

SOBRE EL OBJETO DE LA CONCIENCIA DE LA ANTI JURIDICIDAD: FEUERBACH, BINDING, EL LIBERALISMO Y LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

On the object of the awareness of wrongfulness: Feuerbach, Binding, liberalism and the legal theory of crime

LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ*

Recibido: 10.DIC.2024

Aprobado: 09.ENE.2025

SUMARIO: 1. Introducción: satisfacción de un compromiso autoimpuesto. 2. Exposición del estado de la cuestión y posición personal. 3. Binding vs. Feuerbach: ¿norma o pena? 4. ¿Es Binding un liberal? 5. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN:

En las siguientes páginas se pretende responder a la pregunta acerca de qué debe conocer exactamente un sujeto para poder ser legítimamente castigado descartando el error de prohibición. ¿Es suficiente que conozca que su conducta es inmoral aunque la crea (erróneamente) conforme a Derecho? ¿Basta que la reputa contraria a Derecho aunque desconozca que está penalmente prohibida?

PALABRAS CLAVE: Error de prohibición, Feuerbach, Binding, liberalismo, teoría del delito.

* Universidad Autónoma de Madrid. Correo: leopoldo.puente@uam.es.
Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto “*Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el Siglo XXI*” (PID2022-141610OB), cuyos investigadores principales son Bernardo Feijoo Sánchez y Enrique Peñaranda Ramos, ambos de la Universidad Autónoma de Madrid. Es este un “Proyecto de Generación de Conocimiento” del programa Estatal para impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-23.

ABSTRACT:

This section seeks to answer the question: what must an individual actually know to be legitimately punished, excluding the error of prohibition? Is it sufficient for them to know their conduct is immoral, even if they mistakenly believe it to be lawful? Is it enough that they consider it contrary to the law, even if they are unaware of the criminal prohibition?

KEYWORDS: Mistake of Law, Feuerbach, Binding, liberalism, crime theory.

1. INTRODUCCIÓN: SATISFACCIÓN DE UN COMPROMISO AUTOIMPUESTO

En mi reciente monografía *El error de prohibición en el Derecho penal económico* abordé distintas cuestiones que encontraban acogida en el título de la obra¹. Entre ellas destiné un capítulo a analizar la compleja problemática del objeto del conocimiento en el error de prohibición; es decir, en las atinadas palabras de Felip I Saborit, traté de elucidar “qué se debe ignorar para afirmar que el sujeto no sabía que su comportamiento era ilícito” y poder aplicar, en consecuencia, el error de prohibición². La cuestión, sin embargo, y como ya apunté en dicho trabajo, era lo suficientemente complicada como para merecer un estudio más detallado. Sirvan las siguientes páginas como una suerte de apéndice en el que ofrezco un desarrollo de algunas ideas allí apenas esbozadas y expongo algunas nuevas. Pretendo, así, satisfacer *parcialmente* el compromiso que entonces contraí anunciando un futuro trabajo en esa línea.

En cualquier caso, para que este “apéndice” pueda ser realmente comprendido sin necesidad de acudir a la mencionada monografía, ofreceré en el siguiente epígrafe una breve exposición de lo allí señalado. Quedará así expedito el camino para la cuestión verdaderamente novedosa de este trabajo que no es más, en el fondo, que reivindicar la figura de Feuerbach frente a la de Binding y apuntalar una defensa de la concepción liberal (*feuerbachiana*) del error de prohibición frente a la visión fuertemente autoritaria del derecho penal presente en Binding. Procuraré ofrecer así, indirectamente, *algunos* argumentos que *podrían* tener algún valor en una de las discusiones de metodología penal más importante de nuestro tiempo: ¿desde dónde debe construirse la teoría jurídica del delito? ¿Desde la pena o desde la norma?

1 PUENTE RODRÍGUEZ (2024).

2 FELIP I SABORIT (2000, 109).

2. EXPOSICIÓN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y POSICIÓN PERSONAL

Cuando nos interrogamos acerca del objeto de la conciencia de la ilicitud lo que hacemos es tratar de determinar qué debe saber un sujeto concreto para afirmar que “conocía el Derecho” y que, por tanto, cabe descartar el error de prohibición y castigarle legítimamente (salvo que concurra alguna otra circunstancia que lo impida). Hay consenso en que no se debe castigar a quien desconoce la ilicitud de su hecho. No lo hay, en cambio, y es objeto de profunda controversia, en lo relativo a qué significa *exactamente* desconocer la ilicitud del hecho.

Un punto de partida básico y de difícil refutación es que ni el Código Penal peruano, ni el español, ni el alemán imponen una solución concreta³. Mientras que los dos primeros hablan en sus respectivos artículos 14 de conocer “la ilicitud del hecho”, el tercero se refiere en su párrafo 17 a la “conciencia de obrar de modo injusto” (“*die Einsicht, Unrecht zu tun*”).

¿Implica ello que quien sabe que su conducta es socialmente lesiva, aunque la crea conforme a Derecho, opera con “conciencia de la ilicitud”? ¿Es suficiente conocer que la conducta es contraria a Derecho mercantil o tributario para afirmar que el sujeto obra con esa misma conciencia, aunque desconozca que su conducta está penalmente proscrita? Los preceptos penales en liza no ofrecen una respuesta categórica a estas preguntas y es por ello preciso profundizar en las razones que harán más adecuado decantarse por una de las distintas posibilidades.

