

Culpabilidad y Constitución

Adán Nieto Martín*

«En el presente artículo, el profesor Adán Nieto desarrolla el fundamento constitucional del principio de culpabilidad. En su cometido, afirma que la categoría dogmática de la culpabilidad debe entenderse como un conjunto de garantías que legitiman al Estado a imputar personalmente un hecho e imponer una sanción al autor de un comportamiento antijurídico. Asimismo, explica que aquel fundamento se deriva de una serie de principios constitucionales, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la presunción de inocencia y la proporcionalidad.»

I. Introducción

A partir de los años setenta y, fundamentalmente, tras la obra de ROXIN se ha asentado en la teoría del delito un nuevo paradigma denominado teleológico funcional que, en síntesis, propone romper los antiguos muros que separaban dogmática y política criminal, sin que ello suponga abandonar en modo alguno el razonamiento sistemático¹. Esta última pretensión no tiene ni mucho menos una importancia marginal, pues la originalidad de este paradigma no es tanto abrir el sistema penal a consideraciones valorativas, como racionalizar y sistematizar su influencia². En cualquier caso, el aspecto que quiero ahora destacar es que uno de los retos de este empeño metodológico reside en concretar cuáles han de ser los valores, los catalizadores normativos, que deben configurar los contenidos de cada categoría del sistema³.

La preocupación por los valores no es primordial en una dogmática de base ontológica o axiomática, como la finalista. Por cuanto la labor del dogmático se limita en este modelo a conocer y a aplicar estructuras previas, procedentes de la naturaleza de las cosas. Igualmente, puede ser comprensible una despreocupación por los valores en el modelo funcional de JAKOBS. Pues, como recientemente él mismo ha señalado, el funcionalismo es una metodología eminentemente descriptiva⁴. La dogmática, bajo sus presupuestos, carece de autonomía valorativa en cuanto que debe limitarse a aceptar sin más los valores sociales⁵. Ahora bien, quien no acepte como base de las construcciones jurídicas ni la naturaleza de las cosas, lo que en definitiva supone una opción *ius naturalista*⁶, ni esté dispuesto a extraer el deber ser del ser, confundiendo dogmática y sociología, de la mano de una nueva reencarnación del naturalismo⁷, debe urgentemente determinar con el

* Instituto de Derecho penal europeo e internacional Universidad de Castilla la Mancha

1 Además de la obra del propio ROXIN, Política criminal y sistema del Derecho penal, (trad. Muñoz Conde), Barcelona, 1973; vid. SCHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático en el Derecho penal, en Schünemann (comp.), El sistema moderno del derecho penal (trad. Silva Sánchez), Madrid 1991. Igualmente resulta de gran utilidad para «centrarnos» en el estado actual de la metodología penal la introducción de SILVA SANCHEZ (p. 19 y ss) a la obra anterior y, por su puesto, su obra Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, especialmente, p. 67 y ss.

2 Vid. únicamente ROXIN, Política criminal, especialmente p. 29 y ss

3 Así lo destacan claramente NINO, Los límites de la responsabilidad penal, Buenos Aires, 1978, p. 78 y ss; BACIGALUPO, La ciencia del Derecho penal, entre el ideal científico de las ciencias naturales y de las ciencias del espíritu, en Libro Homenaje al Prof. Beristáin. San Sebastián. 1989, p. 459-469 y con especial claridad SILVA SANCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, p. 110 y ss.

4 JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Madrid, 1996, p. 29, 37 y ss, p. 67: «El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda teoría funcional».

5 Por ello como señala SILVA SANCHEZ probablemente lo más correcto sería denominar a este modelo de sociológico (Aproximación, p. 79).

6 En este sentido, BOBBIO, Contribución a la Teoría del Derecho, (trad. Ruiz Miguel), Madrid, 1990, p. 141 y ss.

7 Vid. ATIENZA, Introducción al Derecho, Barcelona, 1985, p. 19.; SCHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático, p. 47., con referencias bibliográficas en not. 45.

8 En relación a esta cuestión SCHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático, p. 67, ha indicado como la nueva dirección teleológica supone un desarrollo ulterior del neokantismo, aunque diferenciándose «sustancialmente de la misma por la superación del relativismo axiológico mediante una diferenciación exhaustiva, apoyada en las ciencias sociales, del fin de prevención, que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la Administración de justicia penal».

Esta afirmación de SCHÜNEMANN resulta, en mi opinión, demasiado optimista. Primero, porque no está nada claro qué signifique prevención. Como es sabido, existen en la actualidad numerosas variantes tanto de la prevención general como especial, de modo tal que pueden ser distintas las soluciones concretas a las que se llegue en la construcción de la teoría del delito dependiendo de la diversa teoría de la prevención que se maneje (vid. sólo en este sentido SILVA SANCHEZ, Introducción, p. 20). Y, segundo, porque tampoco es indiscutido que el fin del Derecho penal haya de reducirse exclusivamente a la función de prevención. Recientemente, y como en seguida se indicará, autores como el propio SILVA SANCHEZ o FERRAJOLI han demostrado, en mi opinión contundentemente, como el Derecho penal tiene además de fines preventivos, fines garantistas. Si esto es así, la reconstrucción teleológica de la teoría del delito también debe orientarse a estos últimos. Lo que exige, de un lado, concretarlos y, de otro, saber con qué criterios ha de resolverse la tensión entre prevención y garantismo.

mayor grado de precisión posible qué valores informan la construcción de cada una de las categorías del delito. De no acometer esta tarea, la actual tendencia metodológica corre el peligro de reincidir en lo que en los años veinte, durante el predominio de la escuela neokantiana, se denominaba relativismo axiológico⁸. En esta textura, y desde hace ya algún tiempo⁹, una parte significativa de autores, sobre todo españoles e italianos, han creído ver en la Constitución la referencia básica de la que extraer los valores y principios político criminales que han de informar las construcciones dogmáticas¹⁰. Este planteamiento me parece correcto, aunque no carece de dificultades, y es el que aquí va a seguirse.

Probablemente, la primera conclusión que puede extraerse del cuadro de valores constitucionales es que la legitimación del Derecho penal no se deriva exclusivamente de sus funciones preventivas. Como han mostrado SILVA SANCHEZ¹¹ y FERRAJOLI¹² su finalidad radica, tanto o más que en la prevención de delitos a través de la pena, en someter al *ius puniendi* al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantista¹³. En el marco constitucional, la finalidad preventiva o de protección de bienes jurídicos del Derecho Penal se extrae ya con carácter general de la idea de Estado social¹⁴ y, más concretamente, de preceptos como el art. 9.2 de la CE¹⁵. Con mayor claridad -si cabe- se desprende el fin garantista, expresión -por otro lado- de la idea de Estado de derecho, en cuanto que casi todos los preceptos del programa penal constitucional se ocupan precisamente de su implantación. Si el art 9.2 exige prevención, los

contenidos del art. 9.3 requieren principalmente garantías, e igual ocurre con otros preceptos tales como los artículos 24, 25 ó 15. Y lo mismo puede decirse de la idea de proporcionalidad que, en la actualidad, se entiende como un principio inmanente a todos los derechos fundamentales con el fin de limitar y racionalizar las intervenciones estatales¹⁶.

Esta doble finalidad del Derecho Penal debe estar presente en la elaboración de la teoría del delito y, por lo que aquí interesa, en la culpabilidad. Por ello no creo que resulte enteramente correcto a la luz de los valores constitucionales fundamentar exclusivamente la culpabilidad en la idea de prevención¹⁷, tal como por ejemplo realiza JAKOBS¹⁸. La propuesta de ROXIN, con su concepción unilateral de la culpabilidad¹⁹, me parece, en cambio, que encauza adecuadamente la tensión entre prevención y garantías, reflejando con mayor precisión la ambivalencia de fines que la Constitución requiere del Derecho penal.

Como es sabido, ROXIN, para fusionar prevención y garantías, ha propuesto denominar responsabilidad a la tercera categoría de la teoría jurídica del delito. Este cambio de terminología obedece a razones materiales. La imposición de la pena al autor de un hecho antijurídico no depende exclusivamente de la afirmación de la culpabilidad, sino también de la constatación de necesidad de prevención. La responsabilidad engloba, por tanto, la existencia de culpabilidad y la necesidad de pena (*präventive Notwendigkeit*). Existe culpabilidad si el autor podía ser alcanzado por la función de llamada de la norma y

9 Sobre los orígenes de la orientación constitucional en la teoría del Derecho y su conexión con el problema de la indeterminación de los valores vid. LARENZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, (trad. Rodríguez Molinero), Barcelona, 1994, p. 143 y ss.

10 Pionero en nuestro país MIR PUIG, Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona, 1982, p. 141 y ss, 301 y ss y 315 y ss; posteriormente y derivando de ello consecuencias para la teoría del delito: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1982. Especial mención merece igualmente ARROYO ZAPATERO, Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la constitución, RJCLM nº 1, agosto 1987, p. 99 y ss. En Italia el primer trabajo de esta línea es el de BRICOLA, Teoría Generale del reato (voz), en Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1974. En el ámbito de la culpabilidad un buen resumen de los intentos que hasta ahora han existido de conexión con la Constitución, puede encontrarse en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, Curso de Derecho penal. Parte General, Barcelona, 1996, p. 335 y ss.

