

APA:

MAQUEDA ABREU, M. (2023). El error sobre las circunstancias: insuficiencias de una regulación desafortunada. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, (37), 117-139.

## EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS: INSUFICIENCIAS DE UNA REGULACIÓN DESAFORTUNADA\*

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU\*\*

### RESUMEN:

La autora en el presente artículo realiza, a manera de reflexión, un análisis dogmático sobre la regulación del error sobre las circunstancias en la legislación penal peruana y española. De este modo, expone sus críticas en torno a la técnica legislativa utilizada en ambos cuerpos normativos; ya que, a consideración suya se deja sin una regulación adecuada en muchos supuestos controvertidos.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal, error de tipo, error sobre las circunstancias, Código Penal peruano, Código Penal español.

**TITLE:** Error Regarding Circumstances: Shortcomings of an Unfortunate Regulation.

### ABSTRACT:

The author reflects on the dogmatic analysis of the regulation of error regarding circumstances in Peruvian and Spanish criminal legislation. She criticizes the legislative technique employed in both legal systems, arguing that it leaves many controversial cases inadequately regulated.

**KEYWORDS:** Criminal Law, factual error, error regarding circumstances, Peruvian Criminal Code, Spanish Criminal Code.

1. El Código penal peruano establece en su artículo 14,1 una normativa básica acerca del error de tipo, que contiene una referencia específica a los elementos accidentales de la infracción penal del siguiente tenor: “El error sobre un elemento del tipo penal o *respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, ex-*

\* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 11-12, 2002, pp. 111-129.

\*\* Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

*cluye* la responsabilidad o *la agravación*” dice el precepto. Y, más adelante, “Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley”.

Los términos en que esta fórmula legal se expresa son muy similares a los que empleó en su día el legislador español de 1983 en su regulación del error sobre las circunstancias —artículo 6 bis a) CP— donde se hacía referencia también, de modo exclusivo, a los casos de *desconocimiento invencible de elementos sólo agravantes*<sup>1</sup>. En un estudio que realicé sobre aquel precepto cuando entró en vigor la reforma parcial y urgente que lo había introducido en nuestro Código penal, tuve ocasión de denunciar las insuficiencias de una fórmula tan restrictiva que dejaba muchas decisiones importantes sin una respuesta necesaria<sup>2</sup>. No parecían fáciles de entender, por ejemplo, las razones por las que el legislador se limitaba a una referencia única al *error invencible* sobre circunstancias dejando al intérprete la incierta calificación de las situaciones de error vencible<sup>3</sup>. Como tampoco era comprensible la exclusión de las *atenuantes*<sup>4</sup>. E incluso resultaba incierto si la referencia legal a *elementos agravantes* —“elemento ... que agrave la pena”— debía entenderse comprensiva también de las circunstancias en sentido estricto existentes en la parte general de aquel Código (artículos 9,10 y 11 CP) o sólo de los elementos cualificativos típicos, esto es, de los que se hallan contenidos en tipos concretos de la Parte especial, tales como v. gr. el “ensañamiento” en el asesinato o el “valor científico” de la cosa en el hurto o el parentesco en el antiguo delito de parricidio...<sup>5</sup>

Pudiera, quizás, habersele reconocido al nuevo precepto una “función de alerta” en el sentido de destacar “la necesidad de congruencia entre suceso objetivo e

- 1 El artículo 6 bis a) del Código penal de 1973 establecía: “El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa”.
- 2 Cfr. MAQUEDA ABREU, M.L.: “*El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código penal*”, Cuadernos de Política Criminal, n.º 21, 1983, p. 699 ss.
- 3 Salvo que se atribuya a “un defecto de técnica legislativa en la redacción del precepto”. Así, BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “*La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*”. Civitas, 1995, p. 384.
- 4 De la misma opinión, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “*Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*”, Civitas, Madrid, 1984, p. 224.
- 5 En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “*Código penal comentado*”, Akal, Madrid, 1990, p. 25. Sobre las diversas posiciones existentes en la doctrina, véase resumidamente PEÑARANDA RAMOS, E.: “*Concurso de leyes, error y participación*”, Civitas, Madrid, 1991, p. 79 y ss. También, ALONSO ÁLAMO, M.: “*Circunstancias del delito e inseguridad jurídica*”, Cuadernos de Derecho Judicial VII, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 66, nota n.º 52.

imagen personal subjetiva” del autor<sup>6</sup>, pero lo cierto es que yo entendía, ya entonces, que esa finalidad la cumplía sobradamente el viejo artículo 60 —hoy, artículo 65— que, sin tan inexplicables exclusiones, contenía la exigencia de conocimiento en el momento de la acción de cualesquiera elementos —agravantes y atenuantes—, así como la necesidad de su concurrencia en el autor —o el partícipe— en los casos en que su naturaleza fuera personal. De ahí que la tesis que defendiera en aquel trabajo fuera la de considerar inútil, y aún perturbador, el artículo 6 bis a) en cuanto a la normativa que incorporaba acerca del error sobre las circunstancias, proponiendo en tanto sobrevinía su deseable reforma, la aplicación supletoria de aquel otro precepto<sup>7</sup>.

2. Hoy, esa esperada reforma ha llegado a nuestro país. El Código penal nuevo, en su artículo 14.2, se refiere al “*error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante*” y propone en su caso la no apreciación. Las modificaciones que incorpora el nuevo precepto en cuanto a las reglas de solución de esa clase de error son, en realidad, muy modestas y sus mejoras ciertamente escasas. Quizás deba mencionarse, entre las más destacadas, la omisión de toda referencia a la invencibilidad del error, que parece apoyar la tesis de que, en materia de circunstancias, no cabe, o por lo menos no tiene efectos jurídicos, un conocimiento a medias o potencial<sup>8</sup>.

- 6 Cfr. TORÍO LÓPEZ, A: “*Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*”, Reformas penales en el mundo de hoy, Curso de Verano, Colección de Criminología y Derecho Penal, 1983, p. 100. Le asigna el carácter de mera “regla de determinación de la pena”, GIMBERNAT ORDEIG, E: “*Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del prof. Peñaranda Ramos)*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 841.
- 7 El artículo 60 del Código penal español de 1973 —hoy, artículo 65— establecía lo siguiente: “Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurran. Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla -proseguía su segundo párrafo- servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.
- 8 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J: “*El tratamiento del error en la reforma de 1983: artículo 6 bis a)*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales III, 1985, p. 706. También, GARCÍA VITORIA, A: “*Tratamiento del error en el Código penal español, algunas observaciones al respecto*”, Estudios Penales y Criminológicos XI, Santiago de Compostela, 1989, pp. 160 ss. Tras la reforma de 1995, CUELLO CONTRERAS, J: “*El Derecho penal español. Parte general*”, I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 546.

También ha sido celebrada la incorporación a la fórmula legal de una expresa alusión a los *elementos cualificativos típicos*<sup>9</sup> propiciando una distinción, a mi entender poco razonable por innecesaria, entre esa clase de elementos y los que se siguen contemplando en la Parte general a través de catálogos genéricos de circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas (artículos 21 a 23). Entiendo, como entonces, que la diferencia entre unos y otros no pasa de ser formal y reside en una diversa técnica legislativa, “más correcta y deseable” cuando se refieren esas circunstancias a tipos concretos de la Parte especial en los que adquieren su verdadera significación —como, en gran medida, sucede en el Código penal peruano—, “más incorrecta y rechazable” en los casos en que se abandonan al supuesto de su eventual concurrencia en hechos distintos<sup>10</sup>. Los efectos de su desconocimiento son los mismos, en mi opinión y por tanto, la única justificación que puede hallarse a su regulación separada es lo arraigado de esa diferenciación en el seno de la doctrina científica y jurisprudencial. Sólo desde esa perspectiva entiendo que cobra algún sentido su reflejo legal.

No se ha considerado acertada, a cambio, la referencia que el nuevo artículo 14,2 contiene al “*error sobre un hecho...*”, en tanto que pudiera resultar indicativa de la exclusión de los elementos normativos del ámbito de la regulación legal. Ciertamente que con ayuda de una interpretación sistemática<sup>11</sup> y, sobre todo, teleológica del precepto, que tenga en cuenta el fin perseguido por la norma reguladora de esta clase de error, puede alcanzarse sin demasiada dificultad la conclusión de que bajo ella se encuentran recogidos *todos* los elementos agravantes relacionados con el hecho típico, sean de carácter estrictamente fácticos o normativos<sup>12</sup>.