Además, como tantas otras veces, los problemas se encuentran en este ámbito entrelazados, de manera que la respuesta que demos a esta pregunta incidirá, entre otras cosas, en cómo se mida la vencibilidad del error. Si basta con conocer una genérica contrariedad a Derecho, será ese preciso desconocimiento el que habrá que reputar vencible o invencible y, en consecuencia, por muy ampliamente que se entienda la invencibilidad, pocas veces será apreciada, pues será “razonablemente sencillo”, en principio y no sin matices, acceder a ese conocimiento. En cambio, es posible que una visión más cicatera de la invencibilidad conduzca a una mayor lenidad de las penas si aquello que debe ser vencido es, por el contrario, el desconocimiento del Derecho penal, quizás más difícilmente comprensible en algunos casos en los que la genérica contrariedad a Derecho pueda ser, incluso, evidente.

3 Vid., sobre la amplitud en general del precepto alemán, NEUMANN (2017, 851); CASTILLO ARA (2019, 27). Y específicamente en lo relativo al objeto del conocimiento de la ilicitud, VELTEN (2002, 92); MATEJKO (2008, 151). Vid., sobre la cuestión en España, entre otros muchos, FELIP I SABORIT (2000, 129); ARIAS EIBE (2007, 135). Y algo más matizadamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2018, 128).

A estos efectos cabe señalar que para responder a la pregunta que ocupa estas páginas tradicionalmente la doctrina ha distinguido más o menos cuatro posibilidades distintas. Por un lado, aunque esta posición no disfruta ya apenas de apoyo, se ha defendido que la conciencia de la contrariedad a la moral o de la lesividad social del comportamiento podría ser suficiente para legitimar el castigo⁴. Dicha posibilidad es rechazada hoy (de modo quizás demasiado contundente) bajo el argumento de que la pretendida cesura entre moral y Derecho hace que el conocimiento de que una conducta contravenga la primera resulta de poca importancia para el segundo, que decide por sus propias razones considerar lícitas o ilícitas las conductas⁵. Son estas últimas, se suele decir, las que debería conocer el sujeto para poder ser legítimamente castigado.

Esta es, precisamente, la segunda posición doctrinal que merece ser destacada: para ser castigado no basta con conocer que la conducta es socialmente lesiva, pero sí con ser consciente de que esta contraviene el ordenamiento jurídico en cualquiera de sus manifestaciones (civil, administrativa, penal, etc.). Suele decirse que esta es la postura doctrinalmente mayoritaria, lo que seguramente es discutible⁶. Lo que no lo es, al menos en España, es que esta es la posición que indudablemente ha asumido la jurisprudencia⁷. El punto fuerte de esta concepción lo constituyen las críticas que dirige frente a aquel entendimiento que ve lo decisivo en la contrariedad a moral. Su principal punto débil, por su parte, seguramente resida en su incapacidad para explicar convincentemente por qué, si el Derecho penal presenta una serie de rasgos distintivos de singular importancia y de distinta naturaleza (por ejemplo, la especial importancia de las normas penales o de las consecuencias de su infracción), el conocimiento de estos por parte del autor resulta prescindible para imponer un castigo legítimo. En definitiva, en no responder a por qué es mejor detenerse aquí y no dar “un paso más”⁸.

4 Vid., ampliamente, KAUFMANN (1985). Para una exposición ordenada de su planteamiento en este punto, vid. PUENTE RODRÍGUEZ (2024, 197-200).

5 Vid., en esta línea y entre otros, NIETO MARTÍN (1999, 73, 83-85); FAKHOURI GÓMEZ (2009, 223); RODENBECK (2012, 66); NEUMANN (2017, 851); REN-ZIKOWSKI (2017, 185-186); KARAMI (2019, 71 y ss.).

6 Vid., críticamente, PUENTE RODRÍGUEZ (2024, 200-201).

7 Vid., entre muchas otras, las SSTs 58/2023, de 6 de febrero; 930/2022, de 30 de noviembre; 944/2022, de 12 de noviembre; y 890/2022, de 11 de noviembre.

8 Muy gráfico en este sentido es DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2018, 128) cuando señala que “[l]a evolución del tratamiento del error de prohibición en Derecho penal desde el *error iuris nocet* hasta la actualidad es precisamente la historia del menor o mayor reconocimiento de un ámbito de libertad (de menor exigencia) al ciudadano y su sentido (con algunos vaivenes), que parece lógico (dado el desarrollo social y normativo), es el de ampliar esa esfera de libertad del ciudadano. Por eso, no parece en absoluto descabellada la idea de dar un paso más”. Aunque, en

Antes de exponer la más radical de estas opciones (aquella que ve en el conocimiento de la ilicitud específicamente penal un elemento esencial para que el castigo sea legítimo), conviene que nos detengamos siquiera brevemente en algunas de las posibles "vías intermedias" que han sido expuestas por algunos brillantes penalistas. Señaladamente, Neumann y Nieto Martín han propuesto, por ejemplo, fijar el umbral de lo que debe conocer el sujeto para ser lícitamente punido en la "sancionabilidad jurídica" de su conducta⁹. Para ellos, la diferencia esencial entre lo que el sujeto debe conocer y lo que no para ser debidamente castigado no es la de jurídico/antijurídico, sino la de sancionable/no sancionable. Esa sería la distinción clave, pues la primera no tendría por qué desempeñar un papel decisivo en la motivabilidad del autor. Así, para ser legítimamente castigado no bastaría con saber que la conducta contraviene cualquier sector del ordenamiento, sino que sería necesario conocer que el ordenamiento le asigna una sanción a dicha conducta.

