

Sobre el «Error Iuris» en las más modernas tendencias jurídicas alemanas

Dr. HELLMUTH VON WEBER
Profesor de la Universidad de Bonn

(Traducción del Dr. QUINTANO RIPOLLÉS)

El moderno Derecho penal presupone para la punición no solamente una conducta criminal exteriorizada, sino, asimismo, una voluntad criminal. Quien no ha querido el acto no es punible, salvo si el hecho no es constitutivo de imprudencia. Y esta volición maliciosa (*bösen Willen*) es la que inferimos de la conducta concreta del autor, lo que, naturalmente, no siempre basta, como tampoco resulta suficiente lo que el autor nos diga sobre ella. Aquí radica precisamente la máxima dificultad por no poder leer fielmente en el corazón del delincuente, quien, a su vez, ha de intentar por todos los procedimientos negar su dolo y convencernos de que el resultado criminal obtenido no estaba en relación con su querer. En resumen, ha de decirnos que obró en una situación de error. Si lo aceptamos, corremos el riesgo de que el autor que delinquirió dolosamente escape al condigno castigo; si lo rechazamos, en cambio, puede suceder que dijera verdad, y en este caso sufriría un inocente el peso de una pena. Cómo pueda asegurarse la justicia de un fallo sin perjudicar su efectividad, he aquí la esencia del problema. Por lo mismo ha sido en todos los tiempos y naciones el tratamiento del error uno de los asuntos que más han preocupado a la doctrina y a la práctica. Versan ya sobre esta cuestión las hoy sobrepasadas teorías del *dolus indirectus* de Diego Covarrubias y del *versari in re illicita*. En los ordenamientos penales construídos sobre base romana se ha abierto camino la tesis de que el dolo debe abarcar todas las circunstancias del acto (*Tatumstände*), por lo cual el error sobre ellas excluye el dolo, en tanto que el de derecho resulta inoperable según la fórmula del *error iuris nocet*. Esta doctrina ha sufrido importante modificación en la reciente Jurisprudencia alemana, llamada no solamente a ser un acontecimiento científico tras largos decenios de discusiones doctrinales, sino también a entrañar innumerables consecuencias prácticas, incluso en el terreno de la política interior y exterior. Es por lo que el asunto puede resultar de interés más

allá de las fronteras de Alemania, razón por la cual va a ser tratado aquí.

Las Salas de lo criminal reunidas (*Grosse Senat*) del Tribunal federal de Karlsruhe han dictado en 18 de marzo de 1952 una decisión (1), cuyo tenor es el siguiente: «En el parágrafo 240 del Código penal alemán (2) debe conocer el autor las circunstancias del hecho del inciso primero de dicho parágrafo, a las cuales no afecta la antijuridicidad y, además, tener o haber podido tener conciencia de emplear la coacción de un modo injusto.»

A primera vista no parece delatar esta resolución todo el trascendental contenido que encierra. La verdad es, sin embargo, que afecta no ya tan sólo el tipo de la coacción, sino incluso a todos los delitos, puesto que se refiere a una cuestión de la Parte general: la del significado del error en el autor, o lo que es lo mismo, la del necesario contenido de su dolo. El Tribunal canceló el aforismo del *error iuria nocet*, sobre el que persistió hasta sus últimos días el Tribunal Supremo alemán (*Reichsgericht*) en su jurisprudencia, sin exigir nunca en el dolo la conciencia de la antijuridicidad. Más bien se inclinaba a distinguir en la materia entre el «error de hecho sobre el tipo» (*Totbestandsirrtum*) y el «error de prohibición» (*Verbotsirrtum*); en tanto que el primero destruía el dolo en virtud del parágrafo 59 del Código penal (3), el segundo lo dejaba intacto. Esta apreciación error de derecho era a todas luces insuficiente, pues siendo inimputable al autor, el hecho resulta irrepachable y, en consecuencia, no punible por el principio de «no hay castigo sin culpabilidad». Únicamente en el supuesto de ser el error de derecho evitable—y ahí radica una de sus diferencias del de hecho—, puede acordarse una atenuación, pero persistiendo la cualidad dolosa de la infracción.

El Tribunal Federal creado en 1 de octubre de 1950, bien que inspirado en las tradiciones del *Reichsgericht* de Leipzig, abolido en 1945, es un organismo nuevo en ningún modo vinculado por la jurisprudencia de su antecesor. Aunque se esfuerce en conservar lo bueno de dichas tradiciones tiene mejores posibilidades de sentar nuevos principios y, cuando la justicia lo exija, impulsar innovaciones que sirvan al progreso del derecho. Esta

(1) Aparece publicada en el volumen II de sus *Decisiones*, pág. 194, así como en las revistas especializadas.

(2) El pár. 240 del Código penal alemán reza así: «Quien obligue a otro injustamente a una acción, omisión o tolerancia, mediante fuerza o amenaza de un mal grave, será penado con prisión o multa, y en especiales casos de gravedad, con presidio o prisión no inferior a seis meses. Se tiene por injusto el acto, siempre que la aplicación de la fuerza o amenaza del mal tenga por objeto algo que contradiga el sano sentimiento popular. La tentativa es punible.»

