

La culpabilidad requiere imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad de la conducta y exigibilidad de obrar conforme a la norma en cuestión. Dado que la imputación queda excluida si falta el conocimiento (casos de error por no saber del sentido que tiene la conducta) o la voluntad (casos de exculpación por carencia de voluntariedad, para seguir la norma), dichos tres elementos son reconducibles a dos: *desconocimiento de la norma*, esto es, por no saber (sea por defecto patológico o enfermedad psíquica, sea por ausencia de instrucción o información sobre el Derecho) e *incapacidad de seguir la norma* aun conociéndola, esto es, por falta de voluntariedad para seguirla (sea por algo patológico, sea por falta de fuerza voluntad suficiente): N.91.

El desconocimiento de la norma que no provenga de una causa patológica (L.10) es objeto de estudio desde antiguo por la doctrina bajo tópicos como *error iuris*, *ignorantia iuris*, o simplemente desconocimiento de la prohibición (o, en general, de la antijuricidad). La vigencia de la regla *error iuris nocet* (el error de Derecho perjudica, «la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento»: art. 6.1. CC) hace que incumba al ciudadano conocer el Derecho. Pero eso no significa que no se tenga en cuenta la posibilidad de un error invencible: en Derecho penal el desconocimiento de la norma puede tener efectos de exclusión de la responsabilidad («el error de Derecho tendrá los efectos que las leyes determinen», como continúa el texto del propio art. 6.1 CC), porque hace desaparecer la culpabilidad, ya que estructuralmente no es posible seguir una norma que el agente no se representa que rige para él en esa circunstancia concreta. En cambio, el error vencible no exime, pero sí atenúa la responsabilidad penal. De este modo, el ordenamiento cuenta con que compete o incumbe al ciudadano conocer las normas, pero hasta cierto punto: no es irrelevante el error invencible, y se atenúa en los de carácter vencible (art. 14.3). Ya por este motivo, dicho ordenamiento ha de ser valorado como menos intervencionista por parte del Estado en la vida de los ciudadanos que aquellos que no conceden ningún efecto al desconocimiento de la norma penal.

Así sucedía en el ordenamiento penal español hasta 1983, cuando se introdujo en el CP el precepto antecesor del actual art. 14.3: el desconocimiento de «la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal» hace desaparecer la responsabilidad penal si, y sólo si, era invencible. El desconocimiento vencible, en cambio, mantiene la imputación de responsabilidad, pero atenúa la pena (rebaja a la inferior en uno o dos grados). Dicho precepto prevé un doble régimen para el error: por un lado, el que recae sobre elementos del tipo (N.51), por otro, el referido a la ilicitud o antijuricidad del hecho. Se establece un régimen de sanción atenuada distinto al que opera en casos de error vencible de tipo. Así como en éstos la sanción sólo es posible si se ha previsto expresamente un tipo imprudente, con la pena que éste señale, el error vencible sobre la antijuricidad se prevé con carácter general (art. 14.3), con la pena atenuada. Esto significa que el error vencible sobre la antijuricidad se castigará *en todo caso* (con pena inferior en uno o dos grados), mientras que el error vencible sobre elementos del tipo se castigará como imprudencia *sólo cuando* se haya previsto esta modalidad.

Antes de la reforma del CP en 1983 el desconocimiento de la ilicitud era irrelevante. No se preveía un peculiar régimen de atenuación penal para quien lesionaba un bien jurídico desconociendo que tal conducta estaba prohibida. La jurisprudencia admitía alguna posibilidad de atenuación en casos de desconocimiento de normas extrapenales. A través de considerar esos casos como de imprudencia, cierta doctrina