Más difícil resulta hallar un fundamento convincente a la *exclusión de las circunstancias atenuantes o configuradoras de tipos privilegiados* del régimen general del error<sup>13</sup>. Parece que, una vez más, el legislador ha ignorado la eficacia de esos supues-

9 Así, MIR PUIG, S: “Derecho penal. Parte general”, 5ª ed., Reppertor, Barcelona, 1998, pp. 256 y 257. También, entre otros, DIEZ RIPOLLÉS J. L.: “*Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código penal de 1992*”, La Ley, 2, 1993, p. 907.

10 Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L.: “*El error sobre las circunstancias...*”, p. 710. Niega, asimismo, toda relevancia dogmática a esa diferenciación, BACIGALUPO, E: “*Principios de Derecho penal. Parte general*”, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998, p.232. De la misma opinión también, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “*Consideraciones generales sobre el artículo 6 bis a) del Código penal*”, Cuadernos de Derecho Judicial, T. XVIII, Madrid, 1993, p.172.

11 Y el recurso a la analogía *in bonam partem*, conforme a la propuesta de BACIGALUPO. Ampliamente, en “*Principios de Derecho penal*”, p. 234 y ss.

12 De esa opinión, CEREZO MIR, J.: “*Curso de Derecho penal español*”, (1999), p. 134. Asimismo, LUZÓN PEÑA, D.M.: “*Curso de Derecho penal*”, I, p, 449.

13 Así también, COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S: “*Derecho penal. Parte general*”, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 680. De otra opinión, CUELLO CONTRERAS, J: “*El Derecho penal español*”, p. 543.

tos de desconocimiento a los que la opinión mayoritaria reconoce efectos relevantes, siquiera sea de forma selectiva<sup>14</sup>. Nada se dice tampoco, finalmente acerca de las situaciones de error inverso sobre elementos de agravación y atenuación.

Muchas son, pues, las cuestiones polémicas que el nuevo precepto plantea. Y, sobre todo, las que no resuelven y deja a merced de la elaboración personal del intérprete. De entre ellas, la incierta posibilidad de seguir admitiendo la diferenciación *error vencible - invencible sobre las agravantes*, al modo en que lo han propugnado algunos autores<sup>15</sup>, particularmente ahora que rige un sistema de incriminación cerrada y selectiva de la imprudencia (artículo 12). O también, el tratamiento —unitario o diferenciador— que deba darse a los casos de *desconocimiento de los elementos genéricos y específicos de atenuación*, a partir de la única regla existente acerca de esta forma de error, que es la contenida en el artículo 65 del Código penal. O, finalmente, los efectos que quepa atribuir a los supuestos de *error inverso* o “*error al revés*” sobre agravantes y atenuantes, una vez modificada la definición de la tentativa punible conforme a parámetros más objetivos que hacen dudosa la posibilidad de castigar su forma inidónea (artículos 16 y 62). Veamos esas cuestiones con algún detenimiento en la confianza de que las reflexiones que siguen puedan resultar también útiles para el intérprete del artículo 14 del Código penal peruano cuya regulación muestra insuficiencias muy parecidas al de su homólogo español.

3. Como ya se ha afirmado, el artículo 14,2 del Código de 1995 se limita a prescribir la no apreciación de las *circunstancias y elementos típicos de agravación*, en caso de error. A diferencia, pues, de lo que sucede cuando se trata de la regulación de los elementos constitutivos —esenciales— de los tipos penales (artículo 14,1), el legislador omite aquí cualquier indicación acerca de la posibilidad de mantener la *distinción entre error vencible e invencible*. No la menciona siquiera, a diferencia de lo que hizo su predecesor de 1983<sup>16</sup>, pero tampoco la impide en tanto que la fórmula que emplea no impone la exigencia de un conocimiento actual —“en el momento de la acción”—, como el que exige el artículo 65 para reconocerle eficacia, de modo que haya de entenderse que “un conocimiento a medias no es conocimiento y un

14 Véanse, OCTAVIO DE TOLEDO, E / HUERTA TOCILDO, S: “*Derecho penal. Parte general*”, 2ª ed., RAFAEL CASTELLANOS, Madrid, 1986, p. 150 y, más ampliamente, PENARANDA RAMOS, E: “*Concurso de leyes, error...*”, p. 92 y ss.

15 Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M: “*Teoría jurídica del delito*”, p. 223 y 224; y, PÉREZ ALONSO, E: “*Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*”, Edersa, Madrid, 1995, p. 162 ss.

16 Que, como ya se ha descrito, regulaba expresamente el *error invencible* sobre un elemento agravante, dejando abierta la posibilidad -teórica- de considerar aplicable, en su caso, las reglas del error vencible. Así, COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S: “*Derecho penal PG.*” (1999), p. 680, nota n° 73. También LUZÓN PEÑA, D: “*Curso de Derecho penal. Parte general*”, I, Universitas, Madrid, 1996, p. 451.

conocimiento posible tampoco lo es”, por lo que no puede ser tomado en consideración<sup>17</sup>.

Ha sido un sector minoritario de la doctrina el que ha propuesto —o propuso en relación al antiguo artículo 6 bis a)— la posibilidad de valorar ese conocimiento potencial como error vencible e imputar al autor su infracción del deber de cuidado a través de la apreciación del tipo agravado cometido imprudentemente en concurso ideal con el tipo básico doloso realizado. Una solución que, inicialmente, se entendió reservada para los elementos configuradores de tipos agravados<sup>18</sup> aunque más adelante llegó a hacerse extensiva, en la opinión de algún autor, a las agravantes genéricas de la parte general (artículos 21 a 23 CP)<sup>19</sup>. Conforme a esta última posición, cabría el recurso a la técnica concursal tanto si se desconoce venciblemente una circunstancia típica (v. gr. el carácter de “casa habitada” en un robo —artículo 241.1 CP—) como si la circunstancia no lo es, por vinculada que esté al injusto del hecho (v. gr. esa misma agravante en relación a un delito de violación donde no está especialmente prevista y para cuya aplicación resulta necesario la remisión al artículo 22,2 CP)<sup>20</sup>.

Nadie niega, en principio, que esos supuestos perfectamente imaginables<sup>21</sup> sean capaces de incrementar el desvalor del hecho básico en tanto que suman al conocimiento de sus elementos la posibilidad de haber previsto la concurrencia de otros —accidentales<sup>22</sup>— que lo hacen más grave, lo que se discute es si dogmáticamente puede articularse una solución adecuada para esos casos que pudiera resultar

17 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J: “*El tratamiento del error en la reforma...*”, p. 706. Una posición extrema mantiene el Derecho italiano que se conforma con la mera cognoscibilidad de la agravación para estimarla. Ampliamente, sobre ello, BOLDOVA PASAMAR, M A: “*La comunicabilidad de las circunstancias...*”, p. 388 y ss.

18 Cfr. GÓMEZ BENITEZ, J.M: “*Teoría jurídica del delito*”, p. 223.

19 Así expresamente, PÉREZ ALONSO, E: “*Teoría general de las circunstancias...*”, p. 162 y ss. y, en especial, p. 166.

20 Sobre el significado de esa diferenciación entre circunstancias *típicas* en el sentido de su referencia a tipos concretos de la Parte especial (circunstanciados o cualificados) y *no típicas* en tanto que previstas en la Parte general, véase MAQUEDA ABREU, M.L: “*El error sobre las circunstancias...*”, p. 710 y ss. y, 717.

21 Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A: “*La comunicabilidad de las circunstancias...*”, p. 381 y 382.

22 Afirmar el carácter accidental de esos elementos no significa asumir que son “accidentes de la pena”, como a veces se pretende, ni, por tanto, admitir su relación de ajenidad con los elementos definitorios del delito al que se refieren. Por el contrario, el *fundamento* de las circunstancias y de la mayor o menor pena que implica su presenciase encuentra, en mi opinión, en el delito mismo y en el contenido de injusto o de culpabilidad que le es propio y que se verá incrementado o disminuido, según los casos, a consecuencia de aquella concurrencia. En otro sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: “*Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*”, Universidad de Valencia, 1988, p. 145 y ss.

compatible con el derecho positivo o, aún, con fundamentales exigencias de política criminal.