(3) El pár. 59 del Código penal alemán dice así: «Si alguien en la comisión de un hecho delictivo desconoce la existencia de sus circunstancias fundamentales, que pertenecen a la construcción legal del tipo e que determinan o elevan su punibilidad, tales circunstancias no le serán imputables. En la punición de los actos imprudentes es aplicable dicha disposición solamente en cuanto que el desconocimiento no fuere imputable a su vez a título de culpa.»

doble actuación, a la vez cauta y atrevida, la está demostrando constantemente la nueva jurisprudencia alemana en materia penal. Puede afirmarse por ello que se mantiene en perfecta armonía con la viviente evolución del derecho en Alemania, restaurando así el en un tiempo perdido contacto entre la Ciencia y la Práctica judicial. Uno de los casos de mayor importancia decididos en este sentido es precisamente el referente al error de que aquí se trata.

La jurisprudencia del antiguo *Reichsgericht*, respecto al error, se mantuvo en lo esencial inmutable durante los 66 años de su existencia. Se apoyó en el texto del parágrafo 59 del Código penal, así como en sus antecedentes históricos y en la doctrina a la sazón bastante acorde sobre el tema. Por lo tanto, refiriéndose dicho texto al error fáctico y no citándose para nada el de derecho, éste resultó continuamente inoperante a los efectos de exculpación. De acentuar es, sin embargo, que dicho concepto de «error de hecho» comprendía comúnmente el error o desconocimiento de circunstancias de derecho extrapenales, es decir, de índole civil. En la jurisprudencia antigua distinguíase de este modo un «error de derecho penal» y otro «extrapenal», adscribiendo este último al de hecho del parágrafo 59 del Código penal. Era preciso, en consecuencia, una exacta delimitación de lo que fuere «error de derecho» y de lo que fuere mero «hecho», resultando decisiva frontera entre ambos la calidad de la norma.

Al decidir así, el *Reichsgericht* no gozó largo tiempo la aprobación unánime de la doctrina (4). El más significado dogmático alemán del tiempo posterior a la codificación, Karl Binding, difiere de tal punto de vista al concebir el delito como una «consciente voluntad antijurídica». En su gran obra, en cinco volúmenes, «Las normas y su infracción», ha dedicado buena parte a la demostración de su tesis. Así, en su tercer tomo (Leipzig, 1918), tratando del error, muestra Binding en rotunda oposición hacia la práctica judicial dominante, singularmente en las altas esferas, a la que reprocha una «funesta concepción del problema del error en derecho penal» (5). Tampoco Von Liszt acudió en esta cuestión en ayuda de la jurisprudencia del *Reichsgericht*. Ciertamente, en su doctrina del dolo no se comprende la conciencia de la antijuridicidad, resultando el error de derecho sin directo influjo; pero sobre ello, Von Liszt no distingue nunca, como la jurisprudencia, entre la diversa cualidad del error de derecho, el penal y el extrapenal. Únicamente donde en el tipo sea exigible la marca de la antijuridicidad de un modo expreso, será también extensible a ella la conciencia del dolo. Von Liszt ha tratado, por lo demás, estos temas de un modo hartamente incidental y ligero; se apoya esencialmente en el texto escueto de la ley

(4) BERNER (1818-1899) ha permanecido constantemente fiel al punto de vista del *Reichsgericht* (v. 18 edición de su *Lehrbuch*, 1899, párrs. 24 y 122).

(5) BINDING: *Die Normen...*, T. II, parte II, pág. 972 (ed. 2.ª de 1916).

sin insistir demasiado en una profunda indagatoria científica de su fundamento en la esencia del dolo o de la culpabilidad. Por lo mismo, no le fué excesivamente difícil a Binding deshacer con pocos, pero certeros argumentos, las concepciones de Von Liszt (6).

En la doctrina posterior se ha proseguido y ampliado la idea de Binding, en el sentido de que pertenezca al dolo la condición de la conciencia de la antijuridicidad, que no haya diferencia esencial entre el error de hecho y el de derecho, y que cada clase de error excluya al dolo y que a lo más, en caso de culpa en el error, el hecho pueda integrar delito culposo. A pesar de ello, el *Reichsgericht* prosiguió constantemente en su punto de vista discriminatorio, con lo que se consumió la lamentable discrepancia entre la doctrina y la práctica judicial. Sin embargo, no puede decirse que la discusión resultare enteramente estéril, pues gracias a ella se aclararon muchas dudas y quedaron ambos puntos de vista perfectamente deslindados.

Binding, de otra parte, reprochó a la Jurisprudencia como inconsecuente, dado que exigía la conciencia de la antijuridicidad allí donde la ley misma hubiese incorporado la antijuridicidad de la acción al concepto del delito. Pero esta antijuridicidad—decía—sería meramente una marca distintiva del delito y su inclusión en el tipo un simple azar legislativo. Tal reproche, empero, era infundado. Kohlrausch ha demostrado en un detallado análisis de la jurisprudencia que el *Reichsgericht* ha tratado en estas ocasiones de tipicidad la cuestión del error de derecho de la misma manera que en todas las otras, esto es, aceptando la exclusión del dolo únicamente en los supuestos de error de derecho extrapenal. En todo caso ha provocado en muchas de sus resoluciones la exigencia de la conciencia de la antijuridicidad (7).

