

UNIVERSITAT POMPEU FABRA

LA DELIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA
ANTI JURICIDAD

Una aportación al estudio del error de prohibición

David Felip i Sabonit

1997

Tesis Doctoral
Departamento de Derecho
Universitat Pompeu Fabra



LA DELIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD

Una aportación al estudio del error de prohibición

David Felip i Saborit

Director:

Prof. Dr. Jesús M^a Silva Sánchez

Catedrático de Derecho Penal

1997

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN	9

CAPÍTULO I

EL RECONOCIMIENTO DE LA RELEVANCIA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

A. <i>El proceso de positivización del tratamiento del error de prohibición en Alemania</i>	15
1. Doctrina y jurisprudencia alemanas hasta la sentencia del BGH de 18.3.1952.....	15
a) Presupuestos	15
b) La teoría del dolo	17
c) La posición jurisprudencial: error iuris (criminalis) nocet.....	20
d) Nuevas orientaciones en la teoría del dolo.....	24
2. Los cambios de la postguerra	30
a) WELZEL y la teoría de la culpabilidad.	30
b) La jurisprudencia del nuevo Tribunal Supremo Federal alemán	36
3. La situación tras la nueva parte general de 1975.....	40
a) La polémica en torno a la constitucionalidad del § 17 StGB y las nuevas teorías del dolo.....	40
b) La situación doctrinal actual	46
B. <i>El proceso de reconocimiento del error de prohibición en Italia</i>	51
1. Introducción.....	51
2. El estado de la cuestión en Italia hasta la intervención de la <i>Corte Costituzionale</i>	53
a) Presupuestos legales y jurisprudenciales.....	53
b) Intentos de morigerar el rigor del art. 5 CP it.	58
3. La relevancia de la ignorancia inevitable de la ley penal como exigencia del principio de culpabilidad: la SCCos 384/1988	62
a) Contenido de la resolución	62
b) Observaciones a la sentencia.....	69
4. Las consecuencias del cambio	73
a) La evolución de la jurisprudencia.....	73
b) Incidencia doctrinal.....	76
c) Balance.....	78
C) <i>El proceso de positivización del tratamiento del error de prohibición en España</i>	79
1. Antecedentes históricos	80
2. La reforma de 1983	86
3. El Código penal de 1995.....	92
4. Valoración del proceso de asentamiento legal del error de prohibición en España.....	97



CAPÍTULO II
EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD

<i>A. Introducción</i>	108
1. Terminología.....	109
2. Contexto legal de la conciencia de lo injusto: el modelo alemán.....	111
3. Contexto legal del conocimiento de la antijuricidad: el modelo español	117
a) El conocimiento de la antijuricidad en el ACP	117
b) El conocimiento de la antijuricidad en el CP vigente.....	120
<i>B. Objeto y contenido del conocimiento de la antijuricidad</i>	121
1. Introducción.....	121
2. El concepto de objeto de conocimiento de la antijuricidad.....	123
a) Contrariedad a los principios ético-morales y lesividad social	123
b) Infracción del ordenamiento valorativo material del Derecho	124
c) Conocimiento de la sancionabilidad o del carácter penal de la prohibición	130
3. Conocimiento de lo injusto específico del hecho	135
4. Valoración.....	138
<i>C. El conocimiento eventual de la antijuricidad</i>	146
1. Delimitación entre conocimiento de la antijuricidad y error: el conocimiento eventual de la antijuricidad	146
a) Introducción.....	146
b) Concepto de conocimiento eventual de la antijuricidad	148
2. El tratamiento del conocimiento eventual de la antijuricidad: las dudas irresolubles	154
a) Planteamiento del problema	154
b) Posturas mayoritarias	157
c) Tratamiento en el seno de la regulación del error de prohibición	159
d) La cuestión de las dudas irresolubles en España	165
3. Valoración	167
a) Conocimiento eventual	167
b) Dudas irresolubles	170
<i>D. Formas del conocimiento de la antijuricidad</i>	176
1. La actualidad del conocimiento de la antijuricidad	176
2. Conocimiento actual, potencial y eventual: delimitación	180

CAPÍTULO III
EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

<i>A. Introducción</i>	187
<i>B. Presupuestos sistemáticos</i>	195
1. Clases de error. Error de prohibición y error de Derecho	195
2. Teoría del dolo	197
3. Teoría de la culpabilidad.....	199
4. Consecuencias de las diversas tomas de posición.....	200

C. <i>El conocimiento de la antijuricidad</i>	205
1. Objeto del conocimiento de la antijuricidad.....	207
2. Conocimiento de lo injusto específico del hecho.....	214
3. Conciencia eventual de lo injusto.....	216
4. Formas de conocimiento.....	222
D. <i>La constatación de la falta de conocimiento de la antijuricidad</i>	224
1. Introducción: conocimiento de la antijuricidad y presunción de inocencia.....	224
2. Elementos de determinación de la falta de conciencia de la antijuricidad.....	228
3. Criterio de la ilicitud notoria.....	236
4. Otros criterios.....	239
5. Valoración.....	241

CAPÍTULO IV

ORDENAMIENTO PRACTICADO Y CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD: LA RESPONSABILIDAD PENAL POR LAS MUERTES EN LA FRONTERA INTERALEMANA

A. <i>Introducción</i>	244
B. <i>La antijuricidad de la acción de disparar sobre los fugitivos</i>	248
1. Régimen fronterizo legal y real.....	249
2. Tratamiento jurisprudencial de la actuación de los <i>Mauerschützen</i>	252
3. Posiciones doctrinales.....	254
a) Concepción fáctica del Derecho de la RDA.....	254
b) Concepción formal del Derecho de la RDA.....	255
c) Soluciones trascendentes al ordenamiento de la RDA: la fórmula de RADBRUCH.....	263
4. La intervención del Tribunal Constitucional Federal.....	271
a) Contenido de la decisión del BVerfG.....	272
b) Observaciones a la sentencia del BVerfG.....	275
C. <i>Conocimiento de la antijuricidad</i>	280
1. Introducción.....	280
2. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal.....	282
a) El actuar en cumplimiento de una orden.....	282
b) El error de prohibición.....	285
c) La opinión doctrinal.....	287
3. El conocimiento de la antijuricidad en el caso <i>Mauerschützen</i>	290
a) Cumplimiento de una orden.....	290
b) Clase de error de prohibición.....	292
c) Concepto de conciencia de lo injusto.....	294
d) Evitabilidad del error: motivos.....	296
e) Evitabilidad del error: fuentes de información fiables.....	303
f) Error de prohibición y aplicación retroactiva del Derecho penal.....	304

CONCLUSIONES	306
<i>A. Conclusiones</i>	306
1. Capítulo I.....	306
2. Capítulo II.....	307
3. Capítulo III	310
4. Capítulo IV	311
<i>B. Epílogo. Una propuesta de interpretación del art. 14 CP: la ausencia de error.</i>	312
BIBLIOGRAFÍA	319
JURISPRUDENCIA	332

ABREVIATURAS

§	parágrafo
A	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
AA. VV.	autores varios
ACP	Anterior Código Penal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AE	Alternativ-Entwurf (Proyecto alternativo)
AP	Audiencia Provincial
ap (s).	apartado (s)
APen	Actualidad Penal
art(s).	artículo (s)
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
ATS	Auto del Tribunal Supremo
Aufl.	Auflage (edición)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en materia penal)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán)
cap.	capítulo
CCos	Corte Costituzionale italiana
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española
cfr.	confrontar
cit (s).	citado (s)
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPM	Código Penal Militar
DP	Derecho Penal
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 (proyecto de Código penal alemán de 1962)
ed.	edición, editor, editado, editorial.
EPC	Estudios penales y criminológicos.
<i>et alt.</i>	<i>et alteri</i> (y otros)
FG	Festgabe
FJ	Fundamento jurídico
FS	Festschrift
Foro it.	Il Foro Italiano
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)
GrenG-DDR	DDR Grenzgesetz (Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana)
GS	Gedächtnisschrift
HFR	Humboldt Forum Recht (http://www.rewi.hu-berlin.de/HFR/)
Hrsg.	Herausgeber (editor); herausgegeben (editado)
<i>ibidem</i>	en el mismo lugar

Ind. pen.	L'Indice Penale
<i>infra</i>	abajo
it.	italiano
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
L	Ley
La Ley	Revista Jurídica Española La Ley
Lec.	Lección
LECri	Ley de Enjuicimiento Criminal
LH	Libro-Homenaje
LK	Leipziger Kommentar
LO	Ley Orgánica
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
n.	nota
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
Nm.	Número marginal
nº	número
Nss. D. I.	Novissimo Digesto Italiano
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandsgericht (Tribunal Superior de cada Estado federal alemán)
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (obra citada)
OWiG	Gesetz für Ordnungswidrigkeiten (Ley alemana sobre contravenciones)
p (p).	página (s)
párr.	párrafo
<i>passim</i>	en toda la obra
PANCP	Propuesta de Anteproyecto de un Nuevo Código Penal
PCP	Proyecto de Código Penal
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial
REP	Revista de Estudios Penitenciarios
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo Imperial alemán)
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RJCat	Revista Jurídica de Catalunya
RStGB	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (Código penal del Imperio alemán de 1871)
S (S).	Sentencia (s)
s (s).	siguiente (s)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCCos	Sentencia de la Corte Costituzionale italiana
SK	Systematischer Kommentar
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal de la República Federal de Alemania)
StGB-DDR	Strafgesetzbuch der DDR (Código penal de la República Democrática Alemana)

STS	Sentencia del Tribunal Supremo – Sala 2 ^a –
<i>supra</i>	arriba
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
tít.	título
trad.	traducción, traductor
TS	Tribunal Supremo
<i>vid.</i>	<i>vide</i> (véase)
vol.	volumen
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

Everybody is presumed to know the law except His Majesty's judges, who have a Court of Appeal set over them to put them right.

Judge Maule¹

1. Afortunadamente en Derecho español el rechazo hacia el error sobre la significación antijurídica del hecho que motivó estas palabras del juez inglés Maule ha sido abandonado por la doctrina científica primero, por la jurisprudencia posteriormente y, finalmente a partir de 1983, por el legislador². Desde ese momento quedó claramente establecido que uno de los requisitos de la responsabilidad penal plena es el conocimiento de que la conducta realizada es contraria a Derecho. Se trata sin duda de un paso muy importante en el proceso de subjetivización de la responsabilidad penal al acentuarse la vinculación de la existencia y la medida de dicha responsabilidad a las capacidades individuales concretas de cada ciudadano. Ello supone también un avance garantista en la protección del ciudadano frente al Estado, que intenta muy a menudo que los costes de la confusión normativa creada por él mismo corran a cargo de sus *súbditos*; éstos, sin posibilidades reales de evitar el castigo, quedan atrapados bajo la hipertrofia legislativa. Sin embargo la otra cara de la moneda la constituye el riesgo de beneficiar con esa medida, al menos en parte, al irresponsable o, mucho peor, al desconsiderado que se despreocupa de las reglas de convivencia.

¹ Citado por Glanville WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part*, 2ª ed., 1979, p. 290.

² No obstante, los errores de los ciudadanos siguen estando acompañados por los errores de los jueces. Cfr. STS 26 diciembre 1996 (Bacigalupo Zapater): la mejor prueba de que no podía ser resuelta por cualquier persona de cultura media una cuestión jurídica que se encontraba en la base de un posible error de prohibición era que la propia Audiencia que había rechazado la alegación de la defensa había incurrido también en un importante error al interpretar la normativa aplicable.

Así las cosas, una vez expresada en el Derecho positivo la relevancia del error de prohibición, el primer problema práctico que se presenta, y que determinará el auténtico alcance de dicho error, es la determinación del concepto de conocimiento o conciencia de la antijuricidad del hecho. En efecto, con independencia del tratamiento que legal y doctrinalmente se otorgue al error de prohibición, a quien actúa con conocimiento de la antijuricidad del hecho debe serle imputado plenamente su realización. Es más, en principio, según la regulación española, tal elemento no sólo posibilita la imputación personal o culpabilidad plena sino que es *condición necesaria* de la misma. Por otra parte, tanto la propia noción de error (ausencia de conocimiento) como la vencibilidad del mismo (posibilidad de conocimiento) suelen construirse tomando como punto de referencia el concepto de conciencia de la antijuricidad que se adopte³. Asimismo, mientras que el error de prohibición es una situación absolutamente excepcional, la mayoría de personas que cometen un delito lo hacen con suficiente conocimiento de la antijuricidad del hecho como para ser completamente responsables penales del mismo.

2. Si para establecer qué debe saber un sujeto con el fin de descartar la existencia de un error de prohibición acudimos a la manualística española, resulta sorprendente descubrir que, a diferencia de otros elementos subjetivos del delito, como por ejemplo el dolo, la cuestión del contenido y formas del conocimiento de la antijuricidad apenas ha merecido atención. Un fenómeno muy parecido se observa también en relación con otro de los problemas fundamentales en esta materia, la evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición. Casi todo el espacio e interés están copados por el problema de la naturaleza jurídica del error de prohibición, concretamente por las discusiones entre los que consideran que éste excluye el dolo y quienes entienden que constituye una causa autónoma de exclusión o atenuación de la culpabilidad, así como por los intentos de demostrar que la postura adoptada encuentra

³ Ello puede comprobarse también claramente en la manualística alemana. A pesar de que la conciencia de lo injusto no es, siquiera, condición necesaria de la culpabilidad plena, los análisis empiezan por determinar el concepto de la conciencia de lo injusto y, a partir del mismo, se construye el resto de sistema. *Vid.*, por todos, ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 12 y ss.

reflejo en la regulación legal. No en vano el error de prohibición, más allá de su importancia intrínseca, ha sido el banco de pruebas predilecto en el análisis de las construcciones de la teoría general del delito, de tal manera que la plasmación legislativa de dicho error ha sido considerada determinante para establecer la compatibilidad de las diferentes concepciones del delito con el ordenamiento jurídico de cada país. Por todo ello, no es de extrañar que, desde los albores de la moderna reforma penal española, las reflexiones en torno al error de prohibición y la legislación que lo regula hayan sido monopolizadas por las discusiones sobre su ubicación sistemática. Como consecuencia de todo ello, habitualmente han quedado en un segundo plano los aspectos internos de esta materia, como son la delimitación entre conocimiento de la antijuricidad y error o los parámetros para establecer la vencibilidad del mismo. Lógicamente, el estudio de la incidencia de la configuración legal en la construcción de dichos conceptos ha corrido también una suerte pareja.

3. El objeto de este trabajo es, por tanto, analizar cuáles son los contornos del conocimiento de la antijuricidad, tanto para distinguirlo conceptualmente de las situaciones de error, como para utilizarlo como punto de referencia en el establecimiento de la vencibilidad del mismo. Para ello, se partirá de la base de que las divergencias existentes en la configuración de la conciencia del injusto y del error de prohibición no se encuentran únicamente en su ubicación sistemática y su relación con el dolo, sino también en la mayor o menor normativización de dichos conceptos. En efecto, lo que resulta determinante es establecer hasta qué punto el estado psicológico fáctico del autor en el momento de la comisión del hecho actúa como fundamento material básico, tanto de la atribución de la responsabilidad, como de su medida. Con ello no me estoy refiriendo únicamente a la posibilidad de introducción de algunos límites normativos a la imputación subjetiva, sino también a la posibilidad de fundarla o medirla sin necesidad de apelar exclusivamente a su base psicológica tradicional. Precisamente uno de los campos donde ello se hace patente de modo especial es en la relación entre el dato empírico del conocimiento de la antijuricidad y el grado de responsabilidad, esto es, en si toda ponderación está encadenada al efectivo conocimiento de la antijuricidad como presupuesto

psicológico único e irrenunciable de la responsabilidad plena del sujeto, o si pueden darse otras situaciones valorativamente equiparables. En otras palabras, si existen situaciones en las que falta, psicológicamente hablando, conciencia de la antijuricidad, sin que ello incida de forma relevante en la punición de la conducta. El problema suele hallar su expresión legal en la decisión de atenuar obligatoria o facultativamente el error de prohibición, pero también en la propia configuración de los límites de lo que se defina como conocimiento de la antijuricidad en su calidad de presupuesto de la imputación personal plena.

4. Como ya se ha señalado, sólo tiene sentido plantearse los límites del concepto de conocimiento de la antijuricidad si se reconoce algún efecto sobre la responsabilidad penal al error de prohibición. Por tanto, este trabajo se inicia con un estudio del proceso de reconocimiento de la relevancia del error de prohibición en los ordenamientos jurídicos más próximos al nuestro, recorrido que servirá también para fijar el problema y subrayar las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico que condicionan las distintas aportaciones doctrinales. Se comienza con Alemania, no sólo por su claro liderazgo en la ciencia jurídico-penal, sino porque ha exportado casi íntegramente a nuestro país el debate habido entre las diferentes formas de otorgar trascendencia punitiva al error de prohibición. Asimismo, el adelanto tanto jurisprudencial como legal (el reconocimiento del error de prohibición como tal por parte del Tribunal Supremo Federal alemán se remonta a 1952 y su ratificación legislativa a 1975) de la RFA ofrece una mejor perspectiva cronológica de los problemas que van surgiendo en la delimitación entre conciencia de la antijuricidad y el error. A continuación se efectúa un análisis de la situación en Italia, que se centra básicamente en esta última década, dado que, hasta que en 1988 la *Corte Costituzionale* diera un espectacular vuelco a la situación, en Derecho penal italiano la ignorancia de la ilicitud del hecho era, por imperativo legal, absolutamente irrelevante. A pesar de la poca influencia de la doctrina italiana sobre esta materia, tras la mencionada sentencia, los puntos en común con la situación española han aumentado considerablemente, lo que justifica una cierta atención a sus aportaciones. Tras el análisis de estos dos modelos, se procede a la descripción y valoración del proceso de positivización del tratamiento del

error de prohibición en España, fecundo en su vertiente sistemática, pero bastante pobre en la concreción de los elementos que determinan la imputación personal plena o disminuida en relación al conocimiento del Derecho.

5. El capítulo segundo de la obra se destina al análisis de la delimitación entre la conciencia de lo injusto y el error efectuada por la dogmática, principalmente alemana. Se contrasta si, pese a las divergencias en el tratamiento del error de prohibición vencible entre los Códigos respectivos, las legislaciones y la doctrina de ambos países utilizan un concepto de conocimiento de la antijuricidad lo suficientemente próximo en cuanto a su estructura como para permitir la utilización de los conceptos dogmáticos alemanes en Derecho español. Tras ello, se aborda el estudio del concepto de conocimiento de la antijuricidad en las tres vertientes principales que lo configuran. En primer lugar, la cuestión del objeto o punto de referencia de dicho conocimiento. En segundo lugar, el grado de certeza necesario para afirmar que existe conocimiento (el denominado *conocimiento eventual de la antijuricidad*), con especial referencia al tratamiento de las situaciones en las que el sujeto duda acerca de la antijuricidad de su comportamiento. En tercer lugar, el tema de la forma de la conciencia de la antijuricidad, cuestión de menor trascendencia práctica pero que, al estar vinculado a la actualidad del conocimiento de la antijuricidad, merece alguna atención por las especiales repercusiones que en España se han otorgado al mismo.

6. Una vez pertrechados con un cierto arsenal teórico, se procede al estudio de la cuestión en la práctica. En el capítulo tercero se analiza el concepto de conocimiento de la antijuricidad que se utiliza en la jurisprudencia del TS, siguiendo el mismo procedimiento establecido en el capítulo anterior. Puesto que los tribunales españoles llevan casi quince años aplicando el art. 6 bis a) III ACP y 14 III CP sin poder esperar a que la doctrina española concrete algo más su contenido, es sumamente interesante observar cómo han hecho frente a sus necesidades dogmáticas. Al respecto, resulta revelador ver como los jueces trasladan la mayoría de los problemas sustantivos de la conciencia de la antijuricidad a la vertiente procesal de la cuestión. Finalmente, también desde la perspectiva práctica, se estudiará un caso que permite contrastar la tensión entre los aspectos psicológicos y

normativos en materia de conciencia de la antijuricidad y error, y que se cuenta entre las que más polémica han despertado en los últimos años en la RFA. Se trata del caso *Mauerschützen*, en el que los numerosos guardias de fronteras de la RDA que abrieron fuego sobre las personas que intentaban huir a Occidente han sido, tras la reunificación, condenados por homicidio en error de prohibición vencible. En ese mismo capítulo se efectúa un pequeño excursus en torno a la antijuricidad de dichas conductas, por cuanto esta cuestión ha despertado un apasionado debate sobre el concepto de Derecho y sobre la limitación de los principios garantísticos formales, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional alemán ha aceptado una excepción al principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables.

7. El trabajo se cierra con las conclusiones y con una propuesta de interpretación del nuevo art. 14.3 CP que permite expresar abiertamente –y, por tanto, controlar– la porosidad de la divisoria entre el conocimiento de la antijuricidad y el error.

CAPÍTULO I

EL RECONOCIMIENTO DE LA RELEVANCIA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

A. El proceso de positivización del tratamiento del error de prohibición en Alemania. 1. Doctrina y jurisprudencia alemanas hasta la sentencia del BGH de 18.3.1952. a) Presupuestos. b) La teoría del dolo. c) La posición jurisprudencial: error iuris (criminalis) nocet. d) Nuevas orientaciones en la teoría del dolo. 2. Los cambios de la postguerra. a) WELZEL y la teoría de la culpabilidad. b) La jurisprudencia del nuevo Tribunal Supremo Federal alemán. 3. La situación tras la nueva parte general de 1975. a) El error de prohibición en la gestación y nacimiento del nuevo Código. b) La polémica entorno a la constitucionalidad del § 17 StGB. **B. El proceso de reconocimiento del error de prohibición en Italia.** 1. Introducción. 2. El estado de la cuestión en Italia hasta la intervención de la *Corte Costituzionale*. a) Presupuestos legales y jurisprudenciales. b) Intentos de morigerar el rigor del art. 5 CP it. . 3. La relevancia de la ignorancia inevitable de la ley penal como exigencia del . principio de culpabilidad: la SCCos 384/1988. a) Contenido de la resolución. b) Observaciones a la sentencia. 4. Las consecuencias del cambio. a) La evolución de la jurisprudencia. b) Incidencia doctrinal. c) Balance. **C) El proceso de positivización del tratamiento del error de prohibición en España.** 1. Antecedentes históricos. 2. La reforma de 1983. 3. El Código penal de 1995. 4. Valoración del proceso de asentamiento legal del error de prohibición en España.

A. El proceso de positivización del tratamiento del error de prohibición en Alemania

1. Doctrina y jurisprudencia alemanas hasta la sentencia del BGH de 18.3.1952⁴

a) Presupuestos

1. Para comprender la evolución del tratamiento del error de prohibición en Derecho penal alemán durante el primer tercio de este siglo, deben tenerse muy en cuenta las premisas sistemáticas que determinan la discusión. A grandes rasgos, la concepción dominante en la ciencia penal y

⁴ Para lo que sigue en este epígrafe, *vid.* FRISCH en ESER-GIMBERNAT-PERRON (eds.): *Justificación y exculpación*, pp. 158 y ss. También COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error*, pp. 127-155.

en la jurisprudencia alemanas de la época respondían a una estructura neoclásica del delito. Ésta se caracterizaba por una noción objetiva del injusto y por el confinamiento de todos los elementos del delito de naturaleza subjetiva en la culpabilidad, lugar sistemático donde se constataban y valoraban dichos aspectos. El elemento central de la culpabilidad era el dolo, entendido como el conjunto de relaciones psíquicas entre el autor y el hecho antijurídico que permitían reprochar al sujeto la conducta realizada⁵. Consecuencia de esta sistemática era que cualquier defecto cognitivo referido a algún elemento del injusto que pudiese resultar relevante para la responsabilidad penal debía eliminar el dolo. En caso de que se considerara que el sujeto había actuado sin dolo a causa de un error no disculpable, quedaba únicamente la posibilidad de castigar por imprudencia.

En definitiva, estas premisas conducían a una homogeneización de todos los problemas. La doctrina del error no era sino la teoría del dolo planteada negativamente⁶, en la que el problema fundamental se reducía a establecer qué clase de errores excluían la culpabilidad dolosa y cuáles no surtían tal efecto, siendo, por tanto, irrelevantes⁷. En nuestro caso, se trataba pues de determinar si el desconocimiento de la significación antijurídica del hecho se incardinaba en una u otra clase de error.

2. Asimismo, resultaban de gran importancia para la discusión los parámetros legales vigentes en ese momento. Básicamente, la problemática del error estaba determinada por el antiguo § 59.1 RStGB, que era bastante parecido a los actuales preceptos legales sobre el error de tipo y que rezaba así: "Si alguien, en la comisión de un acción punible, no conoce la existencia de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que elevan la punibilidad, no le serán imputadas estas circunstancias"⁸. Puesto en relación

⁵ Cfr., por ejemplo, MEZGER, *Tratado II*, pp. 1-5, 91-97 y 133-151.

⁶ MEZGER, *Tratado II*, p. 95.

⁷ FRISCH en ESER- GIMBERNAT-PERRON (eds.): *Justificación y exculpación*, p. 159.

⁸ § 59.1 StGB (aF): *Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzliche Tatbestände gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.* Se ha seguido aquí básicamente la traducción de RODRÍGUEZ MUÑOZ en MEZGER, *Tratado II*, p. 92.

con los presupuestos sistemáticos anteriores, este párrafo se entendió en el sentido de que tales circunstancias pertenecientes al supuesto de hecho constituían el *objeto de referencia* del dolo. Consiguientemente, el desconocimiento de las mismas excluía la culpabilidad dolosa. Hasta aquí el acuerdo era general. En cambio, como se verá, no era pacífica en absoluto la determinación de cuáles eran dichos elementos, si con ellos se agotaba todo el contenido del dolo y si era, por tanto, irrelevante cualquier error que tuviera otros objetos de referencia. Por otro lado, por lo que se refiere al tratamiento de estos errores que excluían el dolo, debe tenerse en cuenta que el RStGB preveía, de forma muy parecida a la actualidad, la incriminación particularizada de una docena escasa de delitos imprudentes⁹, de lo que se derivaba que la mayoría de conductas cometidos por error, incluso las fácilmente evitables, fueran atípicas. Este dato es sumamente importante: en Alemania, la punición excepcional de la imprudencia pesó siempre como una losa sobre el tratamiento del error acerca del carácter prohibido del hecho.

b) La teoría del dolo

1. La doctrina científica alemana mayoritaria de la época confería plena relevancia a lo que, posteriormente, se denominaría error de prohibición. A tal fin, ésta entendió que para poder reprochar como manifestación de la voluntad del sujeto la realización de un hecho antijurídico, era preciso que fueran conocidas *todas* las características del delito, entre ellas, la significación antijurídica de la acción, sin la cual no era posible una cabal comprensión por parte del sujeto del sentido de su actuación¹⁰. Por consiguiente, la conciencia del carácter injusto del hecho se integraba en pie de igualdad con el conocimiento de los elementos característicos del tipo en el dolo, único lugar sistemático donde podían acogerse las referencias psicológicas del sujeto hacia su comportamiento. Conciencia del injusto era, pues, una parte esencial del dolo como forma de culpabilidad¹¹. Lógicamente, el desconocimiento de la

⁹ Cfr. MEZGER, *Tratado II*, pp. 189-190.

¹⁰ Cfr. MEZGER, *Tratado II*, pp. 139 y ss.

¹¹ En diversas formulaciones: conciencia de la prohibición, de la antijuricidad, de la contrariedad al deber; cfr. una relación de las mismas en V. LISZT, *Tratado II*, p. 423 y

antijuricidad del hecho suponía también la desaparición del dolo y dejaba abierta tan solo la posible responsabilidad por culpa, caso que el error fuese reprochable. Este unitarismo aseguró una cierta simplicidad dogmática de la doctrina del error por cuanto el problema más complejo en esta materia, esto es, la delimitación de las diversas clases de errores –de hecho o de Derecho, de tipo o de prohibición–, podía tener algún interés descriptivo o conceptual, pero carecía de consecuencias importantes, tanto en el tratamiento sistemático como en las consecuencias jurídicas del error¹². Todos estos factores explicarían por qué este planteamiento del error acabó denominándose, una vez apareció el finalismo, *teoría del dolo*.

2. Según creo, el exponente más radical de la teoría estricta del dolo es Karl BINDING¹³, que consideraba que la esencia del delito radica en la desobediencia al mandato de la norma, en el rechazo consciente a la misma, por lo que, desde el punto de vista de la culpabilidad, no podría haber diferencia más radical que la existente entre la actuación consciente contra el Derecho y la creencia de estar actuando conforme al mismo¹⁴. Hasta el punto que esta diferencia se convierte, según BINDING, en el eje de la distinción entre el delito doloso y el delito imprudente, incluso en el caso del error sobre los hechos: dolo es querer el hecho como prohibido. Por consiguiente, existiría una sola forma básica de error, el error de subsunción; cualquier error sobre una propiedad de la acción sería relevante en tanto tuviese como resultado un error acerca del carácter prohibido del comportamiento. La conciencia del injusto no se presenta como un tercer elemento junto al conocimiento y la voluntad respecto al hecho, sino que se *funde* con los primeros formando un todo inescindible.

3. No obstante, el paisaje doctrinal descrito no era completamente armónico. Dejando de lado algunas opiniones más antiguas que rechazaban

MEZGER, *Tratado II*, pp. 144-147. Las diferencias son importantes pero lo esencial para la época es que se ya se daba cierta trascendencia a la valoración global de la relación del hecho con el Derecho realizada por el autor.

¹² Vid. MEZGER, *Tratado II*, p. 93.

¹³ Cfr. BINDING, *Grundriß*, pp. 117 y ss.. Para lo que sigue, *vid.* el resumen de KORIATH, *Jura*, 1996, pp. 116-117.

¹⁴ Vid. ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 6.

que la conciencia de la antijuricidad fuera un elemento del delito¹⁵, es cierto que toda la doctrina estaba de acuerdo en que el error no culpable sobre la antijuricidad del hecho debía comportar la impunidad. Ahora bien, una minoría muy cualificada consideraba que para poder afirmar la culpabilidad dolosa por un hecho no era necesario el conocimiento efectivo de la antijuricidad, sino que era suficiente con su desconocimiento culposo. En tales casos cabría, como máximo, una atenuación de la pena, más no debía cuestionarse el carácter doloso del hecho¹⁶; en otras palabras, para la culpabilidad dolosa bastaba con que el conocimiento de la antijuricidad del hecho fuera *posible*. Se intentaba responder así a las inquietudes que producía la aplicación de la teoría del dolo en un entorno legal donde la punición de la imprudencia era excepcional. No obstante, a estas posturas se les objetó, probablemente con razón, que no se ofrecía una solución dogmáticamente bien trabada al presentar un dolo psicológicamente descompuesto basándose simplemente en necesidades político-criminales¹⁷. En cualquier caso, la

¹⁵ Cfr. las referencias en MEZGER, *Tratado II*, p. 147, n. 30. De todas formas las distinciones no son tan tajantes, dada la gran variedad de posturas respecto a la idea de conciencia del injusto, (antijuricidad material, infracción de un deber, conciencia de la antijuricidad, etc.) hasta el punto que, finalmente, la cuestión puede ser meramente nominalista – *vid. infra*, p. 123 y ss.–. En cualquier caso, destaca V. LISZT, *Tratado II*, pp. 423-25, para quien sólo resultaría relevante lo que hoy denominaríamos error de tipo en sentido estricto, negando cualquier clase de efecto a otros errores, incluso los relativos a las causas de justificación.

¹⁶ Así, con diversos matices, autores como MERKEL, M.E. MAYER, FRANK y V. HIPPEL, cuyos planteamientos llegaron a estar presentes en distintos proyectos (*vid. infra* n. 38). Cfr. las referencias de MEZGER, *Tratado II*, pp. 127 y 146 y ss. y FRISCH en ESER-GIMBERNAT-PERRON (eds.): *Justificación y exculpación*, pp. 161-162, así como la exposición de CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, pp. 111-114. Así, por ejemplo, V. HIPPEL, *Lehrbuch*, p. 141, entendía que cuando falta de forma evitable la conciencia de la antijuricidad, existe, en realidad, dolo respecto al hecho e imprudencia respecto a la antijuricidad; ello constituiría una forma de culpabilidad combinada adscribible al ámbito del dolo, si bien debería tenerse en cuenta este carácter mixto como atenuación en la determinación de la pena. La suya era, en sus propios términos, una teoría *normativa* que se distanciaba de las psicológicas dominantes. En este sentido, *vid.* también FRANK, *Strafgesetzbuch*, pp. 186-188, que no sólo se conformaba con el conocimiento de la inmoralidad o de la dañosidad social del hecho para fundamentar el reproche *doloso* al autor por su hecho, sino que, además, consideraba que para ello era suficiente simplemente con que dichas características hubiesen *debido* ser conocidas.

¹⁷ MEZGER, *Tratado II*, p. 146. *Vid.*, por ejemplo, la argumentación de V. HIPPEL, *Lehrbuch*, p. 141: un Estado que renunciara a la exigencia de que los ciudadanos se preocuparan del Derecho –como sucedería si la mayoría de errores de Derecho no se

renuncia a la conciencia efectiva de la antijuricidad como elemento del dolo, sin caer en el extremo, como hizo la jurisprudencia, de declarar asimismo la irrelevancia del error inevitable, supuso un adelanto de lo que sería posteriormente la teoría de la culpabilidad¹⁸.

c) La posición jurisprudencial: error iuris (criminalis) nocet¹⁹

1. Los efectos que la teoría del dolo otorgaba al error sobre la licitud del hecho chocaban frontalmente con el panorama de la época, en el que pervivían supuestos de responsabilidad objetiva de raíz versarista y donde la tradición jurídica heredada del Derecho canónico era absolutamente refractaria al reconocimiento de alguna trascendencia al *error iuris*. En consonancia con ello, el RG sostuvo durante toda su existencia, a pesar de la creciente oposición doctrinal, que el error sobre el carácter prohibido del hecho era irrelevante. Para ello, el Tribunal Supremo alemán se apoyó en un planteamiento positivista de la cuestión, al entender que la distinción entre los errores que excluyen el dolo y los errores irrelevantes se correspondía exactamente con la frontera trazada por el § 59.1 RStGB: si en éste, el legislador exigía únicamente el conocimiento de las *circunstancias de hecho* que caracterizan la acción punible, *a sensu contrario*, debía resultar legalmente innecesario para un dolo perfecto el conocimiento de ningún otro elemento adicional. Por consiguiente, dado que la antijuricidad o el carácter prohibido del hecho no entraba en ese concepto de circunstancias de hecho que no podían ser imputadas cuando eran desconocidas, la falta de conciencia del injusto no podía eliminar el dolo²⁰. La conclusión era pues

castigaran—, estaría socavando la vigencia de su propio ordenamiento. Esta atribución al ámbito del dolo del desconocimiento imprudente del Derecho responde también a una realidad; para ejemplificarlo (*ibidem*, p. 141. n. 5) se utiliza el siguiente caso: si un maestro golpea a un alumno suponiendo, imprudentemente, un inexistente derecho de corrección, nadie consideraría que se trata de unas lesiones imprudentes. No obstante, ello no es obstáculo para que este autor considere en cambio que el error sobre la situación de hecho justificante es un problema propio de la imprudencia (*ibidem*, p. 109). Como puede observarse, su posición se aproxima mucho a la moderna teoría limitada de la culpabilidad.

