

EL ALCANCE Y LA INTERPRETACIÓN DE LA REGLA
ERROR JURIS NEMINEM EXCUSAT EN LA MODERNA
DOCTRINA PENAL

FALLO DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DEL 18 DE MARZO
DE 1952. *Bundesgerichtshof* (BGH), en *Juristenzeitung*, N° 11, 5(6), 1952

Por LEOPOLDO JUAN NILUS

Que el error de hecho, cuando reúne las calidades de excusante, o sea cuando es esencial, decisivo e inculpable, obra como causa de inculpabilidad, suele admitirse general y pacíficamente por la doctrina y el derecho positivo.

Tal error puede recaer no sólo sobre alguno de los elementos del Tatbestand (tipicidad, delito-tipo), sino también sobre circunstancias calificantes. Así el sujeto que mate a su padre en la creencia de matar a una persona cualquiera y siendo su error decisivo e inculpable, su hecho caerá en la órbita del homicidio simple.

Es también opinión generalizada, por lo menos *prima facie*, que el error de derecho, *error iuris*, no excusa. Mas aquí la doctrina penal ya se enfrenta con variados problemas. Surge antes que nada la cuestión acerca de la ratio de tal regla, luego el problema referente a la extensión de la misma, pues no todo error de derecho sería inexcusable. Así se ha sustentado que sólo el error de derecho penal propiamente dicho configuraría el caso de inexcusabilidad plena. El error de derecho extrapenal sería asimilable al simple error de hecho, aserto que tiene especial interés en el caso de las leyes penales en blanco, como más adelante veremos. Súmanse a esta altura otras dos cuestiones difíciles: ¿Existe realmente una diferencia esencial entre el error de hecho y el de derecho? ¿Puede afirmarse válidamente que el "relleno" de una ley penal en blanco, una vez concretado, realmente sea extrapenal?

La ratio del adagio *error iuris neminem excusat*.

Destaca HANS WELZEL (nota al citado fallo) que históricamente la regla *error iuris nocet* del derecho romano no ha llegado hasta nosotros por línea directa e inquebrada. Según algunos

autores, el propio derecho romano había admitido excepciones en caso de delitos menores, cometidos por mujeres y personas rústicas, si bien BIRNBAUM opina que tal excepción sólo se habría admitido en la órbita civil. Sea de ello lo que fuere, consta de cualquier modo que en épocas anteriores al derecho romano, ANISTÓTELES en sus dilucidaciones acerca de las consecuencias del error *involuntarius* no establecía diferencias entre estas dos categorías, doctrina continuada con gran lucidez, según WALZEL, por la baja escolástica, especialmente TOMÁS DE AQUINO. Dice WALZEL: "En aquella época se afirmó la convicción de que el error involuntarius —era acerca de la prohibición del derecho natural o del derecho positivo— tiene un efecto liberatorio de la culpa, con la fuerza de la seguridad de una verdad eterna del derecho natural; en contraposición de la concepción del derecho romano de que el error *involuntarius* necesitaba. Esta teoría llamada de la *imputación* fué aceptada por el mismo GAOTIUS. Pero PURPUREUS, impulsado por su posición fuertemente antiescolástica e influenciado por la doctrina del derecho positivo de HOSIUS, vuelve a la primitiva concepción romana". Cree WALZEL que el tratamiento defectuoso e inseguro del error de prohibición durante los tiempos que siguen, se debe a esta ruptura producida en el siglo XVII y que aun incide con su influencia perturbadora en la doctrina del error de derecho del *Reichsgericht* (RG) alemán. Pero, ¿cuál es la fundamentación de esta teoría de la inexcusabilidad del error *involuntarius*?

