

El «error iuris», perspectivas materiales y sistemáticas

ANGEL TORIO LOPEZ
Catedrático de Derecho penal

I.—La declaración del artículo 6, 1, del Código civil «el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen» equivale a proclamar que carecerá de eficacia *praeter legem* o en virtud de analogía. La materia se encuentra actualmente bajo el dominio del principio de legalidad sin que sea posible su reconstrucción teórica atendiendo sólo a las exigencias dimanantes del principio «no hay pena sin culpabilidad», es decir, libremente, o en el sentido de una vinculación relativa al derecho positivo, no impedida anteriormente por la regla *nullum crimen sine lege*, puesto que al incluir la conciencia de la antijuricidad entre los elementos del delito, se restringen los presupuestos de punición. La legalidad de los efectos del error crea ahora dificultades en el derecho positivo a las teorías limitadas del dolo y de la culpabilidad, pues sus declaraciones esenciales están en función del método analógico y de perspectivas político criminales no reconocidas formalmente por el.

La nueva regulación del *error iuris* no es una ley de bases, ni presenta el fenómeno de la delegación legislativa, ni es tampoco una norma en blanco que deba ser colmada posteriormente en cada ámbito jurídico particular. El artículo 6, 1, contiene, por el contrario, una regla vinculante, cuyo sentido primordial es distinguir entre inesencial ignorancia de la ley y error de prohibición relevante, aunque sin determinar los efectos de éste de forma general. Estos han de ser establecidos en cada sector jurídico específico *intra legem*, por vía interpretativa o dogmática, no bastando para ello acudir a principios jurídicos materiales que no hayan encontrado reflejo legal. La doctrina clásica ha encontrado en las referencias legales al dolo base para incluir la conciencia de la antijuricidad entre los presupuestos de la pena, en concordancia con el postulado «no hay pena sin culpabilidad». Dicha dirección no se ha limitado, por tanto, a proyectar sobre el Derecho positivo, sin examinar previamente su contenido, dicho postulado, sino que ha analizado las posibilidades existentes en él en favor de una exigencia ético cultural indeclinable.

En sentido semejante, habrá de procederse ante la nueva regulación. Para que el error despliegue su función, no son precisas normas ge-

nerales ulteriores, aunque tampoco bastan postulados históricos, culturales, etc., etc., ni preferencias político criminales como las que se albergan en las llamadas teorías del dolo o de la culpabilidad. Lo que sí es imprescindible en una tarea interpretativa cumplida sobre el derecho vigente, a cuyo través se verifique la procedencia de una u otra concepción.

El sistema acogido por el artículo 6, 1, Código civil se caracteriza por rehuir una declaración general o axiomática, encaminada a propagarse en la totalidad del ordenamiento jurídico, sobre las consecuencias del error. Estas consecuencias están llamadas a producirse de forma relativa. En el Derecho civil no tiene por qué ser, por ejemplo, iguales que en el Derecho penal, pues sus exigencias de seguridad jurídica pueden hacer preciso mantener los efectos del acto o negocio incluso en hipótesis de error inevitable. En el derecho administrativo, por otra parte, los principios directivos tampoco tienen que ser necesariamente iguales que en el Derecho penal.

Esta relativización de los problemas que suscita el error de prohibición no constituye ninguna novedad. La dogmática alemana ofrece ejemplos de tal consideración diferenciada. Arthur Kaufmann sostiene, por ejemplo, que en el Derecho penal criminal es procedente atenderse a la teoría de la culpabilidad, en tanto que en el Derecho penal administrativo, donde falta una firme conexión de los mandatos y prohibiciones con la conciencia ético social, es aconsejable la adopción de la teoría estricta del dolo. No es difícil observar que de lo que se trata entonces es de una posición metodológica intermedia entre un punto de vista axiomático y otro tópico.

La distinción legislativa entre *ignorantia legis* y *error iuris* que practica la nueva disposición, elimina las vacilaciones anteriores sobre su procedencia, a las que no han sido ajenos algunos autores ni en la práctica de los Tribunales de Justicia. El viejo artículo 2 del Código civil ha dado base siempre para tal confusión. Si bien es cierto que la regla *ignorantia legis non excussat* nunca ha regido históricamente con toda integridad —como enseña Binding, en el derecho canónico medieval y en la doctrina de la época del derecho común encontró siempre mitigaciones el rigor de su funcionamiento—, en virtud del influjo del Código civil francés se constituyó en uno de los principios capitales del proceso codificador. Su reconocimiento y virtualidad ilimitados están en relación directa con las representaciones ideológicas del Estado formal de Derecho, de su orientación a la seguridad jurídica y del desplazamiento a plano más secundario de la adecuación a fin y a la justicia material. La supremacía de la Ley, en cuanto expresión de la *volonté générale*, no puede depender de las representaciones defectuosas del ciudadano. La identificación entre Derecho y Ley conduce lógicamente a que el error sobre uno y otra no pueda ser objeto de diferenciación: *error iuris nocet; ignorantia legis non excussat; nemine licet ignorare ius*.