¹⁸ Como reconoce el propio WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 112.

¹⁹ Para lo que sigue, *vid.* la clara exposición de Arthur KAUFMANN, *Das Unrechtsbewußtsein*, pp. 46-60.

²⁰ Cfr. MEZGER, *Tratado II*, pp. 148-149 y FRISCH en ESER-GIMBERNAT-PERRON (eds.): *Justificación y exculpación*, pp. 160-161.

que el núcleo de lo que hoy se denomina error de prohibición era un error sin transcendencia jurídica.

2. La posición del RG debe incardinarse en su doctrina general del error. La jurisprudencia alemana, al igual que sus homónimas europeas, había adoptado la tradicional distinción (originaria en apariencia del Derecho romano²¹), entre error de hecho y error de Derecho. Para el RG, error de hecho era un error sobre elementos del mundo exterior que podían ser percibidos por los sentidos; todo lo demás eran errores de Derecho²². Partiendo de esta precomprensión, no es de extrañar que la jurisprudencia entendiera que el § 59.1 RStGB reflejaba esa dicotomía, es decir, que en el mismo se confirmaba la transcendencia del desconocimiento de los hechos y se negaba efecto alguno al error sobre las normas²³. Siguiendo esta doctrina, cuando el RG se enfrentaba a un problema, iba proyectando estas dos clases de errores sobre cada escalón del injusto, la tipicidad y las causas de justificación, de tal forma que el desconocimiento de elementos insertos en una misma categoría sistemática podía ser objeto de trato distinto, según fuera un error de hecho o de Derecho. Evidentemente, partiendo de estas premisas, el error sobre el carácter antijurídico de la conducta, salvo que fuera la consecuencia del desconocimiento de alguna circunstancia fáctica, era, necesariamente, un error de Derecho y, por definición, irrelevante.

3. La jurisprudencia alemana tuvo pronto serios problemas con este planteamiento, puesto que el mismo no se limitaba a excluir al desconocimiento de la antijuricidad sino que también excluía a todo error que tuviera por objeto elementos normativos del supuesto de hecho típico, cosa que acentuaba las consecuencias injustas de tal proceder. En efecto, difícilmente podía afirmarse que actuaba dolosamente quien, por ejemplo,

²¹ Algunos estudiosos del tema (BINDING entre ellos) cuestionaron que, originariamente, la cesura entre elementos fácticos y de naturaleza jurídica fuera tan tajante como se pensó durante el siglo XIX. Cfr. las referencias en MEZGER, *Tratado II*, p. 141-142, n. 23 y Arthur KAUFMANN, *Das Unrechtsbewusstsein*, p. 47.

²² Arthur KAUFMANN, *Das Unrechtsbewusstsein*, p. 48.

²³ En este punto radicaba la principal discrepancia con la literatura científica, que entendía que las *Tatumständen* que pertenecen al tipo no se referían sólo a hechos en sentido estricto sino también a los elementos normativos del tipo. *Vid.* v. HIPPEL, *Lehrbuch*, p. 131. n. 2.

no acertaba a identificar la ajeneidad de la cosa de la que se apoderaba. El problema era especialmente grave ya que, una vez descartada la exclusión del dolo, en la sistemática del RG no existía posibilidad de ofrecer tratamiento dogmático alguno a tales errores²⁴. Por todo ello, con el cambio de siglo, la jurisprudencia alemana intentó desarrollar un criterio que paliara ese problema y le permitiera, a la vez, seguir manteniendo que el desconocimiento del carácter prohibido del hecho carecía de significado alguno en la atribución de responsabilidad penal. Con ese objeto se empezó a aplicar un criterio formal que distinguía por una parte al error sobre las circunstancias normativas extrapenales, que pasaba a ubicarse junto al error de hecho *stricto sensu* en el § 59.1 RStGB, y, por otra, el error sobre las normas penales –como sería el desconocimiento de la significación antijurídica del hecho–, que sería absolutamente irrelevante²⁵. Así, por ejemplo, mientras que el carácter ajeno de la cosa, a efectos de hurto, era un error de Derecho extrapenal porque la relación de propiedad está regulada en el Código Civil, el concepto jurídico de documento, al provenir directamente del tipo de falsedades, era un error de Derecho penal²⁶.

²⁴ Es importante señalar que, cuando en la actualidad se habla de un resurgimiento de las distinciones entre error de hecho y error de Derecho (o de Derecho penal y extrapenal) en el campo del error sobre los elementos normativos del tipo, se está haciendo referencia a la utilización de esos criterios para establecer cuando un error se incardina en el seno del error de tipo o del error de prohibición, mientras que antaño la consecuencia de la distinción era la total irrelevancia del *error iuris –criminalis–*. Cfr. al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Los elementos normativos, passim*, en especial pp. 20 y ss.

²⁵ Las principales objeciones que se formularon contra el planteamiento del RG iban en la línea de la impracticabilidad de la distinción entre errores de Derecho penal y extrapenal, puesto que ambas valoraciones están presentes en cualquier elemento del tipo –de forma parecida a la imposibilidad de mantener elementos estrictamente normativos y elementos estrictamente fácticos–. Por otra parte, incluso en el caso que fuera posible efectuar una distinción nítida, las consecuencias de la distinción eran, a menudo, absurdas: el hecho de que un elemento estuviera regulado en una norma penal o extrapenal, especialmente en el denominado Derecho penal accesorio, es algo, a menudo, puramente accidental.

²⁶ Además, la actuación real de la jurisprudencia parece ser que fue bastante matizada. La aplicación práctica de este criterio estaba plagada de excepciones y contradicciones, hasta el punto de afirmarse que el RG llegaba a soluciones satisfactorias porque muy a menudo no aplicaba consecuentemente su doctrina (*vid.* Arthur KAUFMANN, *Das Unrechtsbewusstsein*, p. 56). En efecto, crece la sospecha de que en realidad el *Reichsgericht* decidía según su sentimiento jurídico y etiquetaba posteriormente al

Tras esta recomposición, continuaban siendo irrelevantes lo que en la actualidad denominamos error de prohibición directo, la errónea suposición de una norma de justificación inexistente, y el error sobre el alcance de una causa de justificación regulada en el Código penal; no, en cambio, el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, que sería un error de hecho, ni el error sobre los límites de una causa de justificación no regulada por el Derecho penal, que sería un error de Derecho extrapenal²⁷.

4. Además de graves problemas para efectuar una distinción nítida entre ambas clases de error en su aplicación práctica, la principal objeción que se le formuló a este proceder fue la falta de un fundamento claro que explicara por qué la frontera de la responsabilidad penal debía seguir ese trazado, máxime cuando sus consecuencias eran, a menudo, absurdas. Si la culpabilidad dolosa tenía como base indisponible la constatación de un determinado estado psicológico, no parecía admisible obviar errores sobre elementos normativos descritos en la ley penal que dejaban al autor en un estado de incomprensión de su hecho idéntico al producido por los errores de Derecho extrapenal. No parecía que la relación psicológica del sujeto con el hecho fuera más reprochable en el primer caso que en el segundo.

De todas formas, y pese a que la base de la distinción fuera equívoca e, incluso, impracticable, la doctrina jurisprudencial aportaba una idea de indudable interés: los errores no deben calibrarse sólo por su efecto psicológico sino por su *origen y fundamento*²⁸. Por otra parte la actuación del RG se concentró básicamente –no deben olvidarse las dimensiones del Derecho sancionador de la época y del propio Derecho penal– en la zona nuclear del Derecho penal, ámbito en el que, por distintas vías, nunca (ni en la actualidad), el error de prohibición ha desempeñado una función especialmente importante. No es de extrañar por tanto que, finalmente, buena

error según el efecto eximente que quisiera conferirle. *Vid.* JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 4. Cosa, por otra parte, en absoluto novedosa: la utilización de las categorías dogmáticas como argumentación de cobertura de una decisión previamente adoptada basándose en reflexiones de pretendida justicia material o meramente intuicionistas parece ser más la regla que la excepción en la actividad judicial.

²⁷ Cfr. al respecto, el resumen que de la doctrina del RG se hace en la *BGHSt*, 2, 194 (*vid. infra* n. 63).

²⁸ *Vid.* LESCH, *Jura*, 1996, p. 347.

parte de la jurisprudencia menor y la legislación penal especial se distanciaron de la posición del RG y se aproximaron a la teoría del dolo²⁹. Una hipotética evolución posterior que acabara convergiendo definitivamente con la teoría del dolo fue probablemente truncada por el advenimiento del nazismo, primero, y el dominio doctrinal del finalismo después³⁰.

d) Nuevas orientaciones en la teoría del dolo

1. La doctrina científica que defendió la teoría del dolo intentó diversos acercamientos a la jurisprudencia para conseguir una plasmación práctica de sus postulados sin efectuar renunciaciones esenciales. Se trataba de superar el temor de la praxis alemana a que una aplicación coherente del conocimiento de la antijuricidad como presupuesto del delito doloso comportara en última instancia la autoliquidación del ordenamiento jurídico al dejar la vigencia de las normas penales a disposición de sus destinatarios: sería suficiente con no preocuparse en absoluto por el contenido de las normas penales para escapar de la imposición de una sanción por falta de representación efectiva de la antijuricidad en el momento de la comisión del hecho o, al menos, por ser altamente complicada la prueba de la misma³¹. Existía la creencia de que los planteamientos psicologistas de la teoría del dolo conducían a la exclusión de la culpabilidad dolosa en un heterogéneo grupo de sujetos compuesto por los indiferentes al Derecho, los delincuentes habituales embrutecidos, los delitos cometidos impulsivamente o bajo un fuerte estado emocional, los autores por conciencia y por convicción y, en general, las personas para las que el Derecho ha dejado de ser –o no ha sido nunca– un factor a tener en cuenta en su toma de decisiones. Aunque la conducta realizada por el autor en esas condiciones continuara siendo antijurídica, no olvidemos que, dada la situación legislativa de la época, ello

²⁹ Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 5.

³⁰ Así, en la inmediata postguerra, se observa un abandono de la doctrina del RG y un acercamiento a la teoría del dolo. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Das Unrechtsbewußtsein*, pp. 210-211 y FLETCHER, *Southern California Law Review*, 1974, p. 1296.

³¹ Vid. ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 9-10. Una relación de los pretendidos inconvenientes de la teoría del dolo, básicamente vinculados a la cuestión de la actualidad de la conciencia de la antijuricidad, puede verse en la sentencia del BGH de 19.3.1952 (*vid. infra* n. 63).

era prácticamente sinónimo de impunidad en casi todos los delitos. Un par de ejemplos de la clase de casos que se consideraban problemáticos pueden resultar ilustrativos³²:

Un padre comete abusos sexuales sobre su hija repetidamente a lo largo de años, hasta el punto que, dada la habitualidad de los mismos, la conciencia del injusto deja de ser actual.

El propietario de diversas viviendas impone condiciones de arrendamiento abusivas; cegado por el ansia de beneficios, cree estar en su derecho al imponerlas, ignorando que ello está prohibido en el StGB (§ 302 a).

La búsqueda de una salida a la confrontación entre los principios dogmáticos y las exigencias político-criminales se orientaron en tres direcciones³³ no excluyentes entre sí y que tuvieron suerte diversa. Por una parte, se precisó el contenido y los contornos psicológicos de la conciencia del injusto como elemento del dolo, haciéndola más manejable en la práctica (*infra* 2.). Los avances en este terreno consiguieron sedimentarse y se han prolongado hasta los actuales conceptos de *objeto* y *forma* de la conciencia del injusto³⁴. Por otra, se intentó solucionar el problema del escaso número de delitos imprudentes mediante propuestas *de lege ferenda* (*infra* 3.); la convulsa historia de los años treinta y cuarenta cegaron esta vía y, posteriormente, cuando la reforma se hizo nuevamente factible, la jurisprudencia ya se había acomodado satisfactoriamente en la teoría de la culpabilidad. Por último, se propuso una mayor normativización de la responsabilidad, en el sentido de remontarse al fundamento de la culpabilidad dolosa para encontrar una base que permitiera castigar con esa pena supuestos que no cumplían los presupuestos psicológicos del dolo (*infra* 4.); como se verá, los balbuceos de la *teoría limitada del dolo* en este sentido fueron ventajosamente superados por la propuesta más normativista de WELZEL.

2. El primero de los fenómenos mencionados fue una mayor precisión –o una reconfiguración– de la conciencia del injusto para hacerlo

³² Vid. LESCH, *JA*, 1996, p. 351, siguiendo los ejemplos de JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 8, y de ROXIN, *ATI*, 3ª ed. § 21, Nm. 8.

³³ Vid. la panorámica crítica que de ellas ofrece WELZEL, *DP*, pp. 225-227.

³⁴ Vid. *infra* p. 123 y p. 177.

más manejable en la práctica. En esa dirección pueden inscribirse, ya muy tempranamente, los avances en la determinación de la clase de conocimiento que era preciso para imputar los elementos normativos del tipo al dolo. Así, se rebajó la exigencia inicial de una correcta subsunción y se consideró suficiente un “conocimiento aproximado de acuerdo con la condición y características del sujeto” –la *valoración paralela en la esfera del profano*–. De esta forma, empezaron a disipar los temores a que la transcendencia del *error iuris* produjera un alud de absoluciones. Si bien dicha doctrina fue pensada fundamentalmente para el conocimiento singular de los elementos normativos que integraban el supuesto de hecho típico, esta valoración paralela también se predicó para facilitar la determinación del conocimiento de la significación antijurídica global del hecho³⁵.

Otro de los cambios observables fue una redefinición del *objeto* de dicho conocimiento con el fin de evitar que una concepción del mismo apegada a la antijuricidad formal del hecho redujera la posibilidad efectiva de comisión de ciertos delitos a un grupo de especialistas o, en otro sentido, que fuera un obstáculo para la persecución de las atrocidades cometidas al amparo de la legislación nazi o, incluso, de la delincuencia por conciencia: la solución iría en la línea de contentarse con la conciencia del contenido material de injusto o de lesividad social del hecho³⁶.

Finalmente, otro síntoma de este proceso de adaptación fue la profundización en la estructuración psicológica del dolo y de la conciencia del injusto. Pronto se advirtió que, con la reducción de estos elementos a una clara representación intelectual de la ilicitud del hecho en el momento de la comisión, se estaba simplificando lo que en realidad era un fenómeno psíquico muchísimo más complejo. Este reduccionismo conducía al fracaso si se aplicaba coherentemente, puesto que dicha representación, planteada tan esquemáticamente, en la práctica a menudo no se daba o, al menos, era imposible de constatar procesalmente. La búsqueda de soluciones mediante el debilitamiento de la necesidad de una representación precisa del injusto

³⁵ Vid. MEZGER, *Tratado II*, p. 143. Este criterio continúa siendo aplicado en la actualidad en el error de prohibición por la doctrina dominante.

³⁶ Vid. Arthur KAUFMANN, *Das Unrechtsbewußtsein*, pp. 148 y ss. Vid., también, *infra* p. 123.

desembocaría en los años sesenta en una profunda revisión de la *forma* de la conciencia del injusto que, a la postre, sería compartida por la mayoría de la doctrina³⁷.

3. Para salvar el obstáculo político-criminal consistente en la escasa incriminación de las modalidades imprudentes, se redactaron cláusulas generales de punición de la imprudencia de Derecho que, sin embargo, no llegaron a cuajar³⁸. Destaca la solución propuesta en el Proyecto de 1936 del ministro de Justicia GÜRNERT. Según este proyecto, los supuestos de imprudencia de Derecho, caso de no estar tipificada la correspondiente modalidad imprudente del delito en cuestión, serían castigados con penas de hasta dos años de prisión, si bien las mismas nunca podrían ser más graves que las previstas para la comisión dolosa. Uno de los principales motivos del fracaso de la misma fue de naturaleza técnica, al formularse como un *crimen iuris culpae* o delito autónomo de imprudencia de Derecho desligada de los tipos concretos, cosa que resultó poco satisfactoria. Sin embargo, posiblemente tampoco sería ajeno a todo ello el hecho de que la propuesta fuera efectuada en pleno nazismo. De todos modos, tras el restablecimiento de la democracia en Alemania, la cláusula de la *imprudencia iuris* fue una alternativa *de lege ferenda* propuesta por algunos partidarios de la teoría del dolo para tentar políticamente a una jurisprudencia para entonces

³⁷ Vid. *infra* p. 177. Resulta sintomático que algún autor no alemán (cfr. TORRE, *Ind. Pen.*, 1996, p. 196) trate los estudios de la estructura psicológica de la conciencia del injusto (como, por ejemplo, las de PLATZGUMMER y la denominada *co-consciencia* del injusto) en el epígrafe destinado a la *teoría limitada del dolo*, por entender que tiene en común con ésta el no exigir la conciencia actual y efectiva de la ilicitud como elemento del dolo. Sin embargo, con independencia de que esta última afirmación resulte correcta y aunque puedan parecer fenómenos hasta cierto punto paralelos, creo que es más adecuado reservar la calificación de *limitada* para otros planteamientos; concretamente para aquellos que abiertamente aceptan englobar bajo una misma culpabilidad dolosa diversas situaciones con base a su *equivalencia valorativa*, pese a que psicológicamente sean irreducibles a un factor común. Esta sería la orientación de la teoría limitada del dolo de MEZGER que se verá a continuación.

³⁸ Una interesante panorámica de la regulación de la conciencia del injusto en los proyectos alemanes puede verse en Arthur KAUFMANN, *Das Unrechtsbewußtsein*, pp. 199-209. Llama especialmente la atención que bastantes de dichos proyectos (1911, 1919, 1927, 1930), siguiendo la línea de, entre otros, v. HIPPEL (*vid. supra* n. 16), preveían para el error de prohibición disculpable únicamente una atenuación de la pena, en clara consonancia con lo que sería la teoría de la culpabilidad. Cfr. al respecto también MEZGER, *Tratado II*, pp. 150-151 y WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht*, p. 255.

ya muy satisfecha con la teoría de la culpabilidad³⁹. Sin embargo, con ello se estaba rompiendo con uno de los postulados de los partidarios más radicales de la teoría del dolo: el tratamiento *unitario* del error, basado en que, en última instancia, todo error, con independencia de su origen, excluía por igual el dolo del autor al sintetizarse finalmente en un error acerca del carácter prohibido del comportamiento⁴⁰.

4. Finalmente, para encontrar una salida satisfactoria a estos problemas, se efectuaron algunos ensayos en la línea de normativizar los postulados de la doctrina del dolo y aplicar, sin renunciar a la conciencia del injusto como elemento del dolo, la pena prevista para éste en ciertos supuestos excepcionales, pese a que en los mismos faltase la conciencia del injusto como dato psicológico objetivo.

Esta era la orientación de la denominada *teoría limitada del dolo* defendida por MEZGER a partir de 1944⁴¹. Según éste, el rechazo consciente a la norma continuaba siendo el único supuesto en el que la pena prevista para la culpabilidad dolosa era justa y adecuada a fin⁴². Ahora bien, debía admitirse una excepción: el error sobre la significación antijurídica del hecho era irrelevante cuando dicho error no era conciliable con *una concepción popular sana del Derecho y del injusto*. Se trataría de los casos de la denominada *ceguera jurídica u hostilidad hacia el Derecho*⁴³, en los que la alta

³⁹ Cfr. SCHRÖDER, *ZStW*, 65 (1953), pp. 199 y ss.; críticamente, WELZEL, *DP*, p. 226.

⁴⁰ *Vid. supra* n. 13. Es más, en puridad, desde una perspectiva coherente de la teoría del dolo (por ej. BINDING), incluso las pretendidas lagunas no deberían ser tales atendido el carácter excepcional de la punición de la imprudencia.

⁴¹ Cfr. MEZGER, *Kohlrausch-FS*, p.180 y ss. El planteamiento de este autor no era sino la transcripción del proyecto GÜRNERT y de una idea ya avanzada por KOHLRAUSCH (*vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado*, t. VI, 3ª ed., p. 559, n. 281).⁴² MEZGER, *Kohlrausch-FS*, p. 182; adecuada a fin en el sentido de “en relación racional con las finalidades sociales”: sólo para aquel que es consciente de la norma, puede actuar la pena como un motivo real para evitar el delito.

⁴³ En un momento inicial lo denominó “ceguera jurídica” (*Rechtsblindheit*) para, posteriormente utilizar la expresión “hostilidad con el Derecho” (*Rechtsfeindschaft*); la “concepción popular sana” se convirtió en una “concepción racional”.

reprochabilidad de la actitud del sujeto justificaría que su conducta fuera castigada con la pena del delito doloso *como si* se hubiese sido consciente del injusto. En realidad, creo que el factor decisivo en la determinación de tales supuestos venía predeterminado básicamente por el especial desvalor de la *clase de hechos* respecto a los cuales el sujeto se mostraba insensible. No obstante, pese a lo interesante del planteamiento, el elenco de *crimina odiosa* al que MEZGER trasladó inicialmente su idea es ciertamente inquietante: aborto, comportamientos homosexuales, delitos raciales⁴⁴. En cualquier caso, debe indicarse que MEZGER consideraba que esta limitación a la exigencia de la conciencia del injusto no era muy habitual y que precisaba de intervención legislativa, so pena de incurrir en analogía contra reo⁴⁵.

La propuesta fue más conocida por el amplio rechazo que suscitó que por las adhesiones cosechadas⁴⁶. Motivo de ello fue su incoherencia sistemática. Dogmáticamente, la teoría no se presentó como una normativización de la responsabilidad a través de la búsqueda de un fundamento común a todas las formas de culpabilidad dolosa sino como una excepción al mismo. Por todo ello, la construcción adolecía de incoherencia interna, puesto que se procedía a la unificación de dos situaciones –rechazo

⁴⁴ Cfr. MEZGER, *Kohlrausch-FS*, p. 183. Sin embargo, tras la guerra, el término ceguera jurídica también se utilizó para referirse a la infracción de normas de vigencia cuasi universal cometidas por los criminales nazis. En realidad en el trabajo de MEZGER de 1944 no se plantea simplemente una excepción a la conciencia del injusto sino una –imprecisa–revisión normativa de la culpabilidad basada en el poder actuar de otro modo. Así, cuando se habla de ceguera jurídica se hace referencia, en sentido amplio, a toda incapacidad de conocer o actuar conforme a Derecho que responda a actitudes intelectuales y emocionales incompatibles con esa visión *popular* sana del Derecho y del injusto, siempre que no tenga como origen las causas de inimputabilidad legalmente previstas; parece pues que, en estos supuestos de *crimina odiosa*, MEZGER se conforma con una capacidad general de actuar culpablemente con independencia de la capacidad concreta presente en el hecho (*vid.* pp. 187-188). Es más, se cuestiona incluso si la pena debe responder exclusivamente a la medida de la culpabilidad –como capacidad individual de poder actuar de otro modo–; más bien debería expresar un compromiso con otros principios como los de protección y seguridad de la sociedad; así, por ejemplo, en algunas situaciones de semiinimputabilidad resultaría apropiado, para propiciar una compensación del estado peligroso del sujeto mediante un sobreesfuerzo especial, aplicar penas más estrictas que las que corresponderían en puridad según la capacidad individual de resistencia (*vid.* pp. 189 y ss.).

⁴⁵ *Vid.* MEZGER, *Kohlrausch-FS*, p. 184.

⁴⁶ Parece que las adhesiones se limitaron a H. MAYER (cfr. las referencias de CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, pp. 109-110); también, muy matizadamente, NOWAKOWSKI, *ZStW*, 65 (1953), pp. 378 y ss.

consciente e inconsciente- antitéticas psicológica-subjetivamente sin efectuar corrección alguna, por lo que al fundamento de la culpabilidad dolosa se refiere, que pudiera explicarla. Además, quedaba así patente que la conciencia de la antijuricidad no era un elemento diferenciador decisivo entre dolo y culpa, de manera que se acababa recalando en los planteamientos de la teoría de la culpabilidad⁴⁷. Igualmente, se le reprochó, desde una perspectiva político-criminal, las raíces autoritarias de la teoría. Sea como fuere, a pesar de que posteriormente aparecieron sistemas que desligaron dolo y conciencia del injusto, el problema de los individuos *refractorios al Derecho*⁴⁸ como sujetos merecedores de la misma sanción que quienes lo desobedecen conscientemente continuó siendo objeto de preocupación doctrinal, especialmente para explicar el objeto de la cláusula de atenuación facultativa de la regulación legal del error de prohibición vigente a partir de 1975.

2. Los cambios de la postguerra

a) WELZEL y la teoría de la culpabilidad.

1. La teoría de la culpabilidad vino a ofrecer una salida practicable a la problemática del error de prohibición existente en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. En esos momentos parecía ya insostenible mantener el rumbo trazado por la jurisprudencia del RG, especialmente por lo que se refiere a la irrelevancia del error no culpable de prohibición, dada su abierta incompatibilidad con el principio de culpabilidad⁴⁹. No obstante, la doctrina seguía atrapada en la conjunción entre la teoría del dolo y el sistema legalmente vigente de incriminación restringida de la imprudencia; los diversos intentos de conseguir resultados apetecibles político-criminalmente se realizaban a costa de diluir la coherencia de los planteamientos sistemáticos, como fue el caso de MEZGER y su teoría limitada del dolo. Por

⁴⁷ Vid. ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 9.

⁴⁸ Tomo la expresión de TORRE, *Ind. Pen.*, 1996, p. 197.

⁴⁹ Que el desconocimiento inevitable del carácter prohibido de un hecho no puede castigarse so pena de infringir el principio de culpabilidad ha sido sobradamente contrastado incluso por la jurisprudencia constitucional alemana e italiana- *vid. infra* p. 40 s y p. 62-.

lo demás, no parece descabellado apuntar que, probablemente, los casos límite de error de prohibición que aparecieron con motivo del periodo nacionalsocialista supusieron el obstáculo definitivo a la implantación práctica de las teorías del dolo iniciadas en la postguerra inmediata⁵⁰. En aquellos momentos mucha gente consideró insatisfactorio que, por ejemplo, pudiera ser conceptuada como mero homicidio imprudente la conducta de quien había ordenado, en cumplimiento de un mandato legal (la orden *Keitel-Himmler-Bormann*), la ejecución de todos los civiles varones mayores de catorce años que se encontrasen en una casa en la que, ante la inminente llegada del enemigo, se hubiese izado una bandera blanca⁵¹; por otra parte, para castigar a los hechos como el descrito como homicidios dolosos, el aparato sistemático de la teoría del dolo parecía violentarse en exceso.

2. El corte del nudo gordiano se produjo con el triunfo de la separación del concepto de dolo y de conocimiento del injusto, que vino a denominarse teoría de la culpabilidad, patrocinada, ya desde antes de la guerra, por Hans WELZEL a través de su estructura finalista del delito⁵². Sus postulados en materia de error podrían resumirse de la siguiente forma: para el dolo es irrelevante si un sujeto es consciente o no de la antijuricidad de su hecho, si bien ello sigue siendo trascendente a efectos de culpabilidad.

Como ya hemos visto, la idea no era absolutamente novedosa, pero hasta entonces, el hecho de que el dolo fuera un problema exclusivo de la culpabilidad parecía privarle de fuerza de convicción⁵³. Por todo ello el replanteamiento de la doctrina del error encontró una sólida base dogmática en el proceso de subjetivización del injusto, iniciado con la admisión de los

⁵⁰ *Vid. supra* n. 30.

⁵¹ WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht*, pp. 250 y ss; Arthur KAUFMANN, *Das Unrechtsbewußtsein*, p. 214 y ss. Puede servir también de ejemplo los asesinatos eugenésicos de los disminuidos psíquicos al amparo de la regulación legal nacionalsocialista. Como ya se ha visto, la respuesta desde la teoría del dolo fue la idea de conciencia del injusto como conciencia de la dañosidad social del hecho.

⁵² Con importantes precedentes en autores como V. WEBER y ZU DOHNA (cfr. FRISCH en ESER-GIMBERNAT-PERRON (eds.): *Justificación y exculpación*, p. 169). Este último ya presentaba un tratamiento del error de prohibición independiente del dolo bastante elaborado; *vid.* ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, pp. 76-81.

⁵³ *Vid. supra* p. 19.

elementos subjetivos del injusto y la problemática de la tentativa⁵⁴. Este proceso culminó cuando WELZEL propuso que el dolo, entendido como conocimiento y voluntad de la realización de los elementos integrantes del supuesto de hecho típico –el llamado *dolo natural*–, pasara a formar parte del tipo de injusto como elemento esencial del mismo, cosa que acabó comportando una total reestructuración sistemática del delito. Mientras tanto, el conocimiento de la antijuricidad del hecho –o, mejor dicho, el juicio sobre la posibilidad de dicho conocimiento– pasó a constituir un elemento autónomo, junto con la imputabilidad y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma, de una culpabilidad aligerada –o exenta– de elementos subjetivos⁵⁵. La ausencia de dicho conocimiento se denominará error de prohibición.

3. Como consecuencia de todo ello, el tratamiento de los errores relevantes a efectos de responsabilidad penal dejó de ser unitario para pasar a distinguirse entre los errores que excluyen el injusto doloso –el error de tipo y otros asimilados a él– y aquéllos que excluyen o disminuyen la culpabilidad –básicamente, el error de prohibición–. El error sobre el carácter antijurídico o prohibido del hecho se convertía de esta manera en un problema de culpabilidad desligado completamente del carácter doloso del mismo, propiedad que ya quedaba expresada en el injusto. Así, según esta estructura, los hechos cometidos en *desconocimiento inevitable* de la prohibición eran impunes por excluir la culpabilidad, si bien dejaban intacto el injusto doloso realizado; en cambio, si el error de prohibición era *evitable*, continuaba siendo factible la formulación del reproche de culpabilidad, si bien disminuido. Por consiguiente, en el mejor de los casos, el error de prohibición evitable era un supuesto de disminución de la culpabilidad en el marco de la pena prevista para un delito doloso o imprudente, con lo que se esquivaban los pretendidos efectos perniciosos de otras doctrinas. En efecto, frente a la teoría del dolo, el error evitable sobre el carácter prohibido del hecho ya no quedaba circunscrito a unos pocos delitos imprudentes; frente a la posición

⁵⁴ Vid. FRISCH en ESER-GIMBERNAT-PERRON (eds.): *Justificación y exculpación*, pp. 166 y ss. y MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 6, Nm. 14-16.

⁵⁵ ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 19, Nm. 13.

jurisprudencial, se ofrecía una alternativa a la intolerable solución de negar cualquier relevancia punitiva a todo error sobre el carácter prohibido del hecho.

4. Pero las novedades no sólo eran consecuencia de la reordenación sistemática de las categorías del delito. Conciencia del injusto y error evitable, consecuencias penológicas al margen, pasaban de constituir dos títulos de imputación subjetiva distintos a fundirse en el fundamento mínimo necesario para atribuir como culpable un delito doloso. Su desvinculación del dolo permitió que el problema del conocimiento de la antijuricidad perdiera su acusado carácter subjetivo-psicológico y dependiera mucho más directamente de los aspectos valorativos de la culpabilidad, de tal manera que sus contornos y consecuencias jurídicas estuvieran menos predeterminadas por la constatación de una determinada representación o estado psíquico del autor.

Podemos observar más de cerca este fenómeno en la propuesta de WELZEL⁵⁶. El padre del finalismo concibió la culpabilidad como una categoría exclusivamente normativa, como un juicio puro de reproche al sujeto por haber adoptado una resolución de voluntad antijurídica cuando le era posible actuar conforme a Derecho. Según esto, la culpabilidad no está compuesta de una serie estados espirituales específicos que deban constatarse y, eventualmente, valorarse. El único *objeto de valoración* de la culpabilidad es la *voluntad de la acción*, especialmente el dolo natural, que ya forma parte del tipo. En la culpabilidad únicamente se valora la formación de esa voluntad, que acaba siendo reprochada al sujeto en tanto que le era posible en su situación concreta haber adoptado una resolución conforme a la norma⁵⁷. Para efectuar ese juicio de reproche y establecer su medida, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que han influido en la decisión concreta. Uno de estos elementos que permiten reprochar al sujeto la formación de su voluntad antijurídica es el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. Ahora bien, la conciencia de la antijuricidad no es algo que se le reprocha al autor en sí misma, sino *la razón* por la que se le reprocha el

⁵⁶ Para lo que sigue, cfr. LESCH, *JA*, 1996, pp. 348-350.

⁵⁷ Cfr. WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 85.

dolo⁵⁸. En realidad, el motivo que determina la reprochabilidad del dolo es simplemente la cognoscibilidad o *posibilidad de conocimiento de la antijuricidad*. En otras palabras, siempre que el sujeto hubiese estado en condiciones de conocer la antijuricidad, con independencia de que ello se produjera, puede reprochársele el no haber adecuado su voluntad al Derecho y existe, por tanto, culpabilidad por ese hecho. Evidentemente cuando más fácil es autodeterminarse en favor de la norma es cuando se conoce positivamente la antijuricidad, pero ello no condiciona la *posibilidad* de un reproche doloso sino, únicamente de su *medida*. En este mismo sentido, cuando el desconocimiento o error de prohibición sea reprochable, se recomienda únicamente una atenuación de la pena en relación a la disminución de la posibilidad concreta de actuar conforme a Derecho. Finalmente, si el desconocimiento es plenamente disculpable, al no existir posibilidades de conocer el mandato o la prohibición queda excluida la capacidad de actuar conforme a Derecho, desaparece la culpabilidad y la pena⁵⁹.

5. En resumen, WELZEL se inspira en el *principio de responsabilidad* según el cual las personas son responsables de que el contenido de sus decisiones sea conforme con el ordenamiento jurídico en la medida de sus capacidades de conocimiento⁶⁰. Lo esencial es que ha existido un dolo típico, que el sujeto sabe lo que hace aunque desconozca que no debe hacerlo, que el contenido de la voluntad del sujeto se ha dirigido a algo jurídicamente prohibido –que para WELZEL sería el tipo en sentido estricto– cuando ello podía haberse evitado. Ambos factores (voluntad antijurídica y posibilidad de actuar conforme a Derecho) aúnan las situaciones de pleno

⁵⁸ Cfr. WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 107. Sin embargo parece que, en realidad, ni en el propio planteamiento de WELZEL fue posible mantener esta tajante separación entre objeto de valoración (tipo) y valoración (culpabilidad), (*vid.* ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 19, Nm. 14). En efecto, la relación psicológica con la antijuricidad es un elemento no aportado en el injusto y que, a su vez, es objeto de valoración –por lo que a su reprochabilidad se refiere– en la culpabilidad. *Vid.* ya CEREZO MIR, *Notas a WELZEL*, p. 83, n. 22; en el mismo sentido, LESCH, *JA*, 1996, p. 350.

⁵⁹ *Vid.* WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 113; concretamente para el viejo StGB se propugnaba la aplicación de una regla de atenuación derivada por analogía de la regulación positiva de la semiinimputabilidad.