En la Ciencia jurídico penal alemana, por el contrario, y salvo excepciones, entre las que debe mencionarse sin duda el trabajo de SAX (Grundsätze der Strafrechtspflege, en Bettermann/Nipperdey/Schuner, Die Grundrechte, 3 Band.2 1972), esta orientación no ha encontrado gran acogida (vid. TIEDEMANN, Constitución y ley penal (trad Arroyo Zapatero), REDC, nº 33, 1991). En este país, en los últimos tiempos, las referencias valorativas están intentando ser ajustadas, sobre todo por parte de los autores pertenecientes a la Escuela de Frankfurt a partir de la referencia al *altereuropäisches Prinzipiendenken*, esto es, a los principios del ius naturalismo ilustrado, lo cual, probablemente, lleve a una orientación valorativa similar o al menos complementaria a la de quienes acogen en este punto como referencia los textos constitucionales (vid. con sobre esta tendencia con indicaciones bibliográficas SILVA SANCHEZ, Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, en Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1987, p. 20 y ss. El trabajo probablemente más importante en esta dirección es el de FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. (trad. coord. por Perfecto Andrés Ibañez). Madrid. 1995.)

11 Aproximación al Derecho penal contemporáneo, p. 179 y ss.

12 Derecho y razón, p. 332 y ss.

13 Vid. igualmente el propio ROXIN, AT, 7/68

14 Cfr. MIR PUIG, Función de la pena, p. 30, OCTAVIO DE TOLEDO, Sobre el concepto de Derecho penal, Madrid, 1981, p. 280.

15 En este sentido BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, Salamanca, 1982, p. 37 y CARBONELL MATEU, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, Valencia, 1995, p. 78.

16 Sobre la actuación del principio de proporcionalidad en el Derecho penal GUNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, p. 179-245.

17 En este sentido SILVA SANCHEZ, Aproximación, p. 187 y 193; DIEZ RIPOLES, Los elementos subjetivos del delito, p. 318.

18 Para una exposición y crítica de la teoría de la culpabilidad de JAKOBS vid. supra. Cap. III, IV), C).

19 Vid. Zur Problematik des Schuldstrafrechts ZStW 96 (1984); Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, SchwZStR 104 (1987); y además su Manual aparecido en 1992 (AT, § 19). Para un resumen y evolución del pensamiento de ROXIN en este punto PEREZ MANZANO, Culpabilidad y prevención, p. 193 y ss.

era capaz de conducir su comportamiento de modo adecuado a derecho. Cuando el autor de un hecho antijurídico posee tal capacidad, normalmente es posible afirmar la necesidad preventiva de imponer una sanción y, por tanto, puede hablarse de responsabilidad. Ahora bien, en determinados casos, es posible afirmar la culpabilidad pero no la necesidad de pena y, por tanto, no hay responsabilidad. Como puede apreciarse, en el sistema de ROXIN los factores preventivos desempeñan esencialmente un papel limitador, que no es fundamentador, de la responsabilidad: no hay pena sin culpa, no significa que siempre que exista culpabilidad haya de imponerse una sanción ésta sólo será necesaria si existe necesidad preventiva de pena²⁰.

La fundamentación de la culpabilidad que se realizará a continuación es tributaria del esquema propuesto por ROXIN: la función garantista del principio de culpabilidad señala únicamente que el comportamiento antijurídico puede ser atribuido personalmente al autor, los fines preventivos, complementariamente, indican que además resulta necesaria la imposición de una pena. La categoría dogmática de la culpabilidad, conforme a lo que acaba de exponerse, ha de entenderse, por tanto, como *el conjunto de garantías que legitiman al Estado a imputar personalmente el hecho (I) e imponer una sanción al autor de un comportamiento antijurídico (II)*. Estas garantías, y por tanto el fundamento de la culpabilidad, se derivan, conforme a continuación expondré, de una serie de principios constitucionales; a saber: dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, presunción de inocencia y proporcionalidad.

II) Las Condiciones de Atribución Personal del Hecho

A) El Respeto a la Dignidad de la Persona.

El detonante que a finales de los años cincuenta originó la crisis del concepto clásico de culpabilidad y los intentos de una nueva fundamentación de su contenido, fue el rechazo a la idea de «poder actuar de otro modo», por entender que estaba ligada indisolublemente al libre albedrío del hombre. Seguramente, la principal enseñanza que ha proporcionado el debate sobre la libertad del hombre en el Derecho penal reside en considerar que esta cualidad no interesa al derecho como posible y discutida faceta de la personalidad, es decir, como fenómeno del mundo físico, sino como aspecto del mundo normativo o convencional a partir del cual una sociedad construye sus leyes. Y, en este sentido, no cabe sino afirmar que nuestro ordenamiento jurídico está construido sobre la idea del hombre como ser libre²¹. Esta concepción antropológica reposa en la idea de dignidad de la persona recogida en el art. 10.1 de la Constitución, pues difícilmente sería entendible el concepto de dignidad si no tuviera como presupuesto la imagen de un hombre capaz de autodeterminarse y que tiene dominio sobre su propia vida²².

Es verdad que desde un punto de vista estrictamente empírico lo más razonable parece situarse en un prudente agnosticismo, en cuanto que la libertad no puede ser probada. Pero lo que interesa al Derecho Penal es que el ordenamiento que arranca del sistema constitucional sería difícilmente explicable sin esta concepción del hombre, cuyo fin es además el establecer un conjunto de garantías²³. Precisamente, como la finalidad de esta - si así se quiere - ficción es asentar las garantías fundamentales del Estado de derecho²⁴, no es adecuado utilizarla como fundamento de reproche alguno²⁵. Al contrario, su objetivo es obligar a los poderes públicos a tratar al hombre, tal como señala NINO, según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento²⁶ o, lo que es lo mismo, la prohibición de degradar al hombre a la

20 Cfr. ROXIN, AT 19/1 y ss, especialmente sobre esto último 19/6: «Según la opinión que aquí se mantiene la pena requiere siempre de la culpabilidad, de modo tal que un alto grado de necesidades preventivas no puede justificar una sanción penal, si ello contradice el principio de culpabilidad. La exigencia de reconocer los factores preventivos como un requisito suplementario a la punibilidad, significa únicamente una nueva protección ante los ataques del Derecho penal, en la que no sólo las necesidades preventivas están limitadas por el principio de culpabilidad, sino que también la posibilidad de castigar un comportamiento culpable está limitada por lo indispensable de las necesidades preventivas».

21 Lo cual se corresponde, a su vez, con la concepción imperante en el resto de controles sociales. De ahí que autores como SCHÜNEMANN, deriven de este argumento sociológico la necesidad de la idea de libertad en el Derecho penal (La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, en SHCÜNEMANN (comp.) El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, p. 154-157).

22 En este sentido señala LEGAZ LACAMBRA (La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre, Revista de Estudios Políticos, nº 55, 1951, p. 19): «El valor de la persona consiste, por lo pronto, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona.»

23 Vid. ALEGRE MARTINEZ, La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. Leon. 1996., especialmente, p. 43 y ss.

24 Cfr. SILVA SANCHEZ, Aproximación, p. 212-214; BAURMANN, Strafe im Rechtsstaat en BAURMANN/KLIMT (Hrsg), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, 1990x, p. 117: «El modelo antropológico del Estado de Derecho es el del individuo racional». (cit. por SILVA SANCHEZ, Aproximación, p. 213, not. 140.

25 La idea de que la culpabilidad es sólo un conjunto de garantías, una condición de atribución del injusto a su autor, que no puede agravar la pena, sino sólo excluirla o atenuarla, es mantenida, entre otros por HORN, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, Berlin, 1969, p. 139, not. 104; GIMBERNAT, Estudios de Derecho penal. Madrid, 1990, p. 176, not. 44; MIR PUIG, Función de la pena, p. 103; CARBONELL MATEU, Derecho penal, p. 221-222.

26 NINO, Ética y Derechos humanos, Buenos Aires, 1984. p. 159-184.

categoría de objeto o de fuerza causal²⁷. Esta obligación tiene importantes consecuencias para el Derecho penal que se extienden más allá de los límites de la categoría de la culpabilidad²⁸. Por lo pronto hace imprescindible contar con un concepto de acción que excluya de la materia de imputación los actos humanos que son similares a fenómenos naturales o a comportamientos animales²⁹. E igualmente, pese a que estemos en presencia de un comportamiento humano, castigar a quien no pudo prever subjetivamente las consecuencias de su comportamiento, supone degradar al hombre a la categoría de factor causal³⁰. De ahí lo inaceptable, a la luz de la Constitución, de los sistemas de responsabilidad objetiva. En otro orden de cosas, la idea del hombre de la que se derivan estas garantías concuerda con la versión de la prevención general que me parece más correcta, la intimidadora³¹, y se adapta mejor también al carácter imperativo-regulativo de las normas penales³², pues este tipo de normas sólo tienen sentido si se admite que el hombre pueda realizar tanto una conducta prohibida como una conforme a derecho. Allí donde no existe capacidad de elección entre dos alternativas de conducta carece de sentido prohibir u ordenar³³.

Pasando al terreno de la categoría de la culpabilidad, la imagen del hombre como ser libre y autoresponsable requiere, de un lado, que la sanción penal únicamente pueda imponerse cuando en la situación concreta el autor era motivable por la norma y capaz de conducir su comportamiento de modo adecuado a derecho. Imputar personalmente el comportamiento a quien no estaba en condiciones de ser motivado, supone desconocer que la atribución de responsabilidad penal únicamente puede hacerse como consecuencia de un comportamiento autoresponsable, de una decisión del autor. Por supuesto, que la capacidad de motivación, la imputabilidad, es un concepto definido en última instancia por el derecho y en cuya configuración

intervienen factores preventivos. Mas su influencia está limitada a su vez por el principio de igualdad, como después se verá.

“La respuesta punitiva debe operar únicamente sobre sujetos que se encuentren en condiciones de advertir el desvalor del hecho realizado, pues, de otro modo, se menoscabaría el grado de confianza necesaria entre ciudadano y poder punitivo”.

