos de error pueden ser tratados de dos formas. *La primera*, supondría que a pesar de esta falta de previsión legal se podría aplicar análogicamente la regulación del error de tipo, puesto que en ambos casos se yerra sobre datos reales. *La segunda solución* aplicaría directamente el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) por entender que el sujeto yerra sobre la licitud de su conducta (69).

C) El término infracción puede interpretarse de otro modo, como sinónimo de injusto y comprensivo de la ausencia de las causas de justificación (70). De ser esto correcto, no habrá ninguna dificultad en considerar que el error sobre los requisitos de justificación es un error sobre elementos de la infracción prevista en el artículo 6.º bis a) I. Tal clase de error puede denominarse error «de tipo» si esta expresión se entiende en contraposición a la de «error de prohibición», en el sentido de error sobre el supuesto de hecho prohibido, que abarca tanto el error sobre el tipo positivo (o tipo en sentido estricto) como el error

(67) Vid. ROMEO CASABONA, «El error evitable de prohibición en el proyecto 1980», en *ADPCP*, 1981, pp. 762 y ss.

(68) Cfr. TORIO LÓPEZ, *Tipo*, p. 106, que contrapone este sentido estricto del término infracción, usado en el artículo 6 bis a), con el sentido, según él, más amplio del artículo 6; en este último precepto, infracción significa el total delito o falta. En contra vid. MIR PUIG, «Los términos delito y falta en el Código penal», en *ADPCP*, 1973, *passim*.

(69) En el primer sentido vid. TORIO LÓPEZ, *Tipo*, p. 110; en el segundo vid. ROMEO CASABONA, *El error*, pp. 739 y ss.

(70) Cfr. MIR PUIG, *Los términos*, *pássim*.

sobre el tipo negativo [que comprende la ausencia de los presupuestos de la justificación (70a)].

En efecto, si se acepta, por un lado, que infracción equivale a supuesto de hecho prohibido, y por otro lado, que en esta clase de error no se desconoce directamente la antijuricidad, sino que se yerra sobre la presencia de elementos o hechos de la infracción, podrá concluirse que estamos ante un error de tipo (negativo) y que procede la aplicación directa, y no meramente analógica, de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6.º bis a). Esta es, en mi opinión, la posición correcta.

En *conclusión*, a partir de la Reforma de 1983 cabe entender que el error sobre los presupuestos de justificación está regulado en el artículo 6.º bis a), párrafos 1.º y 2.º, puesto que constituye un error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal.

IV

Seguidamente se nos plantean dos problemas: ¿Cómo hay que tratar el error sobre un elemento accidental de la causa de justificación?, y ¿para qué casos queda reservada la aplicación del artículo 9.1.º? Si el sujeto yerra sobre la necesidad concreta, por ejemplo, porque utiliza erróneamente un medio más lesivo de lo necesario para defenderse de una agresión ilegítima, ¿habrá que acudir al artículo 9.1.º y aplicar la pena del delito cometido pero atenuado?, ¿o bien, es preferible aplicar el artículo 6.º bis a)? Si en los supuestos de desconocimiento vencible de un elemento esencial de la causa de justificación entendemos que concurre imprudencia, con más razón concurrirá ésta cuando lo que se desconozca sea tan sólo un elemento no esencial. Además, si el Código contiene un precepto regulador del error, al ser éste más específico, deberá ser aplicado con preferencia en los supuestos de error. Queda así descartada la posibilidad de aplicar el artículo 9.1.º a los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación. Falta ahora averiguar cuándo puede aplicarse este precepto. Esto nos conduce a la cuestión de *la relación existente entre este error y la existente incompleta*.

1. A) Un sector doctrinal, en contra de lo que aquí se sustenta, sigue pensando que, a pesar del artículo 6.º bis a), el error sobre los elementos de justificación se halla regulado en el artículo 9.1.º (71). Veamos algunas hipótesis que pueden plantearse y el trato que recibirían de seguir esta doctrina. En el supuesto de que el sujeto actúe dolosamente y sin que concurren los presupuestos objetivos de justificación, no hay duda de que comete un delito doloso. Tampoco se plantean problemas si el sujeto actúa conociendo que concurren los presupuestos de una causa de justificación. Aquí faltará la antijuricidad.

(70a) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 97.

(71) En este sentido, ver por todos: CEREZO MIR. Notas, p. 59, nota 12; y ROMEO CABSABONA, *El error*, p. 764.

Los casos más problemáticos son los siguientes: 1.º concurrencia de un error invencible sobre los elementos esenciales, 2.º error vencible sobre un elemento esencial, 3.º error invencible sobre un elemento no esencial, pero concurren los elementos esenciales, 4.º error vencible sobre un elemento no esencial, pero concurren los elementos esenciales, 5.º concurren los elementos esenciales, pero no los inesenciales, y el sujeto conoce esta situación. Para el sector doctrinal antes mencionado, el caso 1.º dará lugar a la impunidad por ausencia de culpabilidad, el 2.º a la responsabilidad atenuada por aplicación analógica del artículo 6.º bis a), párrafo 3.º, el 3.º, el 4.º y el 5.º caso a responsabilidad atenuada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1.º.