En otro importante terreno tampoco coinciden exactamente Binding y el *Reichsgericht*, al menos en su fundamentación, aunque los resultados sean muy semejantes: en la errónea aceptación de una causa de justificación, especialmente en la legítima defensa putativa. Que no puede ser penado como homicida doloso quien erróneamente se defiende de alguien a quien estima atacante fué siempre una opinión común en la doctrina. Binding vió en ello la inconsciente confesión, incluso por parte del *Reichsgericht*, de que la conciencia de la antijuridicidad sea un elemento constitutivo del dolo. Entonces vino en ayuda de la tesis jurisprudencial la teoría llamada de «las circunstancias negativas del hecho», propuesta por Merkel, pero desarrollada principalmente por Frank (8). Pretende dicha teoría que la no consignación de causas de justificación sea una marca característica

(6) BINDING: *Die Normen...*, T. III, págs. 298, 300, 306, 309 y ss.

(7) KOHLRAUSCH: *Die Lehre von Rechtsirrtum*, 1902, págs. 76 y ss. y KOHLRAUSCH-LANGE: *Strafgesetzbuch*, 30.º ed. nota II al pár. 50.

(8) V. su *Comentario al Código* cit. nota III al título IV.

del tipo legal y que, en consecuencia, la errónea captación de una realidad en que se incluyan elementos justificativos, debe ser tratada del mismo modo que cualquier otro error de hecho. En cambio, en la hipótesis de que el autor conozca rectamente las circunstancias del hecho, pero estime erróneamente que su conducta sea justificable jurídicamente, se plantea un claro caso de error de derecho; lo que resolvió siempre la jurisprudencia en su tantas veces citada estimación de apreciar su relevancia en materias no penales. Sólo en muy raras ocasiones en que se reconoció como error de derecho en lo penal, hubo clara discrepancia entre sus puntos de vista y los de Binding.

La teoría de las circunstancias negativas de hecho no ha sido seguida en todos sus detalles por la dogmática. Se la reprochó su falta de lógica al apreciar que la ausencia de una causa de justificación constituyese una marca negativa de la tipicidad, sobre todo si la antijuridicidad apareciera como exigencia positiva del tipo. Esto era, en verdad una mala inteligencia por parte de sus detractores, pues la citada teoría no dijo eso, ni que determinadas circunstancias fundamenten positivamente la tipicidad, mientras que otras sean susceptibles de destruirla. Si ello sucediera así, llamaríamos a esas circunstancias causas de justificación, sin destruir por eso la tipicidad, pues en otra cosa serían en realidad. La exclusión de la tipicidad resulta en todo caso un presupuesto lógico. De todos modos la originaria formulación de la teoría de las circunstancias negativas ha dado base a tales equívocos, motivando aún hoy día polémicas en torno suyo por esa falta de precisión.

Decisivo para el mantenimiento de la tesis jurisprudencial sobre el error era un tercer punto: el de si la discriminación entre errores jurídico-penales y extrapenales resultaba teóricamente lógica y prácticamente utilizable. O lo que es lo mismo, si existe un medio seguro de practicar esa distinción, y si de haberlo, es susceptible de proporcionar resultados justos en su estimativa. Pero aquí precisamente hállase el punto más débil de tesis de la jurisprudencia tradicional. No le fué difícil a Binding el demostrar que cada precepto jurídico encerrado en la norma debe ser homogéneo sin admitir diferencias en cuanto su origen, recordando la noción bindinguiana de las normas: las de contenido de preceptos de deber («Debes no robar») y las de preceptos jurídicos implicando coacción («El robo es castigado con prisión»). Tampoco halló la Jurisprudencia criterios fijos para su pretensión discriminadora, por lo que resultó imposible predeterminedar en qué ocasiones ha de considerarse el error de derecho de naturaleza penal o extrapenal. En su casuística hállanse ejemplos de apreciación de circunstancias como fundadas en error de derecho penal, que contradictoriamente se estiman en otros como de tipo extrapenal. La norma, esto es, el precepto jurídico en que se asienta un determinado deber de actuar, no siempre responde a

una precisa especie de derecho; su violación, por lo tanto, no ofrece necesariamente consecuencias penales, sino que puede ser valorada en otros campos jurídicos, por ejemplo, la compensación de daños en lo civil.

La falta de fundamento lógico de la teoría discriminatoria entre el error penal y extrapenal no entrañó, sin embargo, consecuencias fatales en la práctica. En ella, el *Reichsgericht* se limitó a optar por una u otra especie de error, según la relevancia que se le otorgara en un caso determinado y concreto, con lo que la misma indeterminación del concepto vino a posibilitar justas decisiones jurisprudenciales, que por sus concretos resultados han merecido la aprobación de la doctrina, incluso la más reciente.