Finalmente, la inviolabilidad de la dignidad del hombre exige otorgar relevancia al error de prohibición. Pues se estaría menospreciando su capacidad de autodeterminación, si la pena se impusiera sin tener en cuenta las posibilidades reales del autor de conocer el mandato que se le dirige, la cognoscibilidad de la norma, y, en consecuencia, de optar por una alternativa de conducta conforme a derecho. Por ello, la idea de dignidad requiere que para atribuir personalmente el hecho al autor debe partirse o bien del conocimiento de antijuricidad o al menos de la existencia de posibilidades de comunicación reales entre el autor y la norma³⁴. Cuando el autor desconoce la norma, pero a su vez no ha hecho uso de las vías de comunicación que tenía a su alcance existirá un error evitable de prohibición.

Que la pena se imponga en un contexto de comunicación entre Estado y ciudadano, consigue además que no sea percibida como acto caprichoso y

27 En este sentido vid. con referencias GARCIA PEREZ, Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 del CP, ADPCP 1993, p. 642.

28 Sobre dichas consecuencias vid. BACIGALUPO, Principios de Derecho penal. P.G. 1990, p. 29 y ss.

29 El concepto de acción debe poner de manifiesto, y este es su sentido valorativo, las diferencias existentes entre las conductas del hombre y los fenómenos naturales o comportamientos animales, vid. LUZON PEÑA, P.G. p. 265.

30 Cfr. PEREZ GARCIA, Delitos de sospecha, p. 643.

31 Sobre la imagen del hombre de esta teoría, si bien críticamente, HASSEMER, Fundamentos, p. 380, 384-385, GARCIA PABLOS, Derecho penal. Introducción, Madrid, 1995, p. 84. En relación a las bondades de la prevención general intimidadora para explicar las garantías básicas del Derecho penal FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 277-278. Para una crítica, que comparto, a la prevención general positiva vid. nuevamente FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 274-275 y SILVA SANCHEZ, Aproximación, p. 227 ss y 235 y ss.

32 En palabras de FERRAJOLI (Derecho y razón, p. 35 not. 3) la diferencia entre normas constitutivas y regulativas es la siguiente: «En el significado aquí propuesto, «regulativa» es toda norma que regula un comportamiento, es decir, que lo califica como deónticamente permitido, como prohibido o como obligatorio, condicionando la producción de los efectos jurídicos previstos por ella a su comisión o a su omisión. «Constitutiva», en cambio, es toda norma que construye inmediatamente - es decir, sin la mediación de un comportamiento que implique su observancia o inobservancia - efectos y/o calificaciones jurídicas.»

El castigo de formas de ser o de la personalidad de un sujeto si que es posible mediante normas constitutivas, en cuanto que se puede considerar como desvalorado una determinada raza o situaciones personales como la vacancia, sin que intervenga un comportamiento. Por ello resulta necesario que el Derecho penal de un Estado democrático y de derecho esté configurado mediante normas regulativas, en cuanto que suponen una barrera frente a un Derecho penal de autor, lingüísticamente inexpressable mediante este tipo de normas.

33 FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 492: «Las acciones culpables son las únicas que pueden ser objeto de reprobación, de previsión y de prevención; son las únicas que pueden ser lógica y sensatamente prohibidas. En efecto las prohibiciones penales son normas regulativas, en el sentido de que necesariamente presuponen la posibilidad de ser observadas o violadas por parte de sus destinatarios, a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen, con la función pragmática de orientarlos y condicionarlos, y serían insensatas, además de inútiles, si tal posibilidad no existiese.»

34 Planteando el error de prohibición como un problema de comunicación HASSEMER, Fundamentos, p. 121 y ss.

arbitrario del más fuerte³⁵. Lo que, a su vez, es imprescindible para que tenga sentido el fin resocializador de la pena. La respuesta punitiva debe operar únicamente sobre sujetos que se encuentren en condiciones de advertir el desvalor del hecho realizado, pues, de otro modo, se menoscabaría el grado de confianza necesaria entre ciudadano y poder punitivo, que constituye una premisa de la disponibilidad del interno a aceptar un procedimiento reeducativo³⁶. Si el Estado no «juega limpio» en la imposición de la pena, decrece indudablemente su autoridad y credibilidad para exigir del recluso que lleve una vida sin delito³⁷. Igualmente la idea de seguridad jurídica, además de la de dignidad humana y la necesidad del contenido resocializador de la pena, constriñe también a dar relevancia al error de prohibición. Pues nada sería más contrario a esta idea que castigar a quien, pese a que ha realizado todo lo posible para preveer las consecuencias de su conducta, no lo ha conseguido³⁸.

Llegados a este punto la cuestión principal reside en determinar cuándo existe una situación de comunicación a partir de la cuál pueda sostenerse que el error es evitable y sobre todo, a quién le corresponde prioritariamente, si a los titulares del *ius puniendi* o a los ciudadanos, tender las conexiones entre normas y destinatarios; es decir, quién debe «costear» - y ciertamente esta pregunta tiene un importante matiz económico - el conocimiento del derecho. Resulta evidente que el legislador está obligado a publicar las leyes y que éstas además deben tener cierta calidad, taxatividad. Sin embargo, más allá de esta condición básica, las opiniones se bifurcan.

Así, resultaría posible, en primer lugar, establecer una obligación de conocer el derecho³⁹. De este modo, una vez que las normas son publicadas y resultan conformes con el principio de determinación, se entendería que el Estado ha hecho ya todo lo necesario y que es el ciudadano quien debe preocuparse por conocer el derecho. Otra posible solución sería, en segundo lugar, apelar a la conciencia de los ciudadanos. Según esta propuesta, cuando la norma penal se corresponda con una norma de la ética social el error sería vencible, en cuanto que a través de un medio tan

económico como el esfuerzo de la conciencia los ciudadanos podrían llegar a conocer la antijuricidad⁴⁰. Finalmente, en una línea que va de mayores a menores exigencias, es posible señalar que sólo existe comunicación real allí donde los ciudadanos conocen una serie de motivos que les debían haber llevado a preguntarse por la antijuricidad de su conducta o - lo que en el fondo resulta muy similar - poseen leves dudas acerca de su antijuricidad⁴¹. Todos estos caminos han sido ensayados por la doctrina. Pero, sin duda, la bondad de cada solución depende de múltiples factores. Así, por ejemplo, pienso que en una sociedad moralmente plural, en la cual además este valor se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico, no resulta adecuada la apelación a la conciencia. E igualmente, es más que dudoso que la obligación de conocer el derecho pueda mantenerse sin cinismo en un sistema penal extenso y complejo; y que en este marco pueda hablarse de que existe un contexto de comunicación real por el simple hecho de que el legislador publique sus normas y éstas sean lo suficientemente taxativas.

B) El Libre Desarrollo de la Personalidad.

El art. 10º de la CE señala, conjuntamente con la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad como otro de los pilares esenciales del orden político y la paz social⁴². Este principio despliega también notables influencias en el Derecho penal. Especialmente, impide que puedan existir normas penales destinadas a sancionar comportamientos carentes de lesividad social y que tiendan exclusivamente a castigar el disenso sobre las ideas éticas, religiosas, sexuales o políticas mayoritarias. La influencia que el principio de libre desarrollo de la personalidad tiene en la culpabilidad es en gran medida complementaria. Pues, según entiendo, su misión radica principalmente en impedir que la responsabilidad personal pueda derivarse a partir de la forma de ser del autor o del modo en que éste ha construido su personalidad. El libre desarrollo de la personalidad otorga el derecho a construir la personalidad o a vivir de forma «equivocada»⁴³. Razón por la cuál no son de recibo fórmulas como la culpabilidad por el carácter o la culpabilidad por la conducción de la vida⁴⁴.

35 Vid. PALAZZO, Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza, RIDPP, 1988, p. 931-932.

36 Cfr. FIANDACA/MUSCO, DP, p. 296.

37 Sobre la incidencia de los factores de «juego limpio» en la vencibilidad del error vid. supra Cap. IV, III, E). Considera, en nuestro país, que las reglas de juego limpio (Fairneßgründe) forman parte de la culpabilidad, SILVA SANCHEZ, Aproximación, p. 412.

38 Cfr. FIANDACA/MUSCO, DP, p. 148; sobre las relaciones entre error de prohibición y principio de determinación vid. además supra. Cap. II, II, A), d).

39 Vid. supra Cap. III, I).

40 En este sentido WELZEL, Das Deutches Strafrecht, 11 Auf. Berlin, 1969, p. 171-172.

41 Así por ejemplo HORN, Armin KAUFMANN o RUDOLPHI, vid. supra. Cap. III, III) y IV).

42 Vid. sobre este principio desde diversas perspectivas GARCIA SAN MIGUEL (coord.), El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución. Alcalá de Henares. 1995.

43 Cfr. FERRAJOLI, Derecho y razón, p. 489, 496 y ss; vid. igualmente RUDOLPHI, Unrechtsbewußtsein, p. 273 y ss.

44 Vid. en este sentido con referencias RUDOLPHI, Unrechtsbewußtsein, p. 265.

Dentro de la culpabilidad el denominado principio de coincidencia, que requiere la simultaneidad temporal entre la capacidad de culpabilidad y el momento de la comisión del hecho⁴⁵, es la herramienta a utilizar para evitar que, aun en el marco de un Derecho penal del hecho, la imputación personal se realice sobre la base de una personalidad distinta o de una forma de ser. Pues, admitir que el juez pueda retrotraer sin límites la capacidad de la culpabilidad a momentos anteriores al hecho, supone un serio peligro para el derecho a construir la personalidad de una forma equivocada. Veámoslo con un ejemplo: cuando la jurisprudencia en los casos en que un delito era cometido bajo el síndrome de abstinencia no apreciaba la inimputabilidad, alegando únicamente que la ausencia de culpabilidad en ese momento podía haber sido remediada de haberse sometido el autor con antelación a un tratamiento de deshabituación⁴⁶, en realidad fundamentaba la culpabilidad exclusivamente en el hecho de que el autor era toxicómano o no tuvo la voluntad suficiente para someterse a tratamiento, es decir en una forma de ser o de haber llegado a ser.