⁶⁰ *Vid.* WELZEL, *El nuevo sistema*, pp. 108-111.

conocimiento de la antijuricidad y de error de prohibición vencible en una misma especie, el injusto doloso culpable, claramente diferenciado de la imprudencia, cuyo contenido de voluntad, por el contrario, va dirigido a un fin irrelevante o, incluso, beneficioso.

6. La concepción personal-subjetiva del injusto, vinculada inicialmente a la doctrina finalista, ha sido adoptada desde múltiples perspectivas sistemáticas, por cuanto parece claro que el sentido del hecho y la valoración que del mismo pueda hacerse en la categoría de la antijuricidad están determinados en una parte importante por el conocimiento que del mismo tenga su autor⁶¹. A partir de aquí, el resto de repercusiones sistemáticas, especialmente en la distinción error de tipo y error de prohibición y en el tratamiento de este último, han tenido un éxito parecido. En cambio, existieron desde un principio notables discrepancias en la distribución del *ámbito* de cada clase de error. Ciertamente, ha habido siempre acuerdo en que el error acerca de los elementos integrantes de la tipicidad en sentido estricto excluye el injusto doloso y que el error sobre la norma que prohíbe la conducta típica es un error de prohibición. Sin embargo, las discrepancias aparecieron rápidamente en el campo de las causas de justificación, puesto que, mientras algunos remitían en bloque todos los errores en este ámbito al error de prohibición, otros distinguieron entre la falsa representación del supuesto de hecho de la situación de justificación –que excluiría, al menos, la pena prevista para el delito doloso– y el error sobre la existencia normativa o el alcance de la causa de justificación –que constituiría un auténtico error de prohibición–⁶².

⁶¹ Sobre la necesidad de que el dolo sea un elemento subjetivo del injusto desde diversas perspectivas doctrinales, *vid.* CEREZO MIR, *PG II*, 5ª ed., pp. 117-120.

⁶² Constituyendo, respectivamente la *teoría estricta de la culpabilidad*, encabezada por WELZEL e integrada básicamente por el finalismo ortodoxo, y la *teoría limitada de la culpabilidad* –en sentido amplio–, de muy heterogénea composición y fundamentación, mayoritaria en Alemania. *Vid.* las divergencias iniciales en CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, pp. 111 y ss.; una visión de la compleja panorámica actual en FRISCH en ESER-GIMBERNAT-PERRON (eds.): *Justificación y exculpación*, pp. 181-188 y un práctico resumen en LESCH, *JA*, 1996, pp. 506-509. El principal problema del estado de la cuestión está en la gran complejidad sistemática de esta teoría limitada: entre los que defienden que, en última instancia, la regulación de la imprudencia debe aplicarse a los denominados *errores sobre el tipo de permisión*, se mezclan desde quienes entienden que tales errores excluyen, por distintas vías, el injusto doloso, hasta quienes entienden que los mismos

La nueva estructura del injusto y de la culpabilidad, la idea de que el delito doloso se caracteriza porque el objeto de la voluntad del sujeto es la conducta prohibida –pero no el conocimiento de la prohibición– y la normativización del problema del error sobre el carácter prohibido del hecho, en el sentido de ser más una cuestión de valoración de la conducta dolosa que de constatación de estados psíquicos, son las grandes aportaciones de la teoría de la culpabilidad que se convertirán en mayoritarios en Alemania primero y pronto en buena parte de Europa. Para ello resultó decisiva la rápida recepción de dicha doctrina por la jurisprudencia alemana.

b) La jurisprudencia del nuevo Tribunal Supremo Federal alemán

1. La jurisprudencia alemana efectuó un giro radical en sus planteamientos en la famosa decisión del Gran Senado del Tribunal Supremo Federal de 18 de marzo de 1952⁶³, que ha marcado las pautas jurisprudenciales hasta la actualidad. En ella se adoptan dos decisiones esenciales. En primer lugar, el BGH entendió que ya no era sostenible, desde el principio de culpabilidad, la vieja doctrina del RG sobre la absoluta irrelevancia del error sobre la significación antijurídica del hecho, máxime cuando el Derecho penal a mediados del siglo XX ya se había expandido y evolucionado lo suficiente como para que muchas de sus normas no se apoyaran en convicciones morales generalizadas⁶⁴. En segundo lugar, tras sopesar las diversas soluciones doctrinales, se aceptó la distinción sistemática

eliminan la culpabilidad dolosa o, incluso, los que propugnan simplemente la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito imprudente.

⁶³ *BGHSt*, 2, pp. 194 y ss. (= *NJW*, 1952, pp. 593-596), cuyo ponente fue Richard BUSCH. *Vid.* también la traducción casi completa de la misma de CANCIO MELIÁ en ESERBURKHARDT, *Cuestiones fundamentales*, pp. 286-293. El caso objeto de debate era el de un abogado que había asumido la defensa de una acusada en una causa penal, sin que se hubiesen determinado previamente sus honorarios. Tras la primera vista, exigió a su patrocinada el abono inmediato de una suma bajo amenaza de abandonar el caso. Posteriormente, el letrado ejerció nuevas presiones sobre su cliente en los mismos términos, para que ésta aceptara la facturación de unos honorarios exorbitados. El abogado fue condenado en instancia por un delito de amenazas. La alegación de la creencia de que su actuación era ajustada a Derecho había sido desestimada por entender el tribunal *a quo* que, incluso en ese supuesto, el abogado conocía perfectamente todos los elementos de hecho de la situación y tan sólo habría incurrido en un irrelevante error de Derecho penal.

⁶⁴ Cfr. *NJW*, 1952, p. 594, III.3, (trad., p. 289).

entre el error de tipo y de prohibición y el tratamiento diferenciado de los mismos que proponía la teoría de la culpabilidad⁶⁵.

Previamente se había descartado la teoría del dolo porque, pese a la ventaja que comporta poder prescindir de la compleja distinción entre error de tipo y error de prohibición, se juzgó inadecuado concebir el error de prohibición culpable como una forma de imprudencia, tanto por las lagunas de punibilidad que ello origina como por la levedad de las penas previstas para los delitos imprudentes cuando éstos están tipificados⁶⁶; además se entendió que los efectos de una rígida vinculación de la responsabilidad dolosa a una conciencia actual de la antijuricidad forzaba soluciones sólo sustentables por vía de la analogía⁶⁷. Por contra, según el BGH, la teoría de la culpabilidad, fundada en la posibilidad de conocer la antijuricidad del hecho, superaba satisfactoriamente todos estos obstáculos. Primeramente porque la remisión al injusto doloso en caso de error de prohibición culpable evita posibles lagunas. En segundo lugar, porque cuando la falta de conciencia actual de la antijuricidad es altamente reprochable, la pena puede ser la misma o muy parecida a la correspondiente a los delitos cometidos con pleno conocimiento de la prohibición. Y, finalmente, porque el juicio de reproche por la realización de un delito doloso es el que mejor se ajusta a los casos de error de prohibición culpable, supuestos en los que, a pesar de todo, existe una voluntad consciente dirigida a la realización del tipo⁶⁸.

2. Otra cuestión importante era cómo vehicular legalmente estos planteamientos teóricos. Para el BGH, el tratamiento del error de prohibición como causa de exclusión del reproche de culpabilidad o de

⁶⁵ Cfr. *NJW*, 1952, p. 596, V.1 (trad., p. 293). La decisión tenía repercusiones sistemáticas que trascendían el problema del error de prohibición, puesto que se estaba admitiendo asimismo que el dolo no es una forma de culpabilidad sino que es un elemento integrante de la conducta típica. En cambio, el BGH no acogió plenamente la doctrina de WELZEL, por cuanto en materia de presupuestos objetivos de una causa de justificación, se inclinó por tratarlo como un error de tipo (*vid. NJW*, 1952, p. 596, V.4 –trad., p. 293–).

⁶⁶ Cfr. *NJW*, 1952, pp. 595-596, IV.2 (trad., pp. 291-292). En realidad, el argumento de fondo es que para el BGH el error de prohibición evitable es más grave (y, por tanto, distinto) que el error de tipo, por lo que toda equiparación con la imprudencia es necesariamente insatisfactoria.

⁶⁷ *Vid. infra*, p. 181 y ss.

⁶⁸ Cfr. *NJW*, 1952, p. 596, IV.3 (trad., pp. 292-293).

disminución del mismo podía desarrollarse a través del Derecho judicial de la misma forma que ya se había efectuado, por ejemplo, con la inexigibilidad como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad en los delitos imprudentes y de omisión. Apelando directamente al principio de culpabilidad, podía hacerse lo mismo, *mutatis mutandi*, con el error de prohibición insuperable⁶⁹. En caso de error de prohibición culpable la atenuación de la pena debía producirse invocando la correlativa disminución de la culpabilidad. En tal supuesto, si el marco penal ordinario del delito fuera insuficiente para expresar adecuadamente dicha disminución, el juez podría imponer una pena inferior, pero siempre dentro de los límites previstos en el StGB para las causas generales de atenuación de la pena como, por ejemplo, la tentativa o la imputabilidad disminuida⁷⁰.

3. Como puede verse, se produjo un total alineamiento con la teoría de la culpabilidad. Sin embargo, debe hacerse hincapié en que, para la jurisprudencia, la aceptación de esta doctrina no supuso un giro copernicano. En efecto, a pesar de que la doctrina del RG era, en rigor, una teoría del dolo, en cuanto que los errores que eran considerados relevantes lo eran porque excluían el dolo, se ha señalado que la teoría de la culpabilidad admitida jurisprudencialmente a partir de 1952 no supone una ruptura con el acerbo doctrinal del RG sino que presenta muchas similitudes⁷¹. En efecto, se siguió manteniendo, aunque por vías distintas, un tratamiento más riguroso para el error de prohibición que para el error de tipo, por cuanto, respecto al primero se aseguró la posibilidad de castigo en toda clase de delitos⁷². Además, se continuó considerando que la efectiva presencia del conocimiento de la significación antijurídica del hecho no es siempre un elemento necesario para

⁶⁹ Cfr. *NJW*, 1952, pp. 595, III.3, y 596, V.1 (trad., pp. 290 y 293, respectivamente).

⁷⁰ Cfr. *NJW*, 1952, p. 596, V.3.

⁷¹ Hasta el punto que, últimamente se ha sostenido que, en el fondo, el BGH sigue la misma línea que el RG; *vid.* las referencias en CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25ª ed., § 17, Nm. 2.

⁷² A ello hay que añadir que los criterios para establecer la propia existencia del error (límites del conocimiento eventual) son más rigurosos en el error de prohibición que en el error de tipo y que los baremos para determinar la evitabilidad del error de prohibición que aplica la jurisprudencia alemana son asimismo más estrictos que en la imprudencia.

imponer la pena correspondiente por delito doloso. Es más, el hecho de que la decisión del *si y hasta qué punto* debe procederse a la atenuación fuera considerada una cuestión perteneciente al ámbito de la determinación de la pena de la que es competente el juez de instancia⁷³, deja bien claro que, para el BGH, el error de prohibición es una cuestión menor frente al error de tipo, causante de una modificación del título de imputación.

4. En cualquier caso, con esta decisiva resolución se produjo el punto de inflexión en el tratamiento del error de prohibición. Mientras que la relevancia del error de prohibición inevitable queda ya definitivamente fuera de toda duda, la concepción del error de prohibición evitable como causa de disminución de la culpabilidad autónoma del dolo se convierte en doctrina dominante hasta llegar a quedar definitivamente consagrada a partir de 1975 con el nuevo § 17 StGB:

§ 17. **Error de prohibición.** Si, al cometer el hecho, le falta al autor la comprensión de estar realizando un injusto, actúa sin culpabilidad si no podía evitar ese error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede atenuarse conforme al § 49 párr. 1⁷⁴.

⁷³ Cfr. BGH, NJW, 1952, p. 596, V.3.

⁷⁴ § 17. *Verbotsirrtum. Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs.1 gemildert werden.* Cfr. otras traducciones: HUERTA TOCILDO, RFDUC, mon. 3, 1980, p. 85, n. 33; TORÍO LÓPEZ, *Reformas penales*, p. 98, n. 3; MUÑOZ CONDE, *El error*, p. 74, n. 6; JOSHI JUBERT, *Alic*, p. 78; SILVA SÁNCHEZ en SCHÜNEMAN (ed.), *El sistema moderno*, p. 196; CANCIO MELIÀ en JAKOBS, ADPCP, 1992, p. 1065; RODRÍGUEZ DEVESA - SERRANO GÓMEZ, PG, 16^a ed., p. 636; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Los elementos normativos*, pp. 15-16, n. 41. En el § 49.1 StGB se establece la fórmula para determinar la pena cuando concurran causas legales especiales de atenuación que obligan o permiten descender más allá del límite mínimo del marco ordinario del delito en cuestión. Así, en relación a las penas privativas de libertad ello supone que, caso de aplicarse la atenuación, la nueva pena no podrá superar las tres cuartas partes del límite máximo del marco penal ordinario inicial. Para la duración mínima se establecen límites variables: así, el límite mínimo de dos años de privación de libertad se ve reducido a seis meses y el de un año a tres meses. Respecto al E 1962, *vid. infra* p.

3. La situación tras la nueva parte general de 1975

a) La polémica en torno a la constitucionalidad del § 17 StGB y las nuevas teorías del dolo.

1. Tan pronto entró en vigor la nueva Parte General del StGB en 1975, se libró la última gran batalla contra el imperio de la teoría de la culpabilidad, al plantearse la incompatibilidad del § 17 StGB con la Ley Fundamental ante el Tribunal Constitucional alemán⁷⁵. La cuestión fue presentada por un juez penal que se enfrentaba al problema de castigar unas amenazas y coacciones cometidas en error de prohibición vencible, delito cuya modalidad imprudente era atípica. Se hacía en los términos siguientes⁷⁶: si bien error de tipo y error de prohibición son distinguibles conceptualmente, no existirían motivos fundados que justificasen un trato tan diferenciado entre quien obra en error de tipo y quien lo hace en error de prohibición como el impuesto por el § 17 StGB. En especial si se tiene en cuenta que, en ambos casos, el sujeto no rechaza conscientemente las exigencias del ordenamiento jurídico, cosa que le diferencia del autor doloso. Por otra parte, tampoco parece que un error de prohibición sea más fácilmente evitable que un error sobre el supuesto de hecho típico, ni que el autor que obra en aquel estado sea más peligroso que el autor imprudente, razones que hubiesen podido explicar el distinto trato. Todo ello llevaba al juez a preguntarse si no se estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley (art. 3.1 GG) y el principio de culpabilidad⁷⁷. Como puede verse, se trata de los argumentos tradicionalmente esgrimidos por la teoría del dolo.

2. Partiendo de la base de que en el § 17 StGB se positivizaba la teoría de la culpabilidad, el BVerfG declaró, en una resolución muy escueta, que dicho precepto *no era inconstitucional*. Por lo que al principio de igualdad se

⁷⁵ Vid. BVerfGE 41, pp. 121-126, de 17.12.1975 (=JZ, 1976, pp. 91 y ss.).

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 123-124.

⁷⁷ Principio no reconocido expresamente pero que, según la jurisprudencia constitucional alemana, resulta de la inviolabilidad de la dignidad humana (art. 1.1 GG), del principio de autorresponsabilidad inherente al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG) así como del principio de Estado de Derecho.

refiere⁷⁸, entendió que no correspondía al Tribunal Constitucional analizar si se había optado por la solución más justa imaginable ni establecer si las consecuencias de la teoría del dolo eran más correctas que las de la culpabilidad, sino simplemente determinar si las diferencias marcadas por el legislador no son arbitrarias sino que responden a alguna razón objetiva. En el caso del § 17 StGB, el BVerfG consideró que la decisión no era arbitraria sino que expresaría la idea, fundada en razones político-criminales profundamente debatidas, de que el error sobre un supuesto de hecho típico es merecedor de un desvalor menor que el error sobre el carácter injusto del hecho. Y mientras se respete la premisa de la prohibición de arbitrariedad, optar por una solución u otra corresponde al ámbito de libre configuración del legislador.

Asimismo, el BVerfG entendió que tampoco podían formularse objeciones a la regulación positiva desde la perspectiva del principio de culpabilidad, que impone la existencia de una correspondencia objetivamente proporcionada, de acuerdo con la idea de justicia, entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica⁷⁹. Ello se cumpliría también en el § 17 StGB, puesto que, en relación a la pena prevista para el hecho doloso, el precepto permite una atenuación en caso de falta de conciencia del injusto reprochable, con lo que se respetaría la idea de que debe existir siempre una disminución de la sanción en atención a la medida de la culpabilidad. Según el Tribunal Constitucional alemán, no puede deducirse nada más de la vertiente constitucional del principio de culpabilidad.

3. La resolución del BVerfG fue duramente criticada desde la teoría del dolo, básicamente por dos motivos⁸⁰. La primera crítica se basaba en que la repuesta ofrecida no se correspondía con aquello que, en realidad, se había preguntado. La cuestión que auténticamente se le planteaba al Tribunal Constitucional alemán era si la premisa de la interpretación mayoritaria del § 17 StGB⁸¹, esto es, que un hecho cometido en error de prohibición no es

⁷⁸ Vid. BVerfGE 41, pp. 124-125.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 125-126.

⁸⁰ Cfr. en lo que sigue las críticas de SCHMIDHÄUSER, *JZ*, 1979, pp. 361 y ss.; últimamente también KORIATH, *Jura*, 1996, pp. 124-125.

⁸¹ La estrategia de la teoría del dolo ante la rotundidad de los términos del § 17 en

un comportamiento imprudente sino doloso, es conciliable con el principio de culpabilidad, entendido como justa proporción entre la gravedad del hecho y la medida de culpabilidad del sujeto, por una parte, y la pena, por otra. El BVerfG habría respondido, en cambio, a la pregunta de si son conformes al principio de igualdad y de culpabilidad las consecuencias jurídicas legalmente previstas para el error de prohibición evitable *en comparación* a las establecidas para el hecho cometido con *plena conciencia* del injusto. Este hubiese sido el problema del § 17 StGB si, en lugar de tener prevista una atenuación para el error de prohibición, hubiese declarado irrelevante el mismo y hubiese mantenido plenamente el principio *error iuris (criminalis) non excusat*, cosa que, evidentemente, no era el caso⁸². De esta forma, seguiría sin respuesta el problema de hasta qué punto se compadece con el principio de culpabilidad la unificación de dos supuestos tan dispares como el desconocimiento y la conciencia del injusto como forma de responsabilidad –la dolosa– *contrapuesta* a la responsabilidad por *imprudencia*; en términos más contundentes, el BVerfG no se habría pronunciado sobre si error y rebelión pueden reconducirse a un mismo título de imputación, tomando como simple precaución una mera atenuación facultativa.

La segunda crítica es que, caso de entenderse que el BVerfG también había resuelto, de forma implícita, la cuestión realmente planteada en favor de las tesis mayoritarias, entonces la solución sería axiológicamente rechazable. Para ello se invocaba la tradicional argumentación de la teoría del dolo: por imperativo del principio de culpabilidad, el legislador ha tenido que diferenciar, en atención a su distinta gravedad, los comportamientos dolosos de los imprudentes. Dicho principio, si debe

pro de la teoría de la culpabilidad pasaba por entender que una interpretación de dicho precepto en el sentido de la teoría del dolo debería prevalecer de todos modos por ser ésta *la única interpretación constitucionalmente admisible*.

⁸² Este sí era el objeto de la decisión del Tribunal Constitucional italiano cuando declaró contraria al principio de culpabilidad la irrelevancia total del error de Derecho penal establecida en el art. 5 CP italiano (*vid. infra* p. 62 y ss.). En este sentido, en el caso alemán quedaría pendiente la compatibilidad de otros efectos del § 17 StGB con el principio constitucional de culpabilidad: si el error de prohibición puede no ser motivo de atenuación ya que ésta es facultativa, alguna conducta cometida en desconocimiento de su antijuricidad puede ser acreedora de la *misma pena* que la cometida con plena conciencia.

actuar como garantía individual frente a las necesidades político-criminales, ha de tomar como base la vivencia individual del autor en el momento del hecho. Por todo ello, colisionaría abiertamente con el principio de culpabilidad⁸³ utilizar como criterio distintivo esencial entre el dolo y la imprudencia el simple desconocimiento de los hechos en detrimento de la creencia de estar haciendo o no algo permitido, que siempre sería un factor mucho más significativo para el propio sujeto en el momento de adoptar sus decisiones.

4. Sin embargo, la doctrina ha entendido mayoritariamente que la decisión constituyó el espaldarazo definitivo a la teoría de la culpabilidad ante los últimos intentos de frenar su avance por parte de los defensores de la teoría del dolo. La interpretación mayoritaria del contenido de la sentencia es que la constitucionalidad de la teoría de la culpabilidad ha sido plenamente contrastada puesto que se había cuestionado la punición del sujeto que actuaba en error de prohibición según el § 17 –pena del delito doloso, eventualmente atenuada– y en la sentencia se analiza este párrafo interpretándolo según la teoría de la culpabilidad y se declara que sus consecuencias no vulneran el principio constitucional de culpabilidad⁸⁴. El problema queda, por consiguiente, reducido a la interpretación ordinaria de

⁸³ Vid. SCHMIDHÄUSER, *JZ*, 1979, pp. 366-368. Según este autor, esta opinión encontraría apoyo en sentencias posteriores que aumentaron las exigencias constitucionales de justicia en el ámbito penal, lo que llevaría a una mayor profundización del valor del principio de culpabilidad en la comprobación de la constitucionalidad de las normas penales. Sin embargo, la cuestión del error de prohibición no ha llegado a plantearse nuevamente. Es más, en la S. BVerfG de 24.11.1996, (analizada *infra* pp. 273 y ss.) se sigue dando a dicho principio una dimensión constitucional bastante reducida, en la línea de la sentencia de 1975.

⁸⁴ Cfr. en ese sentido, KRAMER/TRITTEL, *JZ*, 1980, pp. 395-396; MAURACH-ZIPF, *ATI*, 8ª ed., § 37, Nm.28; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 14, n. 25. Como indican estos autores, una cuestión distinta es que la afirmación inicial del BVerfG, en el sentido de que en el § 17 StGB se codifica la teoría de la culpabilidad, suponga el rechazo de otras hipotéticas interpretaciones del precepto. En este sentido existe acuerdo en que el TC alemán no es competente en la interpretación vinculante del Derecho cuando no se trata de su control de constitucionalidad, cuestión que corresponde a la jurisdicción ordinaria. Por consiguiente, la afirmación del Tribunal debe entenderse tan sólo en el sentido de fijar el objeto de su sentencia, esto es, la constitucionalidad de las consecuencias del § 17 StGB interpretada según la teoría de la culpabilidad. Evidentemente, una interpretación del § 17 StGB conforme a la teoría del dolo tendría más problemas con el principio de legalidad que con el de culpabilidad y ello no fue objeto de la cuestión de constitucionalidad.

la ley, campo en el que la teoría de la culpabilidad parece tener todos los pronunciamientos a su favor. En efecto, tanto los antecedentes históricos, como la voluntad subjetiva del legislador o el tenor gramatical del precepto y su interpretación sistemática en relación con el § 16, donde se regula el error de tipo, se oponen frontalmente a la supervivencia, *de lege lata*, de la teoría del dolo⁸⁵.

5. Efectivamente la entrada en vigor del nuevo StGB, con una regulación diferenciada para el error de tipo y el error de prohibición y que dejaba claro que sólo el primero excluye el dolo, supuso el abandono definitivo de la teoría del dolo por parte de la mayoría de autores⁸⁶. El más conspicuo representante de la teoría del dolo en los últimos tiempos ha sido SCHMIDHÄUSER, que no sólo encabezó, como ya se ha visto, el ataque a la constitucionalidad del § 17 StGB, sino que también intentó, con poco éxito, reinterpretar dicho precepto conforme a dicha teoría⁸⁷.

En la actualidad, la denominada *teoría modificada del dolo*, patrocinada por Harro OTTO⁸⁸, constituye el intento más importante de

⁸⁵ Cfr. LOOS, *Wassermann-FS*, pp. 125-128, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 15 y ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 11.

⁸⁶ Al menos en el núcleo central del Derecho penal. No así en el Derecho penal accesorio y contravencional, puesto que muchas de sus infracciones son ético-socialmente incoloras (JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 17 Nm. 18), con lo que el sujeto que desconoce la prohibición tiene tan pocos motivos como quien incurre en un error de tipo para omitir el comportamiento. En este ámbito el número de partidarios de la teoría del dolo, encabezados por TIEDEMANN, es sensiblemente mayor. Cfr. las referencias en ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 40 y JESCHECK, § 41 I 2.

⁸⁷ *Vid.* SCHMIDHÄUSER *AT*, *Studienbuch*, 7 Nm. 90: partiendo de que la conciencia de todos los elementos que constituyen la conducta lesiva para el bien jurídico son elementos de la culpabilidad, entre ellos, la conciencia de lo injusto, el § 17 StGB sería sólo una cláusula, casi redundante, básicamente destinada a ofrecer una atenuación a los hechos en los que, junto a una imprudencia de hecho, concurre una imprudencia de Derecho. *Vid.* también el resumen de GEERDS, *Jura*, 1990, p. 429 y la crítica de JAKOBS, *AT*, 2ª ed. Abs. 17 Nm. 14-15.

⁸⁸ Cfr. OTTO, *Grundkurs*, § 7, Nm. 62-74, § 13, Nm. 39-45 y § 15, Nm. 5-11 y *Jura*, pp. 647-648. Le sigue GEERDS, *Jura*, 1990, pp. 421 y ss. Como el mismo autor reconoce (*ibidem*, § 15, Nm.10), se inspira en la tradición de la moderna teoría del dolo de SCHMIDHÄUSER y, muy especialmente en este punto de la *conciencia de la antijuricidad*, en Arthur KAUFMANN (*vid.* de este último, *Lackner-FS*, p. 188). Últimamente también se ha manifestado partidario de la teoría del dolo, KORIATH, *Jura*, 1996, pp. 113 y ss. Se observa alguna proximidad en la argumentación de QUERALT JIMÉNEZ, *CDJ*, XXIII, pp. 40 y ss.

mantener el espíritu y las consecuencias de la teoría del dolo adaptándolas a las exigencias legales del StGB. Este autor parte de los presupuestos sistemáticos al uso en materia de imputación subjetiva, es decir, considera que el dolo es un elemento constitutivo del tipo de injusto, que *la conciencia de la antijuricidad* es un elemento de la culpabilidad y que, por consiguiente, el error de tipo excluye el injusto doloso mientras que el error de prohibición excluye o disminuye la culpabilidad. Ahora bien, las peculiaridades se presentan cuando se dota de contenido a dichos elementos subjetivos. Así, el dolo no sólo estaría compuesto por la voluntad de realización de la conducta y por los elementos que integran el supuesto de hecho, sino también por la *conciencia de lo injusto* –material– propiamente dicha o conciencia de la *dañosidad social* de la conducta realizada. Para la culpabilidad quedaría tan sólo el análisis de la *conciencia de la antijuricidad* –formal–, entendida como conciencia de estar infringiendo un precepto jurídico-penal, cuestión que se trataría conforme al § 17 StGB⁸⁹. La consecuencia de todo ello es que gran parte de lo que mayoritariamente se considera error de prohibición sería, según esta doctrina, un error que excluye el injusto doloso. Sin embargo, sus planteamientos se adaptan algo mejor al escenario legal alemán que los de sus antecesores.

Partiendo de la premisa de que la problemática del error no es sino un reflejo del concepto del dolo, esta teoría no sería, según sus defensores, más que una transposición coherente de lo que se viene sosteniendo con mayor amplitud en materia de dolo. En los últimos años se ha extendido la opinión de que lo específico del dolo, en contraposición a la imprudencia, es que constituye *una decisión en favor del injusto*⁹⁰. Asimismo, en materia de elementos normativos del tipo, se suele exigir, con matices, que el *contenido de significado social* del hecho sea abarcado por el dolo⁹¹. Pues bien, una

⁸⁹ Cfr. OTTO, *Grundkurs*, § 7, Nm. 68 y § 13, Nm. 41.

⁹⁰ Cfr. OTTO, *Grundkurs*, § 7, Nm. 65. Sobre la concepción del dolo como decisión contra el bien jurídico protegido por el tipo, *vid.* ROXIN, *ATI*, 3ª ed. § 12, Nm. 21-31 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 182 y ss y 307-310.

⁹¹ Cfr. GEERDS, *Jura*, 1990, pp. 422-425. Respecto a este concepto en relación al error sobre elementos normativos, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Los elementos normativos”, pp. 30 y ss, en especial n. 113, donde se indica que con esta expresión se corre el riesgo de incluir en el dolo el conocimiento de la propia desvaloración social del

profundización en esa dirección llevaría a la conclusión de que sólo obra dolosamente (se decide contra el bien jurídico) quien capta el contenido de significado social del hecho. Éste va más allá de la idea de simple afectación material o daño material a un bien: es preciso captar la *dañosidad social* del hecho, es decir, que a través de la afectación o puesta en peligro del bien jurídico se produce una situación objeto de un *juicio social negativo* por atentar contra una representación valorativa básica de la sociedad. Enriquecido el dolo con el conocimiento del fundamento del injusto, fuera de algunos errores de permisión, el campo del error de prohibición quedaría muy reducido⁹².

b) La situación doctrinal actual.

1. Tras la gran aceptación de la teoría de la culpabilidad y su plasmación en Derecho positivo, se ha conseguido un consenso notable sobre la ubicación sistemática de dolo, la conciencia de la antijuricidad y el papel del error de prohibición. Por ello, doctrina y jurisprudencia han podido profundizar en cuestiones básicas como las diferencias con el error de tipo, la cuestión del objeto de la conciencia de lo injusto o la evitabilidad del error de prohibición⁹³.

El éxito de la teoría de la culpabilidad no respondió únicamente a las limitaciones de la teoría del dolo en el contexto histórico-legal alemán, sino a que, una vez liberados del dolo, era más fácil conectar directamente la conciencia de lo injusto del hecho con el fundamento material de la culpabilidad o de la imputación personal que se mantuviera, y moldear el propio concepto de error sin estar sujetos necesariamente al modelo de la parte "natural" del dolo y a las consecuencias del error de tipo.

hecho, cosa que rechaza el autor. *Vid.* también, LUZÓN PEÑA, *PG I*, pp. 442-443.

⁹² Especialmente si se considera además que en el campo del Derecho penal accesorio también es exigible el conocimiento de la norma vulnerada para poder afirmarse la conciencia de lo injusto o dolo (*vid.* GEERDS, *Jura*, 1990, p. 430). Por otra parte, esta postura también tiene efectos en los errores sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación: en tales casos podrá negarse *propiamente* la falta de dolo por no haberse captado el significado socialmente dañino del hecho.

⁹³ KORIATH, *Jura*, 1996, p. 113.

En cualquier caso, la renuncia a un *conocimiento efectivo* de la antijuricidad como fundamento mínimo para atribuir un hecho, junto con una atenuación *facultativa* de la pena en caso de error, ha abierto las puertas a nuevas divisiones. En efecto, las divergencias en la configuración de la conciencia de la antijuricidad y el error de prohibición ya no encuentran base exclusiva en su ubicación sistemática y su relación con el dolo, sino también en la mayor o menor *normativización* de dichos conceptos⁹⁴. Lo que resulta determinante es establecer hasta qué punto el estado psicológico fáctico del autor en el momento de la comisión del hecho opera como fundamento material básico, tanto de la atribución de la responsabilidad, como de su medida. Con ello no me estoy refiriendo únicamente a la introducción de algunos límites normativos a la imputación subjetiva, sino también a la posibilidad de fundarla o medirla sin necesidad de apelar a su base psicológica tradicional.

2. Esta tensión entre criterios normativos y psicológicos se ha hecho especialmente virulenta en el establecimiento de la *evitabilidad* del error de prohibición. Así, en el extremo más psicologizante se encuentran autores como HORN o ZACZYK, para los que la culpabilidad dolosa exige que el sujeto haya llegado a *dudar efectivamente* (siquiera de forma ligera e inespecífica) sobre la licitud de su obrar; en caso contrario, la ausencia de conciencia de la antijuricidad es *inevitable* al carecerse de capacidad individual para ello⁹⁵.

Sin embargo, las reflexiones de carácter político-criminal, a veces opuestas a las estrictamente psicológico-culpabilísticas, resultan cada vez más determinantes en el establecimiento de la frontera mínima de punibilidad⁹⁶. Así, en el extremo opuesto a los anteriores, se encuentran autores como JAKOBS. Éste funcionaliza completamente la culpabilidad, al ponerla al servicio de la estabilización de las normas penales a través de la imputación

⁹⁴ Vid. una análisis desde esta perspectiva sobre las posiciones en materia de conciencia de lo injusto y error en KÜPPER, *Grenzen*, pp. 164-178.

⁹⁵ Vid. HORN, *Verbotsirrtum*, p. 167 y s. y ZACZYK, *JuS*, 1990, p. 893; vid. también las críticas de TIMPE, *GA*, 1984, pp. 57-58 y ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 53; tesis seguidas en España por GIMBERNAT ORDEIG (*ADPCP*, 1970, p. 740, y *Estudios de Derecho Penal*, pp. 177-178), OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, (*PG* 2ª ed., p. 314) y BACIGALUPO ZAPATER (*Principios*, 2ª ed., p. 182).

⁹⁶ Cfr. NEUMANN en *NK* § 17, Nm. 5-6 y 51.

penal. En la culpabilidad se debe decidir a quién le *incumbe* la resolución del conflicto originado por la defraudación de expectativas que supone la infracción de la norma penal. Consiste en decidir cuántas particularidades molestas del autor deben ser aceptadas por el Estado y la sociedad, y ser soportadas por terceros (incluso la propia víctima), y qué necesidades sociales deben recaer sobre el autor: en el caso del error de prohibición, se trata de determinar la cantidad de desconocimiento del autor que puede ser asumido por el Estado y la sociedad sin afectar la función preventiva general del Derecho penal⁹⁷. Así, por ejemplo, se atribuirán distintos efectos al desconocimiento de la norma según se trate de las normas centrales del núcleo del Derecho penal o de normas correspondientes a un ámbito contingente; o se considerará irrelevante el conocimiento de la antijuricidad cuando al sujeto no le corresponda la situación de conflicto⁹⁸.

3. Sin llegar a estos extremos, en la determinación del contenido y baremos que integran el conocimiento de lo injusto y la evitabilidad del error de prohibición, otros autores efectúan propuestas que no responden exclusivamente a un concepto psicológico-individual de culpabilidad, sino que introducen también necesidades preventivas. RUDOLPHI lo ilustra con algunos ejemplos⁹⁹: a los autores por conciencia o por convicción se les *imputa* una conciencia de la que carecen¹⁰⁰; en los ámbitos profesionales especializados, priman aspectos normativos-generalizadores sobre los psicológico-individuales, dado que las normas que se ignoran juegan en este campo un especial papel de prevención de riesgos¹⁰¹; incluso, en la determinación de

⁹⁷ Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed. Abs. 19 Nm. 33 y 35; TIMPE, *GA*, 1984, pp. 61 y ss. y LESCH, *JA*, 1996, p. 607 y s. De acuerdo en los principios, NEUMANN, *JuS*, 1993, p. 797. Cfr. la exposición crítica de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 160-162 y 164-166.