JENKINS HALL (*Indiana Law Journal*, vol. 33, fall. 1957, number 1, *Ignorance and mistake in Criminal Law*), señala, entre las que denomina "teorías primitivas", la que arranca del propio derecho romano, o sea la presunción de que el derecho es conocido por todos los miembros de la colectividad jurídica. Dicha teoría parece haber sido interpretada literalmente por BLACKSTONE (*B., Commentaries*, 27): "toda persona discreta... puede... conocerlo"; de ahí que la ignorancia sea culpable. Destaca HALL, que si bien tal doctrina puede haber tenido una base fáctica en pequeñas comunidades, en las condiciones modernas peca absolutamente de quijotesca. Volveremos sobre el particular al tratar la moderna doctrina alemana.

Entre las más modernas doctrinas anglosajonas, basadas ya no sobre la "cognoscibilidad" de la ley penal, sino más bien fundamentadas en principios utilitarios, se destacan las de AUSTIN y HOLMES.

AUSTIN subraya la imposibilidad de la prueba del error de derecho. Dice: "Si la parte realmente ignoraba la ley, y si su ignorancia de ella era tal que ni siquiera sospechaba que existiera, difícilmente podrá apoyarse en evidencia accesible a otras personas".

Esta teoría es rechazada por HOLMES, quien duda acerca de la imposibilidad de la prueba en tales casos, y cree que tal dificultad sería subsanable mediante una inversión del onus probandi. Su propia teoría de la inexcusabilidad del error de derecho se basa en que ésta sería un simple momento de la responsabilidad objetiva requerida por la utilidad social: "empezar por admitir una excusa sería envalentonar la ignorancia, donde el legislador procede con la determinación de que los hombres conozcan y obedezcan..." (HOLMES, *The Common Law*, 48, 1881).

Aquí, JENOME HALL aporta sus dos teorías propias:

- 1.— a) las normas de derecho encierran un sentido objetivo, y
- b) ciertas personas, los magistrados, deben fijar, previo un procedimiento determinado, cuál es ese sentido. Deben declarar, p. ej., que las situaciones A, B, C pero no las situaciones X, Y, Z están comprendidas por ciertas normas, y
- c) que éstas, y sólo estas interpretaciones son válidas y obligatorias, o sea que sólo este sentido de la norma jurídica es la que informa a la ley.

Permitir a una persona cualquiera sustentar válidamente su interpretación personal contradiría estos postulados del orden legal y subordinaría la objetividad a la subjetividad; el proceso judicial a la opinión individual, y los magistrados a los legos. Citó varios fallos en que se ha rechazado la defensa de haber obrado según los consejos del letrado (*advice of counsel*), ya que aceptar tal defensa "implicaría elevar al abogado sobre la ley".

2.— La ley penal representa una ética objetiva que a veces puede chocar con las convicciones individuales acerca de lo justo. Es cierto que la moderna ley penal tiene una tendencia de admitir la extrema tentación o la motivación altruista como atenuantes. Pero nótese bien que la consecuencia en tales casos es una atenuación de la pena y nunca la inculpabilidad. Los valores morales representados en la ley penal pueden defenderse haciendo hincapié en que derivan de una larga experiencia histórica y han sido sancionados después de una amplia discusión en la que han intervenido técnicos y legos. Por razones de eficiencia la ley penal suele restringirse a la descripción de una conducta notoriamente inmoral y rechazada por círculos amplios. La *mens rea* implica más bien una valoración objetiva que subjetiva y la responsabilidad penal se basa en la comisión del estuero objetivo, haciéndose caso omiso de la motivación y las convicciones perso-

nales del autor. Tal proceder quizás no configure una justicia perfecta, pero la ética de un orden legal tiene que ser objetiva.

Así:

1. — el hecho de que el principio de la legalidad implique la doctrina de la *ignorantia juris*, y el que

2. — Esta doctrina sea necesaria para mantener la moral objetiva, pueden resumirse en una sola fundamentación: Los valores legalmente expresados no deben ignorarse ni contradecirse.

El problema en la doctrina y jurisprudencia alemana. Fallo señero del Tribunal Federal Alemán (BGH), fecha 18/3/52.