No es ciertamente tarea propia de un Tribunal, ni siquiera la del más alto de la nación, la de decidir la evolución de una determinada teoría científica ni la de pronunciarse a favor o en contra de la misma. Ha de limitarse a dictar sentencias justas en las que a su vez asentarse doctrinas dogmáticas; pero éstas deben ser siempre un instrumento judicial para la decisión justa, no un fin en sí. Deberá ser utilizado tal instrumento en tanto que se acredite apto para sus propósitos, incluso aunque en la teoría aparezcan algunos defectos logísticos, y, sobre todo, cuando no se halle a mano otra mejor a los efectos de una decisión justa. Mientras que una teoría nueva no se acredite sin género alguno de dudas, de mayor valor práctico que la antigua, no debe prudentemente abandonarse ésta.

Fué, por lo dicho, de gran significación el que Binding atacase la doctrina jurisprudencial sobre el error no solamente en nombre de la lógica jurídica abstracta, sino apelando al sano sentimiento jurídico (9); pues con ello negaba el profesor la utilización práctica de los conceptos del *Reichsgericht*.

En realidad se cuentan pocas decisiones del *Reichsgericht* sobre el problema del error que entrañasen resultados injustos, pero tampoco faltan. Veamos un caso significativo. El parágrafo 181 del Código penal alemán castiga como grave corrupción el que los padres toleren o proporcionen medios para la de sus hijos. Ahora bien, en muchos territorios alemanes se había introducido la costumbre del llamado «matrimonio a prueba», en el que en ciertos círculos no era considerado acto deshonesto el permitir público comercio carnal entre los prometidos, previsto y tolerado por los padres. El *Reichsgericht*, en cambio, estimó que toda unión extramatrimonial, incluso la prematrimonial, era acto deshonesto y que, en consecuencia, el tolerarlo o facilitararlo bajo el error de su licitud resultaba en los padres error de derecho penal y, por tanto, irrelevante. Pudo, pues, suceder que una madre de familia aldeana, que según inveterada costumbre facilitó las relaciones sexuales de su hija con el novio a modo de diligencia previa al ma-

(9) V. especialmente el prólogo del tomo II, parte II de *Die Normen*, en su 2.ª ed. de 1916, así como en los párrs. 143 y ss.

trimonio, resultare castigada con la pena de prisión prevista para la corrupción, sin que jamás la hubiese pasado por la imaginación perpetrar semejante delito. Tales juicios despertaron, naturalmente, gran expectación, menudeando las críticas en torno a la apreciación jurisprudencial de la doctrina del error. Esto motivó, a su vez, que el legislador promulgase la Novela de 1900 introduciendo en el párrafo 181 circunstancias atenuantes que debilitaron la dureza original de la tan censurada Jurisprudencia.

En otro tiempo eran ciertamente escasos los supuestos de divorcio entre los presupuestos de la ley penal y las concepciones populares sobre lo justo y lo injusto. Por lo mismo, era bien fácil para todo el mundo constatar cuándo un hecho estaba penalmente prohibido o no y, en consecuencia, la alegación del error resultaba casi siempre insostenible para exculpar. De ahí que la no estimativa del error penal condujese de un modo general a conclusiones justas. Muy otra fué en cambio la situación creada con la primera Guerra Mundial, cuando el colapso económico de Alemania condujo a una estricta economía dirigida, derramando sobre el pueblo una multitud de mandatos y prohibiciones acompañados de inmediatas consecuencias penales. El error de derecho, entonces, pudo ser relevante y exculpativo y su inadmisión conducir a la punición de conductas inocentes. El propio legislador se vió obligado a intervenir y promulgó al efecto la denominada «Ordenanza sobre el error», de 1917, en la que se prescribía la impunidad en supuestos probados de error inevitable sobre el contenido a aplicabilidad de tales preceptos penales. Tal Ordenanza no se refería ciertamente a toda la ley penal en general, sino de un modo exclusivo al terreno del Derecho penal económico, por lo que perdió todo significado positivo al cesar el régimen de economía dirigida impuesta. Con ello, no obstante, quedaba roto el hielo en torno a la cuestión. El legislador se hizo cargo de la significación de la doctrina del error no sólo en las materias de divisas e impuestos, emprendiendo la tarea de hallar una solución genérica propugnada doctrinalmente desde los comienzos del presente siglo.

Dos proposiciones fundamentales fueron hechas entonces. La primera, principalmente patrocinada por Von Hippel,¹⁰ puede considerarse como una especie de compromiso entre las conocidas tesis de la Jurisprudencia y de Binding. Von Hippel exigió para el dolo la querida realización del tipo y la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad; es decir, una combinada forma de culpabilidad consistente en dolo respecto al hecho y culpa respecto a la antijuridicidad (10). Esta solución, acogida en el Proyecto de 1927, pudo quizá ofrecer ventajas prácticas para su aplicación, pero aparece plena de contradicciones en lo teórico. Una vez más consiguió imponerse la opinión de que únicamente la

(10) VON HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, 1930, T. II, pág. 346.

aceptación de la tesis del conocimiento de la antijuridicidad resulta la única solución lógica del problema del de error. El legislador no podía sustraerse a la fuerza de esta casi unánime opinión de la doctrina, por lo cual el proyecto Gürtner de Código penal se resolvió a definir así el dolo: «Obra dolosamente quien perpetra el acto con conciencia y voluntad, así como con conocimiento de que obra injustamente o que con ello viola un precepto de la ley» (11).