⁹⁸ Vid. *infra*. pp. 117.

⁹⁹ Vid. RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 2a; *el mismo*, “Das virtuelle Unrechtsbewußtsein”, p. 1 y ss.

¹⁰⁰ Puesto que el reproche de culpabilidad en sentido estricto sólo puede efectuarse cuando, en su conciencia el sujeto no siente la norma como vinculante: *vid.*, RUDOLPHI, “Das virtuelle Unrechtsbewußtsein”, pp. 7 y ss.

¹⁰¹ En el sentido de que, en caso de actividades reguladas jurídicamente en especial (transporte por carretera, actividad bancaria, hostelería, etc.) es posible efectuar un reproche de culpabilidad a pesar de que el error sea *invencible* en el momento del hecho (RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 44). *Vid.* otras manifestaciones objetivizantes en este ámbito en NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 56 y ss.

cuándo existe un *motivo* para sospechar acerca de la antijuricidad del hecho, ha de efectuarse alguna objetivización¹⁰².

Sin embargo esta normativización o generalización no supone necesariamente una ampliación sistemática de la punibilidad. Estas mismas ponderaciones normativas pueden ser utilizadas también en sentido contrario como *límite* en la atribución de responsabilidad cuando, desde una perspectiva de capacidad individual, dicha atribución todavía no estuviese descartada. Ello sucedería, por ejemplo, en el tratamiento especial de la conciencia (eventual) de la antijuricidad en caso de dudas *irresolubles* o en la renuncia a la pena cuando, pese a ser subjetivamente posible el conocimiento del injusto, la actividad del sujeto ya ha satisfecho las necesidades preventivas¹⁰³. Tal planteamiento es, por ejemplo, el de ROXIN¹⁰⁴. Situado en un punto medio en relación a las posiciones anteriores, este autor integra en la categoría de la *responsabilidad* la culpabilidad y las necesidades preventivas, con el objeto que se limiten mutuamente. De esta forma, no sólo patrocina baremos de vencibilidad muy restringidos, centrados en las capacidades *individuales* del sujeto, sino que, aunque existan restos de posibilidad individual de acceder al conocimiento del Derecho –esto es, un mínimo de culpabilidad–, la responsabilidad decae una vez satisfechas tales necesidades preventivas, materializadas en las exigencias de una fidelidad normal al Derecho.

4. Estas divergencias no suelen ser tan acusadas cuando se trata de la *conciencia de lo injusto*, que, en líneas generales, sigue tratándose como una estructura básicamente psicológica, emparentada con el dolo¹⁰⁵. Sin embargo, estimuladas, como se verá, por la regulación legal del error de prohibición,

¹⁰² Así, para que el error sea evitable basta con que el sujeto hubiese conocido circunstancias que *para una persona conscientemente responsable* hubiesen sido *motivo suficiente* para cerciorarse de la situación jurídica. Cfr. RUDOLPHI en SK, § 17, Nm. 31 y el análisis de TIMPE, GA, 1984, p. 58.

¹⁰³ Respecto al primero, *vid. infra* pp. 164 y ss. Respecto a lo segundo, puede servir de ejemplo los límites a la imputación en caso de situaciones jurídicas contradictorias establecidos cuando el sujeto se orienta conforme a los medios de obtención del Derecho: *vid.* NEUMANN en NK § 17, Nm. 65 y ss.

¹⁰⁴ *Vid.* ROXIN, ATI, 3ª ed., § 19 Nm. 36 y ss. y § 21 Nm. 35-44. Cfr. también la exposición crítica de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 191 y ss.

¹⁰⁵ Cfr. KÜPPER, *Grenzen*, pp. 172-174.

empiezan a manifestarse, también en este campo, las tensiones anteriormente apuntadas. Ello se hace especialmente patente en la relación entre el dato empírico del conocimiento de la antijuricidad y el *grado* de responsabilidad; es decir, en si toda ponderación está encadenada al efectivo conocimiento de la antijuricidad como presupuesto psicológico único e irrenunciable de la responsabilidad plena del sujeto, o si pueden darse otras situaciones valorativamente *equiparables* al conocimiento.

Así, pese a que la forma habitual de clasificar las distintas posiciones y soluciones respecto al error de prohibición se centran en el aspecto de su ubicación sistemática y en su relación con el dolo, JAKOBS¹⁰⁶ ha hecho especial énfasis en que el rasgo característico esencial de las diferentes teorías es su vinculación al conocimiento de lo injusto o su defecto como *datos psíquicos*. De esta forma, un modelo será *rígido* si la atenuación de la pena es forzosa en caso de ausencia de conciencia. Por contra, una teoría será *elástica* cuando la medida de la culpabilidad se determina a través de ponderaciones axiológicas que se comportan de forma variable en relación al dato psicológico del conocimiento¹⁰⁷. Así, el StGB ha positivizado una teoría de la culpabilidad *elástica*, puesto que la ausencia vencible de la conciencia de lo injusto sólo se atenúa facultativamente. Las propias teorías del dolo se presentan en ambas modalidades: la posición del RG era la de una teoría del dolo *elástica*, toda vez que admitía la existencia de errores sin efecto alguno en la punibilidad de la conducta, mientras que, en líneas generales, las teorías del dolo defendidas por la doctrina son *rígidas*, al establecer una correlación directa entre conocimiento y responsabilidad.

Bajo estas premisas se desenvuelven las aportaciones doctrinales alemanas en materia de conciencia de lo injusto. En el próximo capítulo profundizaremos en ellas.

¹⁰⁶ Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed. Abs. 19 Nm. 1-2 y 14-18 y LESCH, *JA*, 1996, pp. 350 y s.

¹⁰⁷ Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed. Abs. 19 Nm. 1

B. El proceso de reconocimiento del error de prohibición en Italia

1. Introducción

Hasta que la SCCos 384/1988¹⁰⁸ diera un espectacular vuelco a la situación, en Derecho penal italiano la ignorancia de la ilicitud del hecho era, por imperativo legal expreso, absolutamente intranscendente e, incluso tras la intervención de la *Corte Costituzionale*, los efectos de la misma son, al menos sobre el papel, sensiblemente inferiores a los previstos en Derecho español. Ello ha motivado que la incidencia en España del tratamiento dogmático italiano del error de prohibición haya sido en los últimos tiempos insignificante. Sin embargo, parece extraño que países que presentan tantas similitudes en su ordenamiento jurídico, muy especialmente en el campo constitucional y penal, puedan estar utilizando estructuras de atribución personal de la responsabilidad penal aparentemente antitéticas. En las próximas páginas se intentará efectuar una aproximación a la situación italiana poniendo especial énfasis en la mencionada resolución de la CCos puesto que, a mi entender, en la misma se exponen con claridad las bases de la posibilidad del conocimiento de la antijuricidad del hecho como elemento autónomo de la imputación personal del hecho a su autor, esto es, la teoría de la culpabilidad.

Sin embargo, antes de entrar en materia, permítaseme otra precisión. Es importante tener muy en cuenta las notables divergencias sistemáticas entre los modelos de teoría del delito imperantes en España y Italia. Según creo, los modelos de análisis de la estructura del delito imperantes en Italia suelen agruparse en dos modelos, que, lógicamente, simplifican un panorama muchísimo más rico¹⁰⁹. El primer modelo sería la denominada *concepción bipartita*¹¹⁰, de carácter básicamente descriptivo, que agrupa las diferentes partes del delito en un *elemento objetivo* y un *elemento subjetivo* (denominados también hecho y culpabilidad) donde se ordenan todos los

¹⁰⁸ SCCos 364/1988, de 23 de marzo (*RIDPP*, 1988, pp. 686-731 = *Foro it.*, 1988, I, pp. 1385-1412).

¹⁰⁹ *Vid.* una somera descripción en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 364 y s.

¹¹⁰ *Vid.* por todos, MANTOVANI, *PG*, 3ª ed., *passim*, especialmente pp. 139-140.

elementos naturalísticos del delito (causalidad, dolo, imputabilidad, etc.). Sólo una vez han sido constatados estos elementos se procede a un juicio de contradicción entre el hecho en su conjunto y la norma penal, *la antijuricidad*. Este modelo sería el mantenido por la jurisprudencia dominante y, posiblemente, por la doctrina mayoritaria. El segundo modelo respondería a una *concepción tripartita*¹¹¹ del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) que, para entendernos, se correspondería con las categorías comúnmente manejadas en Alemania y España, preponderando una distribución categorial muy similar al concepto neoclásico del delito tal como lo dispuso MEZGER¹¹². A efectos de lo que aquí interesa, se mantienen en la culpabilidad todas las condiciones psicológicas que permiten la imputación personal, entre ellas, el dolo. La principal diferencia entre ambos modelos consiste en el tratamiento sistemático de la justificación, que en el modelo bipartito constituye un elemento ajeno a la estructura del delito, una especie de causa externa impeditiva de la punibilidad. De todas formas, a pesar de que, si atendemos a los elementos que integran cada uno de los dos escalones de la concepción bipartita, sus componentes coincidirían en buena medida con las categorías dogmáticas de tipo y culpabilidad, parece que las diferencias metodológicas con los modernos sistemas de la teoría del delito de inspiración germánica son mucho más profundas y probablemente explicarían el mayor objetivismo de la responsabilidad en Italia¹¹³.

¹¹¹ *Vid.*, por todos, FIADANCA-MUSCO, *PG*, 3ª ed., *passim*, especialmente pp. 149-165 y ROMANO, *Commentario sistematico*, Pre-Art.39, Nm. 17 y ss. y 27 y ss.

¹¹² No así el fundamento de las categorías ni el desarrollo material de las mismas. Así, por ejemplo, FIADANCA-MUSCO (*op. cit.*, p. 150 y s.) pese a que su propuesta responde a ese modelo, metodológicamente efectúan una fundamentación teleológico-funcional de las categorías dogmáticas mucho más moderna, concretamente en la línea de ROXIN.

¹¹³ En efecto, se ha afirmado – *vid.* SCHÜNEMANN en SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos de un sistema europeo*, pp. 206-208 y 212-213– que la estructuración sistemática de la concepción bipartita es bastante pobre; según ello, su función es básicamente descriptiva y clasificatoria, sin llegar a constituir, al menos en su planteamiento jurisprudencial, una auténtica ordenación sistemática de dos categorías cohesionadas en torno a dos perspectivas de valoración distintas, tal como sucede con las categorías injusto y culpabilidad de la teoría del delito alemana.

2. *El estado de la cuestión en Italia hasta la intervención de la Corte Costituzionale*

a) Presupuestos legales y jurisprudenciales.

1. Llama la atención que, hasta tiempos muy recientes, la situación jurídica italiana ha sido extremadamente severa con el tratamiento del error en general y, muy especialmente, con el error de prohibición. En efecto, el art. 5 CP it. establece que “nadie puede invocar como excusa la ignorancia de la ley penal”. Este enunciado debe ser puesto en relación con el art. 47 del mismo Código, cuyo apartado primero prevé que “el error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del sujeto”, sin perjuicio de la posible responsabilidad culposa si la misma está prevista¹¹⁴; en su apartado tercero se establece que “el error sobre una ley distinta a la penal excluye la punibilidad cuando ocasiona un error sobre el hecho que constituye el delito”¹¹⁵. De la conjunción de los artículos mencionados resulta que el error sobre el hecho excluye el dolo, mientras que el error sobre la norma no tiene efectos excusantes.

2. A primera vista esta regulación se correspondería con la tradición

¹¹⁴ En el CP italiano también rige el sistema de incriminación limitada y expresa de los delitos imprudentes (cfr. art. 42 CP it.). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en el caso de las *contravenciones*, las conductas tipificadas comprenden indistintamente supuestos dolosos y culposos (*vid.* MANTOVANI, *PG*, 3ª ed., pp. 360-361). Puesto que la mayor parte del debate acerca de la relevancia del error de Derecho en Italia se ha producido en materia de contravenciones, vale la pena hacer una somera descripción de las mismas. En Derecho italiano, las infracciones penales (*reati*) se componen de delitos y contravenciones. Estas últimas son infracciones menores, castigadas con penas de multa y arresto (aunque éste puede tener, en algún caso, una duración de hasta los tres años con lo que se produce un solapamiento con las penas de los delitos –cfr. arts. 23 a 26 CP it.–). Hasta cierto punto, podría trazarse un paralelismo con las faltas del CP español, si bien las contravenciones son más numerosas (arts. 650-734 CP it. y también en muchas leyes sectoriales) y, materialmente, abarcan un ámbito más amplio, ya que junto a infracciones de cierta gravedad (por ejemplo, la fabricación y comercialización ilegal de explosivos), la mayoría de ellas tipifican conductas que en España suelen ser ilícitos administrativos (como, por ej., la falta de licencia para determinadas actividades económicas y espectáculos, expendición de alcohol a menores, etc.).

¹¹⁵ El panorama legislativo se complementa con el art. 59.3 CP it., que regula, entre otras, la cuestión del error en el ámbito de las causas de justificación: si el sujeto cree por error que existen circunstancias que excluyen la pena, éstas serán apreciadas en su favor, sin perjuicio de la responsabilidad por imprudencia si el error es culposos.

romanista imperante en las jurisprudencias europeas de la primera mitad de siglo, muy especialmente con las tesis sostenidas por el RG, que acabamos de ver. De todas formas el caso italiano presenta algunas particularidades. La principal de ellas es la rotunda ratificación legislativa del principio *error iuris criminalis non excusat*. Esta definición expresa del mismo significó un serio obstáculo al progresivo reconocimiento del error de prohibición en Italia y petrificó la situación hasta tiempos muy recientes. Es destacable, además, que una regulación tan severa sea relativamente moderna –proviene del *Código Rocco* de 1930– y que incluso supusiera, en algunos aspectos, un retroceso en relación con la legislación que le precedía¹¹⁶.

Partiendo de estos presupuestos legislativos, el problema fundamental al que se enfrentaba el intérprete en esta materia era determinar qué errores encajaban en el art. 5 CP it. –siendo, por tanto, irrelevantes– y qué errores caían del lado del art. 47.1 y 3 –dando lugar a la impunidad o, a la sumo, a la punición por imprudencia–. Por lo que interesa al objeto de este trabajo, los supuestos de error sobre el carácter prohibido del hecho, que comúnmente denominamos error de prohibición¹¹⁷, han sido considerados errores sobre el precepto penal y sometidos a la disciplina del mencionado art. 5 CP it. En principio, dada la inexcusabilidad *ex lege* de dicho error, el análisis de los

¹¹⁶ Vid. JESCHECK, *Ind. pen*, 1988, pp. 186-187 y PALAZZO, “Ignoranza della legge penale”, pp. 126-127. Así, a pesar de que en el primer Código penal de la Italia unificada – el *Código Zanardelli* de 1889– también se establecía la irrelevancia del error de Derecho, esta previsión se recogía en el capítulo de la imputabilidad y se consideraba como una presunción de culpabilidad por violación de normas de claro contenido moral (como las que constituían los delitos tipificados en esa época). Al menos se trataba de una presunción de conocimiento y, como tal, susceptible de algunas excepciones. Por contra, el Código de 1930 traslada la cuestión a la parte dedicada a las “leyes penales”, con lo que el tema del conocimiento del Derecho se desliga de la culpabilidad y se convierte, como resultado de premisas totalitarias como el principio de obligatoriedad ilimitada de las leyes penales y la primacía de los intereses del Estado sobre los del individuo, en una cuestión absolutamente negligible. Por otra parte, los autores señalan que este artículo no es sólo un fruto tardío abonado por el totalitarismo sino que la resistencia del principio *ignorantia legis non excusat* en Italia responde también a la fuerte influencia de la postura sobre esta cuestión mantenida por CARRARA (*vid.* FIADANCA, *Foro it.*, 1988, I, p. 1386).

¹¹⁷ Respecto al error en el ámbito de las causas de justificación del art. 59.3 CPit (*v. supra* n. 115) se entiende, con distintos matices, que se sigue la distinción entre el error sobre el supuesto de hecho y error sobre la norma, perfectamente simétrica a la disciplina general del error establecido en el art. 47 (cfr., al respecto, ROMANO, *Commentario sistematico*, Art. 59, Nm. 12 y FIADANCA –MUSCO, *PG*, 3ª pp. 223-224).

aspectos internos del mismo finalizarían en este punto. Sin embargo, para calibrar mejor la magnitud del problema al que se enfrentó la *Corte Costituzionale* italiana cuando tuvo que dictaminar sobre la constitucionalidad de dicho artículo, es importante tener en cuenta que el ámbito de aplicación práctica del mencionado artículo era superior al del error de prohibición *stricto sensu*.

3. En efecto, por si las previsiones legales no fueran suficientemente duras, la aplicación jurisprudencial de las mismas ha acentuado su tendencia hacia la responsabilidad objetiva¹¹⁸. Como se ha señalado, la frontera decisiva en materia de error discurre por la distinción entre el error sobre las leyes extrapenales y error sobre las leyes penales establecida por el art. 47 CP it. La jurisprudencia parte de la idea de que dicho precepto se inspira en la clasificación tradicional del error según el *origen* o *fuentes* del mismo, es decir, según provenga la representación equivocada de la realidad de una mala percepción de la realidad naturalística (error de hecho, excluyente el dolo) o bien de una falsa representación de la realidad normativa (error de Derecho, en principio irrelevante). Esta situación estaría corregida en parte en el CP it. al darse relevancia también a la representación equivocada de la *realidad normativa extrapenal* (art. 47.3). Sin embargo, la jurisprudencia italiana maneja un concepto de ley penal y, por consiguiente, de errores irrelevantes, muy amplio. Así es: a efectos de error, *norma penal* no sería sólo la que preceptúa la punibilidad de un determinado hecho sino que la mayoría de leyes extrapenales, a partir del momento en que son invocadas expresa o implícitamente por la ley penal mediante alguno de sus elementos, pasan a *integrar* el supuesto de hecho prohibido, pierden su autonomía y asumen el carácter de ley penal en el sentido del art. 5 CP it. De esta manera, el concepto error sobre la ley penal absorbería casi toda comprensión incorrecta de todo elemento normativo del tipo así como todos los errores en materia de leyes penales en blanco, con lo que, a la postre, la clasificación del art. 47 CP it. acaba identificándose prácticamente con la dicotomía error de hecho – error de Derecho. Se trata, pues, de una interpretación

¹¹⁸ *Vid.* un resumen de la misma de PULITANÒ en CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve*, Art. 47, V. y de PALAZZO, “Ignoranza della legge penale”, p. 127.

abrogativa del art. 47.3 ya que prácticamente lo deja sin objeto de regulación. En definitiva, según la doctrina jurisprudencial, el ámbito de los errores sobre la ley penal, irrelevantes a efectos de punibilidad según el art. 5 CP, abarcaría no sólo al error de prohibición sino buena parte de lo que, en líneas generales, se viene considerando error sobre elementos normativos del tipo (o del tipo de permisión). Algunos ejemplos de esta política jurisprudencial, expresión casi pura del *error iuris nocet*, pueden resultar ilustrativos¹¹⁹:

En relación con un delito de bigamia, el error sobre la falta de validez en Italia de la declaración de nulidad del matrimonio pronunciado por un tribunal extranjero fue considerado un error sobre la ley penal y, por tanto, irrelevante. En el mismo sentido se solventó el error acerca de los límites del poder de disposición de un funcionario público sobre los fondos que le habían sido conferidos a efectos de un delito de malversación.

4. La doctrina científica italiana, creo que acertadamente, coincide en rechazar de forma unánime la interpretación jurisprudencial del art. 47.3 y ofrece un mayor campo de maniobra al error sobre la norma extrapenal. Se discrepa sin embargo en las soluciones. A grandes rasgos, las posiciones se bifurcan en dos orientaciones¹²⁰, si bien acaban obteniendo resultados no tan distintos de lo que podría deducirse de sus puntos de partida metodológicos. La primera arranca de las mismas posiciones que la jurisprudencia, es decir, efectúa una interpretación del art. 47 CP it. con base a las clases de error según su *origen*, esto es, error de hecho y error de Derecho. Sin embargo, por distintas vías, otorga al concepto “error sobre la ley extrapenal” del 47.3 –el único error de Derecho relevante– una mayor amplitud que el TS italiano¹²¹.

¹¹⁹ Vid. PULITANÒ en CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve*, Art. 47, V.1.

¹²⁰ Un resumen del complejo panorama doctrinal puede verse en PULITANÒ en CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve*, Art. 47, VI.

¹²¹ Vid. las referencias al respecto en ROMANO, *Commentario sistematico*, Art. 47, Nm. 17-26 y en PULITANÒ en CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve*, Art. 47, VI. 2. Para llegar a este resultado se restringe el concepto de norma extrapenal que integra el supuesto de hecho incriminatorio junto con la ley penal, o bien se entiende que, a pesar de que la jurisprudencia tiene razón cuando afirma que toda norma extrapenal reclamada en el supuesto de hecho típico pasa a integrar el mismo, no por ello tal norma deja de ser extrapenal a efectos del art. 47.3 CP it.

Por contra, la tendencia que, según creo, va imponiéndose¹²² aborda la cuestión desde posiciones más reconocibles: considera que la distinción entre *error sobre el hecho* (art. 47.1 y 3 CP it.) y *error sobre el precepto* (art. 5 CP) no debe extraviarse en los vericuetos exegéticos de la determinación de la *fuerza* del error sino que ha de ser situada en su contexto sistemático, concretamente en los principios generales de la responsabilidad dolosa. La atención debe centrarse pues en el *efecto psicológico* del error, en si se produce o no una percepción y comprensión suficiente de todos los elementos esenciales del hecho que permita afirmar que la representación que el sujeto tiene del mismo coincide con el supuesto de hecho de la norma incriminadora y que, por tanto, ha existido dolo. De esta forma, el desconocimiento o la interpretación incorrecta de algunas normas distintas a la que incrimina el hecho (el error sobre la leyes extrapenales) puede afectar al conocimiento del hecho que constituye el delito, es decir, al dolo, y suponer, por tanto, un *error sobre el hecho*. Parece pues que, por esta vía, la discusión se sitúa en las más conocidas coordenadas del error sobre los elementos normativos del tipo y, con múltiples matices¹²³, se ofrecen soluciones que se aproximan a las utilizadas mayoritariamente en España y Alemania en esa materia, esto es, que para el dolo es precisa la captación del sentido social del hecho a partir de una valoración paralela en la esfera del profano. En definitiva, *según este planteamiento*, la problemática del error en Italia se sitúa en un escenario que coincide en sus rasgos esenciales con la distinción entre error de tipo (error sobre el hecho) y error de prohibición (error sobre el precepto) manejado por la doctrina de otros países, con la particularidad de que, en Italia, la regulación legal convertía en

¹²² Así, *vid.*, por ejemplo, FIADANCA-MUSCO, *PG*, 3ª ed., pp. 336-339 y MANTOVANI, *PG*, 3ª ed., pp. 364-67.

¹²³ Sin embargo, la complejidad de la determinación de los límites entre el error de tipo, el error de prohibición y el error de subsunción irrelevante, cuando tienen por objeto elementos normativos, aumenta considerablemente como consecuencia de la incidencia de los textos legales italianos. Así, por ejemplo, el hecho de que en el art. 47.3 CP it. se mencione exclusivamente al *error sobre leyes extrapenales* ha creado polémica en torno a si ello comporta la exclusión de la aplicación del régimen del *error sobre el hecho* prevista en dicho precepto –es decir, imprudencia en caso de error vencible– a supuestos en los que se yerre sobre elementos normativos o valorativos no jurídicos –por ej. sobre el término “obsceno”–. Cfr. al respecto, aparentemente en sentidos opuestos, FIADANCA-MUSCO, *PG*, 3ª ed., p. 338 y PAGLIARO, *PG*, 4ª ed., p. 404.

intranscendente el error de prohibición.

b) *Intentos de morigerar el rigor del art. 5 CP it.*

1. Ante la extrema severidad de la situación, tanto legal como jurisprudencial, lentamente fueron apareciendo algunas matizaciones y excepciones al principio de irrelevancia del error sobre el precepto penal, básicamente en el campo de las contravenciones. La más importante fue la denominada doctrina de la *buena fe* como excepción al art. 5 CP it., gracias a la cual se aceptaba la falta de conciencia de la ilicitud como causa de exclusión de la culpabilidad. Ahora bien, esta buena fe no derivaba de la simple ignorancia de la ilicitud del hecho, sino que debía existir un convencimiento racional de la licitud del mismo, fundado en que, previamente, el sujeto hubiese realizado una actividad positiva para ajustar su conducta al ordenamiento¹²⁴. Se ensayaron también otras vías para fundamentar esta orientación en las contravenciones, tales como concebir el art. 5 CP it. como una presunción *iuris tantum* de conocimiento, considerar que la tutela penal del interés vulnerado formaba parte del supuesto de hecho de la infracción, etc.¹²⁵.

En la práctica todo ello se traducía en que el error sobre la ilicitud del hecho inevitable con efectos exculpantes quedaba limitado a supuestos en los que el sujeto se veía llevado a engaño por una actuación previa del Estado: autorizaciones administrativas no procedentes, aquiescencia de la autoridad competente, cambios jurisprudenciales imprevistos, etc. Incluso, ya fuera de las contravenciones, la jurisprudencia menor dictó esporádicamente algunas absoluciones cuando la Administración pública competente facilitaba información errónea al ciudadano y éste cometía un delito¹²⁶. La doctrina

¹²⁴ Cfr. PAGLIARO, *PG*, 4ª ed., p. 398 y s. y FLORA en ZUCALÀ, *Complemento Giurisprudenziale*, Art. 5, V.

¹²⁵ *Vid.* JESCHECK, *Ind. pen.*, 1988, pp. 195.

¹²⁶ *Vid.* JESCHECK, *Ind. pen.*, 1988, pp. 195-196. Sirva de ejemplo el siguiente caso de 1982 (*vid.* también FIADANCA-MUSCO, *PG*, 3ª ed., p. 349): Un sujeto poseedor de dos pistolas debidamente declaradas, adquiere una tercera pistola y presenta ante la autoridad competente la declaración correspondiente a la nueva arma, indicando en aquélla el número de armas poseídas. Los carabineros le informan que, con esa declaración, ha cumplido con todas las formalidades legales. Sin embargo, según la legislación sobre armas,

saludaba estos esfuerzos jurisprudenciales de forma unánime, pero entendía que eran claramente *contra legem* y que, en cualquier caso, carecían de base teórica que explicara su aplicación exclusiva a las contravenciones y su limitación a supuestos en los que la actuación de la Administración condujera a equívocos¹²⁷.

2. Buena parte de la doctrina intentó paliar los efectos del art. 5 CP it. mediante la introducción de la conciencia de la *offesa*, entendida como el conocimiento de que el hecho es lesivo porque perjudica intereses socialmente relevantes como elemento del dolo¹²⁸. Sin embargo, precisamente en el campo donde el error es más común –las denominadas infracciones de pura creación legislativa– la falta de contenido de desvalor evidente del hecho lleva a fundir este concepto con el conocimiento de la ilicitud como elemento del dolo, chocando entonces con la barrera del art. 5 CP. Fiel a sus planteamientos restrictivos, la jurisprudencia rechazó mayoritariamente esta conciencia de la antisocialidad, como elemento del dolo adicional al conocimiento de los elementos del tipo¹²⁹.

3. En cualquier caso, tal y como la propia CCos acabará reconociendo, tales limitaciones no tenían sustento posible en el Derecho positivo, por lo que, ineludiblemente, debía partirse de la premisa de que, en el CP it. se rechazaba cualquier toma de consideración del error sobre la ilicitud del hecho¹³⁰. En efecto, creo que probablemente podían superarse

no se pueden poseer más de dos armas de fuego sin una licencia de colección expedida por el cuestor y, por tanto, la posesión en esas condiciones es constitutiva de delito. A pesar de considerarlo, conforme a la jurisprudencia imperante, un error sobre la norma penal, el tribunal inferior forzó la absolución a través de la aplicación analógica de la regulación del error de hecho, desplazando el régimen legal que realmente le correspondía a ese error, es decir, el art. 5 CP it.

¹²⁷ Vid. PALAZZO, “Ignoranza della legge penale”, p. 127 y FIADANCA-MUSCO, *PG*, 3ª ed., p. 351.

¹²⁸ Vid., ROMANO, *Commentario sistematico*, Art. 43, Nm. 6-8 y, críticamente, FIADANCA-MUSCO, *PG*, 3ª ed., p. 318.

¹²⁹ Vid. LEONCINI en ZUCCALÀ, *Complemento Giurisprudenziale*, Art. 49, II.1.

¹³⁰ Cfr. SCCos 364/1988, FJ 21-22 (*RIDPP*, 1988, pp. 721-722) y PULITANÒ, *RIDPP*, 1988, pp. 688 y s. Sin embargo, a pesar de que la CCos considera incompatible la doctrina de la buena fe con el art. 5 CP it., tal como era entendido a la sazón, se admite que es un buen patrón para el desarrollo de los baremos de invencibilidad del error de prohibición.

algunos problemas modificando la doctrina jurisprudencial respecto al error sobre los elementos normativos del tipo en la línea de lo indicado por la doctrina. Pero, al menos en relación al error sobre la significación antijurídica del hecho, parece que por vía interpretativa –ni siquiera mediante una interpretación conforme al principio constitucional de culpabilidad– era posible superar los límites del sentido literal y el fin de la ley impuestos por el art. 5 CP it.¹³¹. Sólo la intervención del legislador o del Tribunal Constitucional podían remediar la situación.

c) Las bases de la inexcusabilidad de la ignorancia sobre las leyes penales.

1. La absoluta inexcusabilidad de la ignorancia del carácter prohibido de la conducta podía explicarse, desde una perspectiva básicamente político-criminal, como un sacrificio de los intereses individuales (los del sujeto que era condenado pese a la ignorancia inevitable del carácter ilícito de su conducta) en beneficio de intereses colectivos y estatales¹³². Sin embargo ello era difícil de articular dogmáticamente¹³³: para armonizar dicha inexcusabilidad, siquiera levemente, con el principio de culpabilidad y no renunciar abiertamente a cualquier clase de relación subjetiva entre el sujeto y la norma, se intentó presentar el art. 5 CP it. simplemente como una presunción o ficción de conocimiento para facilitar la aplicación del Derecho. Sin embargo, como toda presunción *iuris et de iure*, ello suponía en realidad la renuncia a un requisito que previamente se había definido como

¹³¹ *Vid.*, sobre los límites a la interpretación conforme a la Constitución, LARENZ, *Metodología*, p. 338. En cualquier caso, hacia años que la doctrina italiana proponía soluciones en la línea de lo acordado finalmente por su Tribunal Constitucional; cfr. el resumen de FIADANCA, *Foro it.*, 1988, I, p. 1388.

¹³² Se ha llegado a afirmar que, incluso desde esa perspectiva, la solución del art. 5 CP it. era disfuncional al desincentivar el interés del ciudadano en informarse, puesto que, si, pese a hacerlo, no salía de su estado de error o ignorancia, su interés no tenía efecto excusante alguno (*vid.* SESSA, *La disciplina dell'errore juris*, pp. 36-37). En mi opinión, la irrelevancia del error invencible no incide, en sí misma, sobre la predisposición a conocer el Derecho ya que el ciudadano obtiene con el conocimiento del Derecho la posibilidad de evitar el hecho y, con ello, la pena; cuestión distinta es si es justo castigar a quien no puede evitar la pena para asegurar que quien esté en condiciones de ello se esfuerce en hacerlo.

¹³³ *Vid.* la descripción de algunos intentos en PULITANÒ en CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve*, Art. 5, III.1 y V. y SESSA, *La disciplina dell'errore juris*, pp. 33-39. También el resumen efectuado en los FJ 3-7 de la SCCos 364/1988 (*RIDPP*, 1988, pp. 691-697).

esencial (precisamente se presume porque se exige). Asimismo, cuando se asumió que la ignorancia de una prohibición penal era una posibilidad real, se intentó presentar el art. 5 CP it. como un supuesto de responsabilidad por el incumplimiento de un deber cívico de conocer la norma penal, de tal manera que dicho incumplimiento permitiese que el simple dolo de la situación de hecho fuera fundamento suficiente del juicio de culpabilidad. Pero, en tal caso, la absoluta irrelevancia del *error iuris* comportaba que se estaba estableciendo un deber bajo la presunción de que siempre se puede cumplir, con lo que se reanuda el círculo vicioso.

2. En cualquier caso, la doctrina era unánime en la imposibilidad de sostener por más tiempo esa situación¹³⁴. Ya era cuestionable que, a finales del siglo XIX, la ignorancia de las leyes penales pudiese explicarse siempre por la falta de interés o la indiferencia del individuo hacia el ordenamiento jurídico. Pero conforme avanza el siglo, el proceso de *administrativización* e hipertrofia que experimentaba el Derecho penal, alejándose cada vez más de los delitos con un contenido de desvalor social evidente, ya no permitía defender la total irrelevancia de esa clase de errores. La renuncia a la más mínima relación subjetiva entre el sujeto y el ordenamiento jurídico cuando se llevaba a cabo el hecho punible chocaba abiertamente con las exigencias, por tímidas que fueran, del principio de culpabilidad¹³⁵. Sin embargo, la inconstitucionalidad del art. 5 CP it. fue rechazada en los años setenta por el propio Tribunal Constitucional italiano¹³⁶, por entender que con la publicación de las leyes y la irretroactividad de las mismas estaba asegurada suficientemente la accesibilidad a su contenido y quedaban, por tanto, satisfechas las exigencias provenientes del principio de legalidad (art. 25 CI) y la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos (art. 2 CI).

¹³⁴ Vid., por ejemplo, las premonitorias afirmaciones de ROMANO (*Commentario sistematico*, Art. 5, Nm. 5 y ss., con ulteriores referencias) un año antes de la SCCos 364/1988.

¹³⁵ Vid. PALAZZO, "Ignoranza della legge penale", p. 125.

¹³⁶ SCCos 74/1975, de 25 de marzo (*Foro it.*, 1975, I, pp. 1323 y ss). Vid., al respecto, JESCHECK, *Ind. pen.*, 1988, pp. 195-196. Esta sentencia tenía por objeto el caso de un ciudadano yugoslavo que había entrado en territorio italiano en un automóvil no asegurado, conducta constitutiva de delito en Italia. El acusado alegó que desconocía la existencia de tal obligación y que no había sido informado sobre ello en la frontera.

No obstante, la cuestión no se había planteado en relación con el principio constitucional de culpabilidad (art. 27 CI). A poco que se diera un mínimo contenido a este principio, la irrelevancia absoluta del error de prohibición inevitable era imposible de mantener. Esa sería, precisamente, la base de la decisiva sentencia que acabó con tal estado de cosas.

3. La relevancia de la ignorancia inevitable de la ley penal como exigencia del principio de culpabilidad: la SCCos 384/1988

a) Contenido de la resolución

1. El Tribunal Constitucional italiano tuvo ocasión de pronunciarse nuevamente sobre el art. 5 CP it. a raíz de dos cuestiones de constitucionalidad planteadas con motivo de la comisión de sendas contravenciones, en las que se había alegado la ignorancia de preceptos legales.