La reacción de finales del siglo XIX, de que da testimonio funda-

mental la obra de Binding, contiene de forma latente, pese al positivismo del autor, las bases de un desenvolvimiento futuro en que dialécticamente cabe apreciar numerosos matices, pero cuyo signo común es trascender la visión formal de los conceptos penales. La lucha de la dogmática alemana en favor de la conciencia de la antijuricidad contra el *Reichsgericht* o la petición de que surta efectos el denominado «error de derecho penal» indican ya que se ha producido un desplazamiento entre Derecho y Legalidad. El conocimiento de lo injusto y el de la ilegalidad son realidades diferentes, y éste no será reclamado por la doctrina. En dirección semejante se hallan los esfuerzos de Listz en favor de la antijuricidad material, y décadas después, los planteamientos de la dirección teleológico valorativa. El fondo genérico de ello es el propósito de superar la visión formal de los conceptos jurídicos, surgido de la *Ilustración*, y la integración de la seguridad jurídica con perspectivas teleológicas (adecuación a fin) y axiológicas (justicia material).

Desde tales perspectivas, el curso histórico dogmático de los diversos elementos de la teoría del delito es de sobra conocido, por lo que puede prescindirse de su exposición. En lo concerniente al problema de la conciencia de la antijuricidad, la célebre sentencia del *Bundesgerichtshof* de 18 de marzo de 1952 donde definitivamente se abandona la posición tradicional del *Reichsgericht*, es resultado de tendencias histórico jurídicas anteriores, que se abren trabajosamente camino en un proceso dialéctico presente ya en las décadas finales del siglo XIX, apreciable en los grandes representantes de la dogmática que no serían bien entendidos situándolos unilateralmente en el dilema formalismo-finalismo, puesto que el progreso jurídico, más que cortes o escisiones radicales, presenta tendencias dominantes.

En la Filosofía y en la Dogmática jurídica de la posguerra se confirma diáfananamente la distinción entre Derecho y Ley. El Derecho no se verifica agotadoramente en la Ley. El Derecho precede a la Ley. Es posible una distorsión entre Derecho y Ley en el sentido de un injusto legal. La lucha contra el positivismo jurídico conduce a un descrédito progresivo de la regla *nemine licet ignorare ius* en todos los países. En Francia, en Italia y en España se sugiere que la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley es compatible con la relevancia del error de prohibición, lo que sólo es posible si previamente, de modo más o menos consciente, se ha negado la plena identidad entre sus objetos respectivos.

La reforma del art. 6, 1, C. c. no parece responder a tan elevadas preocupaciones. Es consecuencia de declaraciones existentes entre los privatistas, efectuadas con base en el propio derecho positivo. La reforma parece recoger legislativamente apreciaciones de los autores, principalmente de De Castro, reveladoras de que la declaración del precedente art. 2 C. c. está sometida a excepciones, pues en preceptos específicos se otorga al *error iuris* significación. La opinión de los civilistas deja margen a la duda de si en verdad se está distinguiendo entre ignorancia

de la ley y error de Derecho o si, por el contrario, se trata de relacionarlos como regla general y excepción.

En la dogmática penal, la materia del error de prohibición ha sido estudiada previo un paso metodológico negativo. En primer término, se ha despejado el tema de que el art. 2 del C. c. no se refería anteriormente al mismo problema. El art. 2 C. c. según Antón Oneca alude a la obligatoriedad de las leyes de modo general, lo que es compatible con los efectos jurídicos del error en algunos casos, como sucede en el Derecho civil: en el penal, la excepción está impuesta por la exigencia del dolo o de la culpa para la existencia del delito y la contradicción evidentes del error de Derecho con el dolo. Es fácil observar aquí la repercusión del punto de vista propio de la dogmática civil antes mencionado. Para Jiménez de Asúa «el Código civil no rige en la materia penal», siendo inexacto que «tenga vigencia en todas las restantes ramas del Derecho». Este autor dice además que «el conocimiento o la ignorancia de la ley es distinta del conocimiento o ignorancia de la antijuricidad o del deber de respetar la norma», con lo que no se trata sólo «de que el Código civil no tiene vigencia en el Derecho penal», sino de que «aunque la tuviera en abstracto, no puede en concreto anular uno de los elementos intelectuales de la culpabilidad, el más decisivo para poder construir su concepción normativa de reproche». Según Córdoba Roda, el anterior art. 2 del Código civil si bien indicaba la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley, «no declara y, por ser un precepto no susceptible de interpretación extensiva no debe entenderse que la ignorancia de lo antijurídico no tiene eficacia excusante, pues aunque el principio sea de aplicación general, su redacción manifiesta que «el legislador no ha sabido prescindir de los conceptos propios del Derecho privado», siendo conceptos distintos los de ignorancia de la ley e ignorancia de lo contrario a Derecho o de lo prohibido, ya que mientras el conocimiento de aquél tan sólo es poseído por un corto número de personas de la colectividad, la conciencia de lo contrario a Derecho es patrimonio de la sociedad. Rodríguez Devesa advierte, por último, que condicionar la aplicación de la ley a su conocimiento, implicaría tanto como dejarla sin vigencia, pero esto es distinto de que quien cree erróneamente que está realizando un acto permitido por las leyes sea responsable de él a título de dolo, sin conceder error alguno al error en que se encontraba. La situación precedente se complica a su juicio con el nuevo art. 6, 1, del C. c., inclinándose a pensar que se están equiparando «error de derecho» e «ignorantia legis», lo que no afectaría, dice, a su posición.

