

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)

JOSÉ M. SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal. U.C.M.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Relación normativa entre violación y estupro.—III. El tratamiento del error sobre los elementos que agravan la pena.—IV. Calificación aplicable a los supuestos de error sobre la edad de doce años (Violación-estupro). 1. Tesis de la doctrina mayoritaria. 2. Tesis de Gimbernat. 3. Solución propuesta.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente se está produciendo una discusión dogmática en torno a si las llamadas relaciones de especialidad son realmente tales (1), o si, por el contrario, las relaciones normativas entre el supuesto tipo especial (agravado o atenuado) y el básico, son también relaciones de exclusión formal (2). Dicha polémica, aparentemente irrelevante, es fundamental, sin embargo, al condicionar la resolución posterior de problemas tan importantes como el error o la participación.

(1) Postura que representa la doctrina mayoritaria. V. por todos PEÑARANDA RAMOS, E.: «Concurso de leyes, error y participación en el delito». Edt. Civitas. Madrid. 1991. pp. 35-6.

(2) V. en ese sentido GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Concurso de leyes, error y participación en el delito» (A propósito del libro del mismo título del profesor Peñaranda Ramos) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t..., fasc. III. Edt. Ministerio de Justicia. Madrid. 1992, p..., tesis ya apuntada por el mismo autor en «Autor y cómplice en Derecho penal». Edt. Facultad de Derecho. U.C.M. Madrid. 1966. pp. 278-9.

En el presente trabajo se estudiará un aspecto muy parcial de las consecuencias de dicha polémica: el error sobre los elementos que agravan la pena. Para afrontar esta específica cuestión utilizare un supuesto ya discutido en la doctrina: el error sobre la edad de doce años del sujeto pasivo en la violación. Ello me obligará, además, a plantear la resolución de este problema en los casos de la llamada relación de especialidad. Máxime cuando un sector doctrinal propone —ante las dificultades que plantean las relaciones de exclusión formal— de *lege ferenda* suprimir éstas en favor de las relaciones de especialidad (3).

Para una exposición de estas cuestiones recurriré a dos ejemplos propuestos por De Vicente Remesal (4).

1) A, prevaliéndose de superioridad frente a su empleada V, que está a punto de cumplir doce años, accede carnalmente con ella en la creencia errónea e *invencible* de ser aquélla mayor de doce años.

2) A, con la misma conducta e intención que en el ejemplo anterior, yerra *venciblemente* sobre la mayoría de edad de doce años.

Desde la perspectiva de este autor el supuesto 1) debería ser calificado como una tentativa imposible de estupro (art. 434 I, en relación con el art. 52.2 del C.P.) (5). Y el supuesto 2) como violación imprudente en concurso ideal con una tentativa imposible de estupro (6). Si bien en este último caso la mayoría de la doctrina entiende que sólo se respondería por una violación imprudente (7).

(3) V. sobre dicha propuesta en general PEÑARANDA RAMOS: «Concurso...», pp. 77 y ss. La crítica a la misma, en GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...», pp... Específicamente para el caso de la relación violación-estupro vid. VICENTE REMESAL, F. J.: «Violación-estupro: error sobre la edad de doce años» en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 28. Edt. Instituto de Criminología U.C.M.-Edersa. Madrid, 1986, p. 114.

(4) VICENTE REMASAL: «Violación-estupro...», *op. cit.*, p. 75.

(5) *Ibidem*, p. 85. En igual sentido BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J.: «Manual de Derecho Penal. Parte Especial» (III). Edt. Ceura. 2.ª edición. Madrid. 1991, p. 237, N.M. 27. Otros autores como ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN, T. S. (coordinador) et alt.: «Derecho Penal. Parte Especial». Edt. Tirant lo blanch. 3.ª edición. Valencia. 1990, se inclinan en este caso por calificar la conducta como atípica, p. 632.

(6) *Idem*. En igual sentido BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ-MAROTO VILLAREJO: «Manual de Derecho...» *op. cit.* p. 237, N.M. 28, y con ciertas dudas MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho Penal. Parte Especial». Edt. Tirant lo blanch. 8.ª edición. Valencia. 1990, quien se adhiere a esta calificación «si el autor pretendía cometer un delito de estupro, actuando con engaño o prevalimiento para conseguir el yacimiento», p. 397.

(7) En ese sentido MUÑOZ CONDE: «Derecho Penal...» *op. cit.* p. 397, aunque con matices (*vid.* nota anterior); ORTS BERENGUER: «Derecho Penal...» *op. cit.* p. 632; PRIETO RODRÍGUEZ: «La nueva configuración de los delitos contra la libertad sexual: violación y agresiones sexuales» en *Actualidad Penal*. 1991-1. núm. LX. p. 142; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A.: «Derecho Penal Espanol. Parte Especial». Edt. Dykinso. Madrid. 14.ª edición. Madrid. 1992, p. 182 o RODRÍGUEZ RAMOS, L.: en COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. et alt.: «Manual de Derecho Penal. Parte Especial» (I). Edt. Akal. Madrid. 1990, p. 208.

Dicha calificación, como reconoce el propio autor, evidencia disfunciones penológicas (8), lo que le lleva a proponer una reforma legislativa consistente en hacer desaparecer del delito de estupro el límite mínimo que supone la edad de doce años del sujeto pasivo (9). Se convertiría, de ese modo, al delito de estupro en un tipo básico respecto del de violación del párrafo 3 del art. 429.

Sin embargo, como intentaré demostrar, de *lege lata* no sería ésa la calificación aplicable a ambos ejemplos, ni su propuesta de *lege ferenda* vendría a constituir una solución válida para la resolución de los problemas de error.