Los casos eran los siguientes: Un agricultor había realizado obras de saneamiento de un terreno agrícola sin solicitar autorización municipal, hecho constitutivo de una contravención según la legislación penal especial. El acusado estaba convencido, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que podía ejecutar las obras sin licencia, puesto que no se trataba de la construcción de una edificación. La segunda cuestión fue presentada con motivo de un procedimiento penal dirigido contra el propietario de un bar que disponía de un receptor de radio y diversos aparatos recreativos sin licencia administrativa, hecho constitutivo de una contravención prevista en el art. 666 CP it. El acusado había llegado a la conclusión de que no era necesaria la licencia, en el caso del aparato de radio, dada la obscuridad del precepto legal y, respecto al resto de aparatos, por la información suministrada verbalmente por funcionarios municipales. Probablemente en ambos casos se trataba de un error sobre el elemento normativo "licencia administrativa" que, según la jurisprudencia italiana, es un error sobre el precepto penal por "incorporación", sometido al régimen del art. 5 CP it.¹³⁷.

En esta ocasión, la CCos declaró la *inconstitucionalidad parcial* del mencionado artículo por oponerse a los principios básicos inspiradores de la

¹³⁷ Como dato curioso, en la breve reseña de Derecho comparado que se efectúa en la sentencia, se mencionan los casos de la RFA, Austria, Suiza, Portugal, Grecia, Polonia, Yugoslavia o Japón y se obvia al Derecho español

Constitución, especialmente el de culpabilidad, pues en tal precepto no se establecía ninguna clase de distinción en el tratamiento de la ignorancia de las normas penales, cualquiera que fuera su causa. Por todo ello, consideró que el art. 5 CP it. sólo era constitucionalmente admisible en los siguientes términos: “La ignorancia de la ley penal no excusa salvo que se trate de *ignorancia inevitable*”, es decir, el error de prohibición invencible debe eximir de pena obligatoriamente.

2. Según esta decisión, la causa fundamental de invalidez del art. 5 CP it. es que este precepto no se ajusta al principio de culpabilidad expresado en el art. 27.1 CI (“La responsabilidad penal es personal”)¹³⁸. Según la CCos, el principio de culpabilidad como garantía del ciudadano frente al Estado está destinado a asegurar la libertad de actuación del individuo y la exigencia de no instrumentalización de la persona derivada de la noción de dignidad humana. A este fin, el principio de culpabilidad reclama que se responda penalmente sólo por *acciones controlables* por su propio autor. Culpabilidad comporta pues previsibilidad, evitabilidad del hecho delictivo. Por lo que al legislador se refiere, ello se expresa mediante la necesidad de que en todo hecho punible estén presentes una serie de *requisitos subjetivos mínimos* sin los cuales no es legítimo castigar. Tales requisitos que no están absolutamente predeterminados en la Constitución pero tampoco quedan a merced del legislador ordinario. En concreto, el principio de culpabilidad comporta que deba existir al menos *culpa en relación con los elementos más significativos del supuesto de hecho*. Respecto al conocimiento del carácter prohibido del hecho, la CCos considera que sancionar por la lesión de un interés tutelado penalmente, obviando por completo la actitud del sujeto frente a la norma penal, sin tener siquiera en cuenta si existen posibilidades de conocer la existencia del deber jurídico, supone reducir al mínimo los requisitos subjetivos que vinculan el sujeto a su hecho y una total instrumentalización de la persona humana al servicio de la prevención¹³⁹.

¹³⁸ Vid. FJ 8 y 13-14 (RIDPP, 1988, pp. 699-700 y 709-712).

¹³⁹ Como argumento, a mi juicio complementario pero interesante, se apunta-
vid. FJ 11, RIDPP, 1988, p. 706- que estas conclusiones se ven confirmadas si los requisitos personales de imputación se ponen en contacto con la finalidad *reeducativa* de la pena proclamada en el art. 27.3 CI (“La pena ... debe tender a la reeducación del condenado”):

Consiguientemente, entre estos condicionantes subjetivos imprescindibles según el principio de culpabilidad, debe estar presente también la previsibilidad de que el hecho está prohibido, la *posibilidad de conocer la norma*. Es más, aunque tal elemento no constituyera un requisito de imputación autónomo, difícilmente el resto de requisitos subjetivos podrían sustentar por sí solos la responsabilidad, por cuanto sería dudoso que el dolo o la imprudencia fueran merecedores de especial reproche si no existiera ni oposición ni falta de respeto hacia los valores tutelados por el ordenamiento¹⁴⁰.

3. A pesar del revuelo que supuso en Italia todo lo afirmado hasta aquí por el TC italiano¹⁴¹, ello no parece muy novedoso desde la perspectiva del Derecho español. En cambio, lo que, a mi juicio, resulta altamente interesante es que, acto seguido, la CCos fundamenta y concreta el principio de culpabilidad, es decir, define la inevitabilidad del error, en relación con otros principios básicos del sistema constitucional. Efectivamente, se plantea el problema del conocimiento del Derecho en el contexto de la tensión entre fuerzas o intereses opuestos en el seno del pacto constitucional¹⁴²: entre la obligación, por parte del Estado, de asegurar un máximo de libertad y certeza en la actuación individual cuando prohíbe conductas y los deberes, por parte del individuo, de fidelidad hacia el ordenamiento jurídico y de solidaridad hacia el resto de la ciudadanía. La primera tendería a limitar la responsabilidad penal al conocimiento concreto de la prohibición penal. Los segundos tenderían a objetivizar la responsabilidad y exigirla una vez

según la CCos, no tiene necesidad de reeducación quien, al menos, no se ha comportado con culpa respecto a su hecho. Por otra parte, se añade que, aunque el art. 5 CP. it. pudiera fundamentarse desde una perspectiva básicamente preventivo-intimidatoria, la desconexión subjetiva absoluta con el contenido de la norma penal supondría una instrumentalización de la persona humana contraria a la ideas de dignidad y libertad de acción que inspiran al principio de culpabilidad. En cualquier caso, metodológicamente resulta interesante contrastar como otorgar un sentido instrumental a la pena comporta incidir sobre los presupuestos de la misma.

¹⁴⁰ Vid. FJ 23 (RIDPP, 1988, p. 724).

¹⁴¹ Llegando incluso a despertar el temor a un derrumbamiento del sistema punitivo: "La impunidad codificada" anunciaba algún titular periodístico (vid. PULITANÒ, RIDPP, 1988, p. 686, n. 3).

¹⁴² Vid. al respecto, FIADANCA, *Foro it.*, 1988, I, p. 1390 y s. y PULITANÒ, RIDPP, 1988, pp. 696-699.

cumplidos los requisitos mínimos de publicidad de las leyes penales. El equilibrio entre ambas fuerzas determinará el marco en el que deben ser aplicadas las exigencias del principio de culpabilidad. El encuentro entre la ley y el individuo –el conocimiento concreto– no se produce, como es obvio, con la simple aparición de la norma sino que es preciso un *acercamiento* entre ambos del que son corresponsables tanto el Estado como el propio individuo. Desde una lógica contractualista, sólo quien ha cumplido con su parte puede exigir responsabilidad penal o evitar la sanción, respectivamente.

4. Así, en relación a la incidencia del principio de culpabilidad sobre los deberes del Estado para con el ciudadano¹⁴³, parece claro que, para asegurar la libre actuación del individuo, el Estado no puede castigar sin haber informado previamente¹⁴⁴. Al Estado le compete que las normas penales sean *reconocibles* en el entorno social donde deban ser aplicadas. En primera instancia, ello queda garantizado por el deber de publicación de las normas y el principio de legalidad. Pero dicha tarea, según la CCos, no se agota con el cumplimiento de tales requisitos, sino que el Estado está obligado, *más allá* del principio de legalidad –y aquí radica lo novedoso de la decisión–, a favorecer al máximo la identificación del contenido efectivo de las normas jurídicas por parte de la sociedad. El Estado está obligado a dejar las normas jurídicas en una situación de *cognoscibilidad objetiva* si quiere exigir responsabilidad por su incumplimiento. Cuando ello no es así, nos enfrentamos al problema de la *imposibilidad objetiva* de adquirir el conocimiento de la norma y se provoca, por tanto, una ignorancia inevitable que no debe ser castigada ya que el ciudadano no debe verse gravado por las carencias del Estado.

Esta cognoscibilidad objetiva se asegura mediante una adecuada correspondencia entre las normas penales y las valoraciones ético-sociales, cuando aquéllas se dirigen a amplios segmentos de la población, y mediante una correcta técnica de incriminación, cuando se trata de delitos de pura

¹⁴³ Vid. FJ 16-17 (RIDPP, 1988, pp. 713-715).

¹⁴⁴ Exigido constitucionalmente por el principio de legalidad (art. 25 CI) y la obligación de la publicación de las leyes (art. 73 CI).

creación legislativa, normalmente de aplicación a sectores más reducidos y en los que es posible aumentar los estándares de diligencia. Sin apenas detalles, se mencionan la *absoluta obscuridad* de los textos legislativos y las situaciones de *caos interpretativo* como casos en los que existe una imposibilidad objetiva por incumplimiento del *principio de reconocibilidad* de las leyes penales, en cuyo caso no sería legítimo castigar¹⁴⁵.

5. En contrapartida a todo ello, los deberes constitucionales del ciudadano tampoco se agotan con la observancia de las normas a partir del momento en que son conocidas¹⁴⁶. Entre la posibilidad objetiva de conocer una ley penal y su conocimiento concreto es necesaria también la *mediación* de la actividad cognoscitiva del ciudadano. Esta mediación se expresa jurídicamente a través de un deber *instrumental*, inherente al deber constitucional de respeto a las leyes de conocer las normas que incumben a cada ciudadano¹⁴⁷. El incumplimiento de este deber de reconocimiento e información denota una falta de cuidado hacia los intereses de otras personas con lo que se chocaría también con el deber constitucional de solidaridad social. Quedaría así legitimada la intervención penal de la misma manera que sucede cuando se hace conscientemente caso omiso a las normas penales.

De todo ello resulta pues que el *conocimiento efectivo* de la ley penal no es un límite impuesto por el principio de culpabilidad en su dimensión constitucional a la pretensión de responsabilidad penal por parte del Estado y, por tanto, es constitucionalmente admisible castigar aún cuando se ignore el contenido de las leyes penales. Y en este punto interviene el principio de culpabilidad, evitando que pueda ser castigado el ciudadano que, en el límite de sus posibilidades, se haya mostrado atento a sus deberes. Sólo es constitucionalmente admisible castigar por el incumplimiento de una norma penal cuando ésta responda, al menos, a una violación negligente de los deberes instrumentales para el conocimiento del Derecho. El límite a la responsabilidad penal se encuentra también en estas situaciones de

¹⁴⁵ Vid. FJ 27 (RIDPP, 1988, pp. 728-729).

¹⁴⁶ Vid. FJ 14 y 18 (RIDPP, 1988, pp. 710-712 y 715-717).

¹⁴⁷ Cfr. art. 2 CI, que establece el deber de solidaridad social cuya garantía se encomienda al Estado, y art. 54.1 CI, que estatuye el deber de fidelidad a la República y de observar la Constitución y las leyes.

imposibilidad subjetiva de conocer la norma. Si bien, en principio, la ignorancia de las leyes penales será expresión de la violación de tales deberes, fuera de los denominados delitos naturales, el acceso del ciudadano al conocimiento de la norma cada vez es más complejo y en muchos ámbitos es inimaginable llevarlo a cabo sin la intervención adicional de un experto. Por todo ello, hoy en día es posible cumplir con dichos deberes instrumentales sin llegar a obtener el conocimiento de la ley, a pesar de que ésta sea objetivamente cognoscible.

En la sentencia se ofrecen algunas concreciones de imposibilidad subjetiva, básicamente en supuestos de graves déficits de socialización o de errores originados por las fuentes de información¹⁴⁸. En cualquier caso, el TC italiano se encarga de advertir repetidamente que, más que de una subjetivización, se trata de una individualización, es decir, de tener en cuenta algunos elementos de la situación particular del sujeto para valorarlos objetivamente según un modelo normativo de los deberes de reconocimiento e información exigibles. Modelo que sitúa el listón bastante alto, especialmente en los campos profesionales.

6. Así pues, creo que la posición de la CCos podría resumirse gráficamente en que una vez el ciudadano ha recorrido la parte del trayecto hacia la norma que le corresponde ya no puede hacérsele responsable de un posible desencuentro. El aspecto *liberal* de la resolución consiste precisamente en el abandono de la perspectiva estatista mantenida por el CP it. y por la propia CCos con anterioridad¹⁴⁹, condensada en la idea de que, mientras el Estado cumpla con sus deberes, la ignorancia corre a cuenta del ciudadano. Se adopta ahora una perspectiva individual: mientras el ciudadano cumpla con sus deberes, no hay responsabilidad posible. Éste es el *límite personal* a la exigencia de cumplimiento del Derecho. Ahora bien, la culpabilidad –la evitabilidad– no se presenta como un dato psicológico-individual sino como la desviación de un modelo normativo con base en una relación contractualista entre Estado y ciudadano, en el que no es admisible que el desconocimiento corresponda siempre a la responsabilidad del

¹⁴⁸ Vid. FJ 27-28 (RIDPP, 1988, pp. 728-731).

¹⁴⁹ Vid. *supra* n. 136.

ciudadano¹⁵⁰.

7. A mayor abundamiento, la CCos entendió también, ya fuera del principio de culpabilidad, que el art. 5 CP it., al equiparar la rebeldía abierta con la ignorancia inevitable, chocaba claramente con el principio de igualdad (art. 3.1 CI). Asimismo se afirmó que, cuando se produce la ignorancia de una norma penal, a pesar de que el ciudadano haya mostrado plena predisposición subjetiva, muy a menudo este desconocimiento es el resultado de la falta de remoción de los obstáculos sociales y económicos que limitan la igualdad y libertad de los ciudadanos, tarea que compete al Estado en virtud del art. 3.2 CI. Por este motivo, exigir responsabilidad en todo caso, sin tener en consideración tales supuestos, supone una vulneración de dicho precepto¹⁵¹.

8. En conclusión, mientras que el castigo del error de prohibición inevitable es contrario al principio de culpabilidad, el mantenimiento de la vigencia del art. 5 CP it. para el error de prohibición evitable es constitucionalmente admisible. Respecto a este último punto, llama la atención que la CCos admita expresamente que la posibilidad de una atenuación en caso de ignorancia evitable de la ley penal es una cuestión que cae dentro del ámbito de *libre configuración* del legislador¹⁵², sin que se formule reparo alguno –por ejemplo desde el principio de igualdad– a que, mientras se mantenga vigente tal precepto, siquiera mutilado, la oposición consciente y la falta de atención hacia el Derecho sean situaciones *genéricamente* idénticas.

Tras esta sentencia, el panorama queda como sigue: sistemáticamente, la cognoscibilidad de la antijuricidad del hecho es un elemento constitutivo de la culpabilidad, cuya ausencia (error inevitable sobre el carácter prohibido del hecho) supone la exclusión de la misma. En cambio, la falta de conciencia de la antijuricidad no incide en el carácter doloso o imprudente del hecho, ni, en principio, tiene trascendencia alguna en virtud del art. 5

¹⁵⁰ Vid. PULITANÒ, *RIDPP*, 1988, pp. 713-714.

¹⁵¹ Vid., respecto a este párrafo, FJ 24 (*RIDPP*, 1988, pp. 725-726). Como se habrá advertido, el art. 3.2 CI presenta muchas similitudes con el art. 9.1 CE.

¹⁵² Vid. FJ 29 (*RIDPP*, 1988, pp. 731).

CP it. El Derecho positivo italiano se presenta, por tanto, como una modalidad absolutamente normativizada de la teoría de la culpabilidad en la que el error de prohibición vencible es irrelevante. Sin embargo, dado que la jurisprudencia sigue interpretando los arts. 47.1 y 3 del CP it. según su particular versión de la clásica distinción entre error de hecho y error de Derecho –penal–, el ámbito de lo que en otros países se denomina error de prohibición – es decir, el campo de aplicación del reconstituido art. 5 CP it.– es sensiblemente más amplio en Derecho italiano.

b) Observaciones a la sentencia

1. Desde la perspectiva interna italiana, la sentencia despertó gran aprobación –incluso entusiasmo– básicamente por lo que se refiere a su aspecto *garantístico*, por reconocerse en la misma el principio de culpabilidad como límite efectivo frente al poder punitivo del Estado. “Una sentencia histórica que restaura el principio de culpabilidad” es el título del comentario de PULITANÒ a la misma. Se ponía fin así al tremendo anacronismo de la regulación legal del error de prohibición. Pero, además, la decisión fue acogida muy satisfactoriamente por la doctrina porque su contenido trasciende al problema del desconocimiento de las leyes penales y es susceptible de ser aplicada a otros reductos de responsabilidad objetiva subsistentes en Derecho italiano, que habían sido incluso convalidados por la propia CCos con anterioridad¹⁵³. En efecto, buena parte de los esfuerzos argumentales de la sentencia van destinados a superar una interpretación literalista del art. 27.1 CI, que lo limitaría a ser mera expresión del principio de personalidad de las penas o de responsabilidad por el hecho propio, y a abonar una visión del precepto que abarque el principio de culpabilidad en su globalidad o, cuando menos, la prohibición de responsabilidad objetiva¹⁵⁴.

¹⁵³ Vid. PULITANÒ, *RIDPP*, 1988, pp. 702-705 y FIADANCA, *Foro it.*, 1988, pp. 1389-90. Respecto a la responsabilidad objetiva, presente especialmente para algunas circunstancias agravantes y la preterintencionalidad, *vid.* ROMANO, *Commentario sistematico*, Art. 42, Nm. 23-32.

¹⁵⁴ Respecto a los distintos sentidos de la expresión “principio de culpabilidad”, *cfr.* MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 4, Nm. 63-72.

2. En cambio, desde una perspectiva externa, como la de este trabajo, resulta reseñable justamente lo contrario, esto es, los *límites* que la sentencia introduce a la subjetivización de la responsabilidad. Ya se ha visto¹⁵⁵ que, según la jurisprudencia constitucional alemana, el principio de culpabilidad, en su vertiente de límite a la magnitud de la pena, obliga a lo sumo a que el legislador tenga en cuenta la posibilidad de atenuar la pena en caso de error de prohibición vencible. Pues bien, el TC italiano es en este punto todavía más modesto. No se pronuncia sobre si el principio de culpabilidad –en su encarnación en el art. 27.1 CI– se ocupa exclusivamente del problema de la existencia de determinadas condiciones subjetivas de atribución del hecho punible o si, además, debe abarcar la cuestión de *la adecuación de las penas a la gravedad de tales condiciones*, es decir, al grado de culpabilidad. Más bien parece inclinarse por tratar este aspecto directamente a través del principio de igualdad¹⁵⁶. Pero, en cualquier caso, toma en consideración el problema y decide que, desde una perspectiva constitucional, las necesidades en materia de pena quedan completamente satisfechas simplemente con que se asegure legalmente la impunidad de la *ignorantia legis* inevitable, sin que sea imprescindible un tratamiento específico de la ignorancia evitable.

Parece claro, pues, que para el TC italiano lo esencial en esta cuestión no son los datos psicológicos (representación o no de una determinada norma) sino la *valoración* del comportamiento del sujeto en relación al ordenamiento jurídico. Valoración que se efectúa teniendo en cuenta principalmente la distribución de cargas o responsabilidades respecto al conocimiento del Derecho efectuadas en el seno del pacto constitucional. Sin duda, pues, se trata de un nivel de subjetivización inferior al que se exige en materia de dolo e imprudencia de hecho. No importa la ignorancia en sí, sino sólo lo que significa esa ignorancia. Como se habrá advertido, la

¹⁵⁵ Cfr. *supra* p. 40.

¹⁵⁶ Cfr. al respecto PULITANÒ, *RIDPP*, 1988, p. 695. La observación seguramente es acertada, puesto que no se trata de la relación entre el hecho en su conjunto y la pena, sino de la relación entre los elementos subjetivos que condicionan la imposición de la pena y la magnitud de la misma. En cualquier caso, en última instancia la vulneración del principio de culpabilidad acaba desembocando en la afectación del principio de proporcionalidad e igualdad. Sobre la relación entre culpabilidad y proporcionalidad, cfr. MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 4, Nm. 73-75 y LUZÓN PEÑA, *PG I*, pp. 85-88.

argumentación de la CCos rezuma normativismo y, metodológicamente, supone una recepción plena de la *teoría de la culpabilidad* en una versión absolutamente *flexible*. Sin embargo, a pesar de lo atractivo del razonamiento, me parece criticable que el TC italiano no fuera capaz de extraer de estos presupuestos mayores límites a la responsabilidad penal, bien a través de la lógica intrínseca de sus planteamientos, bien, externamente, a través del principio de igualdad, en lugar de aceptar que se pueda rechazar legalmente cualquier diferenciación, aunque fuera ocasional, entre la oposición consciente y la negligencia hacia el contenido de las normas.

3. A mi juicio, merece ser también ser destacado que, fruto seguramente del temor a las consecuencias prácticas de su decisión, los *baremos de inevitabilidad* del error esbozados por la CCos –de gran incidencia posterior– son bastante rigurosos, muy apegados a la doctrina de la buena fe y limitados prácticamente al error claro de terceros (del consejero legal o del Estado)¹⁵⁷. Creo que la idea de la distribución de cargas y de definición de ámbitos de responsabilidad en el seno de un Estado social y democrático de Derecho pueden dar más de sí en aras a una mayor personalización de la responsabilidad. El propio TC italiano lo apunta, casi inadvertidamente y sin profundizar en la cuestión, cuando añade a las causas de la inconstitucionalidad parcial del art. 5 CP it. la vulneración del deber de remoción de los obstáculos que impiden la igualdad entre los ciudadanos (art. 3.2 CI).

Si en este punto la CCos se estuviera refiriendo a obstáculos directos al conocimiento de una norma penal que se originan durante el proceso de generación de la norma (falta de claridad, hipertrofia legislativa etc.), es decir, a la *imposibilidad objetiva* de conocer la norma, no se estaría firmando nada que no estuviese ya presente en otros límites al *ius puniendi*, principalmente en el principio de legalidad o, también, en el de culpabilidad (por falta de cognoscibilidad objetiva de la ley), con lo que no se estaría

¹⁵⁷ Temor probablemente infundado como lo demuestra la experiencia española en la que, a pesar del pleno reconocimiento del error de prohibición, las absoluciones han sido muy poco frecuentes. Sin embargo la cautela de la CCos puede ser comprensible dada la falta de tradición legal en la materia.

aportando nada nuevo. Ahora bien, la cuestión sería distinta caso de no estarse pensando en obstáculos insertos en las normas sino en aquellos que determinan la imposibilidad *personal* de cumplir con los deberes instrumentales que deberían llevar al ciudadano al reconocimiento de la ilicitud de su hecho¹⁵⁸. Así, por ejemplo, cuando la poca formación o la marginación social del sujeto no le permiten darse cuenta de la necesidad de informarse antes de llevar a cabo determinada actividad. Es decir, en la construcción de los estándares normativos, deben tenerse en cuenta aquellos factores situacionales o personales que respondan a la desidia del Estado en la promoción de la igualdad social. Obsérvese que el fundamento de la exoneración de responsabilidad no se basaría exclusivamente en una perspectiva psicológica-individual, sino en la atribución del fracaso de la motivación a factores personales de los que, indirectamente, es responsable el Estado. Ciertamente podría resultar una vía interesante para dar entrada a elementos de incapacidad individual, fruto de la desigualdad social en la determinación de la evitabilidad del error¹⁵⁹.

4. Finalmente, la declaración de un deber del Estado de dictar las normas en condiciones de cognoscibilidad, más allá del principio de legalidad pero vinculado al mismo, presenta aspectos positivos al resaltar el hecho de que el poder público puede ser responsable de la desorientación de los ciudadanos. Se abre así un campo de nuevas posibilidades, especialmente si tal deber no se limita únicamente a cuestiones de técnica legislativa y se profundiza en las *obligaciones posteriores* a la creación de las normas, tales como las condiciones de difusión e información de las mismas. Pero ello comporta también algunas contrapartidas negativas, especialmente por la manera en que ha sido concretado dicho deber por la CCos. Una de ellas consistiría en las dificultades en deslindar las situaciones de “obscuridad

¹⁵⁸ Posiblemente se esté pensando en ello cuando en la sentencia se afirma, posteriormente, que la excusa de la ignorancia inevitable de las leyes penales vale especialmente para quien se encuentra *en condiciones subjetivas de inferioridad* (cfr. FJ 27, RIDPP, 1988, p. 729). De todas formas no se profundiza al respecto, más allá de algunas vagas referencias a la falta de socialización del sujeto.

¹⁵⁹ Ello podría explicar, por ejemplo, por qué la falta de educación puede ser un factor *objetivable*, es decir, a tener en cuenta en el momento de efectuar el juicio de evitabilidad y no, por ejemplo, el carácter irreflexivo del sujeto.

legislativa”, que dan pie a error inevitable, de las violaciones del principio de legalidad, especialmente del principio de taxatividad. En efecto, se corre el peligro que este último se debilite todavía más como consecuencia de los solapamientos que podrían producirse, por cuanto el error de prohibición ofrece a los tribunales que se enfrentan a un precepto penal excesivamente indeterminado una vía de escape menos radical que el cuestionamiento de su constitucionalidad por vulneración del principio de legalidad¹⁶⁰. Otro de los reparos posibles es que se haya ubicado el problema del “caos jurisprudencial” (o de los cambios bruscos de jurisprudencia) en el campo del error de prohibición, segregado completamente del principio de legalidad, cuando la solución de tales supuestos, en mi opinión, debería ser mucho más matizada. Cuando menos, porque el desorden jurisprudencial a menudo no es sino un síntoma de la infracción del mandato de determinación¹⁶¹.

4. *Las consecuencias del cambio*

a) La evolución de la jurisprudencia

1. En lo concerniente a la jurisprudencia constitucional, la línea marcada por la resolución estudiada se ha visto confirmada por la SCCos 61/1995¹⁶², que ha declarado la inconstitucionalidad –parcial– del art. 39 CPM it. Este artículo, que establece que los militares no pueden invocar

¹⁶⁰ Vid. FIADANCA-MUSCO, *PG*, 3ª ed., p. 355 y MUCIARELLI, *RIDPP*, 1996, p. 257. Además, si nos conformamos con que los operadores jurídicos subsanen carencias extremas de certeza, no sólo su tarea adquiere un carácter cuasi legislativo sino que se dificulta todavía más el reconocimiento de las normas y se acentúa, si cabe, la dependencia del ciudadano respecto del especialista.

¹⁶¹ De hecho, el error de prohibición se utiliza a menudo para evitar auténticos casos de retroactividad encubierta: *vid.*, por ejemplo, *infra* p. 141.

¹⁶² SCCos 61/1995, de 24 de febrero (*Foro it.*, 1995, I, pp. 2054-2068). Cfr., en especial, FJ 6-8. Se trataba del caso de un joven que no se había incorporado a filas tras ser preceptivamente convocado, hecho constitutivo de delito. El muchacho había entendido – erróneamente– que la interposición de un recurso en vía administrativa tenía efectos suspensivos sobre la llamada a armas, tal y como sucede en caso de tratarse de un recurso en sede jurisdiccional. Esta errónea atribución de efectos suspensivos respondía a una información obtenida por escrito de la propia administración militar competente.

como excusa la ignorancia de los deberes inherentes a su condición, fue invalidado en la parte que considera inexcusable la ignorancia inevitable. Invocando la doctrina sentada en su S. 364/1988, la CCos ha considerado que, aún cuando se admitiera que la especificidad del ordenamiento militar pudiera justificar algunas particularidades como, por ejemplo, un mayor rigor en los baremos de determinación de la inevitabilidad del error, no es admisible que ello llegara hasta el punto de derogar el principio de culpabilidad, tal como se hace en el artículo en cuestión. Sin embargo, en contra de lo que, a primera vista, sugiere la sentencia que se acaba de señalar, parece que la doctrina constitucional no ha progresado mucho hacia una mayor personalización de la responsabilidad e incluso se observa alguna vacilación. Según algún autor, a cambio de la histórica derogación de la inexcusabilidad del error de prohibición invencible, la CCos no se ha limitada ha admitir la equiparación general del error evitable sobre el precepto penal a la plena consciencia de la ilicitud del hecho: así, en el legislación penal militar se acaba aceptando además la igualación de la responsabilidad dolosa y culposa en caso de error sobre leyes extrapenales¹⁶³.

2. A pesar de la trascendencia teórica de la decisión de 1988, no parece que la sentencia haya tenido en el campo de la práctica un reflejo tan importante como era presumible esperar, puesto que mediante una interpretación muy rígida de los baremos de la inevitabilidad del error y manteniendo la ya mencionada interpretación abrogativa del art. 47.3 CP it., el Tribunal Supremo italiano ha permanecido enrocado en sus posiciones

¹⁶³ *Vid.*, en este sentido, BRUNELLI, *Foro it.*, 1995, I, pp. 2062-2064. Según este autor, el problema estriba en que, con la sentencia de 1995, parece que la CCos considera que el art. 39 CPM es de aplicación a todo error de Derecho respecto a las obligaciones militares, es decir, que comprende también supuestos que en la legislación ordinaria se incardinarían en el art. 47.3 CP it. (error de Derecho extrapenal reconducible al error de hecho). De esta forma, la aparente progresión que comporta la declaración de inconstitucionalidad (por otro lado absolutamente previsible) de la irrelevancia de los errores *inevitables* sobre las deberes militares, se ve contrarrestada por la inclusión de todos los errores *evitables* en el ámbito del art. 39 CPM, cosa que supone su total equiparación al pleno conocimiento. Ello comporta, pues, un régimen más severo que el del 47.3 CP it., que remite los errores vencibles a la imprudencia. Según BRUNELLI, la CCos estaría bendiciendo una práctica de *contravencionalización* (equiparación de la responsabilidad dolosa y culposa) en los delitos militares.

tradicionales¹⁶⁴. En efecto, pese a que se han dictado algunas absoluciones (en algún caso de extranjeros o cuando la actuación caótica de la Administración o de la Justicia han ocasionado el error)¹⁶⁵, la *Corte di Cassazione* ha recogido los aspectos más rígidos de la SCCos 384/1988 respecto al grado de diligencia exigible en el cumplimiento de los deberes de información, llegando prácticamente a reducir la posibilidad de exonerar a la causación del error por parte de una fuente fiable¹⁶⁶. Así, el plenario del TS italiano acordó en 1994 que la diligencia exigible en el cumplimiento de los deberes de información a los profesionales, en su ámbito de actuación, se situaba en la *culpa levis*¹⁶⁷. Además, en materia contravencional se continúa manteniendo, con carácter general, la doctrina de la *buena fe* excusante, por la que se exige la realización de comportamientos positivos que induzcan al convencimiento de la ilicitud. Ello, que con anterioridad a 1988 era un avance, supone en la actualidad una interpretación restrictiva del “nuevo” art. 5 CP it., ya que supone el descarte *ab initio* de supuestos de desconocimiento inicial que no permiten al sujeto percatarse siquiera de la necesidad de informarse. De todos modos, no debe olvidarse que se está hablando de los criterios de error de prohibición *invencible*, por lo que la rigidez jurisprudencial es algo más comprensible. Tal vez lo más preocupante sea el mantenimiento de la posición restrictiva en materia de error sobre elementos normativos.

¹⁶⁴ Vid. TORRE, *Ind. pen.*, 1996, p. 187.

¹⁶⁵ Vid. PULITANÒ en CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve*, Art. 5, VIII.17. Pueden encontrarse amplias referencias jurisprudenciales en MUCCIARELLI, *RIDPP*, 1996, *passim*, (especialmente pp. 248-249, n. 75 y p. 260, n. 110) y FLORA en ZUCCALÀ, *Complemento Giurisprudenziale*. Art. 5, VIII; la selección de este último ofrece una imagen de gran severidad jurisprudencial en la apreciación de la inevitabilidad del error.

¹⁶⁶ En la que se exigía una “atención máxima y constante” dirigida al respeto de los intereses de los demás (FJ 18) y la abstención mientras no se resolviera ninguna duda (FJ 28).

¹⁶⁷ Vid. S. *Corte di Cassazione*, 10 julio 1994, *Foro it.*, 1995, II, pp. 154-159, con una breve nota de BELFIORE, crítico con la aplicación de baremos más severos para la culpa de Derecho que para la culpa de hecho.

b) Incidencia doctrinal

1. Entre la doctrina se ha producido una gran adhesión a la *Schuldtheorie*, como suele denominarse en Italia a la teoría de la culpabilidad, y se acepta con normalidad que la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho haya pasado a constituir un nuevo elemento autónomo de la culpabilidad junto al dolo o la culpa¹⁶⁸. Asimismo, cada vez está más extendida la identificación del error sobre el hecho con el error de tipo y el error sobre el precepto con el error de prohibición¹⁶⁹. Evidentemente todo ello ha sido efecto inmediato de la SCCos, pero también ha resultado favorecido por el hecho de que durante todo el siglo la teoría del dolo había estado legalmente proscrita. En cambio, no se ha observado un auge paralelo de los defensores de una mayor subjetivización del injusto, tal como sucedió en Alemania y España, y parece que se mantienen intactas las estructuras sistemáticas tradicionales.

A pesar de todo ello, se han formulado algunos reparos a la ubicación en un mismo plano de situaciones psicológicamente tan distintas como la cognoscibilidad y el conocimiento real¹⁷⁰. Sin embargo, más que una objeción al fundamento de la teoría de la culpabilidad, es decir, a la imposibilidad de que un hecho cometido en desconocimiento de la antijuricidad pueda ser doloso, las reparos se dirigen, en realidad, a la equiparación penológica entre error evitable y conciencia del injusto ordenada por el CP it. Hay que señalar, además, que la mayoría de los problemas de error se producen en el campo de las contravenciones y, en ese ámbito, la igualación de las distintas formas de responsabilidad subjetiva no es un fenómeno extraño, puesto que ello también se produce entre el conocimiento y la cognoscibilidad de los hechos (dolo y culpa en sentido estricto)¹⁷¹. En conclusión, dados los antecedentes legislativos y dogmáticos italianos, la teoría de la culpabilidad ha sido acogida como el planteamiento

¹⁶⁸ Vid. las referencias en MUCCIARELLI, *RIDPP*, 1996, pp. 222-225.

¹⁶⁹ Vid. PALAZZO, "Ignoranza della legge penale", p. 126 y *supra* p. 57.

¹⁷⁰ Vid. MUCCIARELLI, *RIDPP*, 1996, pp. 230-233.