En realidad, el problema se reduce a que *ignorantia legis* y *error iuris* recaen sobre objetos que no son, en principio, coincidentes. La opinión de que el título preliminar del C. c. no afecta al derecho penal desconoce que la posición de la norma en el sistema nada decide sobre su función ni sobre su naturaleza. La falta de proyección general de dicho título sobre el ordenamiento general está en contradicción con la opinión mayoritaria. Decidir estas cuestiones según el número de per-

sonas que posean conocimiento de lo injusto o de la ley, no proporciona ningún criterio decisivo para su tratamiento práctico. La identificación entre *error iuris* e *ignorantia legis* lleva a que salvo declaración concreta legal, carezcan de eficacia: hace intercambiables las reglas *ignorantia legis non excussat* y *error iuris nocet* dentro del art. 6, 1, del Código civil.

Las numerosas declaraciones existentes a este respecto hacen más aconsejable proseguir la investigación en el sentido sugerido, es decir, en el de que la delimitación entre Derecho y Ley conduce a un planteamiento sencillo y coherente del problema y a una solución más precisa de él. La multitud de contribuciones de la Teoría general y la Filosofía del Derecho sobre las relaciones entre Derecho y Ley, aconseja un tratamiento indicativo, no exento, sin embargo, de significado material.

La delimitación entre *ignorantia legis* y *error iuris* reproduce la existente entre ley y norma de derecho. La norma es, según Binding, un principio superior de derecho público diverso de la ley penal. Para Max Ernst Mayer las normas de cultura preceden a la ley penal, que las reconoce en los preceptos legales. La ley es un *posterius* frente a la norma. Esta es una regla directiva de la conducta humana, cuya infracción amenaza la ley con la imposición de una pena criminal. Frente a la norma, como precepto de derecho público o principio cultural rector del comportamiento, la ley penal proporciona los elementos específicos de punición. La ley penal es, pues, una realidad estructuralmente compleja. Contiene la hipótesis de un acto humano (precepto primario), previniendo para el supuesto de que tenga lugar una consecuencia jurídica (precepto secundario). La ley consta de dos elementos que, sin embargo, forma unidad: el *praeceptum* y la *sanctio legis*. Puede añadirse en fin, que la ley penal es un objeto específico del derecho punitivo, mientras que la antijuricidad es noción propia del ordenamiento jurídico general.

Es evidente, de acuerdo con esto, que el autor puede obrar conociendo la antijuricidad e ignorando que la ley regula su comportamiento. En el ejemplo de Hippel del usurero a quien antes le han sido anulados varios préstamos en vía civil no falta la conciencia de antijuricidad. Esto es compatible con el desconocimiento de que la nueva ocasión fundamenta la habitualidad que hace punible el préstamo usuario. Igual sucede si el autor sabe que no está permitido utilizar un vehículo de motor ajeno, pero piensa erróneamente que el *furtum usus* es siempre impune. En ambas hipótesis, se desconoce uno de los momentos esenciales de la ley penal, careciéndose de información sobre la *sanctio legis* aplicable a la conducta. En el sentido del Código civil, se trata de una auténtica ignorancia de la ley, como unidad constituida por el precepto y la sanción, según enseña la teoría general del Derecho, inexcusable de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del art. 6, 1: *ignorantia legis (poenalis) non excussat*.

Pero simultáneamente, no falta en dichas hipótesis la conciencia de la antijuricidad, suficiente para que la responsabilidad esté fundamen-

tada. La culpabilidad, como predicado final de la acción que la eleva a delito, depende sólo de que el sujeto pudiese elevar el imperativo jurídico —la prohibición de realizar préstamos usuarios o de quebrantar el estado posesorio preexistente— a motivo del comportamiento. En el desnivel entre automotivación personal y heteromotivación normativa radica el momento esencial de la culpabilidad. La pena criminal no está en función, como se ha pretendido históricamente en la literatura, principalmente por Feuerbach y los epígonos de la teoría general preventiva de la coacción psicológica, de la conciencia de la punibilidad.

En sentido inverso, es posible también la ejecución de la acción con conocimiento de que está cubierta por el derecho escrito y, sin embargo, (no) estar ausente la conciencia de la antijuricidad. Evidentemente, es preciso para ello que antes se haya negado la coincidencia entre Derecho y Ley. La situación se presenta en hipótesis caracterizables como injusto legal (*legales Unrecht*), como la aludida por Rudolphi de la sentencia de 20 de enero de 1952 del *Bundesgerichtshof*, sobre el desplazamiento al Este de personas judías, parte de las cuales nunca regresó. En los fundamentos de la sentencia, alude el Tribunal Federal a que la libertad del Estado para determinar en su ámbito lo que es justo e injusto no tiene carácter ilimitado, de forma que las medidas puestas en práctica por los acusados, en sí mismas contrarias a los pensamientos esenciales de la Justicia y de la Humanidad, son signo cierto para determinar que procedieron con conocimiento de la antijuricidad, frente a su alegación de haber dado cumplimiento a la legislación entonces vigente y de no haber sido conscientes de proceder contra el Derecho.