Por otro lado, autores como Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Olaizola Nogales, Torres Cadavid, Ferré Olivé o, de manera bastante más restringida, Martínez-Buján Pérez, han entendido, con matices de los que ahora podemos prescindir, que aunque la clave para afirmar la culpabilidad de un sujeto reside en que este sepa que su conducta contradice, en general, el Derecho, en algunas ocasiones el desconocimiento de la ilicitud específicamente penal podría afectar de algún modo a la motivabilidad del autor, que ameritaría una atenuación de la pena (en aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7^a CP español)¹⁰.

Por su parte, de singular originalidad es el aislado planteamiento de Fakhouri Gómez que, analizando el CP español de un modo (añado yo) que sería perfectamente extrapolable al peruano, entiende que aún hoy es posible defender la idea del *dolus malus* que ella misma patrocina¹¹. Así, en el precepto que tradicionalmente reservamos para el error de tipo cabrían, en realidad, tanto el error de tipo como el de prohibición (¿qué hecho más constitutivo de la infracción penal hay que el que el propio legislador haya tipificado la conducta en cuestión?). El precepto que tradicionalmente reservamos para el error de prohibición, por su lado, representaría una regla de determinación de la pena por razones de culpabilidad (concretamente: por desconocer la ilicitud propiamente penal) para conductas dolosas¹².

su caso, ese "paso más" no es, como se aprecia en este trabajo, el mismo que yo ofrezco.

9 NIETO MARTÍN (1999, 101-103); NEUMANN (2017, 855 y ss.).

10 LUZÓN PEÑA (2011, 54-55; 2016, 262); OLAIZOLA NOGALES (2007, 65); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2008, 163; 2024, 221 y 227); TORRES CADAVID (2019, 178); FERRÉ OLIVÉ (2018, 278); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2017, 63-64 y 77-79).

11 FAKHOURI GÓMEZ (2009, 471).

12 FAKHOURI GÓMEZ (2009, 472-476).

La cuarta posición (y la más radical de ellas) es aquella que entiende que solo podrá castigarse lícitamente a un sujeto cuando este supiera que su conducta fuera específicamente contraria al Derecho penal. Aunque suele indicarse que esta es una postura doctrinalmente minoritaria, no está claro que lo sea entre quienes se han ocupado monográficamente del tema. Lo que agrupa a los autores a los que a continuación me referiré no es más que la conclusión que alcanzan, pues para llegar a ella varían en gran medida los caminos recorridos. Por un lado, hay un grupo de autores, encabezados en España por Bacigalupo Zapater, que entienden que la exigencia de que sea la ilicitud penal lo que el sujeto deba conocer es algo que deriva de la propia teoría de la pena¹³. La idea, sintetizada ahora, sería que si la finalidad de la pena es, en alguna medida, intimidatoria, el desconocimiento de la pena aboca a su propia inutilidad y redundancia en la falta de sentido de su imposición en el caso concreto. Si la pena pretende intimidar, debe ser conocida para hacerlo. Imponerla cuando fue desconocida supondría aplicar una pena sin finalidad, ni justificación. A una conclusión parecida, aunque por un camino algo distinto, ha llegado también Greco en Alemania¹⁴.

Por otro lado, otro conjunto de autores, entre los que destaca Felip I Saborit por la detallada exposición de su planteamiento, pero que tiene precedentes ya en Mir Puig y Silva Sánchez, entiende que lo que ha de exigirse para castigar justamente a un sujeto es la ilicitud propiamente penal, pero no por nada que tenga directamente que ver con la pena, sino por las características mismas de la norma penal, que identifica qué conductas son especialmente disvaliosas¹⁵. Desconocer la norma penal implicaría ignorar el propio y decisivo disvalor de la conducta, que es lo que debería haber desempeñado un importante papel en la decisión del sujeto.

Por último, entiende Rusconi que existe una estrecha ligazón entre el principio de legalidad y el de culpabilidad, de manera que lo que se encuentra amparado por el primero (y, obviamente, la prohibición penal de la conducta lo está) es un objeto que puede ser valorado en el juicio de culpabilidad del sujeto¹⁶. La idea tiene un trasfondo poderoso. Si el principio de legalidad obliga a que determinadas cuestiones puedan ser conocidas por el ciudadano, parece que es, al menos en parte, porque conocerlas puede ser un factor a valorar por él mismo en sus propias decisiones.

13 Vid., en ese sentido, BACIGALUPO ZAPATER (1978, 33; 1983, 169 y ss.; 1997, 307 y ss.). Se adscribe a su planteamiento, aunque con algunos matices, MORENO-TORRES HERRERA (2004, 101-104).

14 GRECO (2015, 396).

15 FELIP I SABORIT (2000, 127); SILVA SÁNCHEZ (1987, 648, n. 3); MIR PUIG (2016, 571-572). En el contexto alemán cabe destacar (aunque no es, desde luego, el único en sostener algo similar), en este punto, la postura de SCHROEDER (2003, 197).

16 RUSCONI (2013, 40).

En lo que a mí respecta, y para que las siguientes páginas puedan ser entendidas en sus justos términos, he defendido que la razón asiste a los defensores de la última posición; esto es, a aquellos que defienden que lo que el sujeto debe saber para poder ser castigado es que su conducta está penalmente prohibida. Y, más concretamente, considero que el camino más fructífero para justificar tal entendimiento se relaciona con la propia pena y no tanto con la “naturaleza” del injusto penal o el principio de legalidad (aunque estos dos planteamientos pueden ofrecer también ideas muy valiosas).