¹⁷¹ Vid. *supra* n. 114.

teórico mejor adaptado a la situación italiana¹⁷². Ello no ha sido obstáculo para que, tras conseguirse el reconocimiento del error de prohibición inevitable, cada vez se eleven más voces en pro de la atenuación del error evitable¹⁷³

2. Consecuentemente con el cambio producido, se ha experimentado una lógica apertura hacia los problemas internos inherentes a un régimen en el que el error de prohibición –aunque sólo sea el invencible– juega algún papel. Me refiero básicamente a la construcción de los baremos de la evitabilidad. Cuestiones como el papel de la duda acerca de la ilicitud del hecho –como *motivo* para apreciar la evitabilidad del error y no como límite al conocimiento actual de la antijuricidad, factor este último que es irrelevante en el sistema italiano– o la definición y la responsabilidad de las fuentes de información fiables han adquirido un gran vigor. Tras asimilar rápidamente el acerbo doctrinal alemán, en todos estos campos se observa un considerable desarrollo¹⁷⁴ de una dogmática muy centrada hasta entonces, por motivos obvios, en la diferenciación entre el error de hecho y el error de Derecho en los que se asimila rápidamente del acerbo doctrinal alemán. En este sentido podría afirmarse que se produce un reingreso de la doctrina italiana en la discusión sobre el error de prohibición. En mi opinión, uno de los elementos más característicos de la discusión italiana es (junto con el amplio campo de aplicación del error de prohibición en detrimento del error de tipo, ya visto anteriormente) una concepción más restrictiva del objeto de la conciencia del injusto o, al menos, un grupo de opiniones partidarias de exigir la conciencia del *carácter penal* de la prohibición del hecho, mucho mayor que la existente en Alemania¹⁷⁵. El problema es de especial relevancia en ámbitos con regulaciones de alta complejidad técnico-jurídica en los que confluyen normas sancionadoras

¹⁷² Vid. PALAZZO, *RIDPP*, 1988, p. 941-942.

¹⁷³ Vid. FIADANCA-MUSCO, *PG*, 3ª ed., p. 359.

¹⁷⁴ Cfr., simplemente, trabajos como los de PALAZZO (*RIDPP*, 1988, pp. 920 y ss. y “Ignoranza della legge penale”) CALABRIA, (*RIDPP*, 1992, pp. 149 y ss;) o MUCCIARELLI, (*RIDPP*, 1996, pp. 222 y ss; cfr., también las numerosas referencias bibliográficas de su n. 3).

¹⁷⁵ Vid., por todos, VENEZIANI, *Foro it.*, 1995, II, pp. 498 y ss. Parece ser que ésta es también la línea seguida por parte de la jurisprudencia.

penales y administrativas. También es destacable que respecto a la valoración de la evitabilidad del error se trasponen muy abiertamente los modelos-tipo utilizados comúnmente para determinar la imprudencia *facti* y la creciente preocupación en la determinación de qué características personales y situacionales pueden utilizarse en la construcción de los modelos normativos de decisión¹⁷⁶.

c) *Balance*

Hemos visto pues, como ha podido existir hasta tiempos muy recientes un sistema jurídico-penal occidental parecido al nuestro –cuestión distinta es el mundo anglosajón¹⁷⁷–, que, nominalmente, expresaba un rechazo total al conocimiento de la antijuricidad y que, incluso en la actualidad, niega toda relevancia al error de prohibición vencible. Sin embargo, parece que la imposibilidad de hacer oídos sordos a las exigencias de una mínima subjetivización de la relación entre el sujeto y el ordenamiento –es decir, de personalización de la responsabilidad– y la creciente administrativización del Derecho penal –que multiplica los casos de auténtica ignorancia del Derecho– han hecho insostenible un modelo pensado para el siglo XIX. Es decir, que las necesidades sociales luchaban por aflorar a la superficie, rompiendo barreras legales y jurisprudenciales. Así, una jurisprudencia tan objetivista como la italiana se vio obligada a desarrollar doctrinas *contra legem* para hacer soportable la situación, hasta que la jurisdicción constitucional no ha tenido más remedio que intervenir. Ésta, pecando tal vez de un exceso de cautela, ha limitado su actuación al campo del error de prohibición inevitable, presentando la cuestión del principio de culpabilidad desde una perspectiva normativa –la problemática del error de prohibición facilita este enfoque– sin imposición alguna de apriorismos psicológicos y estatuyendo la cognoscibilidad de la norma penal como elemento del delito.

¹⁷⁶ Vid. FIADANCA-MUSCO, *PG*, 3ª ed., p. 354 y ss.

¹⁷⁷ La otra gran excepción continental, el caso francés, ha variado también de rumbo y ha introducido en su nuevo Código de 1994 entre las causas de exclusión de la responsabilidad la creencia, inevitable y probada, de poder realizar legítimamente el hecho (cfr. art. 122-3 CP francés).

Así las cosas, tras la sentencia, el aparato judicial parece moverse en unos parámetros no muy distintos a los existentes con anterioridad a la actuación del Tribunal Constitucional: al haberse aparcado de momento la cuestión del error vencible, el problema se ha planteado desde una perspectiva básicamente normativa, muy parecida a la de la imprudencia, en la que parecen triunfar consideraciones político-criminales y procesales que limitan la exoneración básicamente a los errores *atribuibles* a terceros, especialmente fuentes de información oficial. La idea del reparto de cargas, pues, sigue subyaciendo en toda la problemática del error. Mientras tanto, la doctrina pugna por una mayor racionalización en de dicho reparto, puesto que parece que se exige mucho al individuo y poco al Estado. Queda por ver si las obligaciones del “contrato” han sido interpretadas correctamente en la sentencia de 1988 o si debe replantearse todavía la cuestión del tratamiento del error de prohibición vencible.

C) El proceso de positivización del tratamiento del error de prohibición en España

1. Antecedentes históricos

1. El error de prohibición careció de regulación legal en España hasta 1983¹⁷⁸. Asimismo, y a diferencia de otros países del entorno, nuestro Derecho positivo tampoco reguló expresamente el error de hecho como causa de exclusión de la responsabilidad. Todo ello determinó una pausada evolución hacia el progresivo reconocimiento de la relevancia de esta clase de errores en un contexto menos encorsetado que en el caso alemán o el italiano, muy predeterminados, especialmente el último de ellos, por regulaciones parciales de la materia. Sin embargo, también es verdad que, por esas mismas razones, la discusión se limitó a las distintas posibilidades de articulación interpretativa del reconocimiento del error, sin que se profundizara en la cuestión de su contenido.

2. Hasta 1983 la historia del error de prohibición en España es únicamente la historia de los esfuerzos doctrinales por conseguir su aceptación. La evolución seguida por la doctrina y, paralelamente, pero con mayor retraso, por la jurisprudencia españolas respondería al siguiente esquema. Una primera etapa de plena vigencia del principio *error iuris non excusat*, que va siendo agrietado lentamente por la equiparación jurisprudencial del error de Derecho no penal con el error de hecho. Una segunda etapa de aceptación de la relevancia del conocimiento de la antijuricidad gracias a la teoría del dolo y a la unificación de la doctrina del error que la misma conllevó. Durante este periodo se fue imponiendo la idea de que el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta formaba parte del dolo en condiciones de igualdad con el conocimiento de

¹⁷⁸ Excepción hecha del art. 10 CP 1822: "Todo español ó extranjero que dentro del territorio de las Españas cometa algún delito ó culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo á este código, sin que á nada sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone; salvas las excepciones estipuladas en los tratados existentes con otras Potencias". Para lo que sigue en este epígrafe, cfr. CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, pp. 74 y ss.

las condiciones del hecho, por lo que cualquier clase de error tenía como único efecto la eliminación del dolo, subsistiendo exclusivamente una responsabilidad por imprudencia si el error era reprochable. Finalmente se produjo la irrupción de la teoría de la culpabilidad y de las propuestas de tratamiento absolutamente diferenciado del error de tipo y el error de prohibición, que acabaría por convertirse en mayoritaria en la penalística española tras la reforma de 1983. — ??

3. Durante muchos años, la principal cortapisa legal a la aceptación del error sobre la antijuricidad provino del antiguo art. 2 CC en su redacción anterior a 1974: “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”¹⁷⁹. Invocado a menudo por la jurisprudencia, la doctrina no consideró que dicho artículo fuera un obstáculo decisivo. En efecto, se entendió que en el CC se estaba haciendo referencia a la intranscendencia de la *ignorantia legis* o desconocimiento del precepto legal concreto, sin que con ello se llegara a excluir una posible relevancia del *error iuris* o falta de conocimiento de la contradicción de la conducta con el Derecho en términos generales¹⁸⁰. En definitiva, en el CC se estaría haciendo referencia tan sólo a la vigencia general de las leyes con independencia de su conocimiento y no a la imposibilidad de alegar su desconocimiento como excusa. Por otro lado, a medida que se abandonaba la pura exégesis y se avanzaba en las construcciones dogmáticas, se fueron encontrando bases en el propio CP para considerar que la conciencia de la antijuricidad era un requisito legal de la responsabilidad penal y que las posibles restricciones provenientes del CC no regían en la legislación penal¹⁸¹.

4. Durante el siglo XIX los autores españoles, escudados tras el

¹⁷⁹ En la redacción actualmente vigente (art. 6.1 CC), se añade a lo anterior: “El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen”.

¹⁸⁰ ANTÓN ONECA, *DP*, 2ª ed., p. 240. Cfr., también, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a MEZGER*, II, p. 149, CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, pp. 12 y 101-103, y TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1975, p. 26. Las modificaciones introducidas por el nuevo art. 6.1 CC fueron interpretadas por TORÍO (*ibidem*, p. 33) como una prohibición expresa de la analogía en el tratamiento del error de prohibición, cosa que, en su opinión, hacía inviables las soluciones propuestas por las teorías limitadas del dolo y de la culpabilidad. *Vid.* también, RODRÍGUEZ DEVESA, *Jescheck-FS*, p. 216-218

¹⁸¹ *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. VI, 3ª ed., p. 443; CERESO MIR, *Problemas fundamentales*, p. 88.

brocardo de la tradición romanística, apenas se ocuparon de la cuestión del desconocimiento de la ilicitud del hecho salvo para rechazar toda consideración al mismo. La ruptura de esta tendencia no se produce hasta las postrimerías de siglo con DORADO MONTERO, que se manifestó en favor de que el conocimiento de la contrariedad al Derecho fuera un elemento esencial del dolo y de que sólo se castigara por imprudencia en caso de ignorancia vencible¹⁸². Lentamente, esta opinión, favorecida por la incriminación abierta de la imprudencia y a caballo de la "voluntariedad" del art. 1 y la "malicia" del art. 565 del antiguo CP¹⁸³, se fue extendiendo hasta convertirse en doctrina dominante en España la idea de que el dolo, entendido como voluntad antijurídica, es una forma de la culpabilidad que comprende la conciencia de obrar contra intereses jurídicamente protegidos y que, por consiguiente, el error inexcusable debía excluir el dolo y generar un delito culposo¹⁸⁴.

Tras el definitivo asentamiento doctrinal de la teoría del dolo, se produce, sin embargo, alguna fisura en el tratamiento unitario que la misma ofrece. Así, entre las propias filas causalistas, una vez abandonado por inoperante la distinción entre error de hecho y error de Derecho, se va introduciendo la distinción entre error de tipo y error de prohibición¹⁸⁵, si

¹⁸² DORADO MONTERO, *Problemas del Derecho Penal I*, 1895, pp. 441 y ss. (cita extraída de CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, p. 79, n. 22). Vid. también, la vehemente crítica, desde una perspectiva de política jurídica, a la presunción del conocimiento de las leyes de Joaquín COSTA en *El problema de la ignorancia del Derecho*, pp. 5-34.

¹⁸³ Art. 1 ACP : "Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley ". Art. 565 ACP "El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor". Bastaba pues con identificar malicia y *dolus malus*.

¹⁸⁴ ANTÓN ONECA, *DP*, 2ª ed., pp. 222-224 y 240-242. Autores como el P. JERÓNIMO MONTES, FERRER SAMA, DEL ROSAL, PUIG PEÑA O QUINTANO RIPOLLÉS encarnarían la versión tradicional de la teoría del dolo (cfr. las referencias en HUERTA TOCILDO, *RFDUC*, núm. mon. 3, 1980, p. 86.). Con posterioridad, Vid. por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO (*PG*, pp. 257 y ss.), RODRÍGUEZ DEVESA (*PG*, 7ª ed., p. 449) TORÍO LÓPEZ (*ADPCP*, 1975, pp. 25 y ss.) o COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (COBO-VIVES, *PG*, 1ª, ed. p. 560). Parece que sólo CUELLO CALÓN en algunos momentos negó la relevancia del error de Derecho penal (cfr. CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, p. 75).

¹⁸⁵ Vid., por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, 7ª ed., p. 595, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa*, p. 79 y ss. y, en general, todos los autores que modernamente defienden la teoría del dolo.

bien se continúa propugnando un tratamiento unitario de ambos mediante la aplicación de la cláusula de incriminación de la imprudencia del antiguo art. 565. Incluso, más recientemente, algún autor ha llegado a considerar que el campo de aplicación de dicho precepto debía ser distinto según la clase de error de que se tratara, en el sentido de que las limitaciones a la punición de numerosos delitos por *imprudencia facti* no deberían operar en los casos de culpa por desconocimiento del Derecho, supuesto que sí sería aplicable a todas las figuras delictivas¹⁸⁶.

La teoría limitada del dolo encontró en JIMÉNEZ DE ASÚA una solitaria representación. Este brillante penalista estaba identificado con la doctrina tradicional del dolo y entendía que en el elemento intelectual del mismo se integra la consciencia de estar quebrantando un deber. Si bien era un ferviente partidario de la distinción entre error de tipo y error de prohibición, continuó sosteniendo la unificación de sus consecuencias jurídicas y rechazó el castigo por culpabilidad dolosa del sujeto que obrara en error de prohibición. Ahora bien, se aproximó a MEZGER al aceptar la idea de la ceguera jurídica para establecer los límites dentro de los cuales puede alegarse un error de prohibición¹⁸⁷.

5. Con la aparición del finalismo en la escena española a finales de los años cincuenta, surgen las primeras voces en favor de la teoría de la culpabilidad, inicialmente en su versión limitada. El principal problema que debía afrontar esta teoría era su adaptación a la situación legal vigente a la sazón, esto es, la armonización de una estructura finalista del delito con la

¹⁸⁶ Así, COBO-VIVES, *PG*, 2ª ed., p.435 n. 49. En sentido opuesto, *vid.* TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1975, pp. 34-36; este autor entiende que, *de lege lata*, el art. 565 ACP obligaba a un riguroso tratamiento unitario de todas las formas de culpa, con un idéntico radio de acción (p. 34), a pesar de que el error evitable de prohibición, por su naturaleza tiende a una propagación general mientras que el ámbito de la culpa de hecho tendría que ser más limitado tipo (p. 36). Insiste en las bondades de un tratamiento homogéneo de ambas clases de error en *La reforma penal*, p. 263.

¹⁸⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. VI, 3ª ed., pp. 460-61, 559 y ss. Sin embargo su postura es algo compleja. Así, parece alejarse de MEZGER cuando considera (*vid.* pp. 519 y 584) que, en los casos de ceguera jurídica, debe existir como mínimo *indicios de dolo*, al menos eventual; en caso contrario, procedería la responsabilidad por culpa o, incluso, la aplicación de una medida de seguridad -*vid.* sin embargo p. 461 donde se afirma la posibilidad en estos casos de imputar el *error iuris* por dolo atenuado; poco claro también en los ejemplos de la p. 587-.

contraposición que se efectuaba en el art. 565 entre malicia –*dolus malus*– e imprudencia.

La fórmula más ortodoxa proviene de CEREZO MIR inspirada en la propuesta de WELZEL para el tratamiento de ese mismo problema en el StGB que, por aquel entonces, carecía también de regulación específica sobre el error de prohibición¹⁸⁸. En primer lugar, negó que el concepto legal de malicia hubiese contenido nunca la conciencia de la antijuricidad y lo identificó con el dolo natural, desligando de esta forma la cuestión del error de prohibición del tratamiento legal de la imprudencia. A continuación, propuso una atenuación de la pena del delito cometido en error de prohibición vencible mediante la aplicación de una eximente incompleta por analogía a la imputabilidad disminuida (art. 9.1 en relación con el art. 8.1 ACP).

Un planteamiento distinto fue el de CÓRDOBA RODA¹⁸⁹, partidario también de la teoría de la culpabilidad. Este autor llegó a la conclusión, a partir de una compleja reconstrucción de los conceptos legales de voluntariedad y malicia, de que el CP español contenía una regulación *sui generis* de dos fenómenos distintos, la imprudencia de hecho y la imprudencia de Derecho. Ambas estaban unificadas por unas mismas consecuencias jurídicas en el art. 565 ACP, pero no perdían por ello su naturaleza distinta, con lo que era posible establecer ámbitos de aplicación diferentes para cada una de ellas, mucho más amplio en el caso de la imprudencia de Derecho.

En definitiva, CEREZO propuso un tratamiento del error de prohibición perfectamente adaptado a sus postulados sistemáticos pero totalmente alternativo al dominante en esos momentos, de modo que no pudo ser aplicado hasta 1983, tanto por el rechazo mayoritario a sus

¹⁸⁸ Vid. CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, pp. 88-89 y *Notas a WELZEL*, pp. 113-114, n. 30. La principal singularidad que distanciaba la propuesta española de la alemana era que el régimen de las eximentes incompletas del art. 66 del ACP comportaba la atenuación obligatoria de todo error de prohibición vencible, peculiaridad que posteriormente ha sido muy reivindicada por su autor –cfr. *Estudios sobre la moderna reforma*, p. 76–.

¹⁸⁹ CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, pp. 64-87 y 130-135.

premisas sistemáticas como por la negativa de la jurisprudencia a admitir eximentes analógicas¹⁹⁰. En cambio, CÓRDOBA ensayó una solución más adaptable a la praxis interpretativa española del momento en materia de error, profundamente enraizada en el art. 565 y el concepto de malicia, pero manteniendo simultáneamente sus premisas sistemáticas de separación entre dolo natural, como parte subjetiva del injusto, y conocimiento de la antijuricidad, como elemento autónomo de la culpabilidad¹⁹¹. Mientras que la propuesta del primero auspiciará la interpretación mayoritaria de la regulación del error de prohibición tras la reforma de 1983, la del segundo acabará inspirando en parte los argumentos en pro del mantenimiento de la teoría del dolo en el nuevo marco legal.

6. Así las cosas, a finales de los años sesenta, tras la definitiva desaparición entre la doctrina científica de los vestigios del *error iuris nocet*, la teoría del dolo continuaba siendo hegemónica, si bien ya se estaba produciendo un lento decantamiento hacia la teoría de la culpabilidad¹⁹² que eclosionaría con el PCP de 1980 y la reforma de 1983. Ello no obstante, la aportación más interesante sobre esta materia que se produjo en el panorama doctrinal de los años setenta provino del campo de la teoría del dolo. En efecto, MIR PUIG, partidario de ubicar el dolo en el injusto, sostuvo sin embargo la idea de que el conocimiento de la antijuricidad era también un problema de injusto, de tal forma que el error de prohibición invencible sería una causa de exclusión del mismo y el error vencible daría pie a un delito imprudente¹⁹³.

MIR¹⁹⁴ partía de la premisa de que el Derecho penal cumple una

¹⁹⁰ CEREZO MIR, *La Ley*, 1988-1; p. 1021.

¹⁹¹ *Vid.* la crítica de MIR PUIG, *Adiciones a JESCHECK*, p. 642

¹⁹² Así autores como GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, pp. 47-49 y 76-77 – primer autor español en considerar el error sobre las causas de justificación como un error de tipo – y MUÑOZ CONDE, *PE*, 2ª ed., (p. ej. p. 114).

¹⁹³ MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado*, pp. 72-75. Respecto a la nueva posición del autor, motivado por un cambio en su concepto de antijuricidad pero sin abandonar la teoría del dolo, cfr. *PG*, 4ª ed., Lec. 5, Nm.7-31, Lec. 20, Nm. 28-34 y Lec. 21, Nm. 21-24.

¹⁹⁴ Cfr., además, MIR PUIG, *Adiciones a JESCHECK*, p. 642-643 y *el mismo*, *La Ley*, 1991-1, pp. 1035-1039.

función preventiva de protección de bienes jurídicos mediante la motivación ejercida por normas de conducta que prohíben la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos. Esta función de motivación debía incidir en el propio concepto de antijuricidad. Así, de la misma forma que no tiene sentido prohibir –motivar– conductas cuando éstas no parecen objetivamente peligrosas para el bien jurídico (exclusión de la responsabilidad objetiva), tampoco pueden estar prohibidas esas mismas conductas cuando objetivamente parezca que no existe tutela jurídica de ese bien. La conducta realizada en desconocimiento invencible de la protección del bien lesionado por parte del Derecho no sería antijurídica por cuanto no tendría sentido prohibirla en tales condiciones (no tendría sentido intentar motivar mediante esa norma)¹⁹⁵. Sólo podrían ser antijurídicas –motivables mediante normas– aquellas conductas que pudieran parecerle prohibidas al hombre medio que poseyera los conocimientos del autor. En los casos en que no fuera así, tales hechos continuarían estando prohibidos en general, en abstracto, pero la imposibilidad de conocer esa prohibición en el caso concreto determinaría la falta de antijuricidad concreta de la conducta¹⁹⁶. Por lo que se refiere al error de prohibición vencible, la falta de conciencia de que el hecho afecta a un bien tutelado jurídicamente eliminaría también el carácter doloso de la infracción, por lo que sólo podría constituir un tipo de injusto imprudente.

2. La reforma de 1983

1. La primera regulación específica del error en la legislación de nuestro país es bastante reciente. Fallido el PCP 1980¹⁹⁷, se efectuó en 1983

¹⁹⁵ Posteriormente reforzaría este planteamiento afirmando que la impunidad del hecho realizada en error invencible responde, tanto en el caso del error de tipo como en el de prohibición a la idea de riesgo permitido e interés preponderante, criterios propios de la antijuricidad y no de la culpabilidad (cfr. *La Ley*, 1991-1, p. 1037).

¹⁹⁶ La idea de antijuricidad en abstracto y en concreto también está presente en la colisión de deberes o en el concurso de normas; cfr. MIR PUIG, *La Ley*, 1991-1, pp. 1037-1038. Vid. también la crítica de LUZÓN PEÑA, *PG I*, p. 402 de SCHÜNEMANN en SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos de un sistema europeo*. p. 224

¹⁹⁷ Art. 20 PCP 1980: "[1.] El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. [2.]. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del

una profunda reforma del antiguo Código para adaptarlo a la nueva situación democrática, cosa que comportó el pleno reconocimiento del principio de responsabilidad subjetiva. En ese contexto vio la luz el art. 6 bis a), que reguló las distintas modalidades de error y, concretamente en su párrafo tercero, el error de prohibición¹⁹⁸.

Desde un punto de vista práctico, el efecto más positivo del precepto vino determinado por su propia existencia. Aunque ya se estaban produciendo cambios importantes en el panorama jurisprudencial español, la relevancia del error sobre la significación antijurídica del hecho no se había impuesto todavía con la rotundidad suficiente¹⁹⁹, por lo que el primer y principal objetivo a cubrir era la consecución del pleno reconocimiento de la relevancia del error de prohibición invencible. En aparente contrapartida, la introducción de un tratamiento global de dicho error, al estilo del nuevo art. 6 bis a) III, comportaba la extensión de la punición por error de prohibición vencible a todos los delitos. Teóricamente, ello suponía un importante incremento de la punibilidad si se compara con las limitaciones resultantes de la aplicación de la teoría estricta del dolo a la situación legal anterior a 1983. Sin embargo, debe reconocerse que, en la práctica, la existencia de una cláusula de regulación expresa del error ha supuesto una

hecho y la personalidad del autor, la infracción será castigada en su caso como culposa. [3.] *La creencia errónea, probada e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se observará lo dispuesto en el art. 81*". Por lo que al error de prohibición se refiere, el texto coincide casi completamente con el nuevo art. 6 bis a) III, por lo que toda la discusión en torno al PCP 1980 es igualmente aplicable al ACP tras la reforma de 1983.

¹⁹⁸ Art. 6 bis a) ACP: "[1.] El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. [2.] Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada en su caso, como culposa. [3.] *La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66.*"

¹⁹⁹ Si bien a mediados de los setenta la jurisprudencia ya se alineaba con los presupuestos sistemáticos de la teoría del dolo (*vid.* TORÍO LÓPEZ, *Reformas penales*, p. 97, n. 1; *vid.*, también, las matizaciones al respecto de MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 21, Nm. 41-, puesto que ello no significa que se reconociera siempre plena relevancia al error sobre la antijuricidad del hecho. La confusión llegó a prolongarse hasta mediados de los años ochenta, donde todavía es posible encontrar menciones al *error iuris nocet* (*vid. infra*, p. 196 y ss. y p. 238, n. 565).

mayor aplicación real de dicha institución.

2. Por lo que a su contenido se refiere, en primer lugar debe destacarse que, imprecisiones al margen, el precepto fue entendido como un refrendo legislativo a la distinción entre error de tipo y error de prohibición, conceptos que ya estaban ampliamente aceptados por la doctrina, incluso entre posiciones causalistas, donde, como ya se ha visto, se habían abandonado las categorías error de hecho y error de Derecho. De todas formas se expresaron algunas críticas por la incoherencia en la caracterización legal de los dos errores²⁰⁰: mientras que el error de tipo se describía según el objeto sobre el que recae (error sobre un elemento integrante de la infracción penal), el error de prohibición se singularizaba según el efecto psicológico que produce sobre el sujeto (una creencia errónea). Esta falta de paralelismo podría ocasionar solapamientos del ámbito de aplicación de cada uno de ellos y, de hecho, contribuyó a algunas confusiones que experimentó la jurisprudencia entre las distintas clases de error y su correspondencia con las previsiones del art. 6 bis a)²⁰¹. Sin embargo, todo ello no hizo mella en el convencimiento doctrinal de que se mantenía la clasificación error de tipo y de prohibición y, finalmente, no llegó a cuajar en un sistema alternativo de tratamiento de la problemática del error²⁰².

Otro rasgo destacable de la nueva regulación era la asignación de consecuencias jurídicas distintas a cada clase de error: mientras que para el error de tipo vencible se efectuaba una remisión al delito imprudente, para

²⁰⁰ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *La Ley*, 1981-1, pp. 920-21; cfr. las distintas combinaciones interpretativas posibles en ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC*, 1981, pp. 512-516; *vid.*, también, MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 250-251. Crítico con los anteriores, MIR PUIG, *Rev. Jur. Castilla - La Mancha*, 1989, pp. 110-112.

²⁰¹ *Vid. infra* p. 197.

²⁰² Un planteamiento distinto es el de BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1985, pp. 715-719 y *PG*, 4ª ed., pp. 399 y ss., 491 y ss. y 514 y ss., que considera un acierto esta pretendida incoherencia del art. 6 bis a ACP. Para este autor, el problema de la conciencia de la ilicitud no se corresponde con la disyuntiva entre conocimiento o error, propia del dolo. Aquí se trata de determinar si la conciencia o creencia del sujeto sobre el conjunto de su obrar (fruto de un complejo proceso de comprensión) coincide con la valoración que tiene el ordenamiento del mismo. Esta comprensión, que se da o no se da con independencia que en un momento determinado esté o no presente. La falta de esa comprensión se regiría por los criterios de gradualidad propios de la inexigibilidad.

el error de prohibición vencible se preveía la atenuación de la pena reservada a las eximentes incompletas. De todas formas, ese trato diferenciado quedaba mitigado en parte por el mantenimiento del sistema de incriminación general de la imprudencia, de manera que los ámbitos de punibilidad por error de tipo y de prohibición vencibles eran similares tanto en extensión como en intensidad. Por otra parte, llama asimismo la atención que fuera obligatoria la atenuación de la pena en caso de error de prohibición vencible, cuando la solución más frecuentemente utilizada en Derecho comparado es la atenuación facultativa²⁰³.

3. Desde un principio la interpretación del nuevo precepto despertó fuertes discusiones puesto que, más allá de la erradicación del principio *error iuris nocet*, en el panorama doctrinal español de finales de los setenta no existía consenso respecto a cuál debía ser el modelo sistemático a emplear para afrontar la problemática del error. Antes de proseguir es preciso hacer una precisión terminológica. Si bien es verdad que, también en España, la dicotomía teoría del dolo – teoría de la culpabilidad respondía inicialmente a la confrontación entre causalismo y finalismo, en la actualidad, dada la pluralidad de enfoques existentes, es preciso desligar hasta cierto punto las doctrinas del error de sus orígenes históricos. Así, cuando se habla de la teoría de la culpabilidad, se está haciendo referencia, en última instancia, a toda propuesta que haga compatible el error de prohibición con el carácter doloso del hecho, normalmente incluyendo el dolo en el injusto y el conocimiento de la antijuricidad en la culpabilidad. Por contra, bajo la teoría del dolo se agrupan a quienes entienden que la conciencia del injusto es elemento necesario para la imputación a título de dolo del hecho, tanto si es un elemento del injusto como de la culpabilidad.

Pues bien, desde un principio se debatió arduamente si la nueva disposición positivizaba la denominada teoría de la culpabilidad y suponía, por tanto, un rechazo de la teoría del dolo. El interés en la discusión era básicamente instrumental, es decir, no estaba motivado por la incidencia de

²⁰³ Este es el caso no sólo del StGB, sino también el de Códigos penales como el suizo (art. 20), austríaco (§ 9) y portugués (art. 17). *Vid.* JESCHECK, *ADPCP*, 1986, p. 23. Cfr. una relación de la normativa europea en PALAZZO, “Ignoranza della legge penale”, pp. 124-125.

las distintas concepciones en la estructura y contenido del conocimiento de la antijuricidad como elemento fundamentador de la responsabilidad penal. La polémica más bien soslayaba estos aspectos. En realidad, la atención de la literatura científica se fijaba básicamente en la cuestión de si el CP acogía, a través del art. 6 bis a), un determinado modelo sistemático de delito en detrimento de otros. Simplificando la cuestión, si se consagraba una estructura finalista de delito en perjuicio del modelo causalista, mayoritario hasta entonces²⁰⁴. En definitiva, la regulación del error estaba tan condicionada por la discusión doctrinal que su irrupción en la escena legal fue analizada más por sus efectos sistemáticos que por sus propias peculiaridades. Asimismo, un segundo frente de disputas especialmente virulento, versó sobre el tratamiento que se daba la nueva regulación del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. En este caso, ante la indefinición legal, la discusión discurrió más en el plano de los planteamientos dogmáticos generales.

4. Así las cosas, el art. 6 bis a) fue saludado como una confirmación legislativa de la teoría de la culpabilidad, visión que rápidamente se convirtió en mayoritaria entre la doctrina²⁰⁵. El principal argumento esgrimido fue que, mientras quedaba bien claro que el error de tipo excluía el dolo y dejaba abierta, caso de ser vencible, la responsabilidad por imprudencia, el

²⁰⁴ Sin embargo ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC*, 1981, pp. 514-515, ha llegado a desligar las dos cuestiones: mientras que consideraba que la nueva regulación rechazaba la teoría del dolo en tanto que modelo de tratamiento del error de prohibición, creía que el art. 6 bis III no ofrecía elementos decisivos respecto a la ubicación sistemática del dolo.

²⁰⁵ HUERTA TOCILDO, *RFDUC*, mon. 3, 1980, pp. 75 y ss.; ROMEO CASABONA, *ADPCP*, 1980, pp. 745 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *La Ley*, 1981-1, p. 919 (más críticamente, en COBO (dir.): *Comentarios a la legislación penal*, V, pp. 61-63); ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC*, 1981, p. 514; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, pp. 98 y 485; CEREZO MIR, *ADPCP*, 1985, pp. 277 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *PG*, 2ª ed., pp. 338 y ss.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error*, p. 231; GRACIA MARTÍN, *APen*, 1994-2; pp. 368 y ss., LUZÓN PEÑA, *PG I*, p. 467; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Los elementos normativos", p. 17. Desde una perspectiva procesal, PÉREZ DEL VALLE, *Revista de Derecho Procesal*, 1994, pp. 413 y ss. Desde la teoría del dolo admiten que la nueva legislación adopta la orientación de la teoría de la culpabilidad RODRÍGUEZ RAMOS, *La Ley*, 1980-1, p. 1073; TORÍO LÓPEZ, *Reformas penales*, p. 111; SAINZ CANTERO, *EPC*, VII, pp. 432-36. Desde Alemania también se han manifestado en este mismo sentido HIRSCH (pp. 52 y 74, n. 19) y ROXIN (pp. 82-83) en *Deutsch-Spanisches* y STRIEN, *Einflüsse des deutschen Strafrechts*, p. 119. *Vid.* referencias a otros autores en GRACIA MARTÍN, *APen*, 1994-2, p. 370, n. 337 y 338.

error de prohibición se castigaba de forma general con la pena atenuada a partir del correspondiente tipo delictivo. Esta situación sólo podía explicarse si el error de prohibición vencible era una cuestión posterior a la constatación de la naturaleza dolosa o imprudente del hecho y suponía tan solo una disminución de la culpabilidad²⁰⁶.

Por contra, desde las posiciones favorables a la teoría del dolo se entendió que el párrafo tercero del art. 6 bis a) también podía interpretarse como una regla de determinación de la pena que no prejuzgaba el título de imputación subjetiva en caso de desconocimiento de la ilicitud del hecho, por lo que era perfectamente posible interpretarlo como una cláusula de *culpa iuris* para castigar de forma más rigurosa esa clase de imprudencia. Este fue el argumento esgrimido desde posiciones partidarias de una estructura neoclásica del delito²⁰⁷ así como por MIR PUIG, desde su concepción del conocimiento de la antijuricidad como elemento integrante de la parte subjetiva del injusto²⁰⁸. Pero, además, estos autores no se limitaban simplemente a defender la practicabilidad de su interpretación alternativa, sino que reivindicaron como propios de la teoría del dolo algunos elementos exigidos por la regulación legal tales como el conocimiento actual de la antijuricidad o la atenuación obligatoria, por cuanto entendían que si la culpabilidad fuera perfecta con la simple posibilidad de conocimiento de la antijuricidad no se comprenderían estas peculiaridades²⁰⁹.

Al cabo de tres lustros de discusiones, hay que reconocer que la teoría

²⁰⁶ *Vid.*, por todos, GRACIA MARTÍN, *APen*, 1994-2, pp. 371 y ss.

²⁰⁷ La idea, esbozada para el PCP 1980, proviene de TORÍO, *La reforma penal*, pp. 263 y ss; *vid.* también, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La reforma penal*, p. 25. Mantiene esta misma interpretación para el ACP tras la reforma de 1983 COBO-VIVES, *PG*, 2ª ed., p. 463; RODRÍGUEZ DEVESA, *Jescheck-FS*, p. 215 y 219. RODRÍGUEZ DEVESA, *Jescheck-FS*, p. 215 y 219. –si bien limitando el párr. III a las causas de justificación putativas– y RODRÍGUEZ DEVESA, –SERRANO GÓMEZ, *PG*, 16ª ed. p 634.