Para ello partiré de dos presupuestos:

a) La relación actual entre el tipo de estupro (art. 434) y el de violación de menor de doce años cumplidos (art. 429.3) es de exclusión formal. Relación ésta, que subsistiría también si desapareciera el límite mínimo de edad del estupro: en los concursos de normas por especialidad, dicho concurso se muestra ficticio, ya que la relación normativa que media entre el supuesto tipo básico y el especial, es también de exclusión formal.

b) La regulación del error vencible sobre los elementos que agravan la pena se recoge en el párrafo primero del art. 6 bis a), y su consecuencia, por tanto, es la de «excluir la agravación».

II. RELACIÓN NORMATIVA ENTRE VIOLACIÓN Y ESTUPRO

Según la caracterización tradicional de la relación normativa de especialidad, ésta se produce cuando un tipo penal —al que se denomina *tipo especial*— agota con su descripción todos los elementos de otro —al que se denomina *tipo básico*—, si bien añade algun/os elemento/s, objetivo/s y/o subjetivo/s, distinto/s que lo particulariza y «especializa», para agravarlo o atenuarlo. Así, si se realiza el tipo especial, se realiza también el tipo básico (10). Expresado gráficamente: la especialidad provoca que la relación tipo básico-tipo especial sea la de dos círculos concéntricos, en los que a partir de un mismo núcleo —elemento/s del tipo básico— difieren en su radio —elemento/s que sirve/n para agravar/atenuar el tipo especial—. En resumen: el tipo especial es una subespecie incluida en el tipo básico o genérico.

(8) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 86. Sobre las mismas *V. infra* p...

(9) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 118.

(10) V. por todos PEÑARANDA RAMOS: «Concurso...» *op. cit.* p. 36 y SANZ MORÁN, A. J.: «El concurso de delitos. (Aspectos de política legislativa)». Edt. Universidad de Valladolid. Valladolid. 1986, p. 122.

A *sensu contrario* la relación normativa de exclusión formal se produce cuando a pesar de poder compartir la conducta típica, el resto de los elementos que integran los respectivos tipos impide que alguno de ellos agote con su descripción el injusto total desvalorado en el otro. Recurriré de nuevo a una imagen gráfica: la exclusión formal provoca que la relación entre ambos tipos sea la de dos círculos secantes, en las que el área común a ambas representa la conducta típica y el área exclusiva los elementos diferenciales de cada tipo. Por tanto, no supone una novedad afirmar que el delito de violación del art. 429.3.º y el de estupro se excluyen formalmente (11): aunque comparten la conducta típica —el acceso carnal—, la violación del art. 429. 3.º, sin embargo, exige como elemento la minoría de edad de doce años cumplidos en el sujeto pasivo, mientras que el estupro *expresamente* exige que el sujeto pasivo tenga una edad superior a doce años.

Por ello, no comparto las interpretaciones de aquellos autores que convierten de *lege lata* estas relaciones, formalmente excluyentes, en relaciones de especialidad, esto es, la de quienes entienden que la intención del legislador es subsumir la conducta del acceso carnal con menor de doce años en el tipo de estupro (12). Ya que *expresamente* el tipo de estupro impone en su descripción los doce años como límite mínimo y, como afirma acertadamente Gimbernat, los tipos objetivos «no son maleables, sino por el contrario inflexibles, ya que en ellos se plasma el principio de legalidad penal» (13).

Por lo tanto el sujeto que accede carnalmente con menor de doce años *no realiza* el tipo objetivo de estupro, sino el de violación. Al no mediar entre ambos tipos una relación de especialidad no se puede afir-

(11) PEÑARANDA RAMOS: «concurso...» *op. cit.* pp. 108-9 y 117.

(12) Así expresamente SANCINETTI, M.: «Estupro y estupro impropio (“Violación”))» (Un caso polémico de error sobre la edad de la víctima). en *Doctrina Penal*, año 1, n.º 1 a 4. Edt. Depalma. Buenos Aires. 1978. pp. 359 a 363, si bien dicho autor, por la peculiaridad del tratamiento de estas cuestiones en el C.P. argentino juega con el carácter de honesto o deshonesto del sujeto pasivo. Esa parece ser también la posición de BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ-MAROTO VILLAREJO: «Manual de Derecho...» *op. cit.* cuando afirman que «la Ley quiso incluir lo menos (mujer mayor de doce años) porque lo más (mujer menor de doce años) aparece ya castigado en el delito de violación, pero si así no fuere, es decir, sino cupiera aplicar este delito (por falta de culpabilidad de la violación) recupera vigor el estupro» p. 238, N.M. 30. Incurren, sin embargo, en una incoherencia al extender esta supuesta *voluntad de la ley* sólo a los casos de falta de culpabilidad, ya que no se entiende por qué ante el caso de un error vencible —en que no desaparece la culpabilidad, sino que se modifica el título de imputación subjetiva doloso por el imprudente— esa voluntad legal no hace que se modifique también la calificación de violación imprudente en concurso ideal con tentativa imposible de estupro, por la de estupro doloso consumado. Sobre la posición de la doctrina alemana al respecto V. PEÑARANDA RAMOS: «Concurso...» *op. cit.* pp. 119 y ss.

(13) GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p....

mar que el que accede con menor de doce años está cometiendo simultáneamente una violación y un estupro.

Ante la imposibilidad de *lege lata*, de encontrar una solución a los problemas de disfuncionalidad penológica que esto provoca, De Vicente Remesal ha propuesto una modificación de la técnica legislativa, para convertir la relación de exclusión formal violación-estupro en una relación de especialidad. Esta solución se articularía de la siguiente manera: hacer desaparecer de los tipos de estupro el límite mínimo de edad (14), de forma que, ahora si, el acceso carnal con mujer menor de doce años agotaría tanto el tipo objetivo de la violación del art. 429.3.º, como el del estupro, convirtiéndose éste en tipo básico y la violación en el tipo especial agravado (15).