Hoy han desaparecido, desde luego, algunos de los obstáculos formales que la doctrina oponía a esa construcción. Me refiero, en concreto, a las antiguas cláusulas de incriminación de la imprudencia (artículos 565, 586, o 600 CP) que, en opinión de muchos, impedían referirla a las circunstancias de los tipos cualificados en tanto que se contemplaba expresamente la necesidad de su referencia al *hecho constitutivo de delito*<sup>23</sup>. Pero los argumentos decisivos son de carácter material y permanecen; resulta dudoso poder afirmar que la realización de un elemento de agravación por error —vencible— en el contexto de una conducta dolosa determine el carácter imprudente del conjunto de la infracción, esto es, del tipo cualificado<sup>24</sup>. Más aún, si se trata de una circunstancia genérica de agravación cuya relación con los elementos básicos del delito la establece el intérprete sin mediar un tipo legal de referencia. En uno y otro caso, habría que admitir “que lo accidental (determina) el juicio de lo esencial”<sup>25</sup>. Y además, en el último supuesto, encontrar una previsión penal específica que se adaptara a la conducta agravada que se califica de imprudente. Ello parece inviable en el nuevo Código penal con la regulación cerrada y selectiva que se sigue de la imprudencia (artículo 12 CP)<sup>26</sup>. Otra es la situación cuando se trata de delitos cualificados respecto de los que sí resulta posible admitir, siquiera teóricamente, la posibilidad de una comisión imprudente que fuera reconducible al desconocimiento evitable de sus elementos de agravación. Por ejemplo, si se ignorara venciblemen-

23 Así, por todos, CEREZO MIR: “Curso de Derecho penal español”. Parte general, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, p. 349.

24 Niegan esa posibilidad, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Teoría general de las circunstancias” p. 192 y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: “El error vencible sobre un elemento que, si bien forma parte del tipo, sólo sirve para agravar la pena, no puede provocar la modificación del título de imputación subjetiva del mismo”, “Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: La problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro)”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, II, 1993, p. 687. Otra posición, en cuanto a esa particular cuestión, en DE VICENTE REMESAL, F.J.: “Violación-estupro: error sobre la edad de doce años”, Cuadernos de Política Criminal, nº 28, 1986, p. 119.

25 Así lo plantea, acertadamente, BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “La comunicabilidad de las circunstancias...”, p. 382. En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J: cuando afirma que “la circunstancia que no altera el tipo básico (lo que ocurre con todas las genéricas y con muchas de las específicamente tipificadas como delito autónomo) no da para la creación de un tipo independiente susceptible de comisión dolosa o imprudente”, en “El Derecho penal español”, p. 546. De esa opinión, también, OCTAVIO DE TOLEDO, E / HUERTA TOCILDO, S: “Derecho penal. PG.”, p. 149.

26 También se negaba mayoritariamente esa posibilidad bajo la anterior regulación. Véase la amplia bibliografía citada en ese sentido por BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “La comunicabilidad de las circunstancias...”, p. 381, nota nº 42.

te que la industria causante de un grave atentado al medio ambiente funcionaba clandestinamente (artículo 331 CP que sanciona los casos de imprudencia grave en relación con el artículo 326 a) CP donde se contempla esa forma de atentado agravada). O, en el caso de daños imprudentes (artículo 267 CP) causados sobre bienes de uso comunal (artículo 264,4 CP) o de valor científico (artículo 324 CP), si se desconociera venciblemente una u otra condición.

Más problemático resulta, en todo caso, aceptar la posibilidad de un concurso entre esas conductas imprudentes —si es que se admite que así pueda calificarse la realización descuidada de sus elementos agravantes (clandestinidad, bienes comunales, valor científico de la cosa...)— y el delito doloso que les sirve de soporte básico (el atentado ambiental o los daños), sin vulnerar con ello el esencial principio del *non bis in idem*. Y es que no le falta razón a quien afirma que “en los supuestos de desconocimiento evitable de una circunstancia de cualificación, lo único que se añade al hecho básico es la cualificación misma y por ello puede ser inoportuno proceder como si el resto de los momentos desvalorados se hubiera duplicado en el hecho...”<sup>27</sup>. De ahí que el recurso a la técnica del concurso ideal de delitos entrañe indudablemente “el riesgo de castigar dos veces las porciones esenciales del acontecimiento”<sup>28</sup>.

Preferible resulta entonces, en esos u otros casos, tomar en cuenta el desvalor adicional del hecho a causa de la realización imprudente de sus elementos de agravación<sup>29</sup> en el marco de medición de la pena<sup>30</sup>. El amplio arbitrio que hoy se reserva al órgano jurisdiccional en la fase de determinación penal (artículo 66,1 CP) hace posible —y aún deseable— dejar para ese momento la valoración más individualizada del hecho<sup>31</sup>. Lo exigible en relación a las agravantes es, pues, el conocimiento de

27 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E: “*Concurso de leyes...*”, p. 84 y 85, nota n° 88.

28 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E: en una interpretación convincente de la idea de la ausencia de un doble injusto en esos casos, desarrollada por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN frente a la tesis del concurso ideal de delitos (“*Derecho penal. PG*”, 1990, p. 513). “*Concurso de leyes*. p. 84, nota n.° 88, Otra versión diferente en PÉREZ ALONSO, E: “*Teoría general de las circunstancias...*”, p. 165 y ss.

29 Destaca ese desvalor adicional en relación al injusto base, CEREZO MIR, J: “*Curso de Derecho penal español PG*”, (1985), p. 349. nota n.° 68. Lo relativiza, a cambio, LUZÓN PEÑA, D: “*Curso de Derecho penal*”, p. 451.

30 Así también, PEÑARANDA RAMOS, E: “*Concurso de leyes...*”, p. 85, nota n° 88.

31 El artículo 66.1 del CP español establece que “cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión que estimen adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia”. No son menores, por cierto, las facultades discrecionales que los artículos 45 y ss del CP peruano garantizan al Juez en la individualización de la pena. En todo caso, la doctrina parece prescindir

su concurrencia en el momento de la acción, al modo en que lo prescribe el artículo 65 CP.

4. También para las *atenuantes* establece el artículo 65 CP la exigencia de un conocimiento actual. Pero el nuevo artículo 14 omite cualquier declaración acerca de los efectos de su ausencia. Como su predecesor, el legislador de 1995 ha preferido no pronunciarse acerca del alcance de aquel principio general así como de las consecuencias que deben seguirse para los casos de error sobre esos elementos. Ello plantea, como se afirma, “problemas nada fáciles de resolver”<sup>32</sup>.

En primer lugar, resulta incierta la extensión que deba darse a la declaración de conocimiento contenida en el artículo 65 CP. No hay que perder de vista que expresamente este precepto sólo la refiere a las circunstancias materiales o de ejecución del párrafo 2, lo que puede llevar a pensar que quedan fuera de su ámbito de regulación, de una parte, las de naturaleza personal del párrafo 1º donde legalmente se requiere sólo su concurrencia en el autor (o partícipe) y, de otra, los elementos de atenuación recogidos en la Parte especial que, según una opinión extendida en nuestra doctrina, no serían “circunstancias” y podrían regirse entonces por principios distintos del conocimiento requerido por el artículo 65 CP<sup>33</sup>. Conforme a ello, tal exigencia quedaría reservada únicamente para las circunstancias genéricas de carácter ejecutivo que, por lo demás, escasean realmente en nuestro Código<sup>34</sup>. Hay que tener en cuenta, además, y este es un problema añadido, que las atenuantes pueden encontrar un fundamento múltiple que permite referirlas no sólo al injusto del hecho, como las agravantes<sup>35</sup>, sino también a otros elementos del concepto de delito como la culpabilidad y aún la punibilidad, lo que va a exigir del intérprete una toma de posición clara acerca de su relevancia en cada caso.

Creo, sin embargo, que la mayor parte de las dificultades expuestas pueden superarse a partir de una concepción personal de lo injusto como la que inspira

---

de esa diferenciación -legal- entre error vencible e invencible en la práctica. Así VILLA STEIN, J: cuando ejemplifica con uno de los errores clásicos sobre la circunstancia agravante de crueldad en el asesinato (artículo 108 CP), “*Derecho penal. Parte general*”, 2ª ed., Lima, 2001, p. 260.