Conviene, antes de fundamentar muy escuetamente mi propia posición, salir del paso de algunas objeciones que se han dirigido a planteamientos de esta clase y lo haré de la mano de Felip I Saborit, pues ya lo ha hecho él antes de modo difícilmente mejorable.

En primer lugar, como ya hemos señalado, no hay problema de legalidad alguno, pues el art. 14 CP español (y, de igual modo, en el del peruano) es lo suficientemente flexible como para no prejuzgar ni estas, ni otras cuestiones¹⁷. En segundo lugar, frente a la objeción de que un planteamiento así podría privilegiar indebidamente al “delincuente frívolo”, explica el autor citado de modo cristalino que “[n]o veo por qué debe verse beneficiado quien, por desidia o indiferencia, ha mantenido al Derecho completamente al margen de su actuación frente a quien, dispuesto a respetar sus líneas esenciales, no puede, invenciblemente, introducir el carácter penal de la prohibición en su toma de decisiones. Al requerir un conocimiento del carácter penal de la norma no se trataría de premiar al cínico o al indiferente hacia el Derecho, sino de ofrecer mayor margen de maniobra al ciudadano preocupado por obtener orientación en un ordenamiento jurídico cada vez más complejo y devolver a las instancias pertinentes —los asesores legales, el legislador, los órganos judiciales— parte de los costes de la confusión”¹⁸. En tercer y último lugar, se debe destacar que, en la práctica, las consecuencias de un planteamiento como este no serían realmente dramáticas¹⁹. Y ello porque resultan pocos los casos imaginables en que alguien pueda ser consciente de que su conducta es genéricamente contraria a Derecho, pero desconozca su ilicitud propiamente penal sin incurrir en un “error burdo” que no deba merecer consideración alguna²⁰. Al fin y al cabo, las distintas

17 FELIP I SABORIT (2000, 129). Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2018, 128) considera de modo similar que “[e]n el art. 14.3 CP español no existe un obstáculo absoluto para interpretar ‘ilicitud’ como ‘ilicitud penal’, si bien parece más plausible la interpretación de que se refiere a la ‘ilicitud general’, pues, si no, seguramente se habría elegido una redacción más precisa”.

18 FELIP I SABORIT (2000, 128). Cfr., sin embargo, OLAIZOLA NOGALES (2007, 63).

19 FELIP I SABORIT (2000, 123).

20 Vid., sobre el tratamiento jurídico que cabe dispensar a los “errores burdos”, PUENTE RODRÍ-

concepciones expuestas (ilicitud moral, jurídica, sancionadora y penal) pueden verse como distintos peldaños de una misma escalera. Con independencia de cuál consideremos que es el decisivo para afirmar que se conoce la “ilicitud de la conducta”, lo cierto es que saber que uno se encuentra en un peldaño anterior será un muy poderoso indicio de la proximidad con ese último y definitivo nivel.

Una vez aclarado el panorama, enumero brevemente las tres razones por las que me sumo al planteamiento señalado. En primer lugar, creo que la pena en sí misma debe desempeñar un papel esencial aquí. La pena no es un mero apéndice de la norma penal, una simple consecuencia colateral derivada de la comisión de un delito. A mi juicio, la pena es una de las dos principales razones (la razón prudencial) que el ordenamiento jurídico le dirige al ciudadano para tratar de incidir en su conducta. Aunque el ordenamiento aspira legítimamente a convencer al destinatario de la norma de su seguimiento por su propio contenido o por su proceso de elaboración, un ordenamiento jurídico que respete verdaderamente la discrepancia ética con respecto a sus normas no puede conformarse con ofrecer esa razón moral y debe ofrecer otra, alternativa, para quien no comparta los valores (materiales o procedimentales) que incorpora la norma: la pena²¹. El correlato de que un sujeto pueda discrepar del contenido de una norma es, en un ordenamiento más o menos liberal, que se ofrezca otra razón para el cumplimiento: el castigo²². En manos del

GUEZ (2024, 132-133).

- 21 Precisamente por ello es tan interesante en materia de autoría y participación un planteamiento como el de MARTÍNEZ SANROMÀ (2023, 29, 221-226, 229, 302, 361, 381), que señala que determinadas formas de intervención motivacional en el delito podrían ser punibles precisamente por poner en tela de juicio o bien directamente la norma, o bien el potencial aflictivo de la pena. De modo particularmente claro, llega a sostener que “la oposición a las razones normativas ínsitas a la norma de conducta debe efectuarse a través de las razones contra-normativas que tengan la capacidad de erosionar la doble dimensión de aquella: o bien razones *contra-aflictivas*, o bien razones *contra-expresivas*. Las razones *contra-aflictivas* constituyen *razones prudenciales* capacitadas para ponderar a favor de la comisión delictiva. Básicamente, frente a la *amenaza de pena*, otro tipo de *amenaza* o *recompensa* (...) Por su lado, las razones *contra-expresivas* constituyen *razones morales* capacitadas para desvincular al sujeto (temporal o permanentemente) del marco de valores al que pretende introducirle la norma. En estos casos, el agente corruptor no expone el anuncio de una reacción futura, positiva o negativa. En cambio, la persona de detrás configura un argumentario lo suficientemente pesado como para contravenir la dimensión expresiva de la norma de conducta” (237). Si bien probablemente existan diferencias entre la concepción de la teoría de normas del autor citado y el de estas líneas (y, consecuentemente, en el modo de construir la teoría jurídica del delito), lo cierto es que el planteamiento de exonerar de pena por desconocerla y el de imponer castigo por debilitar su efecto en la motivación del autor del delito parecerían partir de un tronco común: el reconocimiento de la pena en la decisión delictiva. No parecería, a mi juicio, muy adecuado, tomar en cuenta este dato solo para fundamentar nuevas responsabilidades y no hacerlo también para reducirlas o excluirlas en algunos casos.
- 22 En un sentido próximo (e inspirador de mi propio planteamiento), PEÑARANDA RAMOS (2001, 432).