Esta propuesta, sin embargo, no modifica las relaciones normativas lógicas entre lo que supuestamente sería el tipo básico —en este caso el delito de estupro sin límite de edad mínimo, o lo que es lo mismo la conducta de acceso carnal prevalente sobre menor de dieciocho años cumplidos— y el subtipo agravado —la violación— que seguirían siendo de exclusión formal. Nuevamente, en este supuesto no estaríamos ante una relación *genus-specie*, sino *aliud-aliud*. Es decir, en nada se modifica la situación actual.

Expuse anteriormente que la formulación tradicional de la relación de especialidad centraba su análisis en la comparación de los injustos, desde cuya perspectiva comparativa, con la propuesta de *lege ferenda*, nos hallaríamos ante una relación de especialidad. Sin embargo, si modificamos la perspectiva de análisis y nos desplazamos a la de la consecuencia jurídica, entonces, como ha puesto de manifiesto Gimbernat (16), no puede afirmarse que la pena del tipo básico de estupro —prisión menor— abarque también la del tipo especial de violación —reclusión menor—. El problema de la relación de especialidad se concreta en la posibilidad lógica y normativa de que efectivamente una norma penal básica —incluyendo tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica— pueda subsumir también a la norma penal especial.

Recurso de nuevo a la geometría: el círculo que representa la pena del tipo básico —prisión menor— no incluye dentro de sí, tal como se afirmó del injusto, el círculo que representa la pena del tipo especial —reclusión menor—. Aquí la relación es a la inversa.

Entonces ¿Cómo es posible que abarcando el supuesto de hecho del estupro al de la violación, su consecuencia jurídica no abarque también la de aquélla? Sencillamente porque la primera premisa es falsa: el supuesto de hecho del estupro no abarca el de la violación, o lo que es lo

(14) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 114.

(15) *Idem.*

(16) «Concurso...» *op. cit.* p...

mismo, el estupro no es un tipo básico respecto de la violación, sino que son ajenos entre sí, se excluyen formalmente.

Para comprender dicha relación *aliud-aliud* es preciso atender a la circunstancia de que, tal como señala Gimbernat, aunque lógicamente sea posible concebir un concepto genérico o básico, eso no quiere decir que el mismo esté normativizado —incluido en un tipo penal en concreto— (17) ya que para que ese concepto se plasme en una norma penal debe cumplirse el requisito de que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica del primero sean también reflejo del segundo.

III. EL TRATAMIENTO DEL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS QUE AGRAVAN LA PENA

Una vez sentado el primer presupuesto del que parto abordare la posición que mantengo en relación al art. 6 bis a), párrafo primero y la problemática que de él se deriva. Mi tesis es la siguiente: los supuestos de error, sea vencible o invencible, sobre 105 elementos que agravan la pena deben solucionarse conforme al párrafo primero del art. 6 bis a).

Y ello en función de los siguientes argumentos: a) un análisis sintáctico de la propia literalidad del precepto; b) el tratamiento lógico-dogmático dispensable a dichos supuestos y c) una interpretación sistemática que coordine el anterior con el de las circunstancias agravantes genéricas.

A) Un análisis de las posibilidades sintácticas de la literalidad del art. 6 bis a), párrafo primero, exige tomar en consideración que dentro de dicho párrafo aparecen diferenciados dos supuestos de error: a) el que recae sobre elementos esenciales integrantes de la infracción penal y b) el que recae sobre elementos que agravan la pena, a los que correlativamente se aplican consecuencias jurídicas también diferenciadas.

Respecto del primer supuesto no se plantea ninguna cuestión ni desde la perspectiva de su construcción sintáctica (18), ni desde el de su comprensión lingüística, ya que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica aparecen completamente descritos, de tal forma que su tenor literal sería el siguiente: «El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal (...) excluye la responsabilidad criminal (...)».

Mayor confusión se produce con la previsión de los elementos que agravan la pena, y ello porque en el supuesto de hecho se han omitido

(17) GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p.... nota 12.

(18) Otro problema es el estrictamente jurídico de conocer si el error alegado es atendible o no, la interpretación del concepto «elemento» y su caracterización como «esencial», o delimitar qué es un elemento que integra la infracción penal y qué, otro que sólo lo agrava.

ciertos elementos lingüísticos. Su tenor literal es el siguiente: «(...) que agrave la pena [excluye] (...) la agravación en su caso» (19). Expresamente lo único que se refleja es una proposición subordinada de relativo —que agrave la pena—. Gramaticalmente sólo es posible que la proposición de relativo —que— tenga como antecedente a «elemento». Las dudas surgen en el momento de analizar a que otro adjetivo vendría a sustituir la proposición «que agrave la pena». En tal caso diversas son las construcciones sintácticas posibles que se plantean:

En un primer supuesto cabe la posibilidad de que únicamente «que agrave la pena» venga a sustituir a «esencial». En ese caso su estructura sería:

a) [El error invencible sobre un elemento] que agrave la pena [integrante de la infracción penal] [excluye] la agravación en su caso (20).

Un segundo supuesto es el de la sustitución de «que agrave la pena» por los dos adjetivos que aparecen referidos a elemento, «esencial» e «integrante de la infracción penal», en ese caso su estructura sería:

b) [El error invencible sobre un elemento] que agrave la pena [excluye] la agravación en su caso (21).

Un tercer supuesto es el de la sustitución de «que agrave la pena» únicamente por el segundo de los adjetivos de elemento, «integrante de la infracción penal», en cuyo caso su estructura sería:

c) [El error invencible sobre un elemento esencial] que agrave la pena [excluye] la agravación en su caso (22).