El fallo señero del Alto Tribunal Alemán tuvo como materia el siguiente hecho concreto:

El acusado, un abogado, se había encargado de la defensa de la señora W. en un asunto penal, cuyas tramitaciones orales se calculaban proyectarse sobre varios días. En el primer día de las actuaciones, el abogado compareció debidamente, exigiendo, empero, a su patrocinada, al levantarse el tribunal, el pago inmediato de cincuenta marcos, bajo amenaza de retirarle sus servicios profesionales. Accedió finalmente a postergar el cobro hasta la mañana del día siguiente, ocasión en la cual, a más de recibir el importe, hizo firmar a la señora W. un documento, en que ella se obligaba a abonarle quinientos marcos más en concepto de honorarios, esgrimiendo siempre la misma amenaza de interrumpir la defensa de su patrocinada.

Acusado el abogado de "violencia moral" (*Nötigung*), Código Penal Alemán, art. 240, fue condenado en 1ª instancia por haber cometido dos veces el delito mencionado, descrito por el código como: "la coerción que se ejerce sobre otra persona mediante violencia o amenazas de un mal sensible, para que ella cometa una acción, la padezca u omita".

Frente a su defensa de haberse creído proceder con derecho, replican los juzgadores que se trataría, en todo caso, de un error de derecho penal, referido a la valoración de hechos abarcados por el *Furthestand* del delito en cuestión; hechos como tales ejecutados con pleno conocimiento por parte del acusado. Por ello esta defensa no podrá prosperar por ser tal error inexcusable.

Elevado el asunto al Tribunal Federal (BGH), éste se aboca al estudio de las dos siguientes cuestiones:

1) En el caso del art. 240, C. P. alemán, ¿es menester para la configuración de la culpabilidad, a más del conocimiento de los hechos descritos por el art. 240 II, también la ignorancia de la antijuricidad de la acción?

2) En caso afirmativo: ¿puede tal ignorancia deberse a negligencia?

El fallo —absolutorio— establece:

En el caso del art. 240, el autor debe conocer los elementos descritos por la figura del artículo, elementos entre los cuales no se encuentra la antijuricidad, y debe, además, ser consciente, o poder tener tal conciencia prestando la debida atención, de proceder antijurídicamente al cometer la violencia moral.

Como dice WAZARA en su nota al fallo: "La trascendencia de este fallo difícilmente podrá subestimarse". Opina que frente al mismo pueden su relieve aun los grandes fallos del RG, inclusive el que se refiere al estado de necesidad supralegal (RGSt 61, 242 f.). Daría el toque final a un largo proceso e iluminaría un nuevo sector en la historia de la lucha del hombre en pro de una más perfecta intuición de las leyes fundamentales del mundo ético.

Al comentar este mismo fallo, en su monografía *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen* (Ed. Walter de Gruyter & Co., Berlin 1955), HANS-GÜNTER WAZARA destaca que el antiguo *Reichsgericht* —que no admitía el error de derecho (penal)— partía en materia de error de los conceptos *error de hecho* y *error de derecho* (*Tatsachenirrtum-Rechtsirrtum*). En caso del error *tunis* diferenciaba, no obstante, entre error de derecho penal y error de derecho extrapenal, asimilando a este último el error de hecho. La consecuencia del error sobre derecho extrapenal fué, pues, la inculpabilidad por falta de dolo. La equiparación "error de derecho extrapenal - error de hecho" encontró un campo especialmente frecuente de aplicación con respecto a las leyes penales en blanco. El RG trataba al contenido —el *Tatbestand*— de tales leyes, proveído por fuentes jurídicas no penales, como extrapenal. El error, pues, que recaía sobre ese *Tatbestand* sería error de derecho extrapenal, y, en su caso, causal de inculpabilidad. Tal planteo fué objeto de violentísimos ataques por parte de la doctrina. Es muy interesante el análisis de WAZARA (op. cit.) del carácter de las llamadas leyes penales en blanco /en al.: *Blankettstrafgesetze*. Terminología de EISENACH (Handbuch I, 179), con referencia a obras anteriores). Sobre el desarrollo histórico, véase NEUMANN, *Das Blankettstrafgesetz*, pág. 7 y ss. Según la definición del citado autor, las leyes penales en blanco serían "las, cuya sanción se remite a circunstancias subsumidas total o parcialmente en la tipicidad proveída por otras fuentes jurídicas", *Blankettstrafgesetze sind solche Strafgesetze, die ihre Strafdrohung auf ein ganz oder teilweise durch andere Rechtsquellen tatbeständlich umschriebenes Verhalten beziehen.* (Hans-Günter Wazara, op. cit., p. 5).