²⁰⁸ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., p. 674 y *La Ley*, 1991-1, p. 1034-35. Siguen este planteamiento JOSHI JUBERT, *ADPCP*, 1987, p. 699 y QUERALT JIMÉNEZ, *CDJ*, XXIII, p. 43. Manifiesta alguna reservas al respecto SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 403. También en el sentido de la teoría del dolo, si bien con una nueva fundamentación, MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 21, Nm.41-43.

²⁰⁹ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 21, Nm. 44-45 y COBO-VIVES, *PG*, 4ª ed., p. 556, n. 10 y p. 611, manteniendo ambos las opiniones ya expresadas en ediciones precedentes en relación al ACP.

de la culpabilidad (y la estructura finalista del delito, que no el finalismo) ha experimentado un impresionante auge en España a caballo de la reforma. En realidad, el factor desencadenante de este fenómeno no fue tanto la nueva legislación como la aparición de una nueva generación de penalistas más proclives a las tendencias dominantes en la dogmática jurídico-penal alemana. En cualquier caso, todo ello no empece el reconocimiento de la notable versatilidad del art. 6 bis a) para acoger la mayoría de las posturas o, al menos, para no descartarlas. En efecto, tras la virulencia de los primeros momentos, incluso algunos partidarios de la teoría de la culpabilidad o próximos a ella admiten que la regulación positiva del error en el CP es compatible con ambas propuestas, por lo que la adopción de una u otra solución responderá a razones dogmáticas y político-criminales, mas no legales²¹⁰. En esta línea podríamos situar también a autores como MUÑOZ CONDE que consideran que la regulación española es un producto singular en el que, sobre el armazón de la teoría de la culpabilidad se incorporan aportaciones de la teoría del dolo²¹¹.

3. El Código penal de 1995

1. La entrada en vigor del nuevo Código ha supuesto algunas variaciones respecto a la situación anterior. En primer lugar, la alteración del contexto de la problemática del error que se ha producido con la introducción de la incriminación cerrada de la imprudencia junto con el

²¹⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES en QUINTERO-MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, pp. 53-55; MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 258-259; CUELLO CONTRERAS *CPC*, 1987, p. 278 y n. 21. ZUGALDÍA ESPINAR, *CDJ*, XVIII-XX, p. 191, admite la posibilidad de distintas lecturas de la legislación (*vid. supra* n.204). Respecto al actual CP, *vid.* QUINTERO OLIVARES, *PG*, pp. 354 y 357 y MORALES PRATS en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 104. Sin embargo, cfr. el renovado rechazo a la posibilidad de una interpretación favorable a la teoría del dolo en HUERTA TOCILDO, *CDJ*, XVIII-XX, pp. 255-257, CEREZO MIR, *PG I*, 4ª ed., pp. 370-72 y GRACIA MARTÍN, *APen*, 1994-2, pp. 366 y ss, en especial pp, 373-74, donde se insiste en la incompatibilidad entre la existencia del dolo de realización del hecho típico y la posterior calificación imprudente.

²¹¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *El error*, pp. 42 y ss., donde admite, además, que también es posible interpretar la regulación española conforme a cualquiera de las teorías al uso –más matizadamente en MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARÁN, *PG*, 2ª ed., p. 403). También en esta línea de distanciamiento crítico, si bien adoptando una interpretación todavía más particularista BUSTOS RAMÍREZ (*vid. supra* n. 202).

mantenimiento de la punición generalizada del error de prohibición, factores que acentúan las diferencias de trato entre ambas clases de error. En segundo, la nueva redacción legal del error recogida en el art. 14 CP²¹². Sin embargo, a diferencia de lo sucedido en 1983, la nueva regulación del error de prohibición ha sido recibida con cierta indiferencia, ya que parece que se mantienen los parámetros básicos establecidos por la legislación precedente.

2. A pesar de ello, se han producido ya algunas escaramuzas entre las distintas concepciones. Así, a los argumentos habituales en favor de la teoría de la culpabilidad, se añade ahora el nuevo art. 12 CP, que limita el castigo de las conductas imprudentes a los supuestos expresamente previstos por la ley. Este precepto ha sido considerado como un nuevo escollo para las teorías del dolo, dado que la previsión expresa de modalidades imprudentes sólo se efectúa en unos pocos tipos de la parte especial, mientras que el art. 14 permite castigar el error de prohibición vencible en todos los delitos, con lo que considerarlo una forma de imprudencia sería abiertamente contradictorio con el art. 12²¹³. También en esta línea, el propio VIVES ANTÓN reconoce que con el nuevo CP se consuma definitivamente la independencia del conocimiento de la antijuricidad respecto del dolo, puesto que el tratamiento legal del error de prohibición no se remite al castigo de la infracción imprudente. Por consiguiente, en el nuevo CP “dolo “debería entenderse como dolo natural, si bien continúa existiendo una notable similitud material entre el error de prohibición vencible y la imprudencia”²¹⁴.

²¹² Art. 14 CP: “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

²¹³ Vid. CEREZO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma*, p. 77, en relación al PCP 1980, y PG I, 4ª ed., p. 372, en relación al PCP 1992. También QUINTERO OLIVARES, PG, p. 355.

²¹⁴ Cfr. VIVES ANTÓN en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 14; vid. algunas precisiones adicionales *infra* n. 233. Sin embargo, en COBO-VIVES, PG, 4ª ed., pp. 556-559 –en especial n. 10– y 611 no se observan cambios apreciables con los planteamientos mantenidos por estos autores en relación con el art. 6 bis a) III ACP.

3. En cambio, en sentido opuesto, también se ha entendido que la punición limitada de la imprudencia de hecho introducida por el CP refuerza la idea de que el tratamiento especial de la culpa iuris responde básicamente a motivos político-criminales para evitar lagunas de punibilidad y no a razones dogmáticas, cosa que, en la regulación anterior quedaba obscurecida al estar también castigada la imprudencia de forma general²¹⁵. Según esto, en el PCP 1980, junto con el reconocimiento del error de prohibición, se había descartado la incriminación abierta de la imprudencia, de tal manera que era coherente la introducción de una cláusula abierta de imprudencia iuris si, político-criminalmente, se consideraba necesario el castigo generalizado de tales supuestos. Con la reforma urgente de 1983, esta regulación del error de prohibición fue injertada en un cuerpo legal en el que el castigo de la imprudencia ya estaba garantizado por el art. 565 ACP, con lo que quedaban algo desdibujados los motivos político-criminales del tratamiento diferenciado e, incluso, podía pensarse que tal distinción respondía a razones dogmáticas. Con el nuevo CP dichos motivos recobrarían su razón de ser originaria.

pag. EP
en un
mapa
externo

Otro argumento favorable a la teoría del dolo se basa en que la penalidad del hecho cometido en error de prohibición vencible ha sido fijada autónomamente en el propio art. 14 CP, sin hacer remisión, como en el ACP, a la regla de determinación de la pena de las eximentes incompletas²¹⁶. Esta vinculación había sido utilizada como un elemento más en apoyo a la tesis de que, al igual que en las eximentes incompletas, en los supuestos de error de prohibición se mantiene sin cambios el título de imputación del hecho que sirve como referencia para determinar la pena. Por otra parte, también se ha puesto de relieve que en el nuevo CP se agudizan los problemas de la teoría de la culpabilidad con la cuestión de la atenuación forzosa de la pena en caso de falta de conocimiento actual de la antijuricidad ya que el error de prohibición ha dejado de tener el mismo efecto

²¹⁵ Cfr. MIR PUIG, *RJCat*, 1997, p. 330. Ya anteriormente en *Rev. Jur. Castilla - La Mancha*, 1987, pp. 121-122-. En contra, CEREZO, *PG I*, 4ª ed., pp. 370-371.

²¹⁶ Aspecto ya reprochado al ANCP 1983 por CEREZO MIR, *Documentación Jurídica*, 37-40, vol. 1, p. 49.

penológico que las eximentes incompletas²¹⁷. Así, mientras que el polémico art. 68 CP ha endurecido el régimen de las eximentes incompletas y establece que el efecto atenuante mínimo de las mismas pueda expresarse sin abandonar el marco penal ordinario del delito²¹⁸, la apreciación de un error de prohibición sigue obligando a imponer, como mínimo, la pena inferior en grado, justo lo contrario de lo que venía siendo reclamado por algunos representantes de la teoría de la culpabilidad²¹⁹. Finalmente, en mi opinión, el argumento de la remisión de la pena del error vencible a la del delito doloso como indicio de que se trata realmente de una responsabilidad dolosa atenuada²²⁰, pierde parte de su fuerza de convicción puesto que en el nuevo CP se utiliza la misma técnica precisamente en el caso de la imprudencia. En efecto, salvo en algunos delitos como el homicidio y las lesiones, las penas de las modalidades imprudentes de la parte especial del CP vigente se suelen construir a partir de los tipos dolosos, normalmente imponiendo la pena inferior en grado.

4. Por lo que se refiere a la regulación legal concreta del error recogida en el nuevo art. 14, la confusa modificación de la definición del primer párrafo de dicho artículo podría incidir sobre el ámbito de aplicación del error de prohibición. En efecto, con la expresión "error sobre *un hecho* constitutivo de la infracción penal" podría entenderse que se estuviese excluyendo del error de tipo al error sobre los elementos normativos y resucitando con ello la antigua distinción entre error de hecho y error de Derecho²²¹. No obstante, desde todas las posiciones, los pronunciamientos

²¹⁷ MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec 21, Nm. 45.

²¹⁸ De todas formas, dista de ser pacífica la cuestión de si la atenuación del art. 68 CP es o no facultativa. Cfr., a favor, BACIGALUPO, *La Ley*, 1996-3, p. 1430; MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 31, Nm. 37; LUZÓN PEÑA, *PG I*, p. 466, n. 9. Cfr. en contra, BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal Español*, pp. 209-213; VALLE MUÑIZ en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 399; CEREZO MIR, *PG II*, 5ª ed., p. 85, n. 43; CONDE-PUMPIDO FERREIRO en CONDE-PUMPIDO (dir.), *Código penal*, t. I, p. 1139.

²¹⁹ *Vid. infra* n. 236.

²²⁰ *Vid.* MUÑOZ CONDE, *El error*, pp. 44-45

²²¹ Críticos con la nueva regulación por este motivo, GIMBERNAT ORDEIG, *La Ley*, 1996-3, p. 1336 y BACIGALUPO ZAPATER, *La Ley*, 1996-3, p. 1429. En cambio, VIVES ANTÓN en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 92, lo considera una simple mejora de la redacción anterior. BUSTOS RAMÍREZ, *Documentación jurídica*, nº 37/40, vol. 1, p. 91 ya

han sido tajantes en contra de ello y, por diversas vías, se aboga por el mantenimiento del error de tipo y error de prohibición en las mismas condiciones que en el anterior CP²²². De todas formas, no sería de extrañar que esta nueva redacción acentuara la tendencia observada en la jurisprudencia de aplicar la regulación del error de prohibición al error sobre los elementos normativos de tal manera que, en la práctica, bajo la etiqueta de error de prohibición podría ocultarse el error de Derecho²²³.

Finalmente, la nueva definición del error de prohibición como un "error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción" no ha sido juzgada como una modificación de su caracterización interna, sino, simplemente, como un cambio de terminología con poca trascendencia práctica²²⁴. Al igual que en su redacción antigua ("creencia de estar obrando lícitamente"), el error de prohibición en su configuración legal sigue entendiéndose en clave psicológica como la falta de conciencia actual de la significación antijurídica del hecho²²⁵. Si acaso, la expresión error sobre la ilicitud ofrece un marco algo más propicio que su predecesor para quienes conciben dicho error como un error acerca de la antijuricidad penal del hecho²²⁶. Por lo demás, no parece que tomen cuerpo algunos temores manifestados durante la tramitación parlamentaria del PCP, en el sentido de

había señalada estas peculiaridades en relación a la PANCP 1983.

²²² Así, LUZÓN PEÑA, *PG I*, p. 449; MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, *PG*, 2ª ed., pp. 404-405; MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 10, Nm. 117 y Lec. 21, Nm. 35-37; MORALES PRATS en QUINTERO (dir.), *Comentarios*, p. 106; CEREZO MIR, *PG II*, 5ª ed., pp. 127-128 y n. 58. También BACIGALUPO ZAPATER en CONDE-PUMPIDO (dir.), *Código Penal*, pp. 486-489, si bien recurriendo a la analogía.

²²³ Cfr. las SSTs *infra* p. 197. Fenómeno advertido también por SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 105.

²²⁴ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, *CDJ*, XVIII-XX, 1993, p. 191 y VIVES ANTÓN en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 93. Se han señalado algunas repercusiones en la cuestión del error sobre los presupuestos objetivos, puesto que la nueva terminología del 14.1 y 3 parece algo más propicia que su antecesor a la inclusión de esa clase de error en el primer apartado. Cfr., en este sentido, GARCÍA ARÁN - LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995*, p. 50; MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 21, Nm. 38-39; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 103, n. 258. En contra, MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, *PG*, 2ª ed., pp. 405-406; CEREZO MIR, *PG II*, 5ª ed., pp. 84 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER en CONDE-PUMPIDO (dir.), *Código penal*, p. 496.

²²⁵ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *op. cit.*, p. 495 y MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 21, Nm. 44.

²²⁶ Vid. LUZÓN, *PG I*, p. 463.

ET - evolución a una manera
posibilidad

EP - IRrelevante - Perm. completa
Rel. EP. → impu

siguen el permiso de patria
lo consecuencial son distintos
por qué? + castigo

como se explica que el ET
tenga rel. con algunos
del.?

que la nueva redacción sólo contemplaba el desconocimiento de la existencia de la prohibición abstracta ("la ilicitud del hecho"), de tal manera que el error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación o el error de subsunción pudiesen quedar sin amparo legal directo²²⁷.

4. Valoración del proceso de asentamiento legal del error de prohibición en España

1. A mi juicio, la conclusión a la que puede llegarse tras todos estos años de discusión es que la única decisión inevitablemente excluyente adoptada por el legislador a partir de 1983 ha sido la de optar por un tratamiento dual de la problemática del error en el sentido de distinguir dos clases de error y atribuirles consecuencias jurídicas diferentes. Concretamente, ha considerado que el error sobre las circunstancias del hecho merece un menor desvalor que el error acerca de su ilicitud. A primera vista, incluso esta afirmación podría ser incluso inexacta, puesto que, en el actual CP, la mayoría de delitos imprudentes tipificados tienen previstas penas más graves que las de sus homónimos dolosos cometidos en error de prohibición vencible²²⁸. Se trata sin embargo de una simple apariencia. En efecto, en los supuestos de error de prohibición, la pena está abarcando exhaustivamente todas las situaciones de vencibilidad, mientras que, por contra, el análisis de la vencibilidad en los errores de tipo no se agota en la imprudencia tipificada como delito, sino que también puede presentarse como un supuesto de imprudencia leve, lo que comporta la

²²⁷ Cfr. la intervención del diputado PILLADO MONTERO (P.P.), *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, Comisiones, 1995, n° 493, p. 14.981. De todas formas, vista la extraordinaria pobreza del debate parlamentario, apenas puede extraerse conclusión alguna del mismo.

²²⁸ En efecto, si bien no es el caso de delitos como el homicidio, el aborto o las lesiones, la pena más usual por imprudencia grave en el CP suele ser la inferior en grado a la del delito doloso (cfr., por ejemplo, arts. 331, 358, 367, 467.2 o 532 CP), mientras que, para el error de prohibición, la pena es la inferior en uno o dos grados. También en el ACP podían darse algunas situaciones parecidas en los delitos castigados con penas inferiores a prisión mayor, puesto que la pena por imprudencia temeraria (art. 565, prisión menor o pena inferior en grado a la del delito doloso) podía ser más grave que la correspondiente al error de prohibición vencible – art. 6 bis a) III ACP, pena inferior en uno o dos grados).

impunidad o, en el peor de los casos, la comisión de una falta. Bajo estas premisas, un determinado error de prohibición vencible muy disculpable puede resultar menos castigado que un error de tipo muy grave. Pero ello no desmiente la afirmación de que, en general, tanto por su extensión como por su intensidad, el legislador ha reservado para el error de prohibición un tratamiento punitivo más severo.

ET
EP
=
iguales

Esta decisión comporta la marginación de la versión más clásica de la teoría estricta del dolo, que concibe de forma unitaria toda clase de error y según la cual todos los errores deben reducirse en última instancia a un factor común, el error acerca del significado antijurídico del hecho, cosa que determina que toda clase de error deba tener asimismo consecuencias jurídicas idénticas. Pero, fuera de estos planteamientos, en mi opinión, cualquier propuesta puede mantenerse en el seno de la regulación española. Cuestión distinta es que, con el asentamiento de una estructura finalista del delito en la ciencia penal española, la interpretación en expansión sea la partidaria de entender la regulación legal del error de prohibición en clave de causa de exclusión o de atenuación de la culpabilidad (o de las condiciones de atribución personal del hecho). Pero, en cualquier caso, el CP no impone modelos sistemáticos sino que se limita simplemente a asignar consecuencias al error²²⁹.

2. No me parece que esta conclusión pueda verse alterada por la nueva situación creada por el actual CP con la desaparición de la incriminación abierta de la imprudencia. Creo que este factor sigue sin ser decisivo. En el art. 12 CP se indica que, salvo que se exprese lo contrario, todos los tipos de la parte especial son modalidades dolosas²³⁰. Ello comporta, por ejemplo, que ya no sea posible interpretar el delito de lesiones como delito preterintencional o determinado por el resultado²³¹, tal como venía haciendo alguna jurisprudencia. Pero el art. 12 no preceptúa la imposibilidad de utilizar cláusulas abiertas de punición de la imprudencia si

pero con
parte de me
resolución
del caso
de los
seep. de
ET
penible

²²⁹ MIR PUIG, *Rev. Jur. Castilla - La Mancha*, 1989, p. 118.

²³⁰ Si bien en algunos de ellos parecen subsistir estructuras de cualificación por el resultado. Cfr., sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 117.

²³¹ Cfr., por ejemplo, STS 4 noviembre 1992 (*APen*, 1993-1, Ref. 44).

ello se establece expresamente por la ley. Así se hace, por ejemplo, en el art. 331 CP, donde se introduce una cláusula abierta de incriminación de los delitos imprudentes en materia de medio ambiente. Pues bien, podría sostenerse que otro caso de incriminación abierta de cierta clase de imprudencias, en este caso la *culpa iuris*, es el art. 14 III CP²³².

3. Así las cosas, toda vez que la decisión acerca de cuándo y cuánto castigar ya ha sido adoptada por el legislador, la adscripción a una u otra teoría tiene repercusiones prácticas en el tratamiento del error *stricto sensu* mucho más limitadas que antaño. En efecto, todo hecho cometido en error vencible de prohibición se castiga de la misma forma, con independencia de que, conceptualmente, se le considere una causa de disminución de la culpabilidad en el marco de un comportamiento doloso o una imprudencia de Derecho. Por todo ello, la valoración de las ventajas e inconvenientes de las diferentes teorías debería tener como punto de referencia los efectos de cada una en la construcción del régimen concreto de aplicación del error de prohibición vencible. Pero éstos, si existen, apenas han sido esbozados²³³. Según creo, las divergencias se han manifestado tan solo en dos puntos: la clase de conocimiento que se exige para descartar el error y el radio de aplicación de este último.

4. El principal aspecto donde podrían haber existido divergencias entre las distintas posiciones hace referencia al problema de la necesidad de la efectiva representación de la significación antijurídica del hecho para poder atribuirlo plenamente a su autor. Tal requisito es consustancial a la teoría del dolo, mientras que quien opere con la teoría de la culpabilidad goza de mayor margen de maniobra dogmática, al ser el requisito mínimo para imputar el hecho doloso la posibilidad del conocimiento de la antijuricidad, mientras que su efectivo conocimiento es una cuestión del

²³² Por otra parte, adviértase que ello supondría un importante cambio con la situación anterior, por cuanto, desde la teoría del dolo, el art. 14 III ya no puede ser considerado como una simple regla de determinación de la pena que establece un régimen especial para la *culpa iuris* frente al régimen general de la imprudencia, tal y como podía verse la relación entre el art. 6 bis a) III y el art. 565 ACP. Ahora debería ser una cláusula de incriminación general de aquello que, de lo contrario, resultaría normalmente impune.

²³³ Así, según COBO-VIVES, *PG*, 4ª ed., p. 611, n. 70, la distinción carece de consecuencias prácticas.

grado del reproche culpabilístico o de la valoración de las condiciones de atribución del hecho. En cualquier caso, como ya se ha visto, desde buen principio el legislador ha cerrado la cuestión *de lege lata* – tal y como ha reconocido unánimemente la doctrina– mediante la expresión "creencia errónea de estar obrando lícitamente", que vinculaba la imputación o reproche pleno del hecho al efectivo conocimiento de su antijuricidad del mismo, y con la adopción de un modelo de atenuación obligatoria²³⁴. Esta situación se ha mantenido en el nuevo CP.

En este punto creo que es pertinente hacer alguna matización. En mi opinión, lo realmente característico de la teoría del dolo no es exactamente el conocimiento actual sino que dolo natural y conocimiento de la significación antijurídica del hecho integran un mismo elemento, por lo que ambos deben tener una misma naturaleza. Por consiguiente, si, como es usual, la parte del dolo que se refiere a la situación típica se construye como un conocimiento actual, la conciencia del injusto, por coherencia sistemática, ambos deben reunir las mismas características psíquicas. Ello no significa, sin embargo, que desde los postulados propios de la teoría del dolo sea estructuralmente imposible *despsicologizar* los contornos de la conciencia del injusto sino tan solo que, en tal caso, la coherencia sistemática exigiría que dicho proceso se extendiera al *dolus malus* en su conjunto, muy especialmente al dolo eventual. Es decir, pasar de un concepto básicamente psicológico de dolo a otro valorativo.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la cuestión del conocimiento actual de la antijuricidad y de la atenuación obligatoria ha sido recibida en las propias filas de la teoría de la culpabilidad con división de opiniones. Así, para un sector seguramente mayoritario, la atenuación obligatoria en caso de falta de conocimiento actual es un acierto. En primer lugar, dogmático, ya que el reproche culpabilístico ha de ser siempre menor en toda situación de desconocimiento de la antijuricidad. Y, en segundo, político-criminal, pues se evita así el peligro de una aplicación restrictiva de la atenuación por error de prohibición vencible²³⁵. En cambio, otros

²³⁴ *Vid. infra* pp. 117 y ss.

²³⁵ *Vid.* ROMEO CASABONA, *ADPCP*, 1980, pp. 745 y ss, CEREZO MIR, *Estudios*

sectores son críticos con la misma, por entender que no se ajusta completamente al principio de responsabilidad desligado del conocimiento propio de la teoría de la culpabilidad y que tiene efectos prácticos nocivos al estimular el rechazo del juez a las alegaciones de error cuando la atenuación obligatoria parezca excesiva²³⁶. En cualquier caso estimo que, aunque la cuestión del conocimiento y de la atenuación suelen solaparse, desde la lógica de la teoría de la culpabilidad no son cuestiones exactamente coincidentes. Una cosa es si el conocimiento o representación efectiva de la ilicitud del hecho es un requisito imprescindible para la atribución plena del mismo al sujeto o si, por el contrario, pueden equipararse, a efectos de grado de culpabilidad o imputación personal, ciertos casos de falta de conocimiento o errores al conocimiento efectivo de la antijuricidad. Otra cuestión distinta es cómo refleja el legislador en la determinación de la pena el efecto atenuante de la existencia de un error de prohibición. Lo primero es una cuestión dependiente de la noción de error y de culpabilidad o imputación personal, lo segundo es un tema vinculado al sistema legal de determinación de la pena.

5. Puesto que, aparentemente, el tratamiento legal del error no permite establecer puntos de divergencia en materia de conocimiento, la principal repercusión de las diferentes concepciones en el régimen del error de prohibición en Derecho español podría hacer referencia al ámbito de aplicación del mismo. En efecto, si se entiende que el error de prohibición vencible es una *imprudencia iuris*, cabría la posibilidad de restringir el número de delitos susceptibles de ser castigados en ese concepto. Se trataría simplemente de entroncar con la tradición del ACP para la imprudencia, que consistía en limitar su campo de aplicación, pese a la existencia de un

sobre la moderna reforma, pp. 114 y ss. –entre otros trabajos– y GRACIA MARTÍN, *APen*, 1994-2, pp. 376 y ss. En cambio, MUÑOZ CONDE, *El error*, pp. 45-49, aplaude la medida de la atenuación obligatoria pero considera que precisamente por ese motivo la regulación española no es subsumible propiamente a la teoría de la culpabilidad.

²³⁶ En este sentido, *vid.* BACIGALUPO ZAPATER en COBO (dir): *Comentarios a la legislación penal*, pp. 62-63 y *CDJ*, XVIII-XX, pp. 219-20. También favorables a un replanteamiento de la atenuación, pero viéndolo únicamente como una cuestión político-criminal para la ceguera jurídica, HUERTA TOCILDO, *RFDUC*, mon. 3, 1980, p. 94 n. 61; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, pp. 308-309; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *PG*, 2ª, p. 334. Sobre la idea de responsabilidad, *cfr. supra* p. 34.

sistema abierto de incriminación, invocando la imposibilidad de concebir conceptualmente la comisión imprudente de ciertos delitos o bien el principio de intervención mínima en otros supuestos. De hecho, a partir de 1983, alguna sentencia aislada ya había trasladado estas limitaciones al error de prohibición²³⁷. Ciertamente, en el nuevo Código penal sería absurdo llevar estos argumentos hasta sus últimas consecuencias y limitar las posibilidades de punición por error de prohibición a los tipos imprudentes expresamente tipificados en la parte especial, puesto que la selección de los mismos, con mayor o menor acierto, responde sin duda a criterios de *imprudencia facti*²³⁸. Pero, si se concibe el art. 14 III CP como un cláusula de *numerus apertus* para la *culpa iuris*, podrían mantenerse algunas de las restricciones anteriormente mencionadas, especialmente cuando éstas respondan a razones político-criminales vinculadas a la falta de gravedad de algunos supuestos²³⁹. De todas formas, las repercusiones prácticas de todo ello serían muy limitadas. En primer lugar, porque, de aceptarse, las restricciones no podrían ser muy numerosas, puesto que estamos ante una cláusula general y cuando las excepciones empiezan a ser muy importantes (imprudencia de hecho, actos preparatorios) el legislador de 1995 ha optado por la incriminación particularizada. En segundo, porque desde otras posiciones también han partido algunas propuestas en el sentido de no castigar algunos casos menos graves de error de prohibición vencible²⁴⁰.

6. Dada la aproximación entre las diversas posiciones en el tratamiento de los aspectos internos, sería cuestión de buscar repercusiones en otros terrenos. Así, parece que no debería resultar indiferente la incidencia de la naturaleza del hecho cometido en error de prohibición en otros problemas como, por ejemplo, la tentativa (cuya punibilidad debería

²³⁷ Cfr. *infra* p. 202.

²³⁸ Ya para el PCP 1980, ROMEO CASABONA, *ADPCP*, 1980, p. 746. Cfr., también, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, pp. 95 y ss.

²³⁹ MIR PUIG, *Rev. Jur. Castilla - La Mancha*, 1989, p. 121, n. 60; *vid.*, también, TORÍO LÓPEZ, *La reforma penal*, pp. 267-268. Crítico ante tal posibilidad, ZUGALDÍA ESPINAR, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA -RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *Código penal comentado*, p. 27.

²⁴⁰ *Vid. - de lege ferenda* -ROMEO CASABONA, *ADPCP*, 1980, p. 758 Y CEREZO MIR, *ADPCP*, 1985, p. 81; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª ed., p. 516.

variar según se considere que se trata de un hecho doloso o imprudente), la participación (especialmente en casos de participación en un delito cometido en *imprudencia iuris* o en la participación por *imprudencia iuris* en un delito) o las causas de justificación (así, por ejemplo, respecto a las posibilidades de legítima defensa frente a una agresión cometida en error de prohibición, en tanto que agresión imprudente). Sin embargo, según creo, estas diferencias tampoco son importantes. En primer lugar porque, cuando los partidarios de la teoría del dolo se plantean alguno de los supuestos anteriores, suelen ofrecer soluciones diversas según se trate de supuestos de *culpa facti* o de *culpa iuris*²⁴¹. En segundo, porque las repercusiones sistemáticas de posturas como la que actualmente defiende MIR PUIG son seguramente muy parecidas a las de la teoría de la culpabilidad, puesto que en caso de error de prohibición el injusto doloso permanece intacto y sólo se ve afectada la infracción personal de la norma como elemento de la imputación personal²⁴².

Al final quedarían casi tan solo algunas repercusiones colaterales menores en aquellas normas en las que se hace referencia a un hecho doloso como presupuesto de alguna consecuencia jurídica: el respectivo ámbito de aplicación de dichas normas experimentaría variaciones según se incluyesen o no a los delitos cometidos en error de prohibición. Así, por ejemplo, en materia de suspensión de la pena (art. 81.1 CP), comiso (art. 127 CP) y responsabilidad disciplinaria en la función pública motivada por condena

²⁴¹ Sirva de ejemplo la postura de COBO-VIVES, *PG*, 4ª ed. En materia de tentativa simplemente se exige una voluntad dirigida al resultado que excluya la comisión imprudente –p. 657–; en materia de participación se admiten formas de participación por imprudencia sólo cuando el partícipe actúe en error vencible acerca de la significación antijurídica –p. 685–; en legítima defensa no se plantea el problema al aceptarse entre las agresiones ilegítimas a las imprudentes – p. 468–. Si en todos estos problemas se acaba dando un tratamiento diferenciado al error de tipo y al error de prohibición, parece que se esté renunciando a un concepto unitario de dolo como *dolus malus* y se estén introduciendo dos momentos subjetivos completamente independientes, si bien integrados en la culpabilidad.

²⁴² En cambio, las diferencias sistemáticas con la teoría de la culpabilidad se acentúan notablemente desde las perspectivas de las teorías “modificadas” del dolo, como la que sostenía este autor en sus obras anteriores –*vid.* MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., pp. 668-670–, según las cuales la falta de conciencia de la antijuricidad excluiría el propio injusto doloso.

por hechos dolosos²⁴³.

7. Ahora bien, una cuestión es que el CP no haya proscrito legalmente una opción y otra distinta es que todas ellas se adapten perfectamente y en condiciones de igualdad al Derecho positivo. Personalmente creo que los defensores en España de la teoría del dolo, especialmente desde una visión neoclásica del delito, deberían explicar mejor cómo fundamentan el paso desde un tratamiento unitario de las diversas clases de error vencible a otro diferenciado, cuando, según sus planteamientos, siguen siendo dos formas de imprudencia que excluyen un mismo elemento, el dolo. Si el distinto trato no tiene causa dogmática sino que responde básicamente a motivos político-criminales para hacer frente a pretendidas lagunas de punibilidad, falta hacer explícitas esas razones especiales que se sobreponen a la identidad estructural entre la imprudencia de hecho y la imprudencia de Derecho y que aconsejan un tratamiento extraordinariamente más severo (al menos por lo que a su ámbito de punibilidad se refiere) de la *culpa iuris*. Si se afirma que el desconocimiento de la valoración que hace el ordenamiento de un hecho no es ni más ni menos grave que el desconocimiento de los hechos²⁴⁴, es difícil admitir, como se hace acto seguido, que la cláusula general de punición del error de prohibición vencible en Derecho español responde a una preocupación del legislador ante las posibles lagunas legales que se producirían a causa de la incriminación limitada de la *imprudencia facti*. Ello supone, a mi entender,

²⁴³ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *Código penal comentado*, p. 27, respecto al ACP, refiriéndose a las consecuencias en materia de antecedentes penales y remisión condicional. Respecto a la cuestión de la responsabilidad disciplinaria, cfr. VIVES ANTÓN en VIVES (coord.), *Comentarios*, p. 96, donde sostiene que, con independencia del concepto de dolo que se maneje en el CP, dicha responsabilidad debería restringirse a hechos cometidos con conocimiento de la antijuricidad.

²⁴⁴ COBO-VIVES. *PG*, 4ª ed., p. 609. También MIR PUIG, *La Ley*, 1991-1, p. 1033 parece dudar de que sea acertada políticamente la decisión del legislador. *Vid.* el trasfondo político-criminal de la teoría estricta del dolo en contraposición con la teoría de la culpabilidad en TORÍO LÓPEZ, *La reforma penal*, pp. 252-259: el más brillante defensor de la teoría estricta del dolo durante la reforma considera que dicha doctrina –superior en su opinión desde una perspectiva garantista y de justicia material– exigiría la supresión de todo tratamiento diferenciado de las distintas formas de imprudencia. Sólo como mal menor, propone interpretar la regulación española como una cláusula general de incriminación de la culpa jurídica.

aceptar implícitamente que el legislador español actúa con un programa político-criminal próximo a la teoría de la culpabilidad. Efectivamente, cuando desde esta teoría se denuncia el peligro de lagunas de punibilidad es porque teme que se trate por igual aquello que, desde su perspectiva dogmática, es radicalmente distinto, esto es, la realización dolosa y la realización imprudente del supuesto de hecho típico. Podría responderse a ello que las decisiones político-criminales no están encadenadas a las estructuras dogmáticas (en realidad sucede más bien lo contrario) y que en el caso del error de prohibición las primeras priman sobre los parentescos dogmáticos. Así, un fenómeno similar se produciría en la propia la imprudencia de hecho, donde el legislador de 1995 ha decidido que es preciso castigar por ese título sólo ciertos delitos –sin seguir necesariamente un criterio de gravedad – mientras que el resto de supuestos permanecen impunes, a pesar de que dogmáticamente sus estructuras también son las de un delito imprudente. Sin embargo, cuando se trata de confrontar dos decisiones tan opuestas como castigar siempre (*culpa iuris*) y castigar sólo excepcionalmente (*culpa facti*), es difícil que entre ambos errores no subyazcan también diferencias dogmáticas importantes.

Asimismo, el análisis de la imprudencia por parte de los defensores de la teoría del dolo parece estar orientado únicamente hacia el incumplimiento del deber de cuidado respecto a los hechos y se echa de menos un tratamiento de las singularidades de la imprudencia de Derecho. En definitiva, creo que el punto débil de las posiciones más tradicionales consiste en que no han tratado con suficiente profundidad la creciente autonomía que va adquiriendo la conciencia de la antijuricidad frente al dolo del supuesto típico como consecuencia de la adaptación a la nueva situación legal²⁴⁵. En este sentido resultan esclarecedoras y sinceras las reflexiones de TORÍO, cuando admitía que el art. 6 bis a) III ACP hablaba en favor de la

²⁴⁵ La postura actual de MIR PUIG elude parte de estos problemas, puesto que, como ya se ha indicado, en su sistema las diferencias dogmáticas –y, por tanto, valorativas– entre error de tipo y de prohibición son mucho más acusadas que en las doctrinas tradicionales del dolo. Según creo, mientras que en la *imprudencia facti* nos encontramos ante un injusto imprudente, en la *imprudencia iuris* nos hallamos frente a un injusto doloso, si bien no imputable personalmente a ese título. Todo ello permite que las repercusiones sistemáticas puedan ser distintas sin incurrir en incoherencia. .

consideración del dolo y de la conciencia de la antijuricidad como presupuestos independientes del concepto de delito y que existían problemas para pasar de una definición inicial del hecho como injusto doloso a su posterior consideración como supuesto de culpa jurídica²⁴⁶. La pregunta final, por tanto, es si tiene sentido continuar hablando de las teorías del dolo cuando la única vía de supervivencia que tienen en España es –haciendo a menudo de necesidad virtud– su conversión en una *teoría dual*. Quiero decir con ello que, una vez rota la unidad del dolo malo, el problema sistemático vuelve a su origen, la ubicación sistemática del conocimiento de la situación típica o dolo natural, y deja de ser un problema del tratamiento del error de prohibición.