(19) Entre los símbolos [...] se incluirán los elementos lingüísticos que aparecen implícitos en la proposición.

(20) Esta parecería ser la interpretación por la que optan autores como COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: «Derecho Penal. Parte General», ed. Tirant lo blanch. 2.^a edición. Valencia. 1990. p. 513. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General». Ed. Civitas. Madrid. 1984. pp. 221 y ss. o PEÑARANDA RAMOS: «Concurso...» *op. cit.* pp. 79 a 82, nota 85, al entender que el precepto sólo se refiere a los elementos de los tipos cualificados o agravados.

(21) Esta es la interpretación mayoritaria que entiende incluido en el precepto además las circunstancias genéricas de agravación de los arts. 10 y 11, en ese sentido *vid.* BACIGALUPO, E.: «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición (art. 6 bis a), del C.P.» en *Comentarios a la Legislación Penal* (coordinados por Bajo Fernández). t. V, v. I. Ed. Edersa. Madrid. 1985. pp. 74 y ss.; MIR PUIG, S.: «Preterintencionalidad y error tras la Reforma de 1983» en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7. Albacete. 1989, pág. 116; *idem*: «Derecho Penal. Parte General». Ed. P.P.U. 3.^a edición. Barcelona. 1990, p. 272; MUÑOZ CONDE, F.: «Teoría Jurídica del Delito». Ed. Tirant lo blanch. 2.^a edición. Valencia. 1989, p. 68 u OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: «Derecho Penal. Parte General. Ed. Rafael Castellano editores. 2.^a edición. Madrid 1986, p. 145.

(22) En solitario defiende esta tesis MAQUEDA ABREU, M. L.: «El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código Penal» en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21. Ed. Instituto de Criminología U.C.M.-Edersa. Madrid.

Las posiciones doctrinales se han centrado, consciente o inconscientemente, en estas tres posibilidades, provocando la discusión sobre sí, entre esos elementos «que agravan la pena», se incluyen las circunstancias genéricas de agravación, las específicas de cada tipo o las que hacen al tipo un delito *sui generis*. Para el caso que me ocupa, sin embargo, no es de gran interés esta polémica, ni siquiera desde la postura más extrema que restringe su aplicación a los delitos *sui generis*, se puede negar que el límite de los doce años en la violación es un elemento que agrava la conducta de acceso carnal en relación al estupro. De mayor interés a dichos efectos es analizar otra posibilidad: que la previsión respecto al tratamiento sobre los elementos agravatorios se refiera tanto al error invencible como al vencible.

Ya he puesto de manifiesto que lo único indudable sintácticamente es que la proposición «que agrave la pena» venga referida a «elemento». Sin embargo, todavía no podría descartarse que «invencible» hiciera alusión sólo al caso de elementos esenciales integrantes de la infracción penal, de forma que dicho adjetivo no perteneciera a la estructura profunda de la construcción sintáctica de la previsión sobre los elementos agravatorios. En ese caso, combinando las tres estructuras anteriormente planteadas se puede todavía concluir en otras tres posibilidades sintácticas:

d) [El error sobre un elemento] que agrave la pena [integrante de la infracción penal] [excluye] la agravación en su caso.

e) [El error sobre un elemento] que agrave la pena [excluye] la agravación en su caso.

f) [El error sobre un elemento esencial] que agrave la pena [excluye] la agravación en su caso.

Una vez observado que el argumento gramatical no es definitivo para excluir ninguna de dichas interpretaciones deberá acudir a los otros argumentos: lógico-dogmático y sistemático, para solventar dicha cuestión.

B) Desde el punto de vista lógico, entendiendo que en el párrafo primero del art. 6 bis a) solo se menciona al error invencible, la consecuencia es que cuando el párrafo segundo de dicho artículo remite el tratamiento del error vencible a los supuestos del párrafo anterior, lo haría tanto para los elementos esenciales integrantes de la infracción penal, como para los que agravan la pena. Por ello habrá de comprobarse si la consecuencia jurídica que reserva este párrafo segundo a los casos de error vencible —el castigo como culposa de la infracción— es dogmáticamente posible también para los casos de error vencible sobre elementos que agravan la pena.

1983, pp. 699 y ss. al entender que el término esencial se refiere también a los elementos agravatorios y por lo tanto sólo se podría aplicar en los casos de delitos *sui generis*.

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. La conducta típica esencial se ha producido dolosamente, esto es, el núcleo esencial que describe la lesividad social del comportamiento era conocido y querido por el mismo. El hecho de que el error recaiga sobre un elemento agravatorio no constitutivo del núcleo esencial que describe la lesión del bien jurídico *strictu sensu*, sino que incide sobre la mayor gravedad de dicha lesión —elemento aumentante del injusto—, no empece a que el desvalor de la conducta quede incolume en la concreta forma de imputación subjetiva, pues éste es el elemento básico de la reacción penal —elemento fundamentador del injusto—.

Dogmáticamente es inviable que ante el error vencible sobre un elemento agravatorio, la infracción sea castigada como imprudente (23). En su caso, lo que puede ocurrir es que dicho elemento de agravación no sea tenido en cuenta en el momento de la subsunción.

El párrafo segundo del art. 6 bis a), al remitirse al «error a que se refiere el párrafo anterior», lo hace a los elementos esenciales integrantes de la infracción penal. Lo contrario sería defender que el párrafo segundo —aún intentando regular también el error vencible sobre los elementos agravatorios— no incluiría su consecuencia jurídica, lo cual es un contrasentido. ¿Cómo puede entonces entenderse el tenor del párrafo segundo del art. 6 bis a)? Sólo quedarían dos posibilidades: o bien entender que no recoge el tratamiento dispensado a los casos de error vencible sobre elementos agravatorios, supuesto que ya ha sido criticado, o bien entender que dicho tratamiento se contempla ya en el párrafo primero.