sujeto queda decidir por qué razón se decanta, pero si ello es así, el error acerca de cualquiera de esos extremos debe ser relevante²³. No tendría mucho sentido decirle a un ciudadano que puede cumplir la norma por la razón A o por la razón B, pero que solo le disculparía un error por la primera de ellas.

Un ordenamiento que deposita toda razón legítima para el cumplimiento en sus propias normas es uno que confía demasiado en sí mismo y en su propio acierto moral. Dicho de otro modo: un ordenamiento liberal presupone que el destinatario de sus normas puede oponer frente a los valores morales en los que se sustenta la pretensión estatal de un comportamiento concreto valores igualmente aceptables. Sin embargo, un ordenamiento penal que apelara, sin más, al valor ético de sus normas sería impracticable en una lógica liberal. La pena es una razón *alternativa* que el Estado ofrece al destinatario de la norma.

Frente a la tradicional objeción de que ello supone instrumentalizar al ciudadano cabe oponer que la crítica no puede errar más el tiro, pues es este planteamiento el que reconoce en el ciudadano un agente moral más complejo y sofisticado: no solo le ofrece la posibilidad de seguir la norma por su contenido o proceso de formación, sino también por su propio interés, si para él el contenido de la norma o su proceso de elaboración carecen de valor²⁴. Creo, en definitiva y con Greco, que "el autor tiene derecho a observar el mandato normativo sólo por miedo a la pena o por otros motivos egoístas"²⁵.

La segunda razón por la que creo que lo que un sujeto debe conocer para poder ser legítimamente castigado es la ilicitud penal y no una genérica contrariedad a Derecho es de carácter "dogmático-sistemático" y tiene que ver con la idea de la "divisibilidad de la conciencia del injusto". Tal concepto ha sido perfectamente explicado por Olaizola Nogales al afirmar que "[l]a divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad es consecuencia del principio de la culpabilidad, pues la culpabilidad es siempre culpabilidad por el hecho: solo se puede realizar culpablemente un tipo determinado y no algo antijurídico *in abstracto*. Esto trae como consecuencia que si el sujeto realiza varios tipos puede actuar con pleno conocimiento de la prohibición en relación con una disposición y hallarse, no obstante, en un error de prohibición,

23 Y esto, en cierta medida, parece el reflejo de la sensata idea de la indiferencia que el Estado ha de mostrar por la razón por la que el sujeto cumple las normas (sobre ella JAKOBS, 1993, 382; PEÑARANDA RAMOS, 2001, 431). No es indiferente (frente a lo que debiera) un Estado que deja en manos del sujeto cumplir la norma por varias razones, pero solo le disculpa por errar sobre una de ellas.

24 Vid., en un sentido parecido, BACIGALUPO ZAPATER (1983, 164); RODRÍGUEZ HORCAJO (2016, 238).

25 GRECO (2015, 396).

incluso invencible, respecto de otra”²⁶. Parece difícilmente rebatible que el conocer que una conducta sea delictiva no implica que otra aneja a ella también lo sea. El “problema” es que buena parte de la doctrina ha trasladado estos razonamientos no solo a la relación delito A / delito B, sino también a la de tipo básico / tipo agravado. ¿Cómo puede ser que mientras se rechaza la relevancia sobre el desconocimiento de la ilicitud penal porque el sujeto sabía que la conducta era contraria, en general, a Derecho, se acepte que no se puede castigar legítimamente por el delito agravado a un sujeto que tenía la certeza de que su conducta era ya por sí misma delictiva, pero desconocía la ilicitud del supuesto agravado? Parece que en este punto la doctrina no ha sido plenamente consecuente²⁷. Comparto que el “plus de penalidad” que incorpora el tipo agravado no debería serle impuesto a quien desconoce que puede enfrentarse a él. Lo que, honestamente, no acabo de ver es cómo encajan entre sí en el planteamiento de la doctrina “mayoritaria” la idea de que basta con conocer la ilicitud general de la conducta para ser justamente castigado y la de la divisibilidad de la conciencia del injusto en los términos expuestos.