(ANTÓN y CÓRDOBA) se esforzó por buscar alguna atenuación que la justicia material demandaba, sobre la base de la imprudencia, pero que no había sido plasmada adecuadamente en la letra del código. Otra vía para tal atenuación era la de aplicar por analogía (CEREZO) lo previsto para el trastorno mental transitorio, siquiera incompleto (eximente incompleta, con rebaja de la pena en uno o dos grados). La reforma de 1983 abrió la posibilidad para la atenuación de acuerdo con los postulados de la doctrina de la culpabilidad*. Así, un error invencible sobre la antijuricidad dará lugar a la impunidad; mientras que un error vencible, a la atenuación. No se consideran relevantes los errores burdos (aquellos que resultan inaceptables por referirse a normas básicas de la convivencia). Este planteamiento pone de manifiesto que la cuestión del error no es meramente psicológica o empírica (es decir, de comprobar si el agente sabe o no que está prohibido penalmente), sino valorativa (es decir, de valorar qué se puede exigir saber a la concreta persona). Lo cual significa que el desconocimiento *se considera* vencible en función de lo que en cada época a una persona de sus características es exigible. Por esto se cuestiona si es admisible que por arraigadas visiones culturales se admita desconocer la norma (C.116). De nuevo se percibe que la culpabilidad es cuestión de lo que cabe *exigir* al sujeto respecto a la norma penal concreta (SILVA).

En la medida en que este modelo de sanción del error parte de ambas diferencias, se afirma que dicho error afecta a la culpabilidad, y el error de tipo a la tipicidad; además –y dejando al margen los casos de error burdo (como desconocer que matar está prohibido, que sería inadmisibile–, el error invencible excluye la responsabilidad, mientras que el vencible la atenúa. Se habla entonces de un modelo según i) la «teoría estricta de la culpabilidad», defendida por el finalismo*. Frente a ésta, ii) la «teoría del dolo», propuesta por el causalismo*, vendría a sostener que el error –sea de tipo, sea de prohibición– excluye el dolo; si es vencible, daría lugar a imprudencia (*imprudencia facti*, frente a *imprudencia iuris*). La solución adecuada de partida es la del finalismo, por distinguir lo que es diverso (ambas clases de error); sin embargo, esta corriente doctrinal propone considerar como error de prohibición el caso de suposición de la concurrencia de los elementos fácticos de una causa de justificación, solución que resulta criticable (N.72). En cambio, iii) la doctrina de los elementos negativos del tipo (N.71) propone una solución adecuada a tales casos. Aunque el modelo español puede considerarse acorde con la teoría de la culpabilidad (al respecto hay sin embargo disparidad doctrinal: cfr. MIR PUIG), no da una solución unívoca a los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación (N.72).

Dado que la norma penal reviste, al menos, tres formas, tres son también los contenidos del error sobre la ilicitud (C.115): en tipos comisivos (normas prohibitivas), el conocimiento que se exige para poder imputar como culpable el delito a su agente es el de la *prohibición*; en los tipos omisivos, conocimiento de la *prescripción*; y en los tipos facultativos (causas de justificación), inversamente la suposición errónea de la *licitud* de la conducta.

Cabe entender el régimen del error sobre la antijuricidad como expresión de una estructura de imputación extraordinaria (N.105), es decir, de imputación al agente de sus propios defectos de imputación, con base en la incumbencia general de estar informado del Derecho. Así, si el desconocimiento de la ilicitud es condición para imputar responsabilidad, su falta excluye ésta, *salvo que* el desconocimiento mismo sea responsabilidad del agente, en cuyo caso, procederá la imputación (vía art. 14.3).

Puesto que se trata de la imputación de conocimientos (de que conoce la antijuricidad de la conducta delictiva), es posible –en paralelo con los tipos divergentes: L.4 y L.5– que el sujeto posea una representación de la antijuricidad divergente con lo que el ordenamiento jurídico prevé. Así, si desconoce que su conducta está prohibida, error sobre la ilicitud, como hemos visto. Pero si supone que su conducta está prohibida (o prescrita), cuando en realidad no es así, sólo existe el delito en su representación mental, pero no en el ordenamiento (C.115d). Hablamos entonces de un *delito putativo*, que resulta impune, porque se entiende que no corresponde al sujeto, sino al legislador, determinar el ámbito de lo punible (MIR PUIG); o porque se considera que tal conducta carece de toda peligrosidad valorada socialmente. Dicha estructura es el reflejo en sede de la culpabilidad de la tentativa (en sede de tipicidad).