Como sabemos, una norma penal consta de dos partes esenciales: la amenaza de la pena y el *Tatbestand* o conducta típica, cuya realización desencadena la sanción. La doctrina moderna está conteste en el sentido de que ninguno de los dos elementos de la norma penal puede existir independientemente. Porque es ciertamente un sin sentido amenazar con sanción una conducta que no se sabe en qué consiste, o, como dice Bismarck (*Normen* I, 162), tal amenaza sería "un cuerpo extraviado en busca de su alma". Una prohibición sola tampoco configuraría una norma penal sin su correspondiente sanción (que por otra parte, y siguiendo a Kelsen, ni siquiera sería una norma jurídica). Una ley penal en blanco es, pues, una auténtica norma penal y sería absurdo intentar conferir a una parte esencial de ella un status no penal.

Pero la interpretación que el RG hacía de las leyes penales en blanco tenía sin embargo su muy importante razón de ser. Fue, como en seguida veremos, una consecuencia del planteo equivocado de toda su doctrina del error, que —al no mediar dicha interpretación del *Tatbestand* de la ley penal en blanco— hubiera podido a menudo llevar a injusticias palpables.

Volvamos un momento a considerar la *ratio* del adagio *error iuris neminem excusat*. O bien se argumenta, en el planteo clásico, que el derecho se presume conocido por todo el mundo, o bien se hace hincapié en que el derecho penal castiga hechos acerca de cuya inmoralidad y consiguiente prohibición ni siquiera la psique más rudimentaria, pero normal, puede válidamente albergar dudas. El error de prohibición sería, pues, inconcebible y en los pocos casos que realmente pueda darse sería inadmisible por razones de necesidad social de defender la moralidad objetiva.

Pero, ¿se da realmente esta autoevidencia de lo prohibido penal?

Los jugadores del Tribunal Federal Alemán que se apartan de la doctrina del RG creen que no. Dicen textualmente: "... la opinión de que el error de prohibición fuera inconcebible habrá tenido alguna fundamentación en los tiempos políticos y socialmente nivelados de la segunda mitad del siglo XIX, pero en épocas como la nuestra, la estructura de la vida social y estatal es comovida desde sus mismísimos cimientos, cuando no busca formas totalmente nuevas. En tales momentos sucede a menudo que los valores directrices son empañados por la vivencia de la transitoriedad de las instituciones que en ellos se apoyan y por las fuerzas que luchan por el poder. Lo justo y lo injusto han perdido su autoevidencia".

También Welzel, en su nota al fallo, recalca que la moderna doctrina del error nos lleva a través del análisis de los elementos subjetivos de la imputabilidad a la vieja conclusión iusnaturalista de que el error acerca de la prohibición del hecho exclu-

yo la sanción total o parcialmente, según que se trate de error excusable o no excusable, retomando el BGH, así, la senda de una época de transición, en muchos aspectos similar a la nuestra— la época que configuraba el paso del otoño de la Edad Media al despuntar de la Edad Moderna.