Entonces tenía la impresión de que la doctrina correcta iba a triunfar, puesto que dicho Proyecto iba a ser pronto ley. Ya se había abierto previamente camino quizá en la práctica judicial, seduciendo a todos por su gran sencillez. La igualdad de trato al error de hecho y al de derecho privaba de fundamento a todas las interminables discusiones en torno a su delimitación. Diríase, en fin, que Binding conseguía triunfar sobre las tradicionales concepciones del *Reichsgericht*.

Pero a la sazón surgió algo notable y significativo. También el legislador, que ciertamente está interesado por un ordenamiento legal lógico e impecable, pero que persigue no sólo teorías, sino las necesidades de la práctica, consideró aquí las consecuencias que pudiera entrañar la aceptación de la doctrina de la conciencia de lo injusto en el dolo. Se vió forzado a promulgar preceptos especiales en dos puntos que limitaron notablemente la equivalencia del error de hecho y de derecho: el error de derecho que contradijere al sano sentimiento popular quedaba irrelevante y en los tipos en que la perpetración culposa no se preceptuase como penal, debiera ser punible en el marco de esta específica responsabilidad, es decir, con amenaza previa de pena. Nó eran éstas las únicas imaginables consecuencias que la nueva regulación originaba y que hacían precisa la intervención del legislador. ¿Qué ocurriría, pues, en el supuesto de que un autor no hubiese considerado en absoluto la cuestión de la antijuridicidad de su acto? ¿Debieran ser punibles, en caso de culpa, la participación y la tentativa allí donde sea dolosa la conducta del autor principal o la naturaleza del hecho en que la tentativa reposa? (12). Ya las dos limitaciones previstas por el legislador destruyen la unidad del dolo y demuestran que la equivalencia de ambos elementos: la voluntad del hecho y la conciencia de la antijuridicidad, es irrealizable. Aunque el precitado Proyecto hubiera llegado a ser ley, lo que como es sabido no sucedió, hubiera sido necesario distinguir práctica y dogmáticamente entre el error de hecho y el de derecho. Aún aquí, pues, la lucha no quedaba resuelta en el sentido de la doctrina bindinguiana.

En 1945 quedó suspendido el funcionamiento del *Reichsge-*

(11) *Das kommende deutsche Strafrecht*, All. Teil. 2.^a ed., 1935, pág. 70.

(12) Sobre estas cuestiones v. mi artículo *Die praktischen Auswirkungen der Aufnahme des Unrechtsbewusstseins in den Vorsatzbegriff*, en «Zeitschrift deutsches Strafrechts», 1936, pág. 91.

richt. La Jurisprudencia ulterior, privada de unidad en su grado supremo, evolucionó en la materia del error de modo poco uniforme. El Tribunal Federal se vió en seguida llamado a resolver sobre el asunto y compelido a señalar normas para la práctica judicial. Parece haberse decidido a abandonar en el asunto la Jurisprudencia del *Reichsgericht*, pero sin aceptar íntegramente de momento la tesis de Binding. Más bien ha reconocido la diferencia material entre la violación del hecho y la conciencia de la antijuridicidad y la del error de hecho y de derecho (o como ahora se dice con mayor precisión terminológica: «error sobre las circunstancias del hecho» y «error de prohibición»). El error sobre las circunstancias del hecho destruye el dolo, en tanto que el de prohibición lo deja intacto, aunque pueda aminorar e incluso excluir la culpabilidad.

Tal posición fué notablemente facilitada, aun más que por el Proyecto de 1927, por la teoría de la acción final, aportadora de fundamentos lógicos bastante satisfactorios en pro de la discriminación. Dicha teoría reconoció en el dolo, como violación del hecho, un elemento subjetivo de la acción punible, formulable así: «quien toma una cosa ajena teniéndola como propia no comete hurto», o «quien mata a un hombre creyendo que fuere una pieza de caza no perpetra un asesinato». Si por el contrario, el autor obra con conciencia de la antijuridicidad del acto, el error es irrelevante. Así queda siempre un hurto el hecho de que un ciudadano saqueado durante unos desórdenes revolucionarios, se apodere de algo ajeno para resarcirse del daño sufrido, creyéndolo justo; y así, igualmente, sigue siendo un asesinato la muerte de un presunto traidor acordada y ejecutada por una organización política en una especie de previa condena. Tales errores de derecho pueden únicamente exculpar al autor en casos de acreditarse en absoluto inevitables. El conocimiento de la antijuridicidad no es, por lo tanto, un requisito del tipo, sino un elemento de la culpabilidad.

El Tribunal Federal no se ha pronunciado, ni tenía por qué, en la pugna doctrinal en torno a la acción finalista. Sin embargo, y sin extralimitarse de su cometido, pudo muy bien apoyar sus decisiones en la doctrina de la evolución de la culpabilidad de dicha teoría, en lo que tiene de aprovechable para el error de derecho (13). Se ha decidido por ella, en vista de las consecuencias prácticas que entraña, hallando el instrumento adecuado para la fundamentación debida de sus justos fallos, posibilitados por la tradicional concepción aportada por el *Reichsgericht*.