32 Cfr. COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S: “*Derecho penal PG*”, (1999), p. 680.

33 Sobre este principio de diferenciación en la doctrina, véase MAQUEDA ABREU, M.L: “*El error sobre las circunstancias...*”, p. 704 ss.

34 Como, con razón, afirma BOLDOVA PASAMAR, M.A: “*La comunicabilidad de las circunstancias...*”, p. 378 y 379.

35 Comparto en este punto la opinión de MIR PUIG, en el sentido de que “todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del hecho, sin que puedan ‘elevar’ la imputación personal”, “*Derecho penal. PG*”, p. 645. Pues, como él, entiendo que concebida la culpabilidad como juicio acerca de la posibilidad de atribuir un injusto al autor que actúa en condiciones de motivabilidad normal, no puede crear un desvalor distinto del que proviene del injusto del hecho ni agravarlo sino sólo, en todo caso, aminorarlo.

nuestro Código y se mantiene aquí<sup>36</sup>, porque a ella es inherente la necesidad de congruencia entre tipicidad objetiva y representación del autor. El principio de responsabilidad subjetiva —o el de culpabilidad, si se prefiere esa referencia más clásica<sup>37</sup>— no debe condicionar únicamente la relación del autor con los elementos esenciales de su infracción<sup>38</sup>, ni sólo con los que la agravan, como en ocasiones se afirma<sup>39</sup>, sino que rige también para los que aminoran su responsabilidad por la concurrencia de una atenuación penal, sea ésta de carácter general o vaya referida a tipos particulares de la Parte especial. Conforme a ese principio, la exigencia de conocimiento no se hace depender de ninguna declaración legal explícita —como la del artículo 65,2 CP— sino que se impone en relación a todos los elementos del injusto penal. En relación a las atenuantes, quedarían bajo su esfera de influencia, entonces, no sólo las generales de naturaleza ejecutiva —como pudieran ser las correspondientes a una justificación incompleta (artículo 21.1 CP)<sup>40</sup>— y las de carácter personal —como el parentesco, v. gr. (artículo 23)<sup>41</sup>— sino también otras específicas vinculadas a tipos de injusto concretos —como el consentimiento en el homicidio eutanásico (artículo 143.4 CP) o la liberación de la víctima de la detención ilegal en los tres días siguientes a su privación de libertad (artículo 163,2 CP)—, por ejemplo.

36 Así también, CEREZO MIR, J: “*Curso de Derecho penal...*”, (1999), p. 134 y 135.

37 Sobre la significación de uno y otro, véase MAQUEDA ABREU, M.L: “El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del CP de 25 de junio de 1983”, Cuadernos de Política Criminal, n° 31, 1987, p. 185 ss. y 188, en particular.

38 En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ cuando afirma que “los elementos accidentales... no admiten formas de conexión personal alguna, ya que dolo y culpa están referidos a las acciones y omisiones, pero no a las circunstancias...”, *“El tratamiento del error...”*, p. 706 y 707.

39 Así, CUELLO CONTRERAS cuando afirma que “el principio de culpabilidad... no alcanza, necesariamente, a aquellos elementos de los que depende que su comportamiento quede impune o experimente una atenuación”, con todo, resuelve su desconocimiento proponiendo su no apreciación, *“El Derecho penal...”*, p. 543 y 544. De la opinión del texto, DIEZ RIPOLLÉS, que no distingue entre circunstancias agravantes y atenuantes a los efectos de vigencia de esos principios. Véase en *“Las circunstancias modificativas...”*, p. 906 y 907.

40 A ellas se refiere, en particular, como exponente de “una menor gravedad de lo injusto”, CEREZO MIR, J: “*Curso de Derecho penal...*”, (1999), p. 135, nota n° 61. Véase también esa posibilidad en BOLDOVA PASAMAR, M.A “*La comunicabilidad de las circunstancias...*”, p. 378 y 379, nota n° 38. Entiende que no son propiamente “circunstancias”, ALONSO ÁLAMO, M: “*Circunstancias del delito...*”, p. 57.

41 En general, la doctrina considera que debe hacersele extensiva también a las circunstancias personales la exigencia de conocimiento. Sobre ello, véase DIEZ RIPOLLÉS, J.L: “*La naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, III, 1977, p. 649. También MAQUEDA ABREU, M.L: “*El error sobre las circunstancias...*”, p. 712 y 713, nota n° 60. Ampliamente, BOLDOVA PASAMAR, M.A: “*La comunicabilidad de las circunstancias...*”, p. 192 y ss.

Son estos últimos elementos que se relacionan con tipos privilegiados de la Parte especial los que han recibido de parte de un sector minoritario de la doctrina otras propuestas de solución que merecen ser destacadas. En general, tienen su origen en comentarios de opinión que se han impuesto más o menos recientemente en Alemania<sup>42</sup> y que propugnan para esos casos la aplicación preferente del tipo atenuado objetivamente realizado, primando con ello el menor desvalor de resultado característico de estos hechos. Hay que tener presente, se afirma, que cuando “el autor supone cometer el tipo básico, pero realiza el atenuado... sólo ha cometido el tipo objetivo del tipo atenuado y, por tanto, éste debe ser el único fundamento de su responsabilidad”. En la solución definitiva, sin embargo, esta propuesta no se resuelve apreciando el tipo privilegiado únicamente sino que incluye el plus representado por el mayor desvalor de acción de estas conductas a través de la solución de un concurso ideal con la tentativa del delito básico<sup>43</sup>. Ejemplificando con uno de los delitos antes referidos, quien produce a otro una muerte eutanásica sin saber que cuenta con su consentimiento respondería, según esta posición, por un delito consumado del artículo 143.4 CP (tipo privilegiado) en concurso ideal con una tentativa de homicidio del artículo 138 CP (tipo básico)<sup>44</sup>.

Otra propuesta, que cuenta con algún apoyo en nuestro país, se limita a hacer prevalecer la calificación del tipo atenuado consumado. Y lo hace a partir del recurso a una interpretación analógica que busca eludir la aplicación del delito básico en esos casos para no perjudicar al autor. Se refiere sólo a los “elementos accidentales que rebajan la pena por disminución del injusto objetivo” y entiende que la solución prevista en el artículo 65.2 CP de “no atenuación en caso de desconocimiento...” no le es aplicable pues, tratándose de elementos no comprendidos en ese precepto —que, conforme a esta tesis, sólo regularía las circunstancias genéricas, no específicas—, supondría ir “más allá de su letra” y, por tanto, aplicar “analogía *in malam partem*, prohibida”. La solución sugerida es la contraria: se trata de apreciar el tipo atenuado siempre que el “desconocimiento de (la) circunstancia que rebaje la pena venga a constituir una solución análoga a la suposición de una circunstancia que la eleva pues —se concluye— no atenuar en aquel caso vendría a contradecir el criterio

42 Sobre ello, ampliamente, PEÑARANDA RAMOS, E: “*Concurso de leyes...*”, p. 95 y 96.

43 Cfr. BACIGALUPO, E: que es el autor de esta propuesta en nuestro país, “*Principios de Derecho penal*”, p. 240. Véanse asimismo, en la doctrina alemana, ROXIN, C: “*Derecho penal. Parte general*”, I, trad. y notas de LUZÓN PEÑA y otros, Civitas, 1997, p. 480 y JAKOBS, G: “*Derecho penal. Parte general*”, Trad. DE CUELLO CONTRERAS y otros, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 368.

44 Los tipos (de hurto) con los que ejemplifica BACIGALUPO para ilustrar esta solución tienen el problema de que se encuentran en una relación de exclusividad formal y resultan por ello menos idóneos, en mi opinión, para reflejarla. Cfr. “*Principios...*”, p. 240. Sobre esa forma de relación entre tipos, véase ampliamente, PEÑARANDA RAMOS, E: “*Concurso de leyes...*”, p. 100 y ss.

sentado en éste otro, de no agravación”. Y se ejemplifica con el artículo 163.2 CP: “el que deja en libertad a quien tenía encerrado dentro de los tres días siguientes de su detención..., pensando erróneamente que este plazo ya había transcurrido, desconoce un elemento que disminuye la pena, pero ello supone inevitablemente la suposición de otro que, en comparación con la situación real, la “eleva”. Negar la aplicación del tipo atenuado del N° 2 del artículo 163 supondría, pues, elevar la penalidad por la suposición errónea del tipo descrito en el N° 1 del mismo artículo, lo que ya se dijo que no era lícito”<sup>45</sup>. El resultado de ese tratamiento analógico —favorable al reo— es la declaración de irrelevancia del desconocimiento de la atenuación —y su apreciación, por tanto— paralelamente a lo que se propugna para los casos de error al revés sobre agravantes —que se considera intrascendente—<sup>46</sup>.