Pues bien, quítrase o no, el propio RG tampoco pudo hacerse insensible a la inseguridad valorativa reinante en nuestro mundo moderno. De ahí sus tentativas de diferenciación entre el derecho penal y el derecho extrapenal y la forzada ubicación del *Tatbestand* de las leyes penales en blanco en el derecho no penal. Porque precisamente las prohibiciones de las leyes penales en blanco descansan en gran parte no sobre concepciones éticas generales, sino sobre conceptos de utilidad social y aun simplemente estatal. El número de estas leyes penales "complementarias", incluidas en esta categoría también las leyes impositivas y financieras, a más del reciente derecho penal económico, ya ha sobrepasado desde hace tiempo la cantidad de las auténticas leyes criminales. Ofrecen, por lo tanto, un amplio campo a la posibilidad del error de prohibición excusable.

Si bien los fallos del RG por lo común han llevado a soluciones satisfactorias, cosa reconocida aun por sus adversarios, ello se debe más bien a la imposibilidad lógica de diferenciar entre error de derecho penal y error de derecho extrapenal que a posibilidad de llegar a decisiones según el sentimiento de la justicia del jurador y fundamentarlas luego con la naturaleza penal o extrapenal, según que si dicho sentimiento de justicia dictaba la absolución, o, por el contrario, la rechazaba. Por otra parte, esta caracterización de las normas en penales y extrapenales en casos de error de prohibición, causaba por las razones aducidas no pocas veces la impresión de condicionalidad y abrió una brecha a violentos ataques. Porque es claro que la inexcusabilidad de un error no tiene nada que ver con su origen, y, a la inversa, este origen puede aun menos deducirse de la inexcusabilidad. Precisamente por faltarle la base fáctica, la teoría de la diferenciación tuvo forzosamente que caer en un terreno de grave imprecisión, cosa muy peligrosa, porque la fundamentación, aunque abone un fallo justo por su solución, debe no obstante ser lógica y dialécticamente impecable —en cuanto tal ideal sea alcanzable—, pues de lo contrario aun la decisión judicial más justa puede, por su aparente arbitrariedad, provocar un sentimiento de inseguridad sumamente perjudicial desde el punto de vista sociológico.

La posición doctrinaria del Bundesgerichtshof. — La Teoría del dolo. — La teoría de la culpabilidad.

El fallo comentado del BGH se adhiere "al principio incondicional de todo castigar, o sea que la pena presupone culpa", y

que el autor que ha padecido un error de prohibición excusable, no puede pronunciarse culpable, ni ser castigado.

Siguiendo ahora a Heinz-Günter Waack (op. cit.), repetiríamos que el RG diferenciaba entre *error de hecho* (*Tatsache*) y *error de derecho* (penal y extrapenal). Con el fallo de BGH se abre camino una nueva doctrina del error que se basa en el binomio: *error de Tatbestand* - *error de prohibición*.

El BGH los caracteriza así:

Error de prohibición: error acerca de la antijuricidad. El autor sabe lo que hace, pero presume equivocadamente que la acción está permitida.

Error de Tatbestand: también en este caso el autor reputa que su acción está permitida, empero por no saber lo que hace. Su voluntad no está dirigida hacia la realización de la acción típica. Puesto que le falta la intención de cometer el acto, no puede ser castigado por realizar la acción típica antijurídica.

El BGH, pues, ha adoptado la posición, siempre más y más abonada por la doctrina moderna de que no se trata de diferenciar el error acerca de los hechos del error sobre normas jurídicas, sino separar el error sobre los elementos de la tipicidad del error acerca de la prohibición del proceder descrito por la tipicidad.

En la doctrina había —y sigue habiendo— controversias sólo acerca de la significación de esa separación, o sea si el error de prohibición debe tratarse de igual manera que el error de tipicidad, o si el primero arroja consecuencias jurídicas distintas.

Estas corrientes han cuajado en dos teorías, denominadas por WELZEL: 1. *Vorsatztheorie*, teoría del dolo (o de la intencionalidad). 2. *Schuldtheorie*, teoría de la culpabilidad, terminología que ha encontrado amplia aceptación.