El Tribunal Federal ha iniciado la tarea de extender a otros casos, y supuestos el punto de vista sobre el problema del error solucionado en la decisión de las cámaras de Karlsruhe. Así se

(13) Uno de los jueces participantes en la decisión fué anteriormente partidario de la teoría de la acción final: R. BÜSCH, en *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949. Por lo mismo ha dedicado la mayor atención a las exigencias de la práctica forense.

ha decidido que la creencia en la licitud de las órdenes de una autoridad para proceder a una detención es suficiente para destruir el dolo de secuestro. En este caso, sin embargo, exigese la previa prueba de la realidad y fundamento de la errónea creencia y que las órdenes autoritarias (tratábase de tiempos del nacional-socialismo) no estaban en flagrante contradicción con las normas de justicia o humanidad (14). En lo que toca al error sobre circunstancias de justificación, es opinión general la de que es únicamente operante cuando el autor considera erróneamente la presencia de un hecho circunstancial, que de existir realmente excusaría su acto. Conociendo, en cambio, esa realidad de las circunstancias, pero interpretándolas falsamente como aplicables a su justificación, el dolo persiste, destruyéndose tan sólo en la hipótesis de que por la tensión de su ánimo no lograrse tener efectiva conciencia de lo injusto del acto (15).

Un educador que castiga corporalmente a un internado en la falsa creencia de que éste hubiese cometido una falta merecedora de tal castigo, no incurre en delito doloso de lesiones, pudiendo ser perseguido por culpa en el supuesto de que su creencia reposase sobre datos no comprobados y admitidos a la ligera. En cambio, si dicho educador corrige al alumno creyendo tener facultades legítimas para ello y no las tiene, obra con error de derecho no excluyente de su dolo en la lesión (16).

En los casos de aborto o interrupción de embarazo, solamente permisibles bajo constancia de que peligra la vida de la madre y con expreso consentimiento suyo, se obliga al médico a percatarse personalmente de tales extremos; si opera sin esa previa y suficiente averiguación, el Tribunal Federal ha decidido que se encuentra ante un caso de error de derecho irrelevante (17).

La nueva dirección iniciada por la Jurisprudencia del Tribunal Federal ha encontrado, primero, expectación, y en seguida, aplauso por parte de la doctrina, y eso tanto del lado de los partidarios de la acción final como del de los secuaces de la acción causal. Con lo que queda suficientemente probado que tales soluciones eran las adecuadas a un correcto ordenamiento jurídico-penal. No resulta, en cambio, igualmente satisfactorios los fundamentos en que tales casos concretos pretenden jurídicamente basarse, y a este respecto se han multiplicado las críticas, referidas sobre todo a las dos últimas citadas decisiones jurisprudenciales (18).

(14) Tribunal federal (BGHE) *Decisiones*, II, 234, «sobre interrupción del embarazo por particulares en estado de necesidad»; II, 336, «sobre la muerte de un prisionero de guerra a causa de saqueo»; III, 194, «sobre la muerte en caso de legítima defensa por error acerca de la gravedad y efectividad del ataque».

(15) Tribunal federal (BGHE) *Decisiones*, II, 245.

(16) Tribunal federal (BGHE) *Decisiones*, III, 105.

(17) Tribunal federal, *Decisiones*, III, 7.

(18) MEZGER en un apéndice a su manual resumido, 4.^a ed. de 1952, dice

Bien consideradas las cosas, preciso es reconocer que dichas críticas, muchas veces imbuídas de prejuicios dogmáticos, no han comprendido siempre fielmente los fallos del Tribunal Federal. Conviene, pues, insistir sobre el alcance y fundamento de esta criticada jurisprudencia para precisar la licitud o ilicitud de los reproches que le han sido dirigidos.

El Tribunal federal exige para el dolo que el autor conozca todas las circunstancias que hacen a su acto efectivamente criminal y punible. Si conoce que su acción se halla prevista como ilícita por una ley penal, esto es, si tiene conciencia de su antijuridicidad, el dolo permanece intacto. Con razón se ha dicho que con estas exigencias la jurisprudencia se adhiere a la doctrina tradicional del «dolus malus», es decir, la volición de un acto conocido como delito (19). El conocimiento de la valoración no es, sin embargo, exigible en el «dolus malus»; pero, en cambio, en este camino es comprensible y justa la estimativa jurisprudencia del error en materia de causas de justificación. Se ha presentado la tesis de que tal especie de error sobre las causas justificativas sea un error de derecho, lo que es combatido principalmente por Welzel (20). Dicha tesis procede de la no aceptación de la doctrina de las circunstancias fácticas negativas, pretendiendo limitar el contenido del dolo a la querencia de los elementos típicos del hecho prefigurados en la descripción legal positiva. Conduce, en consecuencia, a admitir que el acto de causar la muerte en hipótesis de legítima defensa putativa, sea asesinato u homicidio, impune sólo en caso de error excusable, pero digna de eventual atenuación si dicho error no tuviere tal carácter. No creo que el Tribunal federal haya tenido tales propósitos ni querido, hasta tal punto, apartarse de las tradiciones del *Reichsgericht*, a lo que, por lo demás, tampoco estaba obligado por su modo de plantear la cuestión. En efecto, el autor que mata a su supuesto atacante, no obra con dolo malo; quiere únicamente hacer algo que, de ser ajustado a la realidad de los hechos, sería ciertamente justificable. No ya el mero conocimiento y cumplimiento de las realidades del tipo (muerte de un hombre) hace la verdadera maldad del dolo; es menester, además, la no concurrencia de los diversos supuestos que puedan justificar tal acto. Por el contrario, puede asimismo decirse que no todo error sobre una causa de justificación haya de ser forzosamente un error de hecho. El autor que cree equivocadamente tener una facultad para obrar sobre supuestos de hechos reales y efectivos (por ejemplo, al matar a un delincuente que pretende huir), hace algo que quebranta el orden jurídico, aun sin conciencia concreta de ello por su parte. El Tribunal federal manteniéndose en esta tesi-

respecto a la decisión del Tribunal federal que «éste se ha hecho acreedor a nuestra mayor consideración en la forma más notable».