En el marco de la evitabilidad del error de prohibición encontramos un problema estructuralmente similar al que acabamos de exponer, si el autor dada su indiferencia o despreocupación por el derecho no está en condiciones en el momento del hecho de salir de su error, en circunstancias en que cualquier ciudadano medio si hubiese podido. Pues bien, ante estos casos, tampoco debe resultar posible fundamentar sin más la culpabilidad a partir de formas de ser del autor (indiferencia, despreocupación...). Incluso puede afirmarse que todos tenemos cierto derecho a ser moderadamente despreocupados e indiferentes por el derecho, al igual que tenemos derecho a embriagarnos de vez en cuando y perder parcialmente nuestras condiciones óptimas de motivación⁴⁷. En ambos casos, este derecho a no tener que mantener siempre en estado óptimo nuestra capacidad de motivación puede vincularse al derecho general de libertad, que suele derivarse a su vez del derecho a libre desarrollo de la personalidad⁴⁸. Parece razonable pensar que la existencia de una obligación jurídica de mantenerse siempre en estado óptimo de motivación lesionaría la libertad de actuación, al imponer limitaciones o exigir comportamientos, que van mucho más allá de lo que es razonable en aras a incrementar la tutela de bienes jurídicos.

Claro está que, de otro lado, mantener sin fisuras este principio conduce a resultados político criminales desastrosos en cuanto que puede dejar desamparados a los bienes jurídicos. E igualmente un mínimo sentimiento de justicia nos advierte que sería irracional una solución consistente en negar, por ejemplo, la culpabilidad del profesional que ha decidido no informarse de las normas concernientes a su profesión. Estos problemas y otros parecidos hace ya tiempo que han sido resueltos a través de la institución de la *actio libera in causa*, cuya finalidad radica precisamente en fijar una serie de límites que permiten la imputación, aun estando ausente la capacidad de acción o de culpabilidad en el momento del hecho, sin que ello signifique fundamentar el castigo en la forma de ser del autor, ni negar espacios fundamentales del derecho general de libertad; en suma, de modo compatible con el libre desarrollo de la personalidad. Pues bien, de lo que se trata en materia de vencibilidad del error, con el fin de solventar las situaciones apuntadas, es de construir las condiciones que debe adoptar la *actio libera in causa* en relación a este elemento de la culpabilidad, que no tienen porqué ser idénticas a las que tiene en relación a la inimputabilidad.

C) Principio de Igualdad: Máxima individualización del juicio de atribución personal.

El principio de dignidad humana remite a una concepción del hombre como ser racional, libre y formalmente igual, imagen que responde a la noción antropológica que está en las bases del Estado de derecho. Mas, como es lógico, una Constitución que propugne un Estado social y democrático no puede descansar exclusivamente en esta visión. El Estado social significa precisamente la superación de la idea liberal del hombre, a favor de una concepción realista, en la que éste se caracteriza por la falta de libertad material y por estar sometido a desigualdades⁴⁹. Ambas concepciones del hombre conviven, no tienen más remedio que hacerlo, en un modelo de Estado que se constituye sintéticamente como social y democrático de Derecho. Y ambas concepciones tiene cabida en la culpabilidad.

El principio de igualdad impone como requisito de atribución personal el que el juicio de culpabilidad sea lo más individualizado posible⁵⁰. De este modo,

45 Además de lo que se dirá supra. IV, vid. con referencias JOSHI JUBERT, La doctrina de la *actio libera in causa* en el Derecho penal, Barcelona, 1992, p. 333 y ss.

46 Vid. SILVA SANCHEZ, La estructura de la *actio libera in causa* en los delitos cometidos bajo el síndrome de abstinencia (Una visión crítica de la última doctrina jurisprudencia), en La Ley, 1988, p. 910 y ss.

47 Si bien es cierto que este derecho puede ser limitado por el legislador creando figuras como el *Vollrauschtatbestand* (§ 323 StGB), que castigan a quien dolosamente o imprudentemente pierda su capacidad de culpabilidad a través de la ingestión de bebidas alcohólicas u otras sustancias, por considerar que de ello se desprenden peligros para bienes jurídicos. Esto es, sería imaginable crear un tipo de «borrachera jurídica» con el fin de castigar a quien no conoce las normas penales más elementales, sobre la base - mucho más dudosa y endeble que en el caso del § 323 a) StGB - de que al no ser motivado por las normas penales, de ello se desprenden mayores peligros para bienes jurídicos.

48 Vid. con numerosas referencias ALEX, Teoría de los Derechos fundamentales, Madrid, 1993, p. 331 y ss. Al menos el TC alemán, desde sus primeras decisiones, extrae el derecho general de libertad del art. 2.1 de la Ley Fundamental, en el que se contiene el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

49 ARROYO/BERDUGO, Introducción al Derecho penal, Barcelona, 1995, p. 42.

requiere en primer lugar la diferenciación entre ciudadanos imputables e inimputables⁵¹. Y, en segundo lugar, la necesidad de atender a criterios subjetivos o personalizados a la hora de establecer la evitabilidad del error. En efecto, si en el momento de la imputabilidad el principio de igualdad obliga a tomar en cuenta aquellas enfermedades o alteraciones momentáneas de la personalidad que provocan una falta de motivación normal, cuando se determina el criterio de evitabilidad del error de prohibición, ha de atenderse a factores personales tales como la cultura, capacidad intelectual, nivel social del autor, posibilidad de acceder a una fuente de información etc. El principio de igualdad en este punto veta, por consiguiente, el que se utilice, con el fin de fundamentar la culpabilidad, parámetros normativos generalizadores como el hombre medio o la razonabilidad del error. Lo que diferencia, precisamente, a la culpabilidad de la antijuricidad es la vocación individualizadora de la primera⁵². La posición individualizadora que aquí se mantiene es además absolutamente dominante en la jurisprudencia del TS. Son legión, por ejemplo, las sentencias en que se señala que la evitabilidad del error ha de hacerse atendiendo a los «condicionamientos psicológicos y culturales del agente»⁵³.

Dirigentes bancarios en un supuesto de delito monetario (STS de 21-2-86, Ar.844): «para abordar una cuestión de tanta transcendencia exculpatoria habrán de tenerse en cuenta, de un lado, las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, y, de otro, las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento de acudir a medios que le permitieran conocer la transcendencia antijurídica de su obrar.

Ante lo cual difícilmente puede llegarse a un convencimiento de propio error invencible en los inculpados, hombres de empresa, habituados y acostumbrados a transacciones y negociaciones internacionales...a los que no es nada aventurado atribuir conocimiento acerca de la legalidad vigente sobre...las condiciones de autorización previa por parte de las autoridades españolas...teniendo a su alcance en cualquier caso, el asesoramiento jurídico oportuno, en el supuesto de albergar cualquier duda al respecto. No

estimándose tampoco, ante datos tan evidentes, la existencia de error, aunque vencible, que pudieran acarrear, en atención al menor reproche, la reducción de la pena...».

Si se examinan, no obstante, con atención las sentencias, en la mayoría de los casos lo que realiza el TS es la siguiente operación inductiva: del hecho de ocupar un determinado cargo, profesión o poseer un determinado nivel cultural se infiere el conocimiento de la antijuricidad. En otras palabras, la individualización opera como un instrumento probatorio, como hecho de referencia sobre el cual se construye una prueba indiciaria a partir de la cual se determina el conocimiento de la antijuricidad.

Con ello, ha de reconocerse, que se opera una translación del problema de la evitabilidad del Derecho penal material al procesal. Mas en esta materia su unión es tan estrecha, son tantas las intersecciones, que resulta conveniente contar con ambos puntos de vista. En este sentido, y aunque la cuestión será objeto de análisis inmediato, debe señalarse que es usual tanto en la praxis decidir sobre la existencia de los elementos del tipo subjetivo en atención no a su constatación empírica directa, cosa poco menos que imposible, sino a datos que proporciona la experiencia o el sentido común. Por tanto, el problema radica determinar, por ejemplo, si puede entenderse probado, por el sólo hecho de pertenecer a una determinada profesión, el conocimiento de sus reglas.

Como puede verse, en suma, los criterios generalizadores pueden encontrar dos vías de entrada en la culpabilidad. En ocasiones pueden introducirse por la puerta principal, la construcción material de la categoría, pero también pueden colarse por la puerta falsa del Derecho Procesal. En este último caso su validez depende de que el criterio generalizador supere el test que los artículos 120.3º (deber de motivación de sentencias), 9.3º (prohibición de la arbitrariedad) y 24º (presunción de inocencia) de la CE imponen a las pruebas indiciarias. De esta cuestión nos vamos a ocupar a continuación.

50 Principalmente TORIO, El concepto individual de culpabilidad, ADPCP, 1985, p. 285: «Es el ámbito en que penetra en el concepto de delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual».

51 Cfr. MIR PUIG, PG, p. 547.

52 Cfr. RUDOLPHI, Unrechtsbewußte, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, Berlin, 1969, p. 193 y ss.

No obstante, el que el conocimiento de la antijuricidad y la evitabilidad deban fundamentarse, primariamente, en criterios individualizados no quiere decir que sea imposible utilizar parámetros generales en el momento de determinar la evitabilidad del error. Los criterios normativos, como después se verá, pueden servir para una limitación de la responsabilidad penal en cuanto que han de ser utilizados para establecer el criterio de la necesidad de pena, que representa el último de los requisitos que han de cumplirse para que sea legítima la imposición de una sanción penal.