Lo que permanece inexplicado en esta construcción es la razón por la que deba —o aún, pueda— resultar justificado recurrir a una ficción como la que aquí se emplea, estando tan clara la letra —y el espíritu— de una norma como la del artículo 65 del CP que prescribe la exigencia de conocimiento para la apreciación de los elementos de agravación y atenuación. Pues parece innegable que el razonamiento que le sirve de base se apoya en una ficción, esto es, se finge un conocimiento inexistente para no perjudicar al reo apoyándose en una analogía asimismo inexistente. Pues para fundarla, esto es, para justificar “la identidad de razón entre la no aplicación de la cualificación y la aplicación del privilegio” se hace necesario *imaginar* “el tipo privilegiado... como si fuera el tipo básico y el básico como un tipo cualificado negativamente formulado (es decir, caracterizado por la no concurrencia del elemento que, según el tenor literal de la ley, tiene un efecto privilegiante)”<sup>47</sup>.

La realidad ofrece, en efecto, otra perspectiva muy distinta en cuanto a esa —fingida— correspondencia que se pretende y que conduce a obviar la necesidad

45 Es la posición de MIR PUIG que se mantiene inalterada desde 1983 (*Lecciones de Derecho penal. Teoría del delito*, Barcelona, 1983, p. 66) hasta nuestros días (*Derecho penal. PG*, 1998, p. 258). Este autor rechaza la posibilidad de apreciar en ese caso tentativa inidónea del tipo básico (en concurso ideal con el privilegiado), como hace en general la doctrina dominante alemana, por entender que lo impide el artículo 16 al exigir que “*el delito no se hubiera llegado a realizar*” y aquí, concluye el autor “se ha cometido... porque el delito cualificado es *el mismo delito* que el delito base ejecutado”, *Derecho penal. PG*, p. 257. Se muestra partidario de la tesis expuesta en el texto, en nuestro país, PEÑARANDA RAMOS, E: “*Concurso de leyes...*”, p. 96 y ss. La considera “discutible”, pero acepta sus resultados, LUZÓN PEÑA, D: “*Curso...*”, p. 452.

46 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, E / HUERTA TOCILDO, S: “*Derecho penal. PG*”, p. 150. La razón de esa intrascendencia, que admiten también estos autores (p. 151), reside en la interpretación que hace MIR PUIG del artículo 16 CP en relación a la tentativa, como queda expuesto en la nota anterior.

47 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E: “*Concurso de leyes...*”, p. 97 ss, y 99, en particular.

de una congruencia entre suceso objetivo y dolo requerida por el artículo 65 CP<sup>48</sup>. Y es que, por más que se busque limitar este precepto al ámbito de las circunstancias genéricas y, más estrictamente, al régimen de su comunicabilidad a los partícipes<sup>49</sup>, resulta difícil mantener la indiferencia de sus reglas respecto a otras circunstancias —aunque sean típicas— de la misma naturaleza —accidental— y, particularmente en cuanto a los efectos de regulación de la responsabilidad del autor —que debe transcurrir, por lo menos, “paralela” a la del partícipe—, salvo que se quiera asumir la inevitable consecuencia de hacer de peor condición a este último admitiendo, además, una desarmonía inexplicable en el ámbito de los elementos accidentales. Esta es una consideración que me parece aplicable a las dos propuestas precedentes.

En efecto. Si tomamos como referencia el artículo 143.4 son imaginables diversas situaciones: por ejemplo, que el autor de la eutanasia desconozca el consentimiento de la víctima, o bien, que sea el cooperador que proporciona el producto letal el que no sepa que el homicidio es a petición del enfermo incurable o, finalmente, que uno u otro ignoren la relación de parentesco atenuatoria (artículo 23 CP) que les une a él. Lo que aquí se mantiene, de acuerdo con el artículo 65 CP, es la relevancia de esos errores y, por tanto la no apreciación de la circunstancia o del elemento típico de atenuación en cualquiera que los desconozca, sea autor o partícipe. Si, a cambio, se toma una decisión selectiva como la de las últimas propuestas examinadas que, o bien beneficie sólo al régimen de las atenuantes típicas —aquí el consentimiento— para ambos, o bien se limite a privilegiar únicamente al autor en esos casos o sólo en el de las circunstancias genéricas —respecto de las que el artículo 65 CP impone el conocimiento al partícipe (por lo menos, de entre las personales, al parentesco<sup>50</sup>)—, habrá que concluir en la existencia de un régimen disfuncional —por inseguro— entre los elementos accidentales y de una verdadera discriminación para los partícipes en cuanto a los efectos beneficiosos que estas últimas teorías asignan a esa clase de error para los autores de circunstancias específicas del injusto. Pues, en todo caso —y por imperativo del artículo 65—, quedaría sin privilegiar,

48 Así también, CEREZO MIR, J: “*Curso de Derecho penal...*”, (1999), p. 135 nota n° 63 y BUSTOS RAMÍREZ, J: “*El tratamiento del error...*”, p. 706 y 707. Esta era asimismo mi opinión en 1983 cuando afirmaba que “apreciar en este caso la atenuación conduciría a apoyar la tesis... de que sólo es relevante la situación objetiva...”; MAQUEDA ABREU, M.L: “*El error sobre las circunstancias...*”, p. 714. En el mismo sentido, PÉREZ ALONSO, E: “*Teoría general de las circunstancias...*”, p. 169 y ss.

49 En ese sentido, recientemente, DIEZ RIPOLLÉS, J. L: “Las circunstancias genéricas...”, p. 907. Lo cierto es, sin embargo, que un amplio sector de la doctrina le reconoce su aplicabilidad a circunstancias genéricas y específicas de agravación y atenuación. Cfr. CEREZO MIR, J: “*Curso...*”, (1999), p. 135 y nota n° 62.

50 Véase, por todos, el propio MIR PUIG, S: “*Derecho penal. PG*”, p. 258 y 658.

por lo menos, el cooperador de la eutanasia que desconociera su relación de parentesco con el enfermo terminal<sup>51</sup>.

No debe alcanzarse una conclusión distinta cuando la solución que se propone es la inversa pero sigue siendo igualmente discriminatoria. Esto es, si partiendo de la normativa referente al error (artículo 14,2 CP)<sup>52</sup>, se niega el efecto atenuante a los casos de desconocimiento de circunstancias específicas —como el consentimiento en nuestro ejemplo— reservándose el régimen de privilegio sólo para los autores de hechos en que concurran circunstancias genéricas —aquí, el parentesco— por entender que ellas “ya no afectan al injusto específico sino al genérico, lo que conlleva la importante consecuencia de que los supuestos de error son conceptualmente equivalentes al error de prohibición...”<sup>53</sup>, en cuyo caso, la propuesta es de aplicación de “una atenuante incompleta que podría dar lugar a la apreciación de una atenuante por analogía...”<sup>54</sup>.

Entiendo, pues, que la solución más justa y dogmáticamente preferible es la que hace extensiva la exigencia de conocimiento a todos los elementos de atenuación, genéricos o específicos, referidos al *injusto* de un hecho<sup>55</sup>.