(19) V. SCHROEDER, en *Monatschrift für deutsches Recht*, 1953, pág. 70.

(20) *Deutsche Strafrecht*, 2.^a ed. 1949, págs. 84 y otras. Igualmente en el CONDE ZU DOENA: *Recht und Irrtum*, 1925.

tura de diferenciación de errores, frente a la doctrina de Binding, aun hoy defendible, e incluso la extiende a la materia de las causas de justificación. Los ataques dirigidos por los críticos contra su jurisprudencia fracasan en lo que la misma pudiera ofrecer de novedad, ya que se atiende constantemente, también en lo relativo a las causas de justificación, a la constante doctrina del *Reichsgericht*, distinguiendo entre error de hecho y de derecho,

A pesar de lo dicho, la polémica en torno a estas cuestiones demuestra que la práctica de la nueva doctrina acogida por el Tribunal federal provoca serias dificultades. La distinción entre error de hecho y de derecho se acredita únicamente utilizable a condición de adscribir cada uno de ellos a una determinada categoría, según criterios predeterminados y concretos. Reposa sobre la idea de que sea cosa distinta el que un autor yerre sobre las circunstancias que hacen su acto antijurídico, y otra que dicho error recaiga sobre la valoración entera del orden jurídico en que obró su acción. Pero lo cierto es que la separación entre las circunstancias y la valoración jurídica no está siempre exactamente delimitada en los respectivos tipos. Encontramos con gran frecuencia los denominado elementos normativos de la tipicidad, esto es, circunstancias de hecho que de ningún modo pueden ser apreciadas sin una conjunta valoración jurídica. De otra parte, no han cesado los intentos, no sólo para la tal valoración de los elementos singulares, sino para la del acto como una totalidad, intentándose estructurar su antijuridicidad a modo de atributo de la tipicidad concreta. Si el autor desconociere el hecho de una tal especie de tipicidad normativa, por causa de una falsa valoración jurídica de la misma, sería altamente dudoso el decidir si nos encontramos ante un supuesto de error de hecho o de derecho.

A la cuestión precedente no se puede aportar una respuesta terminante de validez general. En muchos elementos normativos del tipo debe ser extensible el dolo, indudablemente, a lo que encierran de valoración jurídica. El ladrón debe saber, por tanto, que la cosa de que se apodera es ajena; si la tiene por propia, yerra sobre una circunstancia de hecho, incluso en el caso de que su equivocación derive de un error jurídico por estimar erróneamente que se trata de su propiedad. En cambio, quien falsificare un documento necesita únicamente saber que el escrito falseado ofrezca tal carácter documental; que lo considere concretamente documento en sentido estricto o no, es indiferente a los efectos de la existencia del dolo, constituyendo un error de subsunción. De este modo, la concesión del Tribunal federal obliga incesantemente a un análisis de los tipos concretos. El contenido del dolo que a ellos perteneciere debe ser perfecta y exactamente delimitado, al objeto de decidir en cada caso si un error se refiere a un hecho o a una prohibición (derecho). Sobre ello hay aún sobrada materia para meditar. La jurisprudencia antigua, que equipara el error de hecho al de derecho extrapenal, no necesita atender necesariamente

a esta delimitación entre error de hecho y de derecho; únicamente de un modo aislado y esporádico coincide la misma con la tradicional entre error pénal y extrapenal.