La ignorancia de la ley y el error de prohibición sólo pueden ser plenamente coincidentes dentro de una imagen positivista del Derecho. La disposición del art. 6, 1, abre a la investigación filosófico jurídica perspectivas de consideración. En sentido dogmático, indica que el desconocimiento de la ley penal carece de eficacia, o lo que es igual, que el conocimiento de la punibilidad no forma parte de los presupuestos de pena, mientras que el error de prohibición posee una función positiva dentro del ordenamiento, a condición de que se fundamente *intra legem* su viabilidad.

La referencia legislativa al «error de Derecho» priva, finalmente, de significado a representaciones valorativas diversas influyentes en la conducta del autor. Para la fundamentación de la culpabilidad, o su exclusión, es indiferente que hayan actuado como elementos motivadores principios religiosos, éticos, etc., etc. Convicciones apoyadas en estas instancias normativas únicamente pesan en la medición judicial de la pena, aunque deba de prevenirse sobre qué, en situaciones especiales, estas representaciones pueden dar testimonio de la existencia de una ley injusta.

II. El principio de legalidad de los efectos del error ha repercutido seriamente sobre la situación dogmática precedente a la reforma. En esta situación podían distinguirse dos niveles diferentes. En sentido metodológico, las concepciones existentes se distinguían según que derivasen del derecho positivo la exigencia de la conciencia de la antijuricidad o que se atuvieran al procedimiento analógico. Materialmente, por el destino del error evitable de prohibición, de que la pena del dolo en toda su extensión requiere la conciencia actual de la antijuricidad y que en el error inevitable hay que absolver, ha existido siempre coincidencia.

Los autores que décadas atrás se ocuparon de estos problemas afirmaban que el dolo supone la conciencia de la antijuricidad, pero no solían pronunciarse formalmente sobre los efectos de error inexcusable o evitable de valoración. Esto ha podido motivar la suspicacia o el recelo de que el acto era entonces impune. Si además se tiene en cuenta que la sombra del 2 del C. c. nunca fue alejada del todo —por falta de fundamentación suficiente y precisa— del ámbito de estos problemas, no es extraño que la jurisprudencia durante largos años continuase proclamando que el llamado «error de derecho penal» carecía de virtualidad.

En la doctrina más moderna ha predominado el criterio de que el error inexcusable engendra un delito culposo. En el sentido de la teoría estricta del dolo, dice Rodríguez Devesa que la regla de que el error esencial vencible excluye el dolo, pero no la culpa, es aplicable lo mismo al error de tipo que al de prohibición.

Córdoba Roda manifiesta que el Derecho penal contiene una regulación peculiar, que no puede subsumirse ni en la teoría del dolo ni en la de la culpabilidad. En el art. 565 tienen entrada tanto la imprudencia de hecho como la de derecho... Si el sujeto tiene conocimiento actual de la antijuricidad, al concurrir la malicia, compuesta de la intención referida al resultado y la voluntad contraria a la norma, se inculpará la conducta por el respectivo tipo de delito... Por el contrario, si el sujeto no se ha representado la ilicitud de la conducta, habrá que distinguir dos supuestos, según que la situación de ignorancia se deba a la actitud imprudente del sujeto, en cuyo caso la conducta se regulará por el art. 565, o que esta actitud espiritual defectuosa no se pueda atribuir a esta voluntad imprudente, hipótesis en que resultará excluida la voluntariedad reclamada en el art. primero del C. p., con la consiguiente falta de culpabilidad. El error evitable de prohibición da lugar, por tanto, a una culpa de derecho, comprendida al igual que la culpa de hecho en el art. 565 del Código penal.

La teoría limitada del dolo tiene como representante a Jiménez de Asúa. Los casos de ceguera jurídica pertenecen al ámbito del dolo. En cuanto al error evitable de prohibición, en tanto que de *lege ferenda* no se establezca en el sistema la culpa de derecho, ha de ser sancionado como delito culposo, con preferencia a la atenuación especial de

la pena del delito doloso, si la figura del delito es susceptible de ejecución por culpa, procediendo en caso contrario la impunidad.

En las posiciones expuestas hay, pues, coincidencia en que el error evitable de prohibición se declare incluido en el art. 565 del Código penal.