53 *Dirigentes bancarios en un supuesto de delito monetario* (STS de 21-2-86, Ar.844): «para abordar una cuestión de tanta transcendencia exculpatoria habrán de tenerse en cuenta, de un lado, las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, y, de otro, las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento de acudir a medios que le permitieran conocer la transcendencia antijurídica de su obrar. Ante lo cual difícilmente puede llegarse a un convencimiento de propio error invencible en los inculpados, hombres de empresa, habituados y acostumbrados a transacciones y negociaciones internacionales...a los que no es nada aventurado atribuir conocimiento acerca de la legalidad vigente sobre...las condiciones de autorización previa por parte de las autoridades españolas...teniendo a su alcance en cualquier caso, el asesoramiento jurídico oportuno, en el supuesto de albergar cualquier duda al respecto. No estimándose tampoco, ante datos tan evidentes, la existencia de error, aunque vencible, que pudieran acarrear, en atención al menor reproche, la reducción de la pena...».

D) Presunción de Inocencia y Culpabilidad.

El principio de presunción de inocencia obliga a probar la existencia de los requisitos de atribución personal del hecho a los que acabo de referirme. Dentro de estos, la prueba del conocimiento de la antijuricidad nos enfrenta, en particular, con dos problemas: en primer lugar, si es adecuado determinarlo a través de la prueba de indicios⁵⁴, que tendrá como base normalmente criterios generalizadores o reglas de experiencia («lo que es normal en la agente medio del sector del tráfico de que se trate»). En segundo lugar, indagar si es compatible con el principio de presunción de inocencia la inversión de la carga de la prueba que efectúa el TS, a tenor de la cual se presume el conocimiento de la antijuricidad. Lo que supone que el error debe ser probado por quien lo alega.

Quien mantenga que el conocimiento de la antijuricidad y la inevitabilidad poseen un sustrato psíquico que es relevante se enfrenta con el arduo problema de señalar cómo ha de ser demostrado en el proceso penal. En el ámbito de los elementos subjetivos, la práctica demuestra como la prueba empírica se reduce esencialmente a los factores que afectan a la imputabilidad. Las pruebas periciales en torno al dolo u otros elementos subjetivos, como el conocimiento de la antijuricidad, no son frecuentes. En la mayoría de los casos estos elementos se deducen por el juez a partir de datos objetivos utilizando reglas de experiencia o de sentido común. Es decir, a través de pruebas indiciarias en las que la regla lógica que une el indicio con la circunstancia que se quiere probar es una máxima de la experiencia o de sentido común⁵⁵. Es más, incluso los autores que mantienen la necesidad de prueba a través de las ciencias experimentales son conscientes de que los elementos subjetivos son inaccesibles a la constatación empírica de modo directo. En este sentido, se apunta además que el saber científico no es capaz de suministrar en certeza absoluta, sino tan sólo probabilidades.⁵⁶ Por tanto, acuda el juez al asesoramiento experto o, como es lo normal, decida

probar los elementos subjetivos a partir de su propia experiencia, lo cierto es que en la mayoría de las ocasiones no podrá obtener pruebas directas que le permitan decir con certeza si se da o no el elemento subjetivo. Por lo que en este ámbito habrá que resignarse con pruebas indiciarias basadas, bien en la probabilidad empírica, bien en el juicio de probabilidad que proporcionan las reglas de la experiencia o el sentido común. En ambos supuestos la certeza absoluta está excluida puesto que, al fin y al cabo, la prueba de indicios es siempre una prueba de probabilidades⁵⁷.

Pues bien, una vez aquí, pienso, que el principio de presunción de inocencia requiere que el juez recabe informes periciales cuándo sea posible que reglas pertenecientes a los saberes experimentales determinen el juicio de inferencia. Mas, fuera de los escasos supuestos en que esto ocurra, resulta imprescindible utilizar en la prueba de indicios nexos lógicos derivados del sentido común o de la experiencia, para dar por probado los elementos subjetivos⁵⁸. Ciertamente, esta posibilidad significa abrir una puerta de entrada a criterios de prevención general. Pero trasladando su influjo al Derecho procesal penal se consigue limitarlo por las requisitos constitucionales a que está sujeta la prueba indiciaria: la concurrencia de varios indicios independientes y la exclusión de alternativas.

La inmensa mayoría de las sentencias del TS, que se han consultado, se acomodan a dichas exigencias. Lo más frecuente es que al lado del indicio derivado de la experiencia o de sentido común (por ejemplo: los encargados de exportación de una empresa de vinos con amplia experiencia, conocen la legislación en materia de control de cambios), se aluda a otra serie de indicios que abonan la existencia del conocimiento de la antijuricidad. En este sentido, uno de los indicios más frecuentemente utilizados es el de las denominadas «vías de hecho». Quien, por ejemplo, introduce clandestinamente una pistola en nuestro país o exporta divisas construyendo para ello un doble fondo en el

Dirigentes de empresas exportadoras y delito monetario (STS de 26-1-88, Ar. 474): «Como ya se ha dicho no se trata de trabajadores no cualificados sino nada menos que del Jefe superior del grupo...y del Director de exportaciones...es decir de personas cuya preparación técnica les obliga a conocer toda la mecánica administrativa, la existencia de controles y límites como en toda su larga actuación de este tipo de actividades hubieron de cumplimentar cuando las operaciones se hacen dentro del orden jurídico...»

Funcionarios públicos, alcaldes y otros cargos políticos y delito de malversación: STS de 22-1-94, Ar. 3153; STS de 16-3-91, Ar. 2168: «La incidencia del error, dada su naturaleza, no admite ser medida con idénticos parámetros en todos los casos, sino que es muy importante tener en cuenta las circunstancias objetivas...pero, sobre todo, las características personales del sujeto activo...pues será más proclive a un error una persona analfabeta...que otra que posea esa cultura, y por ello,...generalizar el deber de conocer el derecho no cabe duda que sería tratar por igual situaciones desiguales...aplicando estas ideas al supuesto enjuiciado, nos parece claro que el concepto de error como exclupatorio del delito no es en modo alguno aceptable...se trata de un Alcalde que actúa dentro de un área de actividad que se supone habría de serle perfectamente conocida...»

Almacenista de tabaco y delito de contrabando (STS de 10-1-91, Ar. 77, que alega desconocer que se trata de un género estancado: «...sin que quepa presumir la existencia de tales errores, máxime en un supuesto en el que es conocido la existencia del monopolio de tabacos, desde 1944, por una persona que se dedica a la comercialización del mismo...»

54 En palabras del TS: la prueba de un elemento subjetivo que pertenece al «arcano íntimo de la persona» se ha de hacer mediante pruebas indiciarias (así, entre otras muchas, STS 10-7-91, Ar. 5808).

55 Cfr. DIEZ RIPOLLES, Los elementos subjetivos del delito, p. 50 y ss. En relación a las reglas de la experiencia vid., para más detalles, p. 141 ss y 244 y ss.

56 Cfr. DIEZ RIPOLLES, Los elementos subjetivos, p. 52 y p. 59 y ss.

57 Cfr. MARTINEZ ARRIETA, La prueba indiciaria, p. 56.

58 Cfr. DIEZ RIPOLLES, Los elementos subjetivos., p. 322-323.

maletero del coche o lo hace a cambio de precio no puede alegar que desconocía la antijuricidad de la acción⁵⁹. La concurrencia de varias pruebas indiciarias independientes⁶⁰ y no una aislada, es el primer requisito a que ha de someterse la legitimidad de la prueba indiciaria. Igualmente, debe exigirse constatar el conocimiento de la antijuricidad de acuerdo con el «modelo de exclusión de alternativas», esto es, probando que no son ciertas aquellas hipótesis explicativas - indicios - que pueden apoyar la solución contraria a la mantenida por el tribunal (el conocimiento de la antijuricidad)⁶¹. Por ello, cuando el juez no logre excluir negativamente la existencia de error, el principio in dubio pro reo deberá operar en favor del autor⁶².

Existen, con todo, supuestos de prueba indiciaria en la jurisprudencia del TS que no superan el test de legitimidad. Un caso evidente es inferir la existencia del conocimiento de la antijuricidad de una única circunstancia objetiva, consistente en que el autor ha cometido con anterioridad cualquier hecho delictivo,

el cual generalmente nada tiene que ver con el delito juzgado⁶³. Pues bien, resulta imposible afirmar que razonablemente o según la experiencia quien ha cometido un delito, adquiere con ello el conocimiento de la antijuricidad del resto de las figuras del CP y Leyes especiales⁶⁴.

El segundo de los problemas procesales del error de prohibición radica en la inversión de la carga de la prueba que opera el TS. Probablemente nos encontramos en este lugar con un resabio de la época del *error iuris nocet*, pues algunos de sus defensores señalaban que el conocimiento de la antijuricidad, aún siendo necesario para la imposición de una pena, era algo que había de presumirse irrefutablemente⁶⁵. Al parecer, con el paso del tiempo y a la vista de la doctrina del TS, lo que ha ocurrido simplemente es que esta presunción se sigue manteniendo con carácter *iuris tantum*.

La sentencia del TS de 30 de septiembre de 1993 (Ar. 7098)⁶⁶ es, por lo que alcanzo a ver, la decisión que

59 STS de 7-7-87, Arz. 5286; STS de 28-2-92, Ar. 1399, STS de 17-6-89, Ar. 5146, STS de 29-9-92, Ar. 7395. En cualquier caso este nuevo indicio - «la vía de hecho» - por sí sólo tampoco ha de considerarse en muchos casos prueba suficiente para acreditar el conocimiento de la antijuricidad. Del hecho de que A pase por la aduana su pistola escondida, no puede deducirse inexorablemente que conocía la antijuricidad del delito de tenencia ilícita de armas. Pues, quien tiene un arma, aun legalmente, la suele llevar oculta y no ostentosamente como si de un «pistolero del oeste» se tratase.