La argumentación lógico/dogmática me permite, al menos, descartar una posibilidad: que el tratamiento del error vencible del párrafo segundo sea aplicable a los elementos agravatorios. Lo que todavía queda por resolver es si efectivamente el tratamiento dogmático aplicable a los casos de error vencible sobre estos elementos coincidiría con el dispensado en el párrafo primero, esto es, que se excluya la agravación. Para ello recurrir a una interpretación sistemática.

C) El tratamiento que el Código dispensa a las circunstancias agravantes genéricas se recoge en el párrafo segundo del art. 60. En él

(23) Así BUSTOS RAMÍREZ, J.: «El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVIII, fasc. III. Edt. Ministerio de Justicia-C.S.I.C. Madrid. 1985, pp. 705 y ss., y especialmente 706. MIR PUIG, S.: «Derecho Penal. Parte General». Edt. P.P.U. 2.^a edición. Barcelona. 1990, pp. 272-3 e *idem*: «Preterintencionalidad...» *op. cit.* p. 117; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: «Derecho Penal. Parte General». Edt. Rafael Castellano editores. 2.^a edición. Madrid. 1986, p. 149 y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: «El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal Español de 1980» en Cuadernos de Política Criminal, n.º 15. Edt. Instituto de Criminología U.C.M. Madrid. 1981, p. 25.

se exige para la aplicación de una concreta circunstancia agravante, que se «tuviera conocimiento de ella». Su concurrencia ha de ser abarcada por el dolo del sujeto (24). Igualmente si se entiende que el párrafo primero del art. 6 bis a) regula el error vencible sobre elementos agravatorios, la conclusión es que para la subsunción del elemento agravatorio se exige el conocimiento de su concurrencia —dolo—. De esta manera se asimila el tratamiento de las circunstancias agravantes —art. 60.2— y los elementos agravatorios, lo cual es coherente desde un análisis sistemático, máxime si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones coinciden los elementos agravatorios con circunstancias agravantes genéricas.

En resumen: a) desde la perspectiva lingüística no es posible negar que el párrafo primero del art. 6 bis a) incluye el tratamiento del error vencible sobre un elemento que agrava la pena; b) desde el punto de vista lógico-dogmático no es posible que el tratamiento de dicho error sea el del párrafo segundo —el castigo como imprudente de la infracción— y c) siendo dogmáticamente correcto el trato dispensado a este error por el párrafo primero del art. 6 bis a) —excluir la agravación—, no hay problema alguno en entender que en el mismo se está aportando el tratamiento de los supuestos de error vencible sobre elementos agravantes.

Pero ¿Qué significa «excluir la agravación»? A esta cuestión responde Gimbernat, al analizar el error sobre la circunstancia de parentesco en la relación parricidio-homicidio: «no se puede entender en el sentido de que objetivamente no se ha dado la agravación —porque sí se ha dado: se ha matado al padre—, sino sólo en el que la pena se debe aplicar, acudiendo al tipo residual del 407, «como si» ese aspecto del acontecimiento no hubiera sucedido» (25). Por ello dicho autor caracteriza este precepto como «una regla de aplicación de la pena» (26).

Aunque comparto el planteamiento de Gimbernat, no creo que el art. 6 bis a) contenga una «regla de aplicación de la pena». Si analizamos detenidamente la previsión de dicho artículo, lo que se puede concluir es que contiene el tratamiento de la incongruencia entre la concurrencia fáctica de un hecho —que coincide con el presupuesto objetivo de la agravación— y el conocimiento que respecto del mismo tiene el sujeto. No contiene tanto una regla de aplicación de la pena, como una regla de subsunción de la conducta en el injusto. La subsunción es necesaria para los elementos objetivos y subjetivos, y el art. 6 bis a) incide precisamente sobre el proceso de subsunción de los elementos sub-

(24) *Idem* los autores y pp. citados en la nota anterior. Vid., sin embargo, la matización de Bustos Ramírez: «El tratamiento...» *op. cit.*, quién entiende que «éstos no admiten formas de conexión personal alguna, ya que dolo y culpa están únicamente referidas a las acciones y omisiones, pero no a las circunstancias aisladamente consideradas.(...) sólo se puede aplicar el conocimiento respecto de ellas y éste entonces «se da» o «no se da» ». p. 706 (cursiva en el original).

(25) «Concurso...» *op. cit.* p... (entrecomillado en el original).

(26) *Idem.*

jetivos, lo cual supone que normativamente sólo se tiene en cuenta el elemento agravatorio que sea conocido por el sujeto activo. En caso contrario —error vencible o invencible— dicho elemento *que sí concurrir fácticamente*, es «*como si*» no existiera.

Así, cuando el art. 6 bis a), párrafo primero, hace mención a «excluir la agravación» ha de entenderse en su sentido más estricto: hacer desaparecer del juicio de relevancia normativa —subsunción— ese concreto hecho agravatorio, dejando subsistente el resto de los elementos. Por ello si continuamos el ejemplo propuesto por Gimbernat, en el que plantea la conducta de un sujeto que mata a su padre errando sobre la circunstancia de la relación de ascendencia (27), la conclusión sería la siguiente: la subsunción sólo es posible respecto de los hechos y circunstancias desvalorados por el Derecho penal; el Derecho penal sólo desvalora la concurrencia de un elemento agravatorio cuando ha sido conocida por el sujeto activo; el sujeto activo no conocía el carácter de ascendiente del sujeto pasivo; por lo tanto en la subsunción ha de procederse omitiendo la circunstancia de parentesco, esto es, *como si* el sujeto pasivo fuera un no-ascendiente. En tal supuesto las circunstancias a subsumir son «causación de muerte» y «no-ascendiente», y esa conducta se subsume en el tipo que describe la causación de la muerte del no-ascendiente, esto es, el homicidio. Pero, y es incidir en ello, no porque el hecho de matar al padre se recoja también en el art. 407, sino porque ese es el concreto tratamiento dado a los casos de incongruencia sobre el desconocimiento de la concurrencia fáctica de los elementos agravatorios.