8. Por todo lo visto hasta ahora, parece claro que el legislador español ha sometido los planteamientos originarios de las dos teorías, en especial los de la teoría del dolo, a un proceso de hibridación tan intenso, que seguramente ya no tiene sentido en el CP continuar analizando la problemática del error de prohibición desde estos parámetros²⁴⁷. Incluso la cuestión del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación ha adquirido autonomía propia frente al tema de la incardinación sistemática del error de prohibición. Efectivamente, en el seno de la teoría de la culpabilidad sigue intensificándose el proceso de atomización iniciado con la división entre la teoría estricta y la teoría limitada. Actualmente existe un abanico tan diverso de soluciones que casi se pierden de vista los criterios iniciales de distinción entre el error de tipo y el error de prohibición. Algo parecido sucede con la teoría del dolo una vez aceptado un tratamiento dual del error

La necesaria y agotadora discusión sobre estos temas durante la fase de asentamiento del error de prohibición en nuestro ordenamiento ha tenido sus costes. Salvo excepciones, se ha concedido tratamiento muy somero a los aspectos internos del mismo, como son la delimitación entre conocimiento

²⁴⁶ Cfr. TORÍO LÓPEZ, *La reforma penal*, pp. 266-67 y *Reformas penales*, pp. 112-113.

²⁴⁷ Aunque la pena sea misma, quedará la diferencia del distinto reproche que merece un delito doloso castigado atenuadamente y un delito imprudente. *Vid.* TORÍO LÓPEZ, *La reforma penal*, pp. 268-269.

y error (objeto y forma de la conciencia del injusto, el problema del conocimiento eventual, etc.) o a los criterios para establecer la vencibilidad del mismo. Tampoco ha gozado de mucha atención la influencia que podía ejercer la concreta formulación legal del error de prohibición recogida en el CP. Este panorama explica, por ejemplo, que la definición del error como una *creencia errónea de obrar lícitamente* (y no como una falta de conciencia sobre la ilicitud) apenas despertara reticencias o que la adopción de un modelo de atenuación obligatoria en caso de error se analizara únicamente como argumento en pro de la incardinación de la regulación legal en una u otra concepción.

En definitiva, sin olvidar su importancia, creo que incidir mucho más en la cuestión que nos ha ocupado estas últimas páginas ya no permite avanzar mucho más hacia un mejor conocimiento y aplicación del error de prohibición. En palabras de Arthur KAUFMANN, las discusiones acerca de la teoría del dolo y de la culpabilidad pierden de vista que la distinción entre ambas teorías afecta básicamente a la cuestión de *qué consecuencias jurídicas* tiene el error de prohibición: exclusión o no del dolo²⁴⁸. La respuesta a si la conciencia de la antijuricidad convive en el injusto o en la culpabilidad junto con el conocimiento de la situación típica, si el dolo debe ocupar una doble posición en la estructura del delito, si es un mero condicionante de las condiciones de atribución del hecho antijurídico o disminuye su reprochabilidad son cuestiones que no están –ni deben estar– predeterminadas por nuestro CP. En definitiva, creo que ya es hora de liberar a la regulación del error de prohibición de la carga de decidir por vía legal los conceptos dogmáticos fundamentales. En su cometido de ofrecer un mayor grado de racionalidad y certeza en el Derecho penal, las premisas decisivas en la estructuración del error de prohibición no se encuentran hoy en día en los parámetros de las luchas de escuelas sino, como se intentará demostrar a continuación, en el fundamento material de la imputación personal (o de la tradicional culpabilidad) y el grado de psicologismo y normativización que se admita en la misma.

²⁴⁸ Arthur KAUFMANN, *Karl Lackner-FS*, pp. 186-187; *vid.*, también, MUÑOZ CONDE, *El error*, pp. 126-127.

CAPÍTULO II

EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD

A. Introducción. 1. Terminología. 2. Contexto legal de la conciencia de lo injusto: el modelo alemán. 3. Contexto legal del conocimiento de la antijuricidad: el modelo español. a) El conocimiento de la antijuricidad en el ACP. b) El conocimiento de la antijuricidad en el CP vigente. **B. Objeto y contenido del conocimiento de la antijuricidad.** 1. Introducción. 2. El concepto de objeto de conocimiento de la antijuricidad. a) Contrariedad a los principios ético-morales y lesividad social. b) Infracción del ordenamiento valorativo material del Derecho. c) Conocimiento de la sancionabilidad o del carácter penal de la prohibición. 3. Conocimiento de lo injusto específico del hecho. 4. Valoración. **C. El conocimiento eventual de la antijuricidad.** 1. Delimitación entre conocimiento de la antijuricidad y error: el conocimiento eventual de la antijuricidad. a) Introducción. b) Concepto de conocimiento eventual de la antijuricidad. 2. El tratamiento del conocimiento eventual de la antijuricidad: las dudas irresolubles. a) Planteamiento del problema. b) Posturas mayoritarias. c) Tratamiento en el seno de la regulación del error de prohibición. d) La cuestión de las dudas irresolubles en España. 3. Valoración. a) Conocimiento eventual. b) Dudas irresolubles. **D. Formas del conocimiento de la antijuricidad.** 1. La actualidad del conocimiento de la antijuricidad. 2. Conocimiento actual, potencial y eventual: delimitación.

A. Introducción

1. Con independencia del tratamiento que legal y doctrinalmente se otorgue al error de prohibición, existe acuerdo sobre que a quien actúa con conocimiento de la antijuricidad del hecho le es plenamente imputable la realización del mismo. Es más, según la regulación española, tal elemento no sólo posibilita sino que es condición necesaria de la imputación personal o culpabilidad plena. En principio, además, tanto la propia noción de error (ausencia de conocimiento) como la vencibilidad del mismo (posibilidad de conocimiento) suelen construirse tomando como punto de referencia ese concepto²⁴⁹. Por otra parte, en la práctica, la apreciación de un error de prohibición es una situación absolutamente excepcional, es decir, la mayoría

²⁴⁹ Ello puede comprobarse claramente en la manualística alemana. A pesar de que la conciencia de lo injusto no es, siquiera, condición necesaria de la culpabilidad plena, los análisis empiezan por determinar el concepto de la conciencia de lo injusto y, a partir del mismo, se construye el resto de sistema.

de personas que cometen un delito lo hacen con suficiente conocimiento de la antijuricidad del hecho como para ser completamente responsables penales del mismo.

2. “Conciencia de la antijuricidad significa: el autor sabe que lo que hace no está permitido por el Derecho sino prohibido”. Esta definición del BGH utilizada para iniciar el análisis de la concreción entre la conciencia de lo injusto y el error²⁵⁰ ya indica que el principal problema en la delimitación del concepto de conocimiento de la antijuricidad consiste, en primer lugar, en determinar qué es lo que debe saberse, cuál es el objeto o referencia de dicho conocimiento: ¿podría ser suficiente, por ejemplo, con pensar simplemente que lo que se hace “no está bien” o –yendo al otro extremo– es imprescindible saber que se está cometiendo un delito? En segundo lugar, una vez determinado qué se debe conocer, se presenta la cuestión de cómo debe conocerse, es decir, el grado de certeza necesario para afirmar que existe conocimiento (el tema del denominado conocimiento eventual de la antijuricidad). Finalmente, debe dilucidarse el momento y nivel de conciencia que debe poseerse del mismo (el problema de la actualidad del conocimiento). En definitiva, una persona actúa con conocimiento de la antijuricidad cuando es consciente del carácter prohibido del hecho en relación con el tipo penal correspondiente, siquiera eventualmente, en el momento de su comisión. Sin embargo, antes de entrar en estas cuestiones es conveniente hacer unas precisiones terminológicas y, sobre todo, situar el papel del conocimiento de la antijuricidad en su contexto legal.

1. Terminología

Actualmente en Alemania, doctrina y jurisprudencia utilizan, de forma abrumadora, la expresión “conciencia de lo injusto” (*Unrechtsbewußtsein*) para referirse al dato psíquico de la efectiva representación del carácter prohibido del hecho en el momento de su comisión²⁵¹. A la ausencia de dicha conciencia

²⁵⁰ BGH, *NJW*, 1952, pp. 593, II. 1 (trad. –*vid. supra* n. 63–, p. 286); ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 12.

²⁵¹ Cfr. simplemente cualquiera de las principales obras generales. Algunas variaciones, como la de JESCHECK al titular el tema correspondiente como *Bewußtsein der*

se la denomina error de prohibición (*Verbotssirrtum*). Menos frecuentemente se emplea la expresión legal “comprensión de lo injusto” (*Unrechtseinsicht*), que, en cualquier caso, es usada como sinónimo de conciencia²⁵². Incluso quienes, desde planteamientos normativistas extremos, consideran que el dato de la conciencia de lo injusto juega un papel secundario en la imputación de la culpabilidad, cuando utilizan estas denominaciones lo hacen en su dimensión psicológica²⁵³. Por lo que respecta al término “conocimiento” (*Kenntnis*), a diferencia de otros tiempos, hoy en día²⁵⁴ suele utilizarse en su acepción más restringida (es decir, conocimiento actual) como sinónimo de conciencia de lo injusto. Finalmente, cuando se quiere hacer referencia a otras situaciones, psíquicamente distintas, como la falta de conciencia de la antijuricidad cuando ésta habría sido posible – el denominado conocimiento potencial o virtual– así como la falta de presencia consciente en el momento del hecho de una antijuricidad conocida –conocimiento *inactual*– se suelen mencionar expresamente tales calificativos.

En España, sin terminología legal al respecto, se suelen utilizar las expresiones “conocimiento” y “conciencia de la antijuricidad”, a menudo indistintamente, sin que, por lo que he advertido, se le atribuya algún significado especial al uso de uno u otro término en relación al grado, nivel de conciencia u objeto que se asigne a los mismos²⁵⁵. En principio, al

Rechtswidrigkeit (cfr. AT, § 41), no se traduce en ningún cambio de contenido y se utiliza indistintamente junto con la más usual conciencia de lo injusto.

²⁵² *Vid.*, por ejemplo, ESER-BURKHARDT, *Cuestiones fundamentales*, § 14, Nm. 31, pp. 35 y 44.

²⁵³ Cfr. JAKOBS, AT, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 22, TIMPE, GA, 1984, p. 51 y LESCH, JA, 1996, p. 504. Estos autores suelen preferir la terminología legal, comprensión de lo injusto y error de prohibición (o falta de comprensión de lo injusto) y evitan la denominación dogmática más tradicional de conciencia de lo injusto, de mayor carga psicológica, para dejar claro que los parámetros de la culpabilidad (plena y disminuida) y de su exclusión no coinciden con los límites de tales conceptos de contenido exclusivamente psicológico.

²⁵⁴ *Vid. infra* p. 181.

²⁵⁵ Cfr., al respecto, extensamente, COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error*, pp. 161-166; *vid.* también la nota de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en ROXIN, PG I, § 21, Nm. 8.. De todas formas, cuando algún autor se aparta de las concepciones al uso suele indicarlo claramente. Así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 2ª ed. p. 177, emplea las expresiones “posibilidad de conocer la desaprobación jurídico penal del acto” y “conciencia de la desaprobación jurídico penal”.

conocimiento o conciencia de la antijuricidad se le confiere un significado psicológicamente antinómico al de error de prohibición –sea éste vencible o invencible–. Sin embargo, dado que el término conocimiento de la antijuricidad no sólo se emplea en su calidad de presupuesto de la culpabilidad plena sino también, a veces, como elemento mínimo que permite la atribución (que abarcaría tanto la conciencia de la antijuricidad como el error de prohibición vencible en oposición al error invencible), su utilización, especialmente con la idea de conocimiento potencial, es en ocasiones algo confusa. Al final de este capítulo, una vez analizado el concepto de conocimiento de la antijuricidad, se efectuarán algunas precisiones al respecto²⁵⁶.

2. Contexto legal de la conciencia de lo injusto: el modelo alemán

1. Es importante tener presente que, en la actualidad, a diferencia de las discusiones de antaño, cuando en la literatura alemana se hace referencia a la conciencia de lo injusto, se adopta como referente el concepto legal del mismo, recogido en el § 17 StGB, con independencia de que éste abarque o no todas las situaciones de culpabilidad plena. Dicha regulación presenta sensibles diferencias con la española. Por ello, para entender el papel de la conciencia de lo injusto y del error en la doctrina alemana es conveniente poner en relación dicho concepto con el teatro legal de operaciones delimitado por los términos del § 17 StGB. Recordemos nuevamente su contenido.

§ 17 StGB . *Error de prohibición*. Si, al cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de estar realizando un injusto, actúa sin culpabilidad si no podía evitar ese error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede atenuarse conforme al § 49 párr.1.

Como puede observarse, la regulación alemana establece conceptualmente dos diferenciaciones. En primer lugar, la que separa conciencia de lo injusto y error de prohibición. En segundo, la existente

²⁵⁶ Vid. *infra*, p. 181.

entre error evitable y error inevitable. Estos límites no se sitúan en un mismo plano ni tienen un mismo significado.

2. La primera distinción discurre básicamente en el plano *ontológico*, entre la conciencia de lo injusto, como dato psíquico, y su ausencia, el error. Según la formulación del § 17 StGB, existe error cuando al autor *le falta* la comprensión del injusto. Podrán existir discrepancias acerca de en qué consiste exactamente dicha comprensión, cuál es su objeto, forma o límites, pero parece claro que su punto de referencia es, necesariamente, psicológico, algo que acontece en la mente del sujeto. En oposición a él, y como concepto dependiente del anterior, legalmente el error se define *negativamente* como toda ausencia de dicha comprensión. Por tanto error de prohibición en el StGB es una falta de conocimiento como cuestión empírica.

Por otra parte, este carácter secundario y complementario del término error de prohibición en la estructuración del § 17 StGB, definido simplemente como la falta de algo que hay que establecer previamente, permite que este concepto comprenda todas las situaciones en las que no esté presente la conciencia de lo injusto, aunque psicológicamente puedan ser muy dispares. Queda bien claro que no es imprescindible una representación positiva y errónea de la juridicidad de la conducta sino que también incurrirá en error de prohibición quien ni tan sólo llegue a plantearse qué clase de relación existe entre su actuación y el Derecho²⁵⁷. La ley deja claro pues que los supuestos de pura ignorancia también son un caso de error de prohibición.

3. La segunda distinción que establece la regulación alemana es la delimitación entre error evitable e inevitable. Aquí existe acuerdo, salvo alguna excepción²⁵⁸, respecto a su carácter básicamente *normativo*, es decir,

²⁵⁷ STRATENWERTH, *AT*, 3ª ed., § 10, Nm. 571. Doctrina unánime: *vid.* por ejemplo, NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 9; CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 17, Nm. 6. De todas formas, en el error de prohibición indirecto debe existir una representación positiva de la licitud del hecho, es decir, del carácter jurídicamente preferente de los motivos que justifican excepcionalmente la actuación (*vid.* NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 10).

²⁵⁸ Ya se ha indicado (*vid. supra* n. 95) que, si bien existen discrepancias acerca del grado de individualización de los juicios de evitabilidad del error, sólo unos pocos autores (básicamente, HORN, *Verbotsirrtum*, p. 167 y s.) vinculan el *carácter vencible del error* a la

dicha distinción se traza con base en la valoración de la situación y de los motivos que explican la falta de conciencia. Si, conforme al concepto de culpabilidad, esas razones son atendibles, (por expresar la imposibilidad individual de ser motivado por la norma, por demostrar suficiente fidelidad subjetiva al ordenamiento jurídico, etc.) el error, en tanto que *inevitable*, supone la desaparición de la culpabilidad. Si no lo son, el error es *evitable* y permite la imposición de pena. Pese a que, en ocasiones, la evitabilidad pueda ser denominada también conocimiento potencial o virtual, ello no debe inducir a equívocos respecto a su naturaleza. Desde el punto de vista psicológico-empírico, el error evitable no presenta características que lo diferencien del error inevitable (en ambos casos se ignora la prohibición) o lo hagan equiparable, desde ese punto de vista psicológico, a la conciencia efectiva del injusto.

4. Si atendemos a las *consecuencias jurídicas* previstas en el StGB, ambas distinciones tienen una transcendencia muy diversa. La diferenciación entre el error de prohibición inevitable y el error de prohibición evitable es *cualitativa*. Determina la separación entre las conductas que se considerarán culpables y las no culpables, tal y como expresamente se recoge en el § 17 StGB cuando se afirma que quien obra en error de prohibición inevitable actúa sin culpabilidad. Dicho límite se comporta rígidamente: la calificación como inevitable del error conlleva, necesariamente, la renuncia a la imposición de pena.

En cambio, volviendo a la diferenciación legal entre la conciencia de lo injusto y la falta de conocimiento evitable –es decir, error de prohibición vencible– esta distinción no es cualitativa, toda vez que no supone un cambio en la atribución del hecho jurídico como culpable al autor²⁵⁹. Es decir, tanto el conocimiento pleno de la antijuricidad como el desconocimiento evitable son equivalentes en su calidad de presupuestos fundadores de la pena. Es más, en el StGB el dato psíquico de la conciencia de lo injusto no actúa siquiera como límite *cuantitativo* estricto,

presencia de elementos psicológicos como, por ejemplo, *una duda inespecífica*

²⁵⁹ Al menos desde una interpretación del § 17 StGB conforme a la teoría de la culpabilidad que, como ya hemos visto, es abrumadoramente mayoritaria.

es decir, delimitando definitivamente la culpabilidad plena y culpabilidad disminuida. En efecto, la atenuación de la pena en caso de error de prohibición vencible es facultativa. Por lo tanto la conciencia de lo injusto es condición suficiente²⁶⁰ pero no necesaria de la responsabilidad penal plena. El legislador alemán ha concedido a algunas situaciones de desconocimiento un *status* idéntico al de la conciencia en su papel de fundamento de la imputación. Por todo ello es acertada la afirmación de que en el StGB el eje cuantitativo del grado de culpabilidad se comporta *elásticamente* en relación al dato psicológico del conocimiento²⁶¹. En efecto, tanto el *si* como el *cuanto* de la responsabilidad penal giran, en última instancia, en torno a las ponderaciones axiológicas del hecho que se engloban bajo el término *evitabilidad*. Todas las posibles consecuencias jurídicas, desde la imposición del marco penal ordinario correspondiente al injusto doloso hasta la impunidad, dependen finalmente de dichos criterios²⁶².

Ciertamente, la ponderación de cuándo la relación entre la norma y el sujeto ha sido suficiente para hacer plenamente responsable a éste de su conducta coincidirá normalmente con la conciencia de la antijuricidad como dato psicológico decisivo y, sólo excepcionalmente, algunos errores vencibles le serán parangonables. Pero, en cualquier caso, el StGB rompe la férrea vinculación del conocimiento efectivo al dato subjetivo y reconoce que es precisa una valoración²⁶³. Todo ello conduce a relativizar hasta cierto punto la importancia de la determinación del concepto y límites de la conciencia de lo injusto, puesto que, legalmente, el mismo sólo es una primera constatación provisional. Pero también debería facilitar la

²⁶⁰ Respecto a que la conciencia de lo injusto no es un elemento *constitutivo* de la culpabilidad, *vid.* NEUMANN, *JuS*, 1993, p. 797 y *el mismo*, *NK*, § 17, Nm. 50.

²⁶¹ *Vid.* JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 1 y 18.

²⁶² *Vid.*, críticamente, Arthur KAUFMANN, *Lackner-FS*, p. 186.

²⁶³ Resulta ilustrativo contrastar esta estructura con la del error de tipo del § 16 StGB, donde la distinción entre dolo y error se vincula rígidamente al dato psicológico de la existencia de conocimiento. Conocimiento que, además, actúa como *límite cualitativo*, puesto que su ausencia comporta la desaparición del dolo y abre paso a un título de imputación subjetiva distinto, la imprudencia (o a la impunidad si aquélla no está tipificada). En este caso, a diferencia del § 17, las consideraciones puramente normativas son subsidiarias a la constatación empírica del conocimiento. *Vid.*, al respecto, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 8, Nm. 5-5b.

delimitación de unos contornos psicológicamente nítidos de la conciencia de lo injusto, puesto que los riesgos político-criminales de criterios demasiado estrictos en este ámbito quedarían compensados por la posibilidad de correcciones posteriores en el campo del error al no tener que atenuarse la pena forzosamente.

5. Sin embargo, no puede cerrarse este epígrafe sin advertir que, en contra de lo que suele pensarse, a pesar de la porosidad metodológica que permite la previsión legal de estos errores “no atenuables” o tan reprochables como la propia conciencia de lo injusto, tal previsión tiene unos efectos muy limitados. En efecto, un importante sector de la doctrina alemana se aproxima a lo que algunos han venido a denominar una teoría *rígida* de la culpabilidad²⁶⁴, es decir, al mantenimiento de una estrechísima vinculación entre la culpabilidad plena y la existencia de conciencia de lo injusto, como dato psicológico: “un hecho doloso cometido con plena conciencia de lo injusto muestra un contenido de culpabilidad mayor que un hecho doloso realizado en error de prohibición evitable (...) la fidelidad subjetiva al Derecho [propia del error] en relación a la rebelión consciente contra el Derecho motiva siempre un reproche de la culpabilidad atenuado”²⁶⁵. Sea por psicologismo en los planteamientos dogmáticos o, simplemente, por un cierto temor a los posibles abusos con la cláusula de atenuación facultativa, esta tendencia en el reforzamiento de la conciencia de lo injusto halla su expresión en la idea, muy extendida, de que, *por regla*

²⁶⁴ Expresión de JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 16. Cuando se está hablando de psicologismo no significa que, necesariamente, se acepte una ontología que imponga *a priori* qué debe entenderse por conciencia de lo injusto. Ésta sería, en todo caso, la posición psicologista extrema. Normalmente, en el establecimiento de cuál debe ser el objeto o qué grado de certeza es suficiente para afirmar la conciencia de lo injusto, suelen entrar ponderaciones normativas (es decir, conformar los límites de la responsabilidad de acuerdo con el papel de la culpabilidad o imputación personal como categoría) pero, en última instancia, existe un dato psicológico básico que condiciona la responsabilidad: el conocimiento.

²⁶⁵ ROXIN, en *Deutsch-Spanisches*, p. 82 y s. (donde, por ese motivo, considera preferible la regulación española a la alemana). *Vid.*, también, *el mismo*, *ZStW* (76) 1964, pp. 604-606 y *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 8, 12 y 70. Ya tempranamente, desde la propia teoría de la culpabilidad, cuestionando la constitucionalidad de la medida, WARDA, *ZStW* (71), 1959, pp. 254 y ss. *Vid.*, también, HIRSCH en *Deutsch-Spanisches*, p. 52 y p. 74, n.19 o ZACZYK, *JuS*, 1990, p. 893. Cfr. más referencias en JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 16, n. 27. En España *vid. supra*. n. 209, 235 y 236.

*general*²⁶⁶, procede la atenuación en caso de error²⁶⁷.

La verdad es que resulta difícil encontrar en la literatura alemana explicaciones y casuística en torno a estos errores no atenuables. Para darle algún contenido a la cláusula de atenuación facultativa, desterrada al ámbito de la determinación judicial de la pena, se mencionan con suma parquedad algunos supuestos, residuales, agrupados vagamente bajo la idea de hostilidad al Derecho²⁶⁸. Ello, a mi juicio, da claramente a entender que, de hecho, todos los esfuerzos por delimitar los supuestos de culpabilidad plena se han concentrado en la inclusión de los mismos en el círculo trazado por los límites psicológicos de la conciencia de lo injusto. En esta misma línea, resulta sintomático que, hasta donde se me alcanza, la jurisprudencia alemana, tan criticada por su recurso “cicatero” al error de prohibición²⁶⁹, no parece en cambio que haga un uso apreciable de la posibilidad de no atenuar la pena, probablemente porque, como se verá, un concepto lo suficientemente amplio de conciencia de lo injusto le permite absorber todas las situaciones en las que pueda parecer dudosa la conveniencia de una atenuación. En efecto, el rechazo a la atenuación simplemente facultativa no supone que se reduzcan necesariamente los ámbitos de punibilidad (ello dependerá del concepto de conciencia de lo injusto que se maneje) sino que

²⁶⁶ CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 17, Nm. 24; JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, II 2 e); SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 47; STRATENWERTH, *AT*, 3ª ed., § 10, Nm. 600. Incluso, desde planteamientos normativistas, autores como NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 85, se muestran bastante circunspectos en la aplicación de la cláusula de no atenuación. Mucho menos restrictivo en cambio, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 16 y 46-50, TIMPE, *Strafmilderung*, p. 238 y ss. o DREHER-TRÖNDLE, § 17, Nm. 12.

²⁶⁷ Ello no significa desconocer la importancia dogmática de aceptar, siquiera excepcionalmente, la posibilidad de culpabilidad plena pese a la falta absoluta de conocimiento de la antijuricidad. Sin embargo, la tendencia indicada refuerza la necesidad de continuar diferenciando muy claramente y en clave psicológica la conciencia de la antijuricidad y el error de prohibición, si se entiende que el primero resulta decisivo en el momento de establecer la culpabilidad plena y que la existencia del error es algo más que la simple posibilidad de una disminución de la culpabilidad. Pretendo con ello subrayar simplemente que, dado el papel que doctrinalmente se le otorga a la conciencia de lo injusto en la atribución de responsabilidad, la construcción de dicho concepto reviste un interés muy superior al que, dada la configuración legal, cabría esperar.

²⁶⁸ *Vid.*, RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 48-49; MAURACH-ZIPF, *ATI*, 8ª ed., § 38, Nm. 480; SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 48; muy restrictivamente, ROXIN. *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 8 y 70.

²⁶⁹ MAURACH-ZIPF, § 38, Nm. 38.

es prioritariamente una cuestión metodológica: la discusión acerca de la plena imputación del hecho se concentra casi exclusivamente en torno al concepto de conciencia de lo injusto, sin apenas correcciones ajenas a los límites del mismo.

6. Así las cosas, teóricamente, el legislador alemán establece un modelo en el que la conciencia de la antijuricidad realizaría una función bastante distinta a la prevista en el CP español, donde, como se verá, dicho concepto desempeña un papel central en la atribución de responsabilidad. Sin embargo, la tendencia observada en Alemania a concentrar los supuestos de culpabilidad plena esencialmente en torno a la conciencia de lo injusto permite que las elaboraciones doctrinales de dicho concepto se aproximen lo suficiente al modelo español como para que nos puedan ser de utilidad.

3. Contexto legal del conocimiento de la antijuricidad: el modelo español

Veamos ahora cuál es el papel del conocimiento de la antijuricidad en el CP español. Como ya hemos visto, las discusiones doctrinales apenas se ocuparon del contenido de la conciencia de la antijuricidad. Dado que la mayoría de aportaciones se efectuaron bajo la vigencia del art. 6 bis a III ACP y que se ha considerado que el nuevo art. 14 CP no supone una modificación apreciable del diseño general del error de prohibición efectuado por su predecesor²⁷⁰, parece que, en principio, las reflexiones sobre el Código anterior son perfectamente válidas para el actual²⁷¹.

a) El conocimiento de la antijuricidad en el ACP²⁷²

1. A mi juicio, el principal rasgo característico del art. 6 bis a) III ACP fue que se optó por definir *positivamente* los límites del error de

²⁷⁰ Vid. *supra* p. 92.

²⁷¹ Cfr., sin embargo, la propuesta de nueva interpretación que se efectúa *infra* pp. 314 y ss.

²⁷² Art. 6 bis a), párr. III ACP “La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66”.

prohibición, describiendo los efectos que el mismo debía producir en la mente del sujeto²⁷³ : literalmente, una creencia de estar obrando lícitamente o, en otras palabras, la efectiva representación de que aquello que se está realizando no está prohibido. Podría entenderse pues que sólo cuando el autor fuera consciente de la pretendida juridicidad del hecho se vería “premiado” con la aplicación del error de prohibición. En principio, sólo cuando el sujeto se hubiese interrogado acerca de la corrección de su hacer y hubiese llegado a conclusiones equivocadas podría entrar en juego la versión española del error de prohibición. Obsérvese que nos encontraríamos justo en las antípodas del StGB, que, como acabamos de ver, define el error como la ausencia de la creencia de estar obrando ilícitamente. Ahora bien, con esta interpretación surgirían problemas con la *ignorantia iuris*, el mero desconocimiento de la significación antijurídica de la conducta sin llegar a la conciencia positiva de estar actuando lícitamente.

Curiosamente, un ancestro del § 17 StGB, el § 21 E 1962, contenía una fórmula muy parecida a nuestro derogado art. 6 bis a). Dicho precepto establecía que se encontraba en error de prohibición sólo quien en el momento de la comisión del hecho suponía erróneamente que no estaba cometiendo ningún injusto²⁷⁴. Esta configuración restrictiva del error de prohibición no era fruto de la casualidad ni una mera fórmula estilística, sino que perseguía una finalidad concreta: excluir del error de prohibición situaciones explicables únicamente por la indiferencia irreflexiva de su autor. Tales supuestos eran considerados en dicho proyecto tan reprochables como la actuación con plena conciencia de lo injusto. Sin embargo, el precepto fue duramente criticado por su imprecisión y desmesura y no consiguió devenir Derecho positivo, precisamente por el riesgo que comportaba de aplicación indiscriminada a todos los casos de simple ignorancia de la antijuricidad²⁷⁵.

2. En España, la doctrina conjuró este peligro dando rápidamente la vuelta al art. 6 bis a) III. Se entendió que, salvo que se actuara con conciencia

²⁷³ BACIGALUPO ZAPATER, *La Ley*, 1981-1, p. 920 (*vid. también supra* p. 88).

²⁷⁴ *Vid.* una descripción del mismo en CEREZO MIR, *PG II*, 5ª ed., pp. 83-84, n. 37.

²⁷⁵ *Vid.*, al respecto, desde una posición radicalmente crítica, ARMIN KAUFMANN, *Schmidt-FS*, 1961, pp. 325-328 y también ROXIN, *ZStW* (76), 1964, p. 607 y s.

positiva de la antijuricidad, siempre se estaría en la creencia de estar obrando lícitamente²⁷⁶. En efecto, si el legislador obligaba a operar en un plano estrictamente subjetivista (creencia) para determinar qué es un error, materialmente debía ser indiferente que el desconocimiento proviniese de una falsa representación de la juridicidad de la conducta o de la falta de representación alguna al respecto. Si algún dato debía ser psicológicamente relevante en ese ámbito era precisamente lo contrario, la creencia de estar actuando ilícitamente. Por consiguiente, en coherencia con estas correcciones, el concepto error de prohibición quedó subordinado a otro concepto principal e implícito en la redacción legal, el conocimiento de la antijuricidad. El escenario legislativo quedaba pues reconstruido, desde una perspectiva psicológica, de forma idéntica a la distinción entre comprensión del injusto y error del StGB. Ahora bien, con la particularidad de que dicha frontera subjetiva actuaba *rígidamente* en la determinación del grado de responsabilidad, puesto que se preveía la atenuación obligatoria para todo caso de error vencible. En suma, dado que la otra alternativa hubiese supuesto equiparar la ignorancia con el conocimiento de la antijuricidad, el art. 6 bis a III CP fue interpretado en el sentido de que toda forma de desconocimiento de la antijuricidad constituía error. Puesto que la atenuación era obligatoria, cualquier flexibilización normativa que desligase conocimiento y responsabilidad penal plena se quedó sin campo de maniobra legal.

De todas formas, parece que el legislador había escogido una forma algo complicada de formular la conciencia de la antijuricidad. Por todo ello, en 1983 el prelegislador diseñó un modelo distinto de regulación del error de prohibición (el art. 17.3 PACP) que ha sobrevivido las vicisitudes de la reforma penal española hasta devenir el actual art. 14 III CP²⁷⁷.

²⁷⁶ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, p. 99-100, CONTRERAS, *CPC*, 1987, p. 285, n. 45. y STRIEN, *Einflüsse des deutschen Strafrechts*, p. 110 La verdad es que nadie planteó la posibilidad de interpretar literalmente el art. 6 bis a III. Sólo LUZÓN PEÑA, *PG I*, p. 463 y s., apunta que, en caso de ignorancia burda, cuando materialmente no estuviera afectada la capacidad de motivación del sujeto, podría entenderse que no se trata de una auténtica creencia errónea de estar obrando lícitamente.

²⁷⁷ Art. 14 III CP: "El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará

b) El conocimiento de la antijuricidad en el CP vigente

Hasta el momento, a pesar de la nueva redacción legal, ni doctrina ni jurisprudencia han dado señales de haber advertido cambios por lo que se refiere al papel legal del conocimiento de la antijuricidad como requisito imprescindible para la imputación personal plena del delito²⁷⁸. De todas formas debe señalarse que el nuevo precepto ha perdido carga subjetiva. En efecto, no se efectúa mención alguna a conciencia de lo injusto, creencia sobre la licitud o cualquier otra representación o dato psicológico que predetermine directa o indirectamente el concepto de error. Tampoco se establece expresamente que la efectiva comprensión de la antijuricidad deba ser el requisito que fundamente la imputación personal plena.

Sin embargo, parece que ello no tiene porqué modificar la situación del ACP. Es decir, la expresión “error sobre la ilicitud del hecho” designaría a toda situación en la que un sujeto no es consciente del carácter antijurídico del hecho en el momento de perpetrarlo, por lo que, *a contrario sensu*, el art. 14 III CP estaría presuponiendo el conocimiento de la antijuricidad como requisito de la responsabilidad penal plena. Es más, la supresión de la mención “creencia de estar obrando lícitamente” eliminaría el (teórico) obstáculo de la regulación anterior a la ubicación dentro del error de prohibición de los supuestos de simple ignorancia. En definitiva, como hipótesis de trabajo puede aceptarse que la nueva regulación del error, por lo que a este inciso concreto se refiere, no sería sino una simple mejora de la redacción anterior. La conciencia de la antijuricidad seguiría siendo el concepto central de un modelo legislativo que seguiría comportándose *rígidamente* respecto al dato del conocimiento.

la pena inferior en uno o dos grados.”

²⁷⁸ Cfr. *supra* p. 92. Sirva de muestra que BACIGALUPO ZAPATER en CONDE-PUMPIDO (dir.), *Código Penal*, pp. 495 y 508, máximo defensor (*de lege ferenda*) de la atenuación facultativa del error de prohibición, considere que el art. 14 III CP continúa vinculando la culpabilidad plena con la creencia del autor en la ilicitud del hecho y el mantenimiento de la atenuación obligatoria a toda creencia errónea.