Una solución que debiera hacerse asimismo aplicable a otro grupo de circunstancias cuyo fundamento político criminal les ha llevado al ámbito de la *punibilidad*. Me refiero, por ejemplo, a la reparación del daño o a la confesión de la infracción a las autoridades, sea como circunstancias genéricas (artículos 21, 5 y 4<sup>a</sup> CP, respectivamente) o específicas (artículos 340 CP en cuanto a los delitos relativos

51 Así, en el caso de las propuestas más restrictivas, conforme a las cuales el artículo 65 CP limitaría sus efectos a las solas circunstancias genéricas y al estricto régimen de su comunicabilidad a los partícipes. La de MIR PUIG es, sin embargo, de signo intermedio en cuanto que extiende esos efectos también a los autores cuando las circunstancias no son típicas (“*Derecho penal. PG*”, p. 257): en su caso, también se discriminaría, pues, a éstos si desconocieran esa circunstancia. No se menciona, a cambio, el régimen de esas circunstancias atenuantes pertenecientes a la Parte general en BACIGALUPO que, de una parte, las asimila a los tipos privilegiados de la Parte especial pero, de otra, parece limitar las consecuencias de su propuesta a estos últimos (“*Principios...*”, p. 232 y 240, respectivamente).

52 Que se niega expresamente que sea la del artículo 65 CP (artículo 62 según el PCP de 1992, que es el texto analizado). Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “*Las circunstancias genéricas modificativas...*”, p. 907.

53 “Y no al error de tipo”, que sería el aplicable tratándose de circunstancias atenuantes del injusto específicas, en que no se apreciaría la atenuación y se haría prevalecer el tipo básico consumado, que absorbería el tipo privilegiado. Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “*Las circunstancias genéricas modificativas...*”, p. 908.

54 Cfr. DIEZ RIPOLLÉS que justifica esa solución -discriminatoria para las atenuantes específicas, esta vez- en “las rigideces que introduce la relación entre tipo básico y tipo privilegiado”, “*Las circunstancias genéricas modificativas...*”, p. 908, nota n° 68.

55 Es asimismo la opinión de CEREZO MIR, J: “*Curso de Derecho penal...*”, (1999), p. 134 y 135-

a la ordenación del territorio 7 la protección del patrimonio artístico y del medio ambiente o artículos 376 y 579 CP para los “arrepentidos” (*pentiti*) en relación a los delitos de tráfico de drogas y terrorismo). Por más que no se exija hoy el estímulo de un arrepentimiento eficaz<sup>56</sup>, habría que buscar una buena razón para justificar la *no necesidad preventiva de pena* y, por tanto, el sentido de su aplicación a aquellos casos en que el autor no es consciente de que con su acción contribuye a resolver el conflicto con la víctima generado por su delito o en que no sabe que sus declaraciones tienen el sentido de una confesión con la que está facilitando la persecución judicial del hecho. La propia *ratio* de estas atenuantes personales explica sobradamente la necesidad de conocimiento de sus elementos característicos<sup>57</sup>.

Por lo que, según parece, sólo un restringido grupo de atenuantes pertenecientes a la culpabilidad, y más concretamente a la menor imputabilidad del autor, hacen impensable un error eficaz. Me refiero a circunstancias tales como la adicción a bebidas alcohólicas o a drogas tóxicas (artículo 21,2<sup>a</sup> CP) o los estados pasionales o el arrebato u obcecación (artículo 21,3<sup>a</sup> CP), en las que lo esencial es que concurran en el autor y aminoren su motivabilidad determinando una disminución proporcional de la pena adecuada a la culpabilidad. O aún, hasta muy recientemente, la edad -determinada edad-, sobre la que operaba una presunción de menor imputabilidad que no dependía ni del conocimiento que se tuviera de ella ni siquiera de la efectiva capacidad de quien reunía las condiciones legales para ver atenuada su pena en razón de la misma. Hoy, el fundamento de la imputabilidad disminuida permanece —y también, limitadamente, la presunción— pero no la naturaleza del privilegio que ha dejado de ser una circunstancia de atenuación para convertirse en requisito de acceso a un régimen especial de responsabilidad penal<sup>58</sup>. Tratándose, pues, de

56 Que, como se ha afirmado, “fomentaba exigencias moralizadoras”. Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Las circunstancias genéricas...”, p. 901. Con todo, es de tener en cuenta la interpretación alternativa que durante su vigencia propuso la doctrina en el sentido de entenderlo “desprovisto de todo sentimiento de dolor moral y... simplemente como cambio de dirección en la voluntad, sustitución de la voluntad delictiva por la de restaurar el orden perturbado”, un elemento subjetivo que naturalmente presupone el conocimiento. Cfr. DE SOLA DUEÑAS, A: “Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, II, 1971, p. 432. Véase, también ORTS BERENGUER, E: “Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código penal de 1980”, Cuadernos de Política Criminal, n° 14, 1981, p. 259.

57 Sobre su *ratio* respectiva, por todos, ampliamente, GARCÍA PÉREZ, O: “La punibilidad en el Derecho penal”, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 187 ss., 194, 205 y 209 ss.

58 Véanse los artículos 19 y 69 CP. El régimen de presunciones *ius et de iure* (“parece que” de menor culpabilidad) se mantiene en el artículo 1 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, cuando se declara aplicable a los mayores de catorce años y menores de dieciocho. El artículo 4 de la Ley da paso, a cambio, a un sistema de discernimiento -limitado- para los mayores de esa edad y menores de veintiún años, como cabe deducir de una de las condiciones que establece para su aplicación: “Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico

circunstancias relativas a una culpabilidad atenuada, “el Derecho penal ha de estar, como se afirma, a la realidad (pues) de otra manera socavaría las bases sobre las que se asienta el concepto de imputabilidad (defecto en la motivabilidad normal del sujeto respecto a las normas penales)”<sup>59</sup>.

A esta solución no se opone la circunstancia de que el autor (o partícipe) haya llegado a ese estado de alteración psicológica a causa de un error sobre los elementos de hecho —o de derecho<sup>60</sup>— que han sido determinantes de su acción semiculpable. Esto es, cuando el arrebato u obcecación o la situación de miedo hayan surgido a consecuencia de una interpretación errónea de las incidencias del caso y bajo su estímulo: v. gr. el sujeto se representa equivocadamente una relación infiel de su amante o una agresión sexual falsa hacia su hijo menor o una amenaza de muerte incierta... y actúa movido por impulsos pasionales o de terror. Aquí, como en los supuestos anteriores, “lo único importante es si concurren o no realmente las condiciones motivacionales necesarias...”<sup>61</sup> y, si se concluye negativamente, habrá que estimar la atenuación correspondiente. No se trata, como se afirma, de un error sobre la culpabilidad que sería irrelevante, sino sobre los elementos que originan una situación de menor culpabilidad, que debe ser apreciada pues concurre realmente<sup>62</sup>.

5. Si bien, éste ya es un caso de error que se reconduce, por lo general, hacia los que consisten en una representación equivocada de las circunstancias<sup>63</sup>. Me re-

---

en su informe”. Sobre ello, ampliamente, CUELLO CONTRERAS, J; “*El nuevo Derecho penal de menores*”, Civitas, Madrid, 2000, p. 36 ss.

- 59 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, E / HUERTA TOCILDO, S: “*Derecho penal. PG*”, p. 150. En esos casos, en efecto, “la causa de atenuación... seguirá subsistiendo igualmente, con independencia de que el sujeto la conozca equivocadamente”. Así, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: “*Teoría general...*”, p. 194.
- 60 Piénsese en un error sobre el mal amenazante en una atenuante de miedo insuperable. Sobre ello, MIR PUIG, S: “*Derecho penal. PG*”, p. 624. Niega su naturaleza de “circunstancia”, ALONSO ÁLAMO, M: “*Circunstancias del delito...*”, p. 57.
- 61 Cfr. MIR PUIG, S: “*Derecho penal. PG*”, p. 625. De la misma opinión es la doctrina dominante, véanse las referencias en este sentido de PÉREZ ALONSO, E: “*Teoría general de las circunstancias...*”, p. 145 y 146.
- 62 Cfr. MIR PUIG, S: “*Derecho penal. PG*”, p. 625. Por ello, es difícil de aceptar la calificación que propone BACIGALUPO de concurso entre el “delito doloso atenuado” y la “realización imprudente del delito no atenuado”, para uno de esos casos (“la mujer cree haber visto a su marido con otra mujer y lo agrede en una reacción producida por los celos”): “a la mujer del ejemplo propuesto -concluye- debería sancionársela con la pena del delito de lesiones atenuadas en concurso ideal con lesiones imprudentes (artículos 147 y 152 CP)”, “*Principios...*”, p. 239. En realidad, éste sería un caso de error en los motivos irrelevante.
- 63 Sin serlo. En realidad, se trata de un error irrelevante que no incide ni sobre el arrebato u obcecación ni sobre el miedo. Lo que sucede es que el sujeto actúa bajo sus efectos, por tanto, bajo un régimen de culpabilidad atenuada.

fiero a las llamadas situaciones de *error inverso* o “*error al revés*” sobre las que no hay tampoco, por cierto, pronunciamiento alguno de parte del artículo 14.2, ni acuerdo en la doctrina. Los supuestos más problemáticos se refieren, como habitualmente, a las agravantes y atenuantes relativas al injusto típico. La cuestión básica reside en determinar, en uno y otro caso, si debe valorarse —y cómo— la representación subjetiva del autor.