60 Cfr. MARTINEZ ARRIETA, La prueba de indicios, p. 59 y 64. Los indicios además de varios, deben ser independientes. «Con ello se pretende evitar la utilización de un indicio único, que acreditado por distintas fuentes, se presentan como plurales en la acreditación del hecho-consecuencia...Un indicio único, por acreditado que éste, no excluye, en la forma que es exigible en el derecho penal, la posibilidad del azar...La concurrencia del azar puede manifestarse en un indicio, pero ésta desaparece conforme se amplía el número de indicios concurrentes».

61 Cfr. DIEZ RIPOLLES, Los elementos subjetivos, p. 53 y 323.

62 Esta forma de exclusión de alternativas se propone como método válido para determinar la relación de causalidad -curiosamente el ámbito más proclive a la intervención de las ciencias experimentales - allí donde fracasa la fórmula de la *conditio sine qua non*, vid. por todos PAREDES CASTAÑON, en RODRIGUEZ MONTANES/PAREDES CASTAÑON, El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia, 1995, p. 49 y ss.

63 Por citar algunos ejemplos: STS de 8-4-86, Ar. 1946: «...que el mentado acusado había sido condenado anteriormente por cuatro delitos de robo, por evasión de presos y por resistencia y atentado, lo cual evidencia su familiaridad con lo ilícito y antijurídico y lo acostumbrado que se hallaba a distinguir entre lo permitido y lo prohibido». Con este argumento el TS presupone que el condenado conocía la antijuricidad de un delito de contrabando de tabaco.

STS de 28-4-88, Ar. 2898: «...pues el recurrente tenía conocimiento, al haber sido anteriormente condenado por delito de robo, de lo que era lícito e ilícito y prohibido...» Se trataba en este caso de un delito de coacciones, en el que el acusado invocaba a su favor la legítima defensa.

STS 19-6-89, Ar. 8418: «El recurrente, condenado por catorce delitos de robo...compró...una pistola...la mantuvo en su poder, sin guía, ni licencia, durante un año, y transcurrido éste la revendió por treinta mil...En estas condiciones mal puede estimarse la concurrencia de un error de prohibición...Una persona con el historial delictivo del procesado no podía ignorar lo que sabe la mayoría de los españoles, es decir, que las armas no se compran, venden y poseen libremente, y tal constatación viene aun apoyado por el propio origen del arma y la semilandestinidad de la reventa».

En alguna ocasión la condición de drogadicto ha servido también al TS para inferir de ella el conocimiento de la antijuricidad del tráfico de drogas vid. STS de 18-1-88, Ar. 302.

64 Como señala MARTINEZ ARRIETA, La prueba indiciaria, p. 62, este argumento no se encuentra lejos además de un Derecho penal de autor.

65 Vid. JIMENEZ DE ASUA, Tratado, VI, p. 374 y ss. En esta inconstitucional y arcaica línea aún se pronuncia alguna que otra sentencia (STS de 10-1-91): «Como señala reiterada jurisprudencia de esta Sala en materia de error de prohibición, al que el recurrente se refiere, el punto de partida es el principio según el cual la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, sin que quepa presumir la existencia de tales errores...». Esta jurisprudencia, pese a que la sentencia la califica de reiterada, no es sin embargo la más común, o dicho de otro modo, es a lo sumo imperante en aquellos delitos que el TS califica de naturales (vid. supra Cap. II III), pero no en el resto.

66 «Los términos del recurso parten de una confusión entre principios diferenciados del proceso y el derecho penal sustantivo. La Constitución española consagra en el art. 24 la presunción de inocencia del acusado, principio que domina el proceso penal en el sentido de que nadie puede ser declarado autor de un hecho ilícito penal, sin que se pruebe por la acusación que tal hecho es obra del acusado, esto es, fue ejecutado u omitido por él en los términos fijados en la acusación. En definitiva viene a asegurar que la imputación material del acto ilícito al sujeto que lo ha realizado, quede fijada y probada en el proceso. Por eso se habla de inocencia, en el sentido de no responsable o de no tener relación con el hecho. Y si alguna vez se utiliza el término no culpable es en el sentido procesal de no serle atribuible la falta o delito de que se acusaba.

Frente a este significado esencial, la culpabilidad, como elemento de la estructura jurídica del delito, es un concepto sustantivo y de mera legalidad ordinaria, en virtud del que, al que no es inocente del hecho, esto es al autor, se le reprocha jurídicamente su comisión por haber obrado en contra de lo que el Derecho ordena o veta. Reproche que surge necesaria y ordinariamente de ese mero obrar contra derecho o antijurídicamente y que puede quedar excluido si se prueba, bien que el sujeto se aparta en su individualidad y personalidad de las pautas motivadoras, intelectivas o volitivas que son propias del común de las gentes que componen el grupo social, esto es, de lo que se ha dado en llamar la normalidad, de modo que por defectos de su personalidad, inteligencia o voluntad, no puede responder adecuadamente a la motivación de las normas, no comprende su alcance o no puede dominar su hacer (causas de imputabilidad), o bien que, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, no le era exigible el que obrara de forma distinta a como obró, esto es, no le era exigible en tal caso la actuación conforme a Derecho (causas de inculpabilidad). Pero, por lo mismo que aquellas condiciones personales o estas situaciones peculiares son circunstancias que se apartan de la normalidad o lo tenido por común y exigible a todos por las normas, constituyen exenciones a la regla general de que toda conducta contra Derecho es reprochable y, por ende, tales

contiene una mayor argumentación sobre este particular. Ante la alegación del procesado, indicando que la inversión de la carga de la prueba supone una violación del art. 24 de la CE, el TS responde de este modo: 1º. La presunción de inocencia del art. 24 se ciñe en exclusiva a demostrar objetivamente el hecho que se imputa al autor y que éste lo ha ejecutado u omitido. 2º. Distinta de la presunción de inocencia es la categoría de la culpabilidad penal, que es un reproche que surge necesaria y ordinariamente del mero hecho de haber cometido un hecho antijurídico. 3º. Las causas que provocan la ausencia de culpabilidad tienen carácter excepcional y debido a este carácter han de ser probadas por quien las alega. 4º. Esta inversión de la carga de la prueba obedece a dos razones. Primera: presumir la inculpabilidad sería invertir el carácter imperativo de las normas. Segunda: es norma común de la experiencia que el común de las personas obran sabiendo lo que hacen⁶⁷.

Pues bien, a mi juicio, el asentamiento efectivo del principio de presunción de inocencia requiere un cambio de rumbo jurisprudencial. Y ello porque ninguno de los argumentos empleados convence. En primer lugar, no resulta correcto entender que este principio exige sólo demostrar la existencia objetiva del hecho y la participación del autor. La capacidad de culpabilidad del autor es, en un Estado de derecho, un presupuesto de legitimación insoslayable en orden a la imposición de la pena, tanto como el que se haya participado en el hecho. Dicho de otra forma, en la teoría del delito no existen elementos de primera y otros de segunda, por su excepcionalidad. Si está es así en el derecho material, también lo ha de ser en el procesal. Al fin y al cabo derecho adjetivo, que no puede

desvirtuar los fines garantistas de la imputación personal y suplantarlos por necesidades preventivas. La imposición de una sanción penal por parte del Estado exige demostrar «de oficio» que concurren tanto los elementos positivos para su imposición (tipicidad, autoría...), como los negativos (causas de justificación, imputabilidad y conocimiento de la antijuricidad)⁶⁸.

En estrecha conexión con lo anterior, se encuentra el siguiente problema: ¿cuándo el autor se limita a afirmar su error, sin aportar mayores alegaciones al respecto, puede de este silencio el juez extraer que en cuanto no es capaz de ofrecer mayores argumentos en pos de su disculpa, realmente no existe error de prohibición? o, expresado de otro modo: ¿existe una regla de experiencia según la cual, quien no es capaz de ofrecer mayores argumentos que acrediten el error, y se limita a alegarlo, conoce la antijuricidad de su comportamiento, en cuanto que es lógico pensar que si los tuviese los hubiera aportado para así evitar ser sancionado?. Dentro de la doctrina es posible encontrar opiniones que mantienen que, en estos supuestos, dado el desinterés del autor en su defensa, debe admitirse la existencia de conocimiento de la antijuricidad⁶⁹. Considero, sin embargo, mucho más acertado mantener que el silencio del acusado no puede ser utilizado por el juez como medio de prueba en su contra, pues ello supondría vaciar de contenido el derecho al silencio⁷⁰.

El segundo argumento que ofrecía el TS era el carácter imperativo de las normas y su incompatibilidad con la existencia de una presunción de no culpabilidad. Tampoco este argumento, que particularmente me es difícil de comprender, puede convencer⁷¹. La doctrina

excepciones han de ser probadas por quien las alega o, como se expresa en un aforismo ya consagrado en la doctrina de esta Sala, han de estar probadas como el hecho mismo». Lo que nada tiene que ver con la presunción de inocencia, pues equiparar ésta a una «presunción de inculpabilidad», en el sentido que pretende el recurrente, sería tanto como invertir los términos del valor imperativo de las normas, ya que significaría que se presumiría la inocencia de todo aquel que notoriamente quebranta el derecho y actuara antijurídicamente, en tanto no se probara que tal actuar fuese consciente y voluntario, cuando precisamente el Derecho se dirige a los ciudadanos considerándolos como personas libres, capaces de comprender sus mandatos y de motivar sus conductas conforme a ellos. Significaría también tener que probar materialmente un elemento interno, que generalmente es inducible del mero hecho del actuar del agente, pues es norma general de la experiencia que el común de las personas obran en su quehacer de la vida sabiendo lo que hacen y queriendo hacerlo.