La teoría del dolo (*Vorsatz*): ve en el conocimiento de la prohibición —también llamado "conciencia de la antijuricidad" (*Unrechtfertigbarkeit*)— una condición del dolo. Presume, pues, tanto en el caso del error de prohibición como en el de tipicidad (*Tatbestand*) una exclusión, una invalidación del dolo. Hace, empero, una excepción en el caso del error de prohibición debido a la "hostilidad hacia el derecho" (*Rechtsfeindschaft*), concepto sobre el cual volveremos. En este último caso se trataría, según sustenta la mayoría de los partidarios de la teoría del dolo, de un hecho punible, "igual que" en el caso del actuar doloso.

La teoría de la culpabilidad: trata de la antijuridicidad no como un elemento independiente de la culpabilidad. Desde el punto de vista de esta teoría, el error de prohibición, en oposición al error de *Tatbestand*, deja el dolo intacto. Elimina en cambio, cuando es inexcusable, la culpa, formando en el caso de la

evitabilidad un atenuante con respecto a la pena, en la medida de la mayor o menor negligencia del autor.

Es ésta también la teoría seguida por el fallo del BGH.

Los autores que siguen a esta teoría son: BOCKELMANN, BUSCH, GRAF ZU DORNA, HARTUNG, HEITZER, LANGE, MAURACH, NESE, SCHAFFERTIN, ER, SCHMIDT, SCHWARZ, WELZEL, VON WERRER, WEIZ, y ciertos fallos de diversos tribunales alemanes, anteriores al fallo del BGH.

Los que se adhieren a la teoría del dolo son principalmente: LANG-HERRICHSEN, MEZGER, SAUER, SCHÖNKE, SCHÖNIGER.

En cuanto a las obras de todos estos autores, véase Heinz-Günter WARD, *op. cit.*, p. 2, nota 4.

Pero precisemos más estos conceptos:

La teoría del dolo (o de la intención, *Vorsatz*): equivoca el conocimiento de la antijuricidad al conocimiento de los hechos encerrados en el delito-tipo, integrando ambos la intención (el dolo) sobre el mismo pie de igualdad.

La teoría de la culpabilidad: deja en pie la intencionalidad. El conocimiento de la antijuricidad o la posibilidad de tal conocimiento es con respecto a la intención un elemento independiente y pertenece a la esfera de la culpabilidad.

Expone WELZEL en su nota: La investigación de las reglas del ámbito de la culpabilidad ha llevado a la conclusión de que la culpa no consiste en una relación psíquica del autor con respecto al logro de una finalidad dada, sino constituye la reprochabilidad de la formación de la voluntad antijurídica. Es la responsabilidad lo que configura la esencia de la culpa. . . De ahí que sea equivocado definir la culpabilidad como un estado anímico de tal o cual índole. Las situaciones o procesos anímicos son puros estados fácticos (*facts*), y por más que los analicemos —encontrándonos en la esfera de la psicología descriptiva— no llegaremos jamás a concretización alguna de la culpabilidad. (Cita de BERNIG, *Ünschuld, Schuld und Schuldstufen*, 1910, p. 6).

Intención (o dolo) —*Vorsatz*— en el sentido técnico real es sólo la realización intencional del delito-tipo (*Tatbestand*), o sea la voluntad consciente de dar cuerpo al *Tatbestand*. La conciencia de la prohibición del hecho no configura ningún elemento de aquella intención con respecto a la realización del *Tatbestand*, sino es un elemento de la reprochabilidad de tal intención. Según la medida en que el autor conocía la prohibición del hecho, o pudo haberla conocido, le es reprochable la intención. Y no le es reprochable, cuando no pudo conocer la prohibición y no mediaba negligencia inexcusable.