La tercera razón por la que creo que debería interpretarse que la “ilicitud” a la que se refieren los arts. 14 CP peruano y español es la penal y no otra resulta, a mi juicio, muy poderosa y tiene que ver con la idea de la irretroactividad de determinadas disposiciones. Resulta sorprendente que hoy sea un (justificado) lugar común el que no sea posible aplicar con carácter retroactivo una ley penal desfavorable²⁸ que, por ejemplo, incrementa la respuesta punitiva a una conducta previamente tipificada y que no reparamos en la similitud de fundamento de ello y la de la exigencia de conocer la ilicitud penal para ser legítimamente castigado. ¿Por qué no es posible incrementar la pena con posterioridad a la comisión de la conducta cuando esta era ya delictiva? La explicación más directa parece estar en el reconocimiento de un derecho a la previsibilidad de las *sanciones* penales (y no solo de las *conductas típicas*)²⁹. Si se otorga un derecho a poder prever la sanción parece que ello obedece a que esta puede importar en el proceso de motivación. Es posible, no obstante, tratar de legitimar la prohibición de la aplicación de la ley desfavorable

26 OLAIZOLA NOGALES (2007, 67).

27 Es cierto que la doctrina ha tratado ocasionalmente de ofrecer una solución a esta problemática que pasaría por trazar una división entre los tipos agravados por razones cuantitativas y aquellos que se castigan más severamente en atención a aspectos de corte cualitativo. Solo serían relevantes, a juicio de este sector doctrinal, aquellos errores que recayeran sobre el segundo conjunto. Sin embargo, por razones que no puedo exponer aquí, tales esfuerzos son, a mi juicio, infructuosos. Vid., al respecto, PUENTE RODRÍGUEZ (2024, 222-223).

28 Vid., ampliamente sobre algunas de las razones de ello y destacando el distinto fundamento de la irretroactividad de las normas desfavorables y de la retroactividad de las favorables, MÍNGUEZ ROSIQUE (2024, 294 y ss.).

29 Vid., al respecto, MÍNGUEZ ROSIQUE (2024, 289).

desde una óptica algo distinta. No se trataría de ofrecer previsibilidad al ciudadano, sino de establecer limitaciones al propio poder punitivo, que no podría ser ejercido arbitrariamente. Ahora bien, dicho planteamiento nos llevaría al mismo punto, solo que por un camino algo más largo: ¿por qué se considera necesario contener *esa específica manifestación* del poder punitivo? Y, por otro lado, el hecho de que exista dicha limitación, ¿no puede generar legítimas expectativas en el ciudadano de que no sean transgredidas? Al final, parece que nuestro ordenamiento reconoce por esta vía la relevancia de la “imposibilidad objetiva” de conocer una sanción que aún no ha sido legislativamente consagrada. La pregunta sería: ¿tan absurdo es extenderlo a supuestos de “imposibilidad subjetiva”? Y si todo esto afecta al desconocimiento de la pena concreta, mayores razones habrá aún para trasladarlo al ámbito en el que el sujeto ni siquiera podía conocer que su conducta era delictiva.

A mi juicio, los tres razonamientos expuestos deberían conducir, sin embargo, no solo a defender que es la prohibición *penal* aquella que debe conocer el sujeto, sino a entender que errores tradicionalmente considerados de modo hegemónico por la doctrina como irrelevantes, como el que recae en *algunas* de las manifestaciones de la categoría sistemática de la punibilidad o en la magnitud de la propia pena, deberían tener consecuencias. No es este, empero, el lugar en el que desarrollar estas cuestiones³⁰.

A continuación, pretendo ofrecer un breve epígrafe con el que trataré de discutir, ocasionalmente de la mano de Feuerbach, algunos de los argumentos que uno de los más interesantes penalistas de la historia esgrimió, desde sus especiales premisas metodológicas, frente a una tesis como la aquí defendida. Lo cierto es que la incidencia de Binding, pues no es otro el penalista al que ahora me refiero, en esta discusión ha sido enorme. Lo llamativo se encuentra en que la dureza con la que el alemán se manifestaba en este punto era una consecuencia perfectamente lógica que se desprendía con naturalidad de unos estrictos planteamientos sobre el concepto de norma que, sin embargo, apenas son defendidos en la actualidad. Una duda que me permito ya sembrar es la de si, una vez abandonados sus posicionamientos en lo relativo a la teoría de la norma y su impacto en la construcción de la teoría del delito, tiene en realidad sentido seguir compartiendo, como se hace en muchas ocasiones, sus postulados en lo referente al error de prohibición. Una vez cuestionados los cimientos de una construcción, no parece que sus distintas habitaciones vayan a ser lugares muy seguros.

3. BINDING VS. FEUERBACH: ¿NORMA O PENA?

Binding, por mérito propio, accedió al Olimpo de los penalistas hace tiempo. Sus aportaciones en distintos ámbitos de la teoría jurídica fueron muchas y des-

30 Se pueden encontrar reflexiones a este respecto en PUENTE RODRÍGUEZ (2024, 227-243).

tacadas, pero, probablemente, la razón fundamental de que el autor alemán haya ocupado un lugar tan señalado en la historia de la dogmática penal sea su esencial contribución a la teoría de las normas. No es este el momento ni el lugar en el que desarrollar una detenida exposición de las mismas³¹. Tampoco se manifestarán ahora algunas de las críticas más evidentes que se podrían dirigir a su construcción (presidida por un concepto francamente autoritario del Derecho penal)³². Lo que sí haré será exponer algunos de los razonamientos que le han llevado a ser, en el tema que me ocupa en este trabajo, una suerte de *alter ego* de Feuerbach; autor al que, en multitud de ocasiones, reconoció pese a sus enormes discrepancias, la coherencia y “genialidad” de sus construcciones³³.