Dicha conclusión, además, es la más respetuosa con la literalidad del art. 6 bis a), párrafo primero: el tratamiento dispensado al error sobre los elementos agravatorios por la doctrina mayoritaria no se ajusta a dicha previsión, me explicaré: la doctrina mayoritaria lo que afirma es que objetivamente la muerte del padre es subsumible parricidio como en el homicidio, de tal modo que al incidir sobre el elemento parentesco un error, desaparece el tipo de parricidio —por no poderse subsumir subjetivamente su conducta en el mismo— y le imputan el homicidio porque objetivamente también se ha producido el mismo. Sin embargo, con dicha argumentación no se «excluye la agravación» —relación de parentesco con la víctima— sino «el tipo agravado» —el parricidio—. Asimilan el tratamiento del error sobre el elemento agravatorio, con el del elemento esencial integrante de la infracción penal, esto es, «excluyen la responsabilidad criminal» para ese concreto tipo agravado, dejando subsistente, como es coherente con su punto de partida, el tipo básico. En última instancia llevan a cabo una confusión entre la conse-

(27) GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p... Refiere este autor dicho ejemplo a un caso de error invencible, sin embargo por la identificación de trato que hago entre este error y el vencible lo entiendo aplicable a ambos.

cuencia «excluir la agravación» —que es la que concretamente recoge el Código— con la consecuencia «excluir la responsabilidad criminal del tipo agravado».

El tratamiento que definiendo en relación al proceso de subsunción del elemento subjetivo es, en este extremo, asimilable al de subsunción del tipo objetivo. Imaginemos un supuesto en que A dispara contra B con la intención de matarlo y B muere por las heridas recibidas, pero a causa de una hemofilia, que A desconocía que B sufría. Causalmente A ha matado a B, normativamente a A no le es imputable objetivamente la muerte de B. ¿Se puede decir desde un punto de vista causal que A, tal como exige el art. 3, II, «ha practicado todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo produce por causas independientes a la voluntad del agente»? Obviamente no. Sin embargo, normativamente sólo puede ser tenido en cuenta lo prohibido por la norma. Así, en el proceso de subsunción queda fuera el hecho evidente de que ha sido el disparo de A el que ha matado a B, y en la determinación del injusto se actúa «como si» la muerte no hubiera acaecido. En igual sentido, pero para el caso de la imputación subjetiva, se produce la subsunción «como si» no existiera el elemento agravatorio, en caso de error.

Como se habrá podido comprobar, y retomo con ello la conclusión adelantada, aún teniendo razón Gimbernat en que el párrafo primero del art. 6 bis a) exige que se trate al elemento agravatorio «como si» no existiera, no es por contener el mismo una regla de aplicación de la pena, sino que ello es consecuencia lógica del proceso de subsunción.

Presupuesto lo antedicho estamos en situación de intentar solucionar los problemas de error sobre la minoría de edad de doce años cumplidos en el sujeto pasivo. Para ello retomemos los ejemplos propuestos al comienzo del presente trabajo.

IV. CALIFICACIÓN APLICABLE A LOS SUPUESTOS DE ERROR SOBRE LA EDAD DE DOCE AÑOS

1. Tesis de la doctrina mayoritaria

RESOLUCION DEL CASO 1), (error invencible sobre minoría de edad de doce años cumplidos): La posición dominante entiende que en estos supuestos, al darse de *lege lata* una relación de exclusión formal, ni se habría producido la concurrencia de los elementos objetivos del tipo de estupro —el acceso carnal se produce con menor de doce años— ni tampoco se podría incriminar por una violación, al excluirse la posible concurrencia de cualquiera de los elementos subjetivos genéricos del tipo —el dolo o la culpa—. Por ello la única calificación dogmática-

mente posible, como ya hemos visto (28), sería la de una tentativa de estupro, pero inidónea por ausencia de un sujeto pasivo apto.

Esta solución, como reconocen dichos autores, conduce a unas consecuencias penológicas y de proporcionalidad de la pena disfuncionales, ya que al suponer una pena de arresto mayor o multa, resultaría más levemente penado que el sujeto que se prevale y finalmente accede carnalmente con mayor de doce años, conociendo dicha circunstancia —delito de estupro y por lo tanto prisión menor— cuando a lo sumo lo que debería es equipararse las consecuencias jurídicas (29).

Por ello, de prosperar la propuesta de *lege ferenda*, de constituir en tipo genérico al estupro, haciendo desaparecer el límite mínimo de edad, parece que les permitiría calificar estos supuestos como de estupro consumado, ya que entonces objetivamente se cumpliría tanto el tipo objetivo de la violación como el de estupro, si bien por la imposible imputación subjetiva, provocada por el error invencible, de la violación, sólo se le podría hacer responder por un delito doloso consumado de estupro (30).

Se consumirían, de esa manera, las virtudes de equiparación de gravedad de ambas conductas: estupro y error invencible. Ambas se castigarían con prisión menor.