Un camino diverso sigue Cerezo Mir, quien ha patrocinado en la literatura penal española la teoría estricta de la culpabilidad. El dolo es elemento del tipo de lo injusto. No forma parte de él la conciencia de la antijuricidad. El error inevitable de prohibición despliega en el sistema penal iguales efectos que le atribuye en Alemania la teoría finalista. Excluye la culpabilidad al no poder el autor, mediante el exigible esfuerzo de conciencia, actualizar el carácter injusto de su obrar. En el error evitable, la pena del delito doloso ha de atenuarse en virtud de lo dispuesto en el art. 66, paralelamente a lo que los finalistas declaraban en Alemania en atención al anterior párrafo 51, pues la materia del error de prohibición es analógica con la de la imputabilidad. El autor que carece de capacidad para comprender lo injusto de su comportamiento, o el que tiene esta capacidad disminuida, proporcionan una base valorativa coincidente con la de quien, en la situación concreta, no pudo comprender de ningún modo que efectuaba algo prohibido o no llegó a actualizarlo por error evitable. Analógicamente, han de ser aplicados al error de prohibición las reglas sobre la inimputabilidad del art. 8, 1.^a —enajenación completa— o de la imputabilidad disminuida, como eximente incompleta del art. 66 del Código penal.

La dogmática anterior a la reforma del título preliminar hacía posible, por tanto, un tratamiento de *error iuris* que facilitaba la actuación matizada de la práctica y eliminaba el temor inveterado de que su reconocimiento diera lugar a excesivas absoluciones. La tesis de Cerezo Mir, además de poseer sólido fundamento metódico, determinaba que en delitos amenazados, por ejemplo, con la pena de reclusión menor —como formas desvaloradas al nivel del homicidio— o de prisión menor —como el aborto—, el Tribunal pudiera imponer de mediar error evitable, en virtud del art. 66, sanciones que respectivamente se extendían desde prisión menor a prisión mayor, o en su caso, de multa en toda la extensión a arresto mayor. La suspicacia de los Tribunales sobre que la admisión del *error iuris* frustrase las finalidades del Derecho penal, haciéndole capitular frente al argumento de que el autor no pudo reconocer la injusticia de su obrar, carecía según dicha tesis de todo fundamento.

La reforma ha operado, como se ha dicho en pasajes anteriores, desde perspectivas jurídico privadas, sin conciencia de los problemas que engendra el *error iuris* en las distintas disciplinas jurídicas, acudiendo a argumentos banales, nunca profundos, reveladores del modo de legislar propio de la época. En tal sentido, puede decirse que el propósito de otorgar al *error iuris* un puesto independiente, pero sólo *intra legem*, de la ignorancia de la ley no dejará de engendrar en derecho penal —hay que suponer que también en otros sectores jurídicos—

«dificiles problemas interpretativos y de originar dificultades para el desenvolvimiento sucesivo del principio de culpabilidad.

III. El principio de legalidad de los efectos del error priva de viabilidad en el código a la teoría estricta de la culpabilidad. El dolo no forma parte, según este criterio, de la culpabilidad, sino del tipo de lo injusto. El dolo decide sobre la tipicidad del comportamiento, y ésta no puede ser revocada por mediar un error de prohibición. La destrucción del embrión causada dolosamente sin existir una causa de exclusión de la antijuricidad, proporciona los predicados tipicidad y antijuricidad de la conducta. El dolo es una realidad natural, no normativa, es decir, la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo —la destrucción del feto—, independiente de si se estimó la acción como prohibida o permitida. Y puesto que, al igual que en el ordenamiento alemán —antes de la reforma reciente—faltaban en el código preceptos relativos al error de prohibición, la teoría estricta de la culpabilidad practicó su reconstrucción dogmática mediante recurso a la analogía no prohibida *in bonam partem*. Cerezo Mir afirma expresamente que en el Código penal «falta toda la regulación del error de prohibición, siendo posible deducir analógicamente una regla de atenuación de la pena de lo dispuesto en el número 1 del art. 9 y en el art. 66 en relación con la eximente de enajenación», para lo que no habría obstáculo en el sistema, pese a lo dispuesto en el art. 2 del Código penal, en lo que se halla de acuerdo —la verdad es que sin fundamentación definitiva— la doctrina dominante.

La teoría estricta de la culpabilidad ha sido condenada inconscientemente por el nuevo art. 6, 1, del Código civil. Es paradójico que una reforma que posee sentido subjetivo ampliatorio de la eficacia del error, produzca el efecto de ocluir el despliegue variado de la investigación dogmática, desempeñando la función de aniquilar investigaciones dignas de consideración.

El problema es dogmáticamente más grave todavía. Olvidando la experiencia de que las teorías generales del delito —relación de causalidad, causas de justificación, concepto normativo de la culpabilidad, inexigibilidad, etc.— se han desplegado de forma relativamente libre frente al derecho escrito, como hace años indicaba Hippel, la nueva norma sobre el error crea obstáculos difícilmente superables al «nuevo sistema» de la teoría del delito, cuya declaración fundamental es la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, incompatible con la admisión de una culpa de Derecho en hipótesis de error evitable de prohibición. Es esta una fuente de perjuicios teóricos para la renovación de los estudios penales surgida de las aportaciones de los escritores alineados en el «nuevo sistema del derecho penal». De la misma forma, la nueva disposición sobre el error cierra el paso a la teoría limitada del dolo, pues la reconducción a éste del concepto de «ceguera jurídica» carece de base en el Código penal.