Sentados así los términos del recurso es evidente que la presunción de inocencia alegada no pudo ser vulnerada en la sentencia desde el momento en que el recurrente reconoció haber realizado los hechos físicos que se le imputan y la actividad cooperadora al delito penado que el *factum* describe....

Lo que en definitiva se discute... es, pues, la culpabilidad penal del recurrente, esto es, si merece el reproche jurídico por la ejecución de los actos que se han probado como por él realizados, reproche que entiendo debe ser excluido por el error al desconocer la finalidad de la maniobra fraudulenta a cuya ejecución cooperó...tal error ha de ser probado por quien lo alega. Y en este caso el recurrente no ha probado su error, sino simplemente lo ha alegado.» Vid. además entre otras muchas SsTS 17-6-89; 27-6-91; 11-7-91; 10-1-91; 30-9-93; 25-5-92.

67 Esta situación coincide substancialmente con la que existe en otros países como Alemania, en donde los tribunales con el argumento de la evidencia no se detienen a probar efectivamente el conocimiento de la antijuricidad (ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 24/8 y ss). Es más incluso aunque el autor alegue error, no se procede a su prueba si no se ofrece algún motivo que haga dudar al juez y la norma violada pertenezca al Derecho penal accesorio. Para más detalles vid. RUDOLPHI, *Das virtuelle Unrechtsbewußtsein*, p. 24 y ss; JESCHECK, *Tratado II*, p. 626 y ENDRUWEIT/KERNER, *Unrechtsbewußtsein und soziale Norm*, en *Sozialwissenschaften im Studium der Recht*. 1978, p. 97 y ss-

68 Pese al vacío doctrinal que en nuestro país existe sobre esta cuestión, en el ordenamiento alemán, de perfiles constitucionales tan similares, no cabe la menor duda de que los tribunales han de probar la totalidad de los elementos que sirven de sustento a la imposición de una pena. Así lo exige el § 244 de la StPO, con lo cual la prueba ha de extenderse a determinar la existencia o la ausencia, en su caso, de las distintas causas de justificación o excluyentes de la culpabilidad y si existen dudas ha de acudir al principio *in dubio pro reo* (Cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 23 Aufl. 1993. 15/26).

69 Vid. DIEZ RIPOLLES, *Los elementos subjetivos*, p. 62-63.

70 Cfr. DIEZ RIPOLLES, *Los elementos subjetivos*, p. 324-325; MARTINEZ ARRIETA, *La prueba indiciaria*, p. 63. En la doctrina alemana vid. tan sólo ROXIN, *Strafverfahrenrecht*, 15/18 y 19.

71 Vid. al respecto de la relación entre el error de prohibición y la teoría clásica de los imperativos COBOS GOMEZ DE LINARES, «Presupuestos del error sobre la prohibición», Madrid, 1987, p. 50 y ss.

actual, que mantiene el carácter imperativo de las normas penales, ha resuelto ya la compatibilidad entre la norma entendida como imperativo y la relevancia del error de prohibición. En efecto, la teoría tradicional de los imperativos mantenida por BINDING dejaba fuera del círculo de destinatarios a todo aquel que desconociera la antijuricidad, en cuanto que para ser destinatario había que estar en todo momento en disposición de recibir el mensaje de la norma. Como señala KAUFMANN esta visión, apegada a cada concreto destinatario, olvida que la norma es la forma ideal en que se expresan las obligaciones de los hombres y que, por tanto, como forma ideal ha de ser abstracta, separada de cada individuo en particular. La norma se dirige, por consiguiente, a todos los que pueden ser en cualquier situación autores o partícipes de un hecho. Por lo que todos, incluidos inimputables o personas que se encuentran en error, han de ser considerados destinatarios⁷².

El tercero de los argumentos que maneja el TS es que el conocimiento de la antijuricidad resulta evidente o es algo que indica la experiencia, al menos en las normas centrales del Derecho penal. En este lugar de nuevo nos encontramos ante una especie de prueba de indicios, que se convierte debido a la inflexibilidad con que se esgrime la regla de inferencia en una presunción de iure. Si el conocimiento de la antijuricidad es tan evidente, resultará al tribunal fácil alegar otros indicios que manifiesten la evidencia y si no es así, habrá de entenderse que el conocimiento del injusto no es tan manifiesto y que, por lo tanto, necesita ser probado.

III) Las Condiciones de Imposición de la Pena: El Principio de Proporcionalidad.

La legitimidad de la imposición de una sanción penal en el marco de un Estado de Derecho no depende sólo de las condiciones de atribución personal del hecho que acaban de estudiarse. Es necesario también que la imposición de la pena sea útil socialmente y resulte proporcionada en relación con el beneficio colectivo que se pretende alcanzar⁷³. Las que denomino condiciones de imposición de una sanción juegan un papel limitador de la responsabilidad. Sólo una vez que se han constatado las condiciones de atribución personal del hecho derivadas de los principios

constitucionales de igualdad, dignidad humana y presunción de inocencia, cabe preguntarse si es necesaria la pena en atención a razones de utilidad social. Las condiciones de imposición de una sanción no están tampoco huérfanas de referencia constitucional, pues derivan del principio de proporcionalidad, cuya «representación» en el marco de la teoría del delito corre a cargo de los criterios de merecimiento y necesidad de pena⁷⁴.

Estos criterios no actúan generando nuevos elementos en la culpabilidad. La imputabilidad y el conocimiento de la culpabilidad están construidas por materiales procedentes de ambos niveles. Lo que ocurre es que en la configuración de cada elemento las condiciones de imposición de una sanción, el merecimiento y la necesidad de pena, operan como un nuevo filtro sobre su estructura, conformada ya esencialmente conforme a los criterios de atribución personal. En concreto, el merecimiento de pena indica que pese a ser posible atribuir personalmente el hecho, la imposición de la pena no resulta admisible por no guardar relación razonable con el bajo grado de atribución personal existente. La necesidad de pena señala, complementariamente, que el principio de proporcionalidad no admite que la pena sea impuesta cuando no resulta ya un instrumento idóneo para la tutela del bien jurídico o si su imposición puede menoscabar otros intereses que en el caso concreto quizás sean más importantes de preservar.

El merecimiento y necesidad de pena proporcionan a la culpabilidad su carácter penal. La culpabilidad penal, al igual que el injusto penal, posee una especial cualificación - denotada por el adjetivo penal - frente a la que opera en el resto de los sectores del ordenamiento. En atención a que la pena es la consecuencia jurídica más grave por la violación de una norma, niveles de culpabilidad - de atribución personal - que pueden considerarse válidos en otros sectores del ordenamiento, no necesariamente son relevantes a los efectos del juicio de culpabilidad penal. De este modo, ante grados insignificantes de pertenencia personal del hecho sólo una necesidad de protección de bienes jurídicos muy elevada puede justificar la imposición de una pena⁷⁵. Ciñéndonos al caso que nos ocupa: el juez puede llegar a demostrar

72 Arminn KAUFMANN, Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. (trad. Bacigalupo/Garzón Valdés), 1977, p. 163 y ss.

73 Vid. solamente ROXIN, Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad, en Culpabilidad y Prevención, p. 147 y ss.

74 En este sentido GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, p. 205 y ss. Sobre los criterios merecimiento y necesidad de pena vid. también LUZON PEÑA, «La necesidad del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito» en «Causas de justificación y atipicidad en Derecho penal» Coord. MIR PUIG/LUZON PEÑA, 1995, p. 199 y ss.; DA COSTA ANDRADE, «Merecimiento y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito, en Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal (ed. SILVA SANCHEZ), 1995, p.153 y ss.

75 Unrechtsbewußtsein, p. 199 y 211 y ss. Algunos años antes (1954) Armin KAUFMANN, Teoría de las normas, p. 268 había adelantado la idea de que de la culpabilidad no surge inmediatamente la pena: «La reprochabilidad como reprobación de quien a pesar de su capacidad para cumplir el deber ha obrado antijurídicamente es, por cierto, el marco óptico previamente dado de todo derecho penal de culpabilidad; pero inversamente, no constituye el fundamento necesario para la pena.» A continuación señala el carácter graduable del juicio de reproche: «La reprochabilidad, por tanto, existe o no existe... Pero el reproche que fundamenta puede cuantificarse, en una escala que va del reproche leve al grave... El reproche de culpabilidad puede ser tan leve en el caso concreto, que en la praxis, es decir, por parte del legislador o tribunal, en realidad, ni siquiera se lo formula.» Estos supuestos son denominados por KAUFMANN fundamentos fácticos de exclusión de la culpabilidad. No se trataría, dice expresamente, de casos de exculpación, sino de algo previo: una disculpa fáctica del juicio de culpabilidad que ni siquiera llega a formularse.

que el sujeto podía haber conocido la antijuricidad de su conducta, no obstante, es posible que constate también que el grado de atribución personal existente es tan reducido que la imposición de una pena carece de justificación en cuanto que resulta desproporcionada.

El escaso merecimiento de pena de un supuesto de error puede constatarse en aquellos supuestos en que la responsabilidad por el error, aunque personalmente atribuible, no es exclusiva del autor. En este sentido, denotan un menor merecimiento de pena aquellos errores que son atribuibles, no sólo al autor, sino también a la oscuridad de un texto legal, a la errónea información ofrecida por un experto en derecho o por la administración. Igualmente, cuándo el autor se comporta de acuerdo con parámetros generales como el del hombre medio para salir de su error, el que aún dado sus especiales características personales pudiera salir del error, quizás no implique el merecimiento de pena suficiente.