RESOLUCION DEL CASO 2), (error vencible sobre la minoría de doce años): La posición dominante en este caso aboga por la calificación de violación imprudente en aplicación del párrafo segundo del art. 6 bis a) (31). Calificación ésta que, sin embargo, atendería sólo al aspecto del desvalor de resultado -acceso carnal con menor de doce años-, pero no conseguiría abarcar el total del desvalor de la acción, puesto que la intención del sujeto se dirigía al acceso carnal con una persona mayor de doce años, pero menor de dieciocho, con prevalimiento. Por ello algunos autores entienden aplicable el concurso ideal (art. 71) entre la violación imprudente y una tentativa imposible de estupro (32).

Dicha calificación se acerca más a unos resultados político-criminales menos disfuncionales, al imponer una sanción más grave para los casos de error vencible —prisión menor en grado máximo— que a los de estupro —prisión menor en toda su extensión—. Sin embargo, la pena de prisión menor en grado máximo para el error vencible solo se produce en el caso de que la imprudencia sea temeraria y no simple, y siempre que el juez, en virtud de la discrecionalidad que le otorga el art.

(28) *Vid. supra* nota 5.

(29) Así VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *Op. cit.* pp. 86 y ss. y BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ-MAROTO VILLAREJO: «Manual de Derecho...» *Op. cit.* p. 237, N.M. 27.

(30) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* pp. 114 y ss.

(31) *Vid. supra* nota 7.

(32) *Vid. supra* nota 6.

52, decida rebajar un grado la pena de estupro —prisión menor—, y no dos —arresto mayor— (33).

Nuevamente con la propuesta de *lege ferenda*, de hacer desaparecer el límite mínimo de edad del delito de estupro, cree llegar De Vicente Remesal a «una solución dogmáticamente correcta y político-criminalmente justa» (34), al poder calificar esta conducta como un concurso ideal entre un estupro doloso consumado y una violación imprudente.

Tras analizar las calificaciones propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*, deben señalarse los problemas dogmáticos que plantean: a) Calificación de *lege lata*: Tanto en relación al error invencible como al vencible, al margen de que entiendo que hay una calificación dogmáticamente correcta, como expondre más adelante, y que satisface las exigencias de equiparación de los injustos, ya han sido señalados los problemas penológicos que produce; b) La solución de *lege ferenda*: en cuanto al error invencible, desde los presupuestos que parten de relación de especialidad y no de exclusión formal, efectivamente consumaría las virtudes político-criminales que se niegan a la solución de *lege lata*. Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo en los casos de error vencible sobre dicho elemento, y ello porque su calificación no es posible dogmáticamente. La aplicación de un concurso ideal entre un delito de estupro doloso consumado y un delito de violación imprudente no es viable, ya que para llegar a la misma se ha incurrido en un «bis in idem», esto es, se ha utilizado un único hecho —el acceso carnal— para realizar una doble imputación: se utiliza ese acceso carnal para constituir el elemento objetivo del estupro consumado, e imputarlo dolosamente y, además, se vuelve a recurrir al mismo para imputar la violación como imprudente (35). Lo cual supone obviamente una infracción del art. 25.1 de la Constitución.

2. Tesis de Gimbernat (36)

RESOLUCION DEL CASO 1), (error invencible sobre la minoría de doce años cumplidos): Desde los presupuestos delineados por Gim-

(33) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 89.

(34) «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 119.

(35) En ese sentido *vid.* GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p... nota 19.

(36) Para evitar confusiones he de señalar que Gimbernat, como he venido repitiendo, ha planteado los problemas de resolución de error sobre elementos que agravan la pena en el caso del elemento parentesco en las relaciones parricidio-homicidio. Sus conclusiones son perfectamente encajables en el supuesto que nos ocupa en tanto que, para dicho autor, la relación que media entre parricidio y homicidio son de exclusión formal. Por ello la mención que se hace a la supuesta resolución que daría a los casos de error sobre el elemento doce años en la relación violación-estupro, también de exclusión

bernat, tanto en la situación actual, como con la nueva propuesta, la única calificación posible sería la de estupro consumado [homicidio consumado]. Conclusión a la que se llegaría, sin embargo, a partir de una argumentación bien diferente. Y ello porque el elemento esencial para ambos tipos lo constituye el acceso carnal prevalente [causación de muerte] y el agravatorio la condición de mujer menor de doce años en la violación [víctima padre]. Con lo que, si bien es cierto que desde la perspectiva meramente objetiva se ha producido una violación y no un estupro [un parricidio y no un homicidio], el efecto que tiene la aplicación del apartado primero del art. 6 bis a) es tratar los casos de error sobre un elemento que agrava la pena, «como si» dicha agravación no existiera. Por ello si dicha agravación no existiera objetivamente se debería aplicar el tipo residual de estupro [homicidio], y tal le sería imputado como doloso consumado.

Con ello las virtudes penológicas referidas se producirían ya de *lege lata*, equiparando el injusto entre el sujeto que, conociendo la mayoría de doce años del sujeto pasivo, efectivamente consume dicho acceso carnal —estupro y por tanto prisión menor—, con el del sujeto activo que, a pesar de acceder carnalmente con un menor de doce años, sin embargo habiendo puesto todo el cuidado debido, que le hubiera permitido constatar la concurrencia de este elemento objetivo, no lo hubiera conseguido —violación con error invencible sobre el elemento menor de doce años—, que se reconduciría al estupro y por tanto también a la pena de prisión menor.

RESOLUCION DEL CASO 2), (error vencible sobre la minoría de edad de doce años): En este caso la calificación de Gimbernat sería la siguiente: el sujeto deberá responder por un concurso ideal —art. 71— entre estupro consumado y una violación imprudente [homicidio consumado y parricidio imprudente]. Pero al valorarse dos veces la conducta de acceder carnalmente con prevalencia [causación de muerte] —elemento que ha de estar presente en el tipo objetivo tanto en la calificación de estupro consumado, como en la de violación imprudente— se incurriría en un «bis in idem», con lo que sólo podría subsistir la calificación más grave, esto es, el estupro consumado [homicidio consumado].