IV. De no quererse sostener que la conciencia de la antijuricidad ha sido eliminada por la reforma como presupuesto de la pena, lo expuesto obliga especialmente a investigar las posibilidades que el derecho escrito proporciona para determinar los efectos de esta clase de error. Descartadas las teorías de la culpabilidad y la limitada del dolo, pues en sus núcleos característicos se nutren de la analogía, el problema se centra, por exclusión, en la teoría estricta del dolo. En orden a esto, procede indicar que en el Código penal no es posible admitir, con Córdoba Roda, que al encontrarse referido el art. 565 a todas las conductas del Código penal, la remisión del error evitable de prohibición, como verdadera culpa jurídica, al art. 565, no engendra las lagunas que la utilización de la teoría estricta del dolo hace surgir en el sistema penal alemán. En el Código penal falta todo fundamento para que el error evitable de tipo y el de prohibición puedan ser objeto de distinto tratamiento. La culpa de hecho (*Tatfabrlässigkeit*) y la de derecho (*Rechtsfabrlässigkeit*) tienen en el sistema igual radio de acción, de forma que ni ésta puede entenderse como cláusula general, sobre la sanción de la culpa jurídica, ni aquélla como correlativa cláusula general sobre la punición del error evitable de tipo. La posición doctrinal mencionada, previa la matización de que el art. 565 se refiere homogéneamente al error evitable de tipo y de prohibición —no cabe por tanto que la sanción de éste se extienda a mayor número de delitos que la de aquél, ni a la inversa—, pone de manifiesto que coincide con la teoría estricta del dolo. La punición del evitable error de prohibición es procedente sólo, según esto, si de conformidad con un correcto proceso interpretativo, puede afirmarse que el Código penal no incrimina sólo la realización dolosa, sino también la culpa de hecho (*rectius*, la culpa de tipo) y, por *consiguiente*, la culpa de derecho (*rectius*, la culpa de prohibición). En la doctrina dominante, la noción *malicia* contenida en el art. 565, es identificada con el dolo, como voluntad valorada o antinormativa, comprensivo de la conciencia de la antijuricidad. Es este el punto de apoyo evidente que *dentro* del derecho positivo, es decir, *intra legem*, permite asignar relevancia al error de prohibición. Para caracterizar diáfananamente la situación del Código penal, cabría evocar la terminología sugerida hace años por Hippel, y distinguir junto a un dolo de derecho (*Rechtsvorsatz*), una culpa de derecho (*Rechtsfabrlässigkeit*) e incluso un caso fortuito de Derecho (*Rechtsznfall*), según que el autor se representase, pudiera representarse o no pudiera obtener conciencia de la antijuricidad.

La situación a que lleva la reforma del Código civil —procedencia de la teoría estricta del dolo como solución única que respeta el principio de legalidad de las consecuencias del error— cuenta desde Binding con el beneplácito de amplios sectores de la doctrina. Al margen de las contraposiciones de las teorías del dolo y de la culpabilidad —prefiguradas por el álgebra del tipo—, Baumann, Kaufmann y otros escritores ven en la teoría estricta del dolo un correctivo o contrapeso a la expansión incesante del derecho penal administrativo. El hecho de que esta concepción obligue a absolver si no está incriminada la ejecución culpo-

sa, no debe estimarse gravemente perjudicial, dada la hipertrofia del derecho penal de orden y su distanciamiento creciente de la ética social.

La transposición de estos argumentos al sistema penal español pecaría de precipitada. El problema del derecho penal administrativo se plantea en él de forma diversa que en Alemania, Italia, Bélgica o Suiza, donde la reducción del derecho penal ha tenido que ser practicada mediante leyes especiales (*deppenalizzazione*, *Entkriminalisierung*), en tanto que en España constituye el punto de partida en virtud de lo que dispone el art. 26, 3.º, del Código. El estudio detallado de estas cuestiones no puede ser proseguido aquí. Tiene que ser relegado a un estudio independiente, cuya conclusión primordial es que, mientras en el Derecho penal (criminal, o de justicia, y administrativo, o de orden) procede dogmáticamente la solución unitaria del problema del error de prohibición en el sentido de la teoría estricta del dolo, en el derecho administrativo represivo hay que adoptar, por el contrario, una posición próxima a las teorías de culpabilidad.

En el derecho administrativo (penal), por seguir utilizando la terminología propuesta por Antón Oneca, la participación en las ventajas de un sector, exige que los interesados actualicen escrupulosamente los mandatos y prohibiciones correspondientes. En el derecho administrativo de tráfico, por ejemplo, no tiene sentido declarar impune, en general, la realización de la materia de prohibición siempre que medie error evitable de valoración por parte del sujeto. Igual sucede respecto a las infracciones urbanísticas, disciplina de mercado, etc. Inexistente en el derecho administrativo una cláusula como la del art. 565 del Código, la teoría estricta del dolo olvidaría las necesidades prácticas existentes en el sector. En él, un punto de vista que se aproxima a las teorías de la culpabilidad —el problema del error sobre los presupuestos reales de las causas de justificación no puede abordarse aquí— garantiza que el sujeto no será alcanzado por la sanción en hipótesis de error inevitable, y, al mismo tiempo, que el error evitable da lugar solamente a la atenuación de responsabilidad.