Tratándose de *circunstancias de agravación o constitutivas de delitos cualificados*, la opinión dominante se muestra partidaria de no reconocerle efectos agravatorios a su errónea representación. Así pues, si alguien, en la idea de producir a otro una muerte dolorosa, le golpea con saña en varias partes del cuerpo sin reparar en que con los primeros golpes la víctima ha perdido la conciencia a causa de la tensión y el miedo, respondería, según ello, por un homicidio (artículo 138 CP) y no por un asesinato con ensañamiento (artículo 139.3 CP). Del mismo modo que sería calificado de lesiones graves (artículo 149 CP) sin la agravante de discriminación (artículo 22.4 CP)<sup>64</sup> el caso del médico que, teniendo el deber de atender a los enfermos de un centro, se niega a prestar auxilio a uno de ellos por creer erróneamente que padece SIDA, produciéndole un daño irreversible en su salud. Como también se resolverían aplicando la conducta básica los casos más habituales en que el hurto se perpetra sobre bienes de menor valor (artístico, histórico o científico...) que el representado por el autor (artículo 234 en lugar del artículo 235.1 CP) o las drogas se venden a personas adultas pese a la creencia falsa del autor de que eran de menores de edad (artículo 368 en lugar del artículo 369-1 CP).

Los argumentos que subyacen a esa solución generalizada de hacer prevalecer el tipo -básico- realmente concurrente, se orientan en su mayoría por la vía de negar la existencia de norma alguna que permitiera alcanzar otra conclusión posible: “no existe, se dice, ningún precepto que permita castigar más en este supuesto”<sup>65</sup>. Ese precepto no puede ser otro, indudablemente, que el que regula la tentativa. Y es que en estos casos de incongruencia por exceso subjetivo, el recurso más idóneo lo ofrece la eventual responsabilidad por una tentativa<sup>66</sup> del delito más grave (que es el que se

64 No se plantea aquí, porque no viene al caso la posibilidad de sustituir esa agravación por una posible tentativa del delito del artículo 511 CP.

65 Cfr. MIR PUIG, S: “*Derecho penal. PG*”, p. 257. De la misma opinión, OCTAVIO DE TOLEDO, E / HUERTA TOCILDO, S: “*Derecho penal. PG*”, p. 151. Defienden asimismo esta solución sin argumentarla, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: “*Teoría general de las circunstancias...*”, p. 193; BERDUGO DE LA TORRE, I / ARROYO ZAPATERO, L y otros: “*Lecciones de Derecho penal. Parte general*”, Praxis, Barcelona, 1999, p. 201.

66 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E: “*Concurso de leyes...*”, p. 85. Véase, sin embargo, la posibilidad que apunta CUELLO CONTRERAS referida a “la muerte de un extraño en la creencia de que se trataba del pariente” de calificar “la muerte de un hombre más el móvil vil de que la muerte querida fuera la del pariente” como “parricidio consumado”, “*El Derecho penal*”, p. 544.

quería realizar) en concurso con el delito base (efectivamente realizado), que se vería imposibilitada si se niega la calificación de tentativa.

A partir de aquí es cuando se explicitan las diversas posiciones existentes: de una parte, las que niegan la posibilidad de ese concurso por rechazar la tentativa<sup>67</sup> y, de otra, las que la defienden, quedando pendiente entre ellas la cuestión de si la relación concursal que promueven es de normas<sup>68</sup> o de delitos<sup>69</sup>, pues sólo en este último caso, la solución final resultaría diferente en tanto que pasaría por computar regladamente (artículo 77 CP) el injusto adicional característico de estas conductas.

No creo, ciertamente, que la solución preferible sea la del concurso: ni de normas, porque se perdería el *plus* de desvalor indudable de estos hechos<sup>70</sup>, ni de delitos porque la tentativa —inidónea— no ofrece, hoy por hoy, todas las garantías de aplicabilidad que se pretenden<sup>71</sup>. Y es que, aún admitiendo que en todos esos casos se realizan “dos delitos distintos” —que es la objeción que se opone a la apreciación de la tentativa<sup>72</sup>—, persiste la dudosa posibilidad de castigar por ella, en casos de inidoneidad como los que aquí se plantean. Preferible sería, seguramente, apreciar el desvalor correspondiente al injusto global del hecho acudiendo, como en otras ocasiones, a las reglas de medición de la pena. El artículo 66.1 favorece esa graduación discrecional.

67 Véase nota n° 63.

68 Así, quienes entienden que “el tipo básico consumado consumirá el tipo privilegiado”. Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “*Las circunstancias genéricas...*”, p. 908. De la misma opinión, CEREZO MIR, J.: “*Curso...*”, (1985), p. 354.

69 Véase, PÉREZ ALONSO que alega razones de justicia material, “*Teoría general de las circunstancias*”, p. 175. También, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “*El Código penal comentado*”, p. 25 y “*Consideraciones generales...*”, p. 172 y GIMBERNAT ORDEIG, E.: “*Concurso de leyes...*”, p. 844, nota n° 23.

70 Total injusto del hecho no se toma en cuenta cuando el plus de desvalor inherente a la intención de cometer el delito más grave se considera consumido por el de la infracción base realizada. En ese sentido, con razón, PÉREZ ALONSO, E.: “*Teoría general de las circunstancias...*”, p. 175.

71 Menos aún en relación a estos casos menos graves. Sobre un planteamiento similar en relación a la circunstancia de discriminación, LAURENZO COPELLO, P.: “*La discriminación en el Código penal de 1995*”, Estudios Penales y Criminológicos, XIII, Santiago de Compostela, 1996, p. 283.

72 “Para que existiese tentativa inidónea -afirma MIR PUIG- sería preciso que “el delito” no se hubiera llegado a realizar (artículo 16 CP) y aquí se ha cometido... porque el delito cualificado es “el mismo delito” que el delito base ejecutado”, “*Derecho penal. PG*”, p. 257. Bien es cierto que este autor considera, a veces, que determinados delitos cualificados son “delitos distintos” y admite entonces la relevancia del error sobre ellos. Así en los casos de error sobre el objeto cuando ‘versa sobre persona que goza de protección penal especial’, (p. 259). Seguramente tendría que alcanzar entonces parecidas conclusiones respecto de alguno de los ejemplos del texto, v. gr. el del asesinato,

En el caso de los *elementos de atenuación o pertenecientes a tipos privilegiados*, la opinión de la doctrina se encuentra aún más dividida. Para muchos, también, el “error al revés no da lugar a modificación alguna de la responsabilidad por el hecho auténticamente cometido”<sup>73</sup>. De modo que si alguien cree falsamente que es un pariente de los recogidos en el artículo 23 CP el que le solicita una muerte eutanásica, o bien se representa erróneamente el consentimiento del enfermo en un homicidio de esas características (artículo 143.4 CP) o piensa equivocadamente que ha liberado al secuestrado en los tres días siguientes a la detención (artículo 163.2 CP), habría que resolver por “el delito doloso básico consumado (que consume al privilegiado frustrado o imposible)” pues se entiende que para la aplicación de la atenuante o del tipo privilegiado “es necesario... que los elementos del tipo objetivo se den en la realidad”<sup>74</sup>.