B) Como puede observarse, se tratan igual supuestos que presentan injustos distintos, lo que no parece justo. Todos estos supuestos se caracterizan por la incongruencia entre la parte objetiva y la subjetiva de la causa de justificación. Respecto a los dos primeros, ya he señalado anteriormente que para nosotros excluyen la antijuricidad o dan lugar a imprudencia, respectivamente. Respecto de los demás casos, la solución depende de si se considera necesario para la apreciación de la eximente incompleta que el sujeto conozca la ausencia de los elementos accidentales de la causa de justificación.

Los que consideran que es necesario el conocimiento de todos los elementos de la eximente incompleta, en los casos en que concurre parte de la eximente (los elementos esenciales) sin que el sujeto tenga conocimiento de ello y se supone venciblemente que concurre toda, habrá que aplicar sólo las reglas del error que se estimen preferibles, sin que además pueda entrar en consideración la apreciación de la eximente incompleta. De ser el error invencible —por ejemplo, en el caso de que el sujeto hubiese podido repeler la agresión de un modo menos lesivo, pero cualquiera en su lugar hubiese procedido de la misma forma—, la cuestión carecerá de trascendencia práctica ya que lo que procederá será la impunidad (por ausencia de antijuricidad o por ausencia de culpabilidad, según la teoría que se defienda).

2. Así pues, el problema se plantea cuando el error es vencible. ¿Cabe apreciar en estos casos conjuntamente error vencible y eximente incompleta? Según un sector doctrinal, no es posible hacer entrar aquí en juego el artículo 565 cuando el error fuera vencible. Ya que de ser así, habría que aplicar conjuntamente el artículo 565 y la eximente incompleta, lo que llevaría a rebajar demasiado la pena. Y no es este —se dice— el espíritu de la ley (72). Según otro sector de la doctrina (73), siempre que el hecho de haber mediado imprudencia, en lugar de intención, respecto al resultado excesivo haya sido tomado en consideración al estimar la circunstancia de eximente incompleta, deberá rechazarse la calificación conforme a la figura del artículo 565 junto a la aplicación de la mencionada eximente incompleta. Y deberá estimarse alternativamente o el delito imprudente o la eximente incompleta, para evitar enjuiciar a la vez conforme a dos preceptos dis-

(72) *Ibidem*, nota 71.

(73) Cfr. CÓRDOBA RODA, *Las eximentes*, pp. 140 y ss.

tintos un mismo hecho. Finalmente, hay algún autor (74), que cree que lo acertado es apreciar imprudencia y eximente incompleta.

En efecto, si tan sólo tenemos en cuenta la eximente incompleta, resultará que estaremos tratando de la misma forma supuestos que son distintos: será lo mismo que el sujeto actúe conociendo que sólo concurren los requisitos esenciales, faltando los inesenciales, y que actúe con los elementos esenciales y con error vencible sobre los inesenciales. Los que defiendan la solución del delito doloso consumado para los casos en que el sujeto tenga conocimiento de la falta de los requisitos no esenciales, llegarán también a una solución poco satisfactoria: delito doloso consumado tanto si concurren los elementos esenciales como si no. Si apreciamos imprudencia y la eximente incompleta, es cierto que en algunos casos se producirá una rebaja de la pena no justificable. En muchas ocasiones, la presencia de los elementos esenciales facilitará que se origine un error sobre los elementos inesenciales. Así, por ejemplo, en caso de concurrencia real de una agresión ilegítima, es fácil que el sujeto caiga en un error sobre la necesidad concreta del medio empleado para repelerla. De este modo, la existencia de los elementos esenciales influirá en la vencibilidad o invencibilidad del error, convirtiendo un error que en principio pudiera parecer vencible en invencible o, al menos, disminuyendo la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. En otros casos, la presencia de estos elementos no guardará relación alguna con el error. Es aquí donde se presentará la duda de si cabe apreciar junto la imprudencia la atenuación. El artículo 9.1.º no exige que la falta de un elemento no esencial sea debida a error. No existe, en consecuencia, ninguna razón para interpretar este precepto en contra del reo, requiriendo para que pueda ser aplicado que la ausencia se deba a un error. En realidad, concurren argumentos en favor de la aplicación conjunta de ambos preceptos. En primer lugar, una interpretación sistemática del CP conduce a considerar que el error está regulado en el artículo 6.º bis a) y no en el artículo 9.1.º. En segundo lugar, si esto es así, el único modo de no dejar sin contenido el precepto relativo a las eximentes incompletas es entender que debe aplicarse en los supuestos en que concurren los elementos esenciales, con independencia de que el sujeto conozca o no que faltan los elementos accidentales. En tercer lugar, esta solución permite tratar de distinto modo los supuestos que son diferentes cualitativamente.

En efecto, cuando el sujeto tenga conocimiento de la ausencia de los elementos accidentales, sólo procederá la atenuación prevista en el artículo 66. Si, por el contrario, el sujeto cree de forma vencible que concurren los requisitos accidentales, y este error no deriva de la real presencia de los elementos esenciales, lo correcto sería la estimación de ambos preceptos.

(74) Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 419.