El destino unitario del error de tipo y de prohibición en el propio Derecho penal hace que resulten oscurecidas las distinciones, relevantes para las teorías de la culpabilidad, entre error directo, o sobre la norma general prohibitiva, e indirecto de prohibición. Dentro de éste la teoría estricta de la culpabilidad no sólo sitúa el que versa sobre la existencia o el alcance de las causas de justificación, sino el que recae sobre sus elementos reales constitutivos, estimado por la teoría limitada como error de tipo. La reforma del título preliminar, art. 6, 1, del C. c. obliga hoy a conceder, prescindiendo de matices que guardan relación con la doctrina de los elementos negativos del tipo, que todas las hipótesis son subsumibles en el art. 565 del Código penal.

En sentido político criminal, la reforma se presta a graves objeciones. En tanto que las hipótesis graves de *error iuris* pueden incluirse en el art. 565, párrafo primero (culpa grave de Derecho), las menos

graves han de ser tratadas como falta, pues la imprudencia simple antirreglamentaria equivale a la culpa de hecho, ya que los reglamentos se infringen mediante acciones. Estos supuestos han de incluirse en los arts. 586, 3.º y 600. Los tipos de estas disposiciones circunscriben ataques culposos a las personas —vida e integridad personal— y al patrimonio —daños— siendo impune, en principio, la lesión imprudente de cualquier otro bien protegido en el libro III del Código. Esto conduce a que la culpa leve de derecho sea normalmente impune, salvo en los tipos de las faltas mencionados. En general, según esto, la punibilidad del error de prohibición depende de dos requisitos. En primer término, de que mediante interpretación se establezca que el delito es susceptible de ejecución culposa, y además de esto, de que el error sea gravemente reprochable. Ante esta consecuencia cabría esgrimir argumentos contrapuestos, que sólo pueden indicarse aquí. La reducción de las reacciones jurídico penales tiene en su favor que la pena privativa de libertad no debe depender, en lo posible, de una mínima reprochabilidad personal de la acción. Mas contra dicha solución habla el pensamiento de que con ello queda debilitada la esperanza de una actitud jurídica más escrupulosa y atenta a las exigencias que plantea la vida comunitaria.

En lo relativo a la necesidad de que el delito permita la comisión culposa para que la culpa de derecho pueda incriminarse, no puede pasar desapercibida su tensión con la culpa de hecho. En tanto que es preciso reducir los delitos que admiten tal forma de ejecución —la jurisprudencia ha llegado a sancionar una apropiación indebida por imprudencia— la culpa jurídica reclama una propagación no dependiente del tipo delictivo, es decir, un módulo general de responsabilidad informado por el principio de culpabilidad. En relación con esto, la reforma del Código civil no deja de prestarse a repercusiones peligrosas en el derecho penal. La regulación unitaria del error de tipo y de prohibición en el art. 565 da lugar a una tensión característica. La imprudencia de hecho, de conformidad con la tradición histórica, ha de ser incriminada en un grupo limitado de delitos; la de derecho suscita el problema del destino general del error evitable de prohibición en el ordenamiento. La primera ha de ser objeto de utilización restrictiva, mientras que la segunda, conforme a su naturaleza, propende a una propagación general. Tales tensiones pueden contribuir en mayor medida a deteriorar en la práctica el problema de la culpa, en el que cualquier observador puede verificar que el 565 ha dejado de ser un tipo de garantía, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*, para convertirse en una cláusula general cuyos presupuestos adolecen de alto grado de indeterminación, y en el que la decisión sobre la presencia de la temeridad o de la simple imprudencia antirreglamentaria constituye, con frecuencia, más que un problema valorativo, una cuestión de azar.

V.—Desde el plano sistemático, que la conciencia de la antijuricidad y el error de prohibición respondan a la teoría estricta del dolo, proporciona un argumento más en favor del sistema clásico del Derecho penal. Es digna de recordarse la célebre afirmación de Schroder de que la teoría del error debe de reproducir como en un espejo la relación entre las doctrinas del tipo y de la antijuricidad. La distinción entre error de tipo y de prohibición es, lógicamente, paralela a la que se practique entre estos elementos del delito.

Sobre dicha relación sólo cabe recordar lo imprescindible aquí. Si se prescinde de puntos de vista menos difundidos, la dogmática presenta dos concepciones fundamentales. El tipo y la antijuricidad constituyen, para numerosos escritores, una realidad unitaria. El tipo es un tipo general de lo injusto (*Gesamtstatbestand*). El delito, más que acción típica y antijurídica, es acción típicamente antijurídica. La distinción entre tipo y antijuricidad —se dice— no corresponde a diferencias de fondo, sino que posee solamente carácter técnico. Es indiferente, en realidad, que el sujeto no haya realizado el contenido del tipo o que lo haya cumplido concurriendo una causa de justificación.