Feuerbach, más allá de la oscura sombra que parece acompañarle, ha sido probablemente el paladín de la revolución liberal en la teoría penal. A diferencia de otros penalistas de su tiempo, atribuyó, como es bien sabido, un papel esencial a la ley penal³⁴ (frente a otras fuentes de derecho menos democráticas, algo en lo que se repara poco) y a la propia pena³⁵ (en tanto que *razón* suministrada al individuo para el cumplimiento de la ley) en la construcción de la teoría del delito. De hecho, Feuerbach podría ser visto, en este limitado sentido, como un precursor de la dogmática funcionalista, pues decidió construir el sistema en unos términos (en lo metodológico) extraordinariamente próximos, por ejemplo, a los de Roxin: la teoría del delito es el conjunto de presupuestos requeridos para imponer una pena, que tiene su correspondiente función. Los elementos de la teoría jurídica del delito se deberán configurar de un modo tal que permitan, en lo posible, alcanzar su función a la pena³⁶. Así, la teoría jurídica del delito se construirá en atención a las consecuen-

31 Vid., ampliamente al respecto, ROBLES PLANAS (2021).

32 Sirva de muestra su afirmación, al negar la existencia de “derechos adquiridos” por parte del autor de delitos que pudieran justificar la prohibición de retroactividad penal de que “[e]l derecho penal es Derecho estatal coercitivo al que el delincuente se enfrenta simplemente como objeto de sufrimiento (*leidendes Objekt*), no como una contraparte con algún derecho (*berechtigte Gegenpartei*)” (BINDING, 1922, 174).

33 Así, a modo de ejemplo, manifiesta BINDING, (1922, 41, n. 10), poco propenso a los halagos, que la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach “parte una concepción completamente errónea [*völlig verkehrten Auffassung*] de la forma de la prohibición jurídica, pero que se distingue por su coherencia”. A su autor se referirá más adelante, (1922, 500), como “el genial Anselm Feuerbach”. Igualmente, tras cuestionar que, en puridad, las ideas básicas de la teoría de la “coacción psicológica” deban serle atribuidas, defiende Binding (1918, 92 y ss.), que “sólo representó la teoría, genial como siempre, y en *La Revisión* desarrolló sus consecuencias magistralmente”. Llama la atención sobre la “inusitada amabilidad” que BINDING dispensa a FEUERBACH, ROBLES PLANAS (2021, 53).

34 FEUERBACH (1799, 49).

35 FEUERBACH (1800, 34 y ss.).

36 FEUERBACH (1800, 39 y ss.).

cias que se derivarán de ella y no a realidades ontológicas o filosóficas indisponibles, tal y como, con carácter general, se venía haciendo hasta entonces. De este modo, pena y ley emergen como los dos elementos principales sobre los que pivotará toda su construcción penal. Dentro de ella cabe destacar ahora, a los efectos que aquí importan, la trascendencia que concederá al error sobre la ilicitud propiamente penal de la conducta³⁷; idea a la que Binding se opondrá, como veremos, con fiereza.

El trabajo de Binding, por el contrario, irá por los derroteros opuestos: la pena desempeñará una función accesorio (es una consecuencia lógica de la desobediencia que la precede; concepto, este sí, el de "desobediencia", central en la construcción teórica del autor alemán) y la ley tendrá una importancia mucho menor. De hecho, la ley no se dirigirá siquiera al ciudadano, sino al propio Estado y a los órganos ocupados de aplicarla³⁸. Para Binding son las normas (precedentes lógicos de las leyes) las que tienen verdadera importancia en la construcción de la teoría del delito³⁹. De este modo, resulta indispensable distinguir la norma de la ley y encontrar, a su vez, en esta última, dos partes bien diferenciadas: aquella en la que se señala la conducta amenazada con pena y aquella otra en la que se dispone la consecuencia jurídica derivada de la comisión del hecho descrito⁴⁰.

Aunque inmediatamente profundizaré en sus opiniones al respecto, valga adelantar ahora el núcleo de su razonamiento para que todo resulte más fácilmente comprensible. La norma se dirige al ciudadano; la ley, al Estado. En consecuencia, que el ciudadano yerre sobre el contenido de la ley resulta por completo irrelevante. El ciudadano tiene, por así decirlo, un deber de obediencia a la norma, no a la ley. La ley lo que hace es, en cierto sentido, "recortar" lo dispuesto por las normas estableciendo cuándo un incumplimiento de ellas habrá de ser castigado y cuál será la pena que, en su caso, corresponderá⁴¹. Por ello, que el ciudadano se equivoque

37 FEUERBACH (1800, 43; 1847, 99). Tiene, sin embargo, toda la razón MOLINA FERNÁNDEZ (2021, 124, nota 56) al denunciar la inconsecuencia de este autor. Y es que, patentes exigencias de coherencia deberían haber llevado a FEUERBACH a defender que el error sobre la propia magnitud de la pena debería haber sido relevante (algo que no parece que llegara a hacer nunca con nitidez). Las mismas razones en las que se apoya para entender que lo que hay que conocer es la ilicitud específicamente penal, deberían llevar efectivamente a dar un paso más (que es lo que yo consideraría correcto) o a dar un paso atrás y conformarse con una ilicitud general (que es lo que consideraría adecuado MOLINA FERNÁNDEZ).

38 BINDING (1922, 21).

39 Sostiene BINDING (1922, 45) que "la norma precede conceptualmente a la ley penal, porque esta última amenaza con una pena la transgresión de la norma o la declara exenta de pena".