La idea de merecimiento de pena, por lo demás, ha estado siempre presente en la discusión sobre el error. Así, por ejemplo, figura entre los argumentos utilizados por autores como SCHMIDHÄUSER o TORIO para avalar la conveniencia político criminal de la teoría del dolo. Es cierto, indican, que esta teoría según le objetan sus adversarios plantea lagunas de punibilidad. Pero esta crítica lejos de ser un inconveniente es una de sus virtudes, pues existen casos en los que pese a que es posible afirmar la existencia de culpabilidad, el legislador debe plantearse atendiendo a criterios de justicia y político criminales, si el grado de culpabilidad existente es tan alto como para que sea necesaria la imposición de una sanción. Este es uno de los méritos, señalan, de la teoría del dolo, el ser más respetuosa con el carácter fragmentario del Derecho penal, frente a la teoría de la culpabilidad que presenta un grado de exigencia excesivo⁷⁶. En este sentido, el propio ROXIN, quien rechaza los presupuestos dogmáticos de la teoría dolo, reconoce que la aplicación de criterios político criminales en el ámbito de la evitabilidad del error supone un aproximación a las consecuencias prácticas de dicha doctrina, lo cual constituye, lejos de un error un acierto político criminal⁷⁷. E igualmente CEREZO⁷⁸ y

ROMEO CASABONA⁷⁹, en nuestro país, manifiestan que en el ámbito del Derecho penal económico debería renunciarse a la pena en aquellos supuestos en que el error es difícilmente evitable. Lo que supone, aunque no se diga expresamente, descartar la culpabilidad, por razones que descansan exclusivamente en el merecimiento de pena.

Si el merecimiento de pena deriva del último corolario del principio de proporcionalidad, la proporcionalidad en sentido estricto, la necesidad de pena es expresión, esencialmente, de los conceptos de necesidad y adecuación, es decir, de los contenidos utilitaristas del principio. La necesidad de pena implica, ante el caso concreto, que el castigo del comportamiento - en abstracto conforme con el principio de *ultima ratio* - sigue siendo un medio idóneo para la protección del bien jurídico, en el sentido, sobre todo, de que ello no supone costes desmesurados para otros bienes jurídicos, como la libertad del autor⁸⁰, pero también para otra serie de intereses relevantes en el derecho (confianza en las decisiones judiciales y en las normas, seguridad jurídica, tolerancia y pluralismo...). En efecto, puede ocurrir que la imposición de una sanción aun existiendo atribución personal, lance a los ciudadanos un mensaje que menoscabe o altere el funcionamiento de otro bien jurídico o alguna institución. Es decir, puede existir otro interés social que aconseje en el caso concreto no imponer sanción alguna, por estimar que de ello pueden derivarse más costes que beneficios.

En el marco del error la necesidad de tomar en cuenta a la hora de enjuiciar su evitabilidad otros intereses, distintos a los preventivos, ha sido puesta de manifiesto por MIR⁸¹ y ROXIN⁸². En este sentido, por ejemplo, han indicado que exigir un alto grado de diligencia para considerar el error invencible puede suponer la paralización de sectores de la vida social, por lo que en atención a esta serie de intereses, y con el fin de no impedir acciones socialmente valiosas, es conveniente rebajar político criminalmente el listón de la evitabilidad. Existen además otros intereses que pueden ser también lesionados mediante el incremento de los límites del error evitable. En especial, la confianza de los ciudadanos en las decisiones judiciales o en la administración. Uno de los problemas clásicos de la evitabilidad, es

En la actualidad la necesidad de que la culpabilidad sea específicamente penal, esto es de una intensidad especial, es compartida por bastantes autores, vid. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 240-241: «El merecimiento de pena, como formulación penal del principio constitucional de proporcionalidad caracteriza en un sistema penal teleológico funcional todos los elementos del delito - tipicidad penal, antijuricidad penal y culpabilidad penal. El injusto merecedor de pena está formado por la tipicidad penal y la antijuricidad penal y la culpabilidad penal describe la culpabilidad merecedora de pena». En este sentido, o muy similar, SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático*, p. 71 y MIR PUIG, PG, p. 111, p. 117.

76 Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtsein*, H. Mayer-FS, 1966, p. 336; TORIO LOPEZ, *El error invencible de prohibición en el Proyecto de CP. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la Culpabilidad*, en *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela. 1980. p. 268.

77 Culpabilidad y prevención, p. 80.

78 La regulación del error de prohibición en el CP español y su transcendencia en los delitos monetarios, ADPCP. 1985, p. 277 y ss.

79 ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de CP de 1980*, en ADPCP, 1981, p. 758.

80 En este sentido con referencias, COSTA ANDRADE, *Merecimiento de pena y necesidad de tutela*, p. 164.

81 *El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español*, La Ley, 1991., p. 1036-1037.

82 *Culpabilidad y Prevención*, p.79.

determinar qué ocurre cuando el individuo actúa conforme a la información que le ha proporcionado la administración o interpreta un tipo penal de acuerdo con una serie de sentencias que ha consultado, resultando posteriormente que el juez declara la antijuricidad de la conducta, apartándose de los informes y pautas que ha marcado la jurisprudencia anterior o la administración. En estos casos, bien puede ocurrir que el sujeto en atención a sus especiales cualidades estimase que la interpretación que venía haciendo la jurisprudencia sobre el delito en cuestión o la opinión del funcionario, no eran del todo correcta, por lo que personalmente podía salir del error. La cuestión en estas ocasiones es si, además del bajo grado de merecimiento de pena⁸³, con la imposición del castigo no se está lanzando a los ciudadanos un mensaje de desconfianza ante los tribunales o la administración pública, intereses que conviene preservar renunciando a la imposición de la pena. La pena, como puede apreciarse, deja de ser una herramienta adecuada, porque aunque el sujeto pueda encontrarse en una situación de error subjetivamente vencible su imposición puede poner en peligro el grado de confianza necesario en determinadas instituciones que es imprescindible para el correcto funcionamiento del sistema jurídico.

Con lo hasta ahora dicho he mostrado sumariamente como el principio de proporcionalidad, a través del merecimiento y necesidad de pena, sirve para excluir del marco de la culpabilidad aquellos supuestos en los que, aún siendo mantenible la atribución subjetiva o personal del hecho, no existe el suficiente grado de reprochabilidad o necesidad del castigo que requiere el principio de proporcionalidad. Metodológicamente estos principios deben encontrar actuación en el marco de la culpabilidad a través de un juicio de ponderación, a realizar por el juez, en el que ha de sopesarse, de un lado, el incremento de tutela que para el bien jurídico

supondría la imposición de la sanción y, de otro, este conjunto de intereses que pujan en favor de la libertad o de cualquier otro interés jurídicamente relevante que se constate en el caso concreto.

Al lado de esta función de carácter limitador los criterios a los que acabamos de referirnos operan también en ocasiones excepcionales como pilares principales del juicio de culpabilidad. Y ello en detrimento de la vocación individualizadora de esta categoría, que exigiría llegar a conocer determinados hechos que ocurren en la mente del autor en el momento del hecho. Esta generalización atiende sobre todo a razones de necesidad (o, más bien, de resignación) y se efectúa con el fin de incrementar la seguridad jurídica, en aquellos ámbitos del principio de culpabilidad en los que no existe una posibilidad empírica seria de constatación de los elementos subjetivos y en donde, sobre todo, resulta arriesgado confiar al juez la decisión del caso en atención a los criterios que le proporcione su experiencia u otros criterios derivados del sentido común. Sobre esta «normativización por necesidad» han llamado la atención autores como VOLK y LOOS, que se alinean en las filas de quienes se oponen en general a la tendencia normativizadora sobre los elementos subjetivos⁸⁴. La idea principal de estos autores es la siguiente: tanto el dogmático como el legislador, a la hora de hacer sus propuestas, deben tomar en consideración las dificultades empíricas de constatación de los elementos subjetivos. Hecho que les debe llevar a no proponer elementos subjetivos o realizar propuestas teóricas que sean de imposible verificación en el marco del proceso penal, pues de otro modo sus propuestas caerán en el vacío, por la imposibilidad de tenerlas presentes en la práctica forense⁸⁵. Esta idea, que asumo, obligará a mi juicio a configurar sobre criterios derivados del merecimiento y la necesidad de pena la distinción entre error evitable y conocimiento eventual de la antijuricidad. 

83 Los principios de merecimiento y necesidad de pena no son, claro está, excluyentes. Muy claramente LUZON PEÑA, La relación entre el merecimiento de pena y la necesidad de pena, p. 204: «No deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas. Se comportan entre sí como círculos secantes, es decir, ambos tienen puntos comunes con influencia recíproca, pero también es cierto que cada principio expresa criterios diferentes y propios.».

84 Cfr. DIEZ RIPOLLES, Los elementos subjetivos, p.64 y ss.; LOOS, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, en Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Editado por Immenga, Göttingen. 1980; VOLK, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, Universitätsverlag. Konstanz. 1980.

85 Un excelente ejemplo de lo peligroso de este proceder lo suministra por ejemplo la teoría del consentimiento en el marco del dolo eventual. Como señalaba GIMBERNAT, (Acerca del dolo eventual, en Estudios de Derecho penal, p. 253) ante la imposibilidad del juez de determinar si el autor hubiese o no realizado el comportamiento de haber conocido el resultado, se acaba decidiendo o no la existencia del dolo en atención a la «pinta» del sujeto. He aquí además la utilización de un criterio derivado de la experiencia para probar la existencia de un elemento subjetivo y los riesgos que puede generar.