Para la concepción opuesta, patrocinada en la literatura moderna por los autores finalistas, tipo y antijuricidad son elementos no coincidentes. El tipo delimita valorativamente los objetos relevantes para el Derecho penal. La realización del tipo no es exiológicamente neutra, sino que engendra un juicio desvalorativo autónomo, que pervive aunque concurra una causa de justificación. Jurídicamente, no es idéntico no matar que matar mediando una causa de justificación. La ejecución del tipo comporta un desvalor específico: tipicidad y antijuricidad son predicados negativos diversos de la acción. El tipo proporciona la imagen (*Leitbildstatbestand*) de la antijuricidad, pero no es la antijuricidad misma.

Las repercusiones de ambos criterios tienen lugar en la esfera del error. La indistinción entre tipicidad y antijuricidad impide, obviamente, asignar efectos divergentes al error sobre cada una de ellas. En realidad, un error sobre el «tipo general de lo injusto» recae sobre materia unitaria, produciendo lógicamente consecuencias unitarias. El error evitable, sea de tipo o de prohibición, conduce a regular la acción por las disposiciones de los delitos culposos. La teoría del tipo se refleja directamente en la doctrina del error.

La situación es, lógicamente, paralela en el seno del finalismo. La separación entre tipo y antijuricidad permite ulteriormente un tratamiento autónomo del error de tipo y de prohibición. El error evitable de tipo da lugar a responsabilidad por imprudencia. El de prohibición no puede influir retroactivamente, por el contrario, sobre la previamente definida tipicidad de la acción. Esta se decide preclusiva e inderogablemente en su propio ámbito mediante sus elementos constituyentes —desvalor del resultado como menoscabo del bien jurídico; desvalor de acción como voluntad típica en los delitos dolosos—, sin que el contenido de culpabilidad pueda cumplir *ex post* ninguna fun-

ción derogatoria. La declaración «delito doloso» no resulta alterada por existir un error de prohibición inevitable: el *dolo típico* es incompatible con la *culpa jurídica*. La teoría del error está también así mediatizada por la doctrina de lo injusto.

La declaración del Schroder es reversible. No sólo la teoría del error ha de reproducir como en un espejo la doctrina del tipo, sino que ésta no puede ser elaborada dogmáticamente prescindiendo del destino del error. Entre ambas existe una articulación conceptual recíproca. En principio no cabría renunciar a la coherencia entre los elementos del sistema (aunque esto no supone que tenga que emprenderse a todo trance la salvación del sistema, tanto del viejo como del nuevo sistema, como pretendía hace algunos años la dogmática), de forma que si entre las concepciones del tipo y del error se aprecian discordancias, ha de entenderse éste como síntoma de que la solución adoptada precisa una revisión o, al menos, una justificación especial.

En la doctrina española la concepción finalista ha sido desenvuelta por Cerezo Mir, antes de la reforma del Código civil, con absoluta coherencia. El dolo del hecho se estimaba, por motivos dogmáticos, elementos integrantes del tipo; el error evitable de tipo daba lugar a responsabilidad por culpa. El de prohibición se enjuiciaba como delito doloso atenuado, con arreglo al artículo 66. Pero esta tesis está ahora en contradicción con el artículo 6, 1, del Código civil, que proscribe el recurso a la analogía.

La reforma lleva más lejos aún. Puesto que obliga a adoptar la teoría estricta del dolo, origina dificultades adicionales a la recepción del sistema finalista. No es posible afirmar, simultáneamente, que el dolo es el elemento subjetivo más característico del tipo y que el error evitable ha de subsumirse en el artículo 565 como culpa de derecho. El precio de esa doble declaración no podría ser más alto: la admisión de una culpa jurídica implica que el dolo comporta la conciencia de la antijuricidad —con lo que todo finalismo se volatiliza—: por otro lado, como Roxin ha puesto ocasionalmente de manifiesto, la inclusión del dolo en el tipo hace preceptivo pronunciarse en favor de las teorías de la culpabilidad.

VI.—La situación expuesta aporta un argumento considerable en favor del sistema penal neoclásico, susceptible de perfeccionamiento mediante las numerosas aportaciones de la teoría finalista. En sentido técnico, el tipo ha de ser concebido, sin embargo, de forma primordialmente causal. Ni el dolo es en el Código penal elemento suyo permanente o indispensable, ni el error de prohibición puede dejar de subsumirse en el artículo 565.

La investigación de la situación surgida de la reforma del Código civil ha de ser proseguida para verificar la función del error de prohibición en los delitos imprudentes, en los que el conocimiento potencial del injusto es elemento imprescindible. Constituiría una grave perversión valorativa que la aceptada producción del resultado llevase consigo la absolución si el sujeto no pudo representarse lo prohibi-

do de su obrar, y que con idéntica incomprensión normativa fuera alcanzado por la pena criminal si el resultado sobrevino por imprudencia. El error de prohibición debe desplegar su eficacia en toda clase de delitos.

Esto demuestra que la conciencia de la antijuricidad no es un problema exclusivo de los delitos dolosos, sino la cuestión esencial de la culpabilidad jurídico penal, con significado mayor del que, en principio, sugieren las denominadas «teorías del dolo». En relación con ello, no cabe desconocer que, como advertía Armin Kaufmann, en el delito culposo se encuentra, sencillamente, el dominio del error de prohibición.