3. Solución propuesta

Para enfocar correctamente el problema he partido de los siguientes presupuestos: a) la relación normativa entre la violación y el estupro es de exclusión formal; b) el elemento «menor de doce años cumplidos» es uno que agrava la pena —de forma que serían elementos esenciales co-

formal, ha de entenderse como una calificación «mutatis mutandi». Así incluiré entre los símbolos [...] la solución de este autor para el caso de la relación parricidio-homicidio.

munes a ambos tipos, el acceso carnal prevalente; siendo el elemento agravatorio diferenciador del *quantum* del injusto, el límite de doce años del sujeto pasivo—; y c) el tratamiento del error invencible y vencible sobre un elemento que agrava la pena se recoge en el art. 6 bis a), primer párrafo, y su consecuencia es «excluir la agravación».

En ese sentido se llegaría a la misma conclusión, y con la misma argumentación que Gimbernat, en la resolución del supuesto de error invencible sobre los doce años.

Sin embargo, no comparto la misma conclusión en la resolución del supuesto del error vencible, puesto que, como argumentaré, la propuesta de Gimbernat, resulta incoherente con su punto de partida. En el caso de concurrencia del elemento esencial —y conocimiento de dicho elemento—, y concurrencia del elemento agravatorio, aunque con un error vencible sobre su presencia no acaba de entenderse la calificación simultánea de estupro consumado y violación imprudente (37). Pues, recordemoslo, si, al producirse el error vencible sobre un elemento agravatorio, se aplica el párrafo segundo del art. 6 bis a), ello no determina la punición «como si la agravación no existieran, sino que obliga a castigar como imprudencia. Ante tal posibilidad, si se admite su versión culposa, estaríamos como mucho ante una violación imprudente (38). No obstante, no alcanzo a ver a través de qué posible argumentación puede hacer resurgir este autor en su calificación el estupro doloso consumado, ya que ni objetivamente se ha dado el mismo —el sujeto pasivo era en cualquier caso menor de doce años cumplidos, y por lo tanto lo concurrente es el elemento objetivo del tipo de violación—, ni subjetivamente, desde el tratamiento de la incongruencia entre el elemento objetivo y el dolo del sujeto se puede construir la ficción —sólo aplicable al amparo del párrafo primero del art. 6 bis a)— de que se trate el supuesto «como si» la agravante no existiera.

Sin embargo, si el párrafo que entiende aplicable Gimbernat es el primero, entonces el trato dispensable a este supuesto debería ser, al igual que en el supuesto 1), exclusivamente el de estupro consumado pues, aún no dándose objetivamente el mismo, su aplicación se produce a partir de la regla que contiene el art. 6 bis a), primero. Lo que no se alcanza a ver en este caso es la argumentación de este autor para aplicar la calificación de la violación imprudente, pues dicho título de imputación sólo sería posible a partir del tratamiento de la minoría de edad de doce años, no como elemento que agrava la pena, sino como elemento esen-

(37) Esto al margen, por supuesto, del problema de «bis in idem» que se plantea, tal como reconoce el propio autor.

(38) Solución, la de tipo agravatorio imprudente, que sin embargo dicho autor reserva únicamente para los casos de errores vencibles tanto sobre el elemento esencial como sobre el de agravación. GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p... nota... en su «quinta y última variante».

cial de la infracción penal, lo que obviamente de acuerdo con su punto de partida no lo sería.

Así pues, o la calificación es la de estupro consumado, si lo aplicable es el párrafo primero, o es la de violación imprudente, si lo es el segundo. Pero lo que nunca podría producirse es la aplicación en concurso ideal de ambas calificaciones, a solventar por el contenido del principio «non bis in idem». El equívoco, a mi parecer, se produce porque finalmente lo que realiza Gimbernat es una aplicación simultánea de ambos párrafos del art.6 bis a), y una caracterización alternativa de dicho elemento como «agravante de la pena» y como «integrante de la infracción penal». Con la aplicación del párrafo primero y la conceptualización como elemento agravatorio llega a la conclusión del estupro consumado, y con la conceptualización como elemento integrante de la infracción penal a la de violación imprudente. En realidad el problema es previo, esto es, saber si el elemento «menor de doce años cumplidos» en el delito de violación es un elemento integrante de la infracción penal o de agravación, y si el tratamiento dispensado al error vencible sobre este tipo de elementos que agraven la pena pertenece al ámbito de aplicación del párrafo primero o segundo.

Sin embargo desde la perspectiva que mantengo, aún llegando al mismo resultado que Gimbernat, se confirma la calificación única, para el supuesto de error vencible que nos ocupa, de estupro consumado, sin tener que acudir al principio del «non bis in idem». Y ello porque a los supuestos de error vencible sobre circunstancias que agravan la pena se aplica el párrafo primero del art.6 bis a) y por tanto a dicho error alcanza el tratamiento *como si la agravación no existiera*.

Con ello desaparecen las disfunciones penológicas y de trato más favorable para injustos comparativamente más graves, ya que ante la concurrencia y conocimiento de los elementos esenciales integrantes de la infracción penal y de los que la agravan en la violación, la pena sería de reclusión menor; en el caso de error vencible o invencible sobre la concurrencia objetiva de los elementos agravatorios, la pena se equipara a la de inexistencia de la concurrencia objetiva de los mismos, esto es, se aplica la de prisión menor, al igual que en el estupro de prevalimiento.