La teoría del dolo: hace caso amiso de la diferencia entre el error de hecho y el de prohibición. O por lo menos tal es lo que

ella parece proclamar. Pero así se ve obligada —siempre y cuando quiera llevar a cabo la equiparación de ambos tipos de error— a exigir al autor un desconocimiento actual de la antijuricidad en el momento mismo de cometer el hecho. Pero:

a) Tal exigencia llevará, tratándose de hechos cometidos bajo los dictados de una pasión súbita, ira, impulso sexual o lo que fuere, a: o bien una ficción de intención o a absoluciones totalmente injustificadas.

Además:

b) los hechos cometidos con error de prohibición culposos podrán castigarse tan sólo cuando la figura prevé un castigo para la realización culposa del hecho descrito por la figura.

Para no abrir en estos casos brechas de escape intolerables desde el punto de vista de la política criminal, la teoría del dolo se vio obligada a acuñar los conceptos auxiliares de:

1. CEGUERA JURÍDICA O HOSTILIDAD HACIA EL DERECHO (*Rechtsblindheit* y *Rechtsfeindschaft*), y

2. El de NEGLIGENCIA JURÍDICA (*Rechtsfahrissigkeit*).

La negligencia jurídica: cubriría los casos de los delitos sólo punibles en caso de dolo, los cuales quedaban, según vimos más arriba, enervados tratándose de error culposo de prohibición, precisamente por equiparar la teoría de la intención al error de hecho y el de prohibición.

Rechtsfeindschaft: cuya traducción exacta del alemán es "hostilidad hacia el derecho" —proponiendo nosotros, *breccatatis cause*, la palabra *nóstorosata* (del griego *nomos* = ley, derecho y *foibó* = odio) — es una palabra acuñada por Maxson (*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, p. 43 y ss.) y reemplaza a *Rechtsblindheit* - ceguera jurídica (*Probleme der Strafrechtsrenewerung*, p. 183 y ss.).

La *nomofobia* (o *ceguera jurídica*) encierra un concepto de gran interés práctico dentro de la teoría del dolo. En el caso de delincuentes habituales o autores de delitos de lesa humanidad —persecución de judíos, fusilamiento sin juicio previo de desertores, crímenes eutanásicos, genocidio, etc.—, que fueron sometidos a juicio en gran número después del derrumbe del Tercer Reich, amén de los que deberán ser juzgados al caer otros totalitarismos igualmente virulentos— escaparían a toda sanción, si la teoría de la intención se aplicara consecuentemente. Al no ser el

derecho, y siempre suponiendo que no se trate de personas con el mecanismo psíquico patológicamente viciado, los autores de tales delitos carecerían de "intención" y no podrán ser castigados. A ello se agrega que justamente los criminales de guerra, como lo abona la experiencia alemana, suelen con especial frecuencia apelar a causales de justificación o inculpabilidad. Una teoría que distinga limpiamente entre "culpabilidad" y "dolo" (o intención), no tendrá, por el contrario, dificultades especiales en estos casos.

Al establecer, pues, la teoría de la intención estas excepciones —*nonsofobia* y *negligencia jurídica*— reconoce implícitamente la debilidad de su construcción y se ve, además, frente a: c) una dificultad práctica, pues tales categorías difícilmente podrán introducirse por vía pretoriana, sino necesitarán de sanción legislativa, cosa que los propios creadores de la teoría reconocen.

La teoría de la culpabilidad, en cambio, no se ve afectada por ninguno de estos inconvenientes.

Tenemos, pues, como señala WELZEL (nota citada) que la teoría del dolo premiaría a los indiferentes y a los inescrupulosos, en suma, a todos los que no se hacen problemas respecto a la prohibición o no prohibición jurídica de sus hechos intencionalmente realizados.

Resumiendo dice WELZEL (nota citada):

"Por todo ello, sólo la teoría de la culpabilidad hará plena justicia al problema de la responsabilidad. Le impone al autor que procede con pleno conocimiento del Tatbestand, la responsabilidad por la juricidad de su decisión, haciéndolo responsable por el entuerto que cometa, en la medida en que hubiera debido conocer la antijuricidad de su acción.