Binding ha dicho en cierta ocasión, irónicamente, que la doctrina jurisprudencial alemana sobre el error está a su vez plagada de graves errores. Su juicio no se ha acreditado justo en todas las ocasiones, y su propia doctrina tampoco está exenta de error. Estamos dispuestos a desear para la Jurisprudencia del Tribunal federal una crítica más favorable que la que Binding dirigiera a la del *Reichsgericht* de su tiempo; pero no puede decirse, en verdad, que con ella se hayan resuelto todos los problemas que la doctrina del error plantea. Su tratamiento ha de descansar, en todo caso, sobre el principio de que no hay pena sin culpabilidad. La visión del Tribunal federal viene a ser como una síntesis entre la tesis clásica del *Reichsgericht* y la antítesis de Binding; se halla seguramente más cerca de la verdad que ninguna de ellas; pero no es todavía la verdad pura. Constituye quizá un paso en el secular proceso hacia la pura realización del principio de la culpabilidad. Posiblemente los tiempos futuros han de considerar nuestra solución tan poco satisfactoria como nosotros la vieja del dolo indirecto, del *versari in re illicita* o de la intrascendencia del error de derecho. Pero esto es una preocupación para el mañana, mientras que el presente nos plantea otras más urgentes. El nuevo principio jurídico precisa a la vez de aclaraciones dogmáticas y de desenvolvimiento en circunstancias prácticas. Ya las discusiones científicas surgidas sobre el asunto en el corto espacio de tiempo que media desde las trascendentales decisiones del Tribunal federal, muestran que el nuevo principio es susceptible de diversas interpretaciones. Prueban, asimismo, que muchos de los errores dogmáticos del pasado subsisten aún, y que sobre las consecuencias que puede acarrear su distinta interpretación hay rica diversidad de opiniones. Puede decirse que en lo que toca a aplicaciones prácticas del principio nos hallamos todavía en sus comienzos, y que en los casos que han de venir se ofrecerán numerosas ocasiones de prueba y contraste. Hay que esperar que con ello se aclaren muchas cuestiones batallonas que, con arreglo a la actual dogmática, son imposibles de resolver de un modo satisfactorio para todos; así, por ejemplo, la de la doctrina jurisprudencial de que en el delito de resistencia sólo se considere la legalidad del ejercicio autoritario a modo de condición objetiva de punibilidad, sin afectar a la medida del dolo de autor. Su admisión debe ser posibilitada por la nueva concepción de la Jurisprudencia, que parece como un instrumento más idóneo que el de la antigua del *Reichsgericht* para la solución de los problemas en torno al error. Por lo mismo, creo que también en la labor científica es menester insistir en tales extremos para que sea realidad lo único que en materia de las ciencias jurídicas resulta esencial, es decir, la Justicia.

R É S U M É

Le travail traite des nouvelles tendances jurisprudentielles du Tribunal fédéral allemand en matière d'erreur, qui s'écartent des Traditionnelles soutenues par son prédécesseur le Reichsgericht, aboli en 1945. Tandis que l'ancien Tribunal se conservait fidèle au principe que seulement l'erreur de fait est capable d'opérer mais pas l'erreur de droit, en assimilant l'erreur de droit extrapénal au premier, la nouvelle jurisprudence admet tous les deux en exigeant la conscience d'antijurisdicité pour perfectionner le "dolus". L'auteur défend l'innovation, quoiqu'il ne soit pas d'accord avec les principes dogmatiques sur lesquels elle se base. A cet égard il approfondit dans la véritable nature de l'erreur en Droit pénal, en passant revue aux théories allemands les plus modernes sur cet sujet. Il considère les classiques du "dolus indirectus", et du "versari in re illicita" surannés aussi bien que la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Il considère plus acceptable la terminologie d'«erreur dans les circonstances du type et d'«erreur de prohibition» et insiste surtout sur la nécessité de fixer la nature du dol dans la conscience des choses antijuridiques, en respectant absolument le proverbe «il n'y a pas de peine sans culpabilité». Il croit qu'on peut appliquer à la nouvelle position de la Jurisprudence quelques postulats doctrinaux de l'action finaliste et la considère comme une sorte de synthèse entre la thèse classique du Reichsgericht et l'antithèse de la théorie de Binding. Il ne considère pas justifiés tous les attaques dirigés par les critiques contre l'innovation et même en reconnaissant quelques défauts de celle-ci, il la prise comme d'une grande utilité pratique, propre à résoudre avec justice de nombreux cas concrets qu'il mentionne. C'est surtout un pas peut être décisif dans le procès centenaire vers la réalisation du principe de culpabilité, qui est son mérite principal, quoique ce soient le temps et les nouvelles suppositions réelles qui doivent décider sur la véritable valeur qui doit être accordée à cette technique-là.

S U M M A R Y

The study deals with the new tendencies of jurisprudence of the German Federal Tribunal in matters of error, which differ from those held by its antecessor the Reichsgericht, abolished in 1945. Whilst the old Tribunal remained loyal to the principle that only the error of fact is capable of operating and not the error of law, assimilating the extra-penal error to the first one, the new jurisprudence admits both of them, demanding the conscience of unlawfulness to perfect the "dolus". The author defends the innovation even if he does not agree with the dogmatic fundamentals upon which it is based. Thus, he studies deeply the true nature of error

in Penal Law by reviewing the most recent German theories about the subject. He considers as old-fashioned the classical ones of "dolus indirectus" and of "versari in re illicita", as well as the distinction between factual error and error of law. He considers more appropriate the terminology of "error in the circumstances of the type" and of "error of prohibition" and insist mainly on the necessity of fixing the nature of deceit in the conscience of unlawfulness, always respecting the proverb "there is no penalty without culpability". He thinks that some doctrinal postulates of "finalistic action" can be applied to the new position of Jurisprudence which he considers as some sort of synthesis between the classical thesis of the Reichsgericht and the antithesis of Binding's theory. He does not consider justified the attacks of the critics against the innovation; and even acknowledging some of its imperfections he thinks that it is of great practical value, appropriate to resolve with justice several concrete cases which he mentions. Principally it represents an advance, perhaps a decisive one, in the process of centuries towards the pure fulfillment of the principle of culpability, which is its principal merit, even if time and the new real suppositions shall be those which must resolve about the true value that can be granted to that technique.