Pero no faltan quienes se muestran partidarios de la opinión contraria. Así, cuando se afirma que “se trata, en definitiva, de un problema de *dolo*, y no puede decirse que actuó con dolo de un delito básico más grave quien creyó que concurría la circunstancia privilegiante, por errónea (aunque existente) que fuese esa creencia ... pues si el sujeto activo conoció que realizaba todos los elementos del tipo básico, pero también los de un tipo privilegiado, es este conocimiento (siquiera erróneo) total del tipo privilegiado el que debe regir las consecuencias penales”. Y se invoca la analogía con el artículo 60 —hoy artículo 65 CP—: “algo similar acontece en los casos de error que nos ocupan: que el sujeto activo conoce (aunque erróneamente) la concurrencia de un elemento accesorio atenuante”<sup>75</sup>. Otros autores se sirven también de argumentos analógicos para admitir esta solución<sup>76</sup> o bien, la reservan para circunstancias de “componente altamente subjetivo-personal... referidas a la motivación o a ciertos estímulos del sujeto activo”<sup>77</sup>. Como fue, por cierto, durante mucho tiempo en nuestro país, “el ánimo de ocultar la deshonra” del antiguo delito de infanticidio. Los casos de error sobre este elemento condicionante de la menor culpabilidad de los autores de esa figura especial eran clásicos y se entendía, en general, que les privilegiaba: “La madre o los abuelos maternos dan muerte al recién nacido

73 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, E / HUERTA TOCILDO, S: “*Derecho penal. PG*”, p. 151.

74 Cfr. CEREZO MIR, J: “*Curso...*”, (1985), p. 355, nota n° 90. Así también, para las atenuantes materiales, PÉREZ ALONSO, E: “*Teoría general de las circunstancias...*”, pp. 177 y 178.

75 GÓMEZ BENITEZ, J.M: “*Teoría jurídica del delito*”, p. 224 y 225.

76 Pero, esta vez, con el precepto regulador del error, cfr. DIEZ RIPOLLÉS, J.L: “*Las circunstancias modificativas...*”, p. 908.

77 Cfr. PÉREZ ALONSO, E: “*Teoría general de las circunstancias...*”, p. 178. También se refiere a móviles subjetivos, CUELLO CONTRERAS, J: “*El Derecho penal...*”, p. 544. O a “elementos de naturaleza eminentemente subjetiva”, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M: “*Código penal comentado*”, p. 25.

creyendo que así ocultan la “deshonra” de la madre soltera. Lo cierto, sin embargo, es que ya se conocía en el pueblo un anterior embarazo y alumbramiento”<sup>78</sup>.

Si bien, hay que contar con que la mayor parte de las circunstancias de atenuación —las del texto son un ejemplo— no son fácilmente reconducibles a móviles y su naturaleza tiene que ver más con una disminución objetiva del injusto del hecho que con la menor culpabilidad de sus autores<sup>79</sup>. Dificilmente, pues, puedan solucionarse los casos de error sobre ellas sirviéndose de la sola idea de su representación. Es verdad que el artículo 65 exige el dolo de su realización, pero contando, en todo caso, con que esa realización objetivamente existe. Piénsese que, tratándose de circunstancias personales, más proclives a una posible subjetivización de su régimen, ese precepto exige —en su párrafo 1—, a más del conocimiento, la efectiva concurrencia en el autor (o partícipe). De modo que, probablemente, resulte aconsejable acudir una vez más, en estos casos de incongruencia objetivo-subjetiva, a las reglas de medición de la pena (artículo 66.1 CP) para valorar adecuadamente estos casos de injusto menor motivados por un juicio erróneo acerca de la gravedad del hecho.

Muy poco ha avanzado, pues, la reforma penal de 1995 en la fijación de un régimen adecuado para el error sobre las circunstancias. Entiendo que, en derecho español, el artículo 65 CP —antiguo artículo 60 CP— sigue siendo hoy el llamado a establecer los principios inspiradores de las mejores soluciones posibles. Una propuesta que puede hacerse extensiva al derecho peruano si se piensa que ese precepto —inexistente en el articulado de su Código— no hace sino desarrollar, para los elementos accidentales, lo que otras disposiciones —como el artículo 11 del texto peruano o nuestro artículo 10— establecen con carácter general respecto de todos los elementos del tipo: la exigencia de dolo. Conforme a ella, y seguramente sin necesidad de ninguna declaración explícita como la del artículo 65 del Código español, habrá de entenderse que ninguna circunstancia agravante —ni atenuante, por supuesto— puede ser apreciada si en la realización del hecho falta al autor su conocimiento. Esa es, en realidad, la conclusión final de este análisis.

---

78 Cfr. por todos, GÓMEZ BENITEZ, J.M: “*La teoría jurídica del delito*”, p. 224. Véase asimismo la relación bibliográfica que cita PÉREZ ALONSO, E: “*Teoría general de las circunstancias...*”, p. 178, nota n° 363.

79 Otra posición mantiene ROXIN respecto del consentimiento en el homicidio eutanásico. Entiende que es una motivación, la piedad, el elemento decisivo de la atenuación con fundamento en una culpabilidad disminuida. Cfr. “*Derecho penal. PG*”, p. 480. En sentido distinto, DIEZ RIPOLLÉS, J.L: “*Comentarios al Código penal. Parte especial*”, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 208.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M. (1995). Circunstancias del delito e inseguridad jurídica. *Cuadernos de Derecho Judicial VII*, 66-ss.
- BACIGALUPO, E. (1998). *Principios de Derecho penal. Parte general*. (5ª ed.). Akal.
- BERDUGO DE LA TORRE, I / ARROYO ZAPATERO, L. (1999). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Praxis.
- BOLDOVA PASAMAR, M. (1995). *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*. Civitas.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1985). *El tratamiento del error en la reforma de 1983: artículo 6 bis a*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 38(3), 703-720.
- CEREZO MIR, J. (1985). *Curso de Derecho penal español. Parte general*. (3ª ed.). Tecnos.
- CEREZO MIR, J. (1999). *Curso de Derecho penal español*. Tecnos.
- COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T. (1999). *Derecho penal. Parte general*. (5ª ed.). Tirant lo Blanch.
- CUELLO CONTRERAS, J. (1996). *El Derecho penal español. Parte general I*. (2ª ed.). Civitas.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2000). *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas.
- DE SOLA DUEÑAS, A. (1971). Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 24(2), 417-436.
- DE VICENTE REMESAL, F. (1986). *Violación-estupro: error sobre la edad de doce años*. *Cuadernos de Política Criminal*, (28), 75-122.
- DIEZ RIPOLLÉS J. (1992). Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código penal de 1992. *La Ley*, (2), 907-ss.
- DIEZ RIPOLLÉS, J. (1977). La naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 30(3), 597-650.
- DIEZ RIPOLLÉS, J. (1997). *Comentarios al Código penal. Parte especial I*. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA PÉREZ, O. (1997). *La punibilidad en el Derecho penal*. Aranzadi.

- GARCÍA VITORIA, A. (1989). Tratamiento del error en el Código penal español, algunas observaciones al respecto. *Estudios Penales y Criminológicos*, (12), 147-186.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1992). Concurso de leyes, error y participación en el delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 45(3), 833-854.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. (1984). *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Civitas.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. (1988). *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Universidad de Valencia.
- JAKOBS, G. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996). *La discriminación en el Código penal de 1995. Estudios Penales y Criminológicos*, (19), 219-288.
- LUZÓN PEÑA, D. (1996). *Curso de Derecho penal. Parte general I*. Universitas.
- MAQUEDA ABREU, M. (1983). El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código penal. *Cuadernos de Política Criminal*, (21), 699-718.
- MAQUEDA ABREU, M. (1987). El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del CP de 25 de junio de 1983. *Cuadernos de Política Criminal*, (31), 185-262.
- MIR PUIG, S. (1998). *Derecho penal. Parte general*. (5ª ed.). Reppertor.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E / HUERTA TOCILDO, S. (1986). *Derecho penal. Parte general*. (2ª ed.). Rafael Castellanos.
- ORTS BERENGUER, E. (1981). Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código penal de 1980. *Cuadernos de Política Criminal*, (14), 245-264.
- PEÑARANDA RAMOS, E. (1991). *Concurso de leyes, error y participación*. Civitas.
- PÉREZ ALONSO, E. (1995). Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio”. Edersa.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte general I*. Civitas.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. (1993). Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: La problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 46(2), 679-696.

TORÍO LÓPEZ, A. (1983). *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*. Colección de Criminología y Derecho Penal.

VILLA STEIN, J. (2001). *Derecho penal. Parte general*. (2ª ed.). San Marcos.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. (1990). *Código penal comentado*. Akal.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. (1993). Consideraciones generales sobre el artículo 6 bis a) del Código penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (18), 172-ss.