"La teoría de la culpabilidad no es por lo tanto una teoría en el sentido propio del concepto, sino más bien un molde para darle una forma comprensible a lo que la propia naturaleza de la responsabilidad encierra. En este sentido es efectivamente una "verdad eterna", una regla fundamental del mundo ético".

La posición de JEROME HALL.

Sólo quisiéramos agregar que en el derecho anglosajón, JEROME HALL (op. cit., pp. 43 y 44), adopta con respecto al mismo fallo una posición sumamente cautelosa. Cree en primer término que la regla *error juris nocet* podrá sufrir excepciones sólo en un número muy limitado de casos al tratarse de ciertas contravenciones, y sostiene que la sencilla moralidad protegida por las normas penales de alguna envergadura es perfectamente intuíble para cualquier adulto normal. Afirma que el abandono de la doctrina de la inexcusabilidad del error de derecho implicaría un grave peligro para la seguridad jurídica. Dice: "Si bien (tal aban-

dono) parecería *prima facie* connotar una mayor preocupación por la dignidad individual y ofrecer una protección mayor, en la realidad nada de esto sucederá. Rebajaría el significado moral del principio de la *mens rea* (comisión voluntaria de un entuerto legalmente prohibido) como fundamentos de la responsabilidad, y, por ende, la misma concepción del hombre como agente moral, o sea influenciado por la moral, quien no tiene por qué conocer además que los entuertos son ilegales. Y como el propósito abandona de la doctrina de la *ignorantia juris* implica un consiguiente abandono del principio de la legalidad (*rule of law*), lo que restará no va a ser la protección asegurada del individuo, sino autoridad sin límites. Ciertamente, sería muy lindo tener todas las ventajas de la ley penal y, encima, tener que aplicar sus sanciones sólo a los que conocieren la ley. Desgraciadamente, nadie ha mostrado hasta ahora cómo esto puede hacerse en nuestro mundo imperfecto".

Conclusión.

Indudablemente, los peligros indicados por JEROME HALL son bien reales. Pero también son reales los fallos judiciales que frente a las ficciones del *error juris* tienen que buscar paliativos técnicamente muy imperfectos para hacer justicia. La inseguridad puede provenir también de las fundamentaciones lógicamente imperfectas, que pueden y suelen interpretarse como indicio de arbitrariedad judicial. Por lo demás, las ficciones en el terreno jurídico, salvo cuando sean meros instrumentos técnicos auxiliares, suelen a menudo ser exteriorizaciones o de inercia intelectual cuando no directamente de cobardía moral.

En cuanto a la posibilidad moral de intuir los delitos, ello será cierto en cuanto a un núcleo tradicional del derecho penal, pero es indudable que a este núcleo se han ido agregando ramas y ramificaciones que abarcan normas, cuyo tipo muchísimas veces puede ser perfectamente neutral para la moralidad media, pero cuyas sanciones sin embargo de ninguna manera son las correspondientes a meras contravenciones. Tal el caso del llamado "derecho penal económico".

En cuanto a la falta de autoevidencia de muchos delitos en épocas de transición por causa de la rápida mutabilidad de los valores sociales y morales, es por supuesto cuestión de largo alcance que cada cual discutirá desde su posición ideológica, ética o filosófica. Ilánese "sano sentimiento del pueblo alemán", "justicia social", filosofía perennis, "conciencia proletaria", o la que más estuviere en boga. No obstante, desde el punto de vista de una adecuada técnica social en pro de una mejor consecución de

la paz social, será necesario contar también con el índice inflacionario de muchos valores otrora aparentemente eternos e inmutables. Por lo tanto parece que el fallo del Tribunal Federal Alemán aporta muchos elementos fructíferos para una adecuada aplicación de las doctrinas del *error iuris* penal.