40 Sobre esto último, vid. BINDING (1922, 7 y ss.).

41 En este sentido, defiende BINDING (1922, 133) que "la verdad —al menos para un sistema jurídico que reconoce el principio *nulla poena sine lege*— es que un acto contrario al derecho positivo es convertido en delito por la ley penal". Y añade más adelante (134) que "la norma crea

en estos extremos resulta indiferente. Sabía, expresado llanamente, cuanto tenía que saber para incumplir su deber de obediencia a la norma: sabía que actuaba de modo antijurídico. Eso es suficiente. El resto (lo que la ley disponga) no le compete a él, sino al Estado y, particularmente, al juez.

En la construcción de Binding, a los efectos que ocupan a este trabajo, el objeto de la conciencia de la ilicitud, se pueden identificar varios puntos clave del razonamiento⁴². A continuación, y de modo necesariamente sucinto, se expondrán los principales.

En primer lugar, como ya ha sido apuntado, la clave de bóveda de su sistema reside en la diferenciación entre “norma” y “ley” y de las relaciones existentes entre ambas⁴³. La norma, que dispone, dice Binding, de un carácter jurídico, es conceptualmente previa a la ley y contiene un deber de obediencia⁴⁴. La ley, por el contrario, no impone deber alguno al ciudadano⁴⁵. El ordenamiento jurídico, en lo referido a los deberes impuestos al ciudadano, no se debe articular, entonces, fundamentalmente en torno a la ley. Al fin y al cabo, como de modo indirecto muestra Binding con sus profundos estudios históricos, teoría penal había ya antes de la ley, fundada sobre las normas.

En segundo lugar, y en evidente conexión con lo que acaba de ser señalado, resulta de suma importancia comprender que “norma” y “ley” tienen diversos destinatarios y que establecen vínculos jurídicos de diversa naturaleza. Así, mientras la norma se fundamenta en un deber de obediencia del ciudadano, la ley establece los deberes jurídicos del Estado y de los órganos responsables de su aplicación⁴⁶. En este sentido, sostiene Binding que, aunque la ley penal regula la relación jurídica entre el autor del delito y el habilitado para castigar (que, en la actualidad, ya solo sería el Estado, nunca los particulares), de ella no deriva una norma que uno u otro puedan infringir⁴⁷. En sus propias palabras, “hoy las leyes penales son aquellas disposiciones

la acción antijurídica y la ley la acción delictiva”. Prosigue luego señalando que el presupuesto necesario de una ley penal es una conducta previamente prohibida que no pertenece al Derecho penal.

42 Resultan, en cualquier caso, muy interesantes también sus razonamientos acerca del conocimiento de la antijuridicidad como elemento integrante del dolo. Vid., a este respecto, BINDING (1916, 669 y ss., entre otras muchas).

43 Así lo reconoce expresamente, BINDING (1922, 7), cuando sostiene que una revisión de la ciencia del Derecho penal requiere de la clarificación de la distinción entre norma y ley penal y de las relaciones entre ellas.

44 BINDING (1922, 24, 45).

45 BINDING (1922, 45).

46 BINDING (1922, 21).

47 BINDING (1922, 20).

jurídicas [*Rechtssätze*] que regulan el establecimiento, contenido y regulación de las obligaciones penales estatales⁴⁸.

En tercer lugar, la diferencia entre las normas y las leyes no tiene solo una función didáctica o propedéutica. Todo lo contrario, Binding sostiene que toda la teoría del delito ha de articularse sobre esa vital distinción. En este sentido, afirma que “el establecimiento de las normas a partir de las leyes penales parece tan fácil y seguro como en ocasiones difícil e incierto. Pero en cuanto no se establece la norma, el concepto de delito, el contenido de la culpa, el efecto del error, también se vuelven inciertos. Así que esta incertidumbre tiene un efecto fatal”⁴⁹. Consecuentemente, opina el autor alemán, cuyos postulados teóricos no eran ampliamente acogidos, en referencia al tratamiento penal del error, que en ningún ámbito la práctica está tan atrasada y genera más juicios injustos que en este. Sin embargo, en esto la teoría sería la principal culpable⁵⁰. Y es que, para Binding, en el ámbito del error, la incorrecta delimitación entre norma y ley tiene una eficacia “especialmente funesta”⁵¹.

En cuarto lugar, lo que legitima el castigo no es la “infracción de la ley” (lo que sería conceptualmente un sinsentido, pues el autor del delito no podría infringir una ley que, por definición, no se dirige a él)⁵², sino la “vulneración de la norma”, o, dicho, de otro modo, el “incumplimiento de su deber de obediencia”.

Por último, la pena no debería ser entendida, por diversas causas, como una *razón* para cumplir las normas, sino, a lo sumo, como un *motivo*, en sí mismo irrelevante. En caso contrario, al mezclar el contenido de la norma con la sanción que siga a su incumplimiento, un ciudadano no debería abstenerse de matar a otro en atención a la vida de un conciudadano, sino en consideración a que en tal caso el Estado se vería obligado a castigarlo⁵³. Además, se correría el riesgo de atribuir a la amenaza de la pena un poder disuasivo del que, en verdad, carece⁵⁴. En realidad, el hecho de que tras cometer el delito el autor trate de no ser aprehendido, sería una prueba de ello⁵⁵. Quien comete el delito no cree, muchas veces, estar asumiendo la pena prevista. Así, el objetivo de la pena dispuesta por la ley podrá ser “ayudar a mantener en el buen camino a los que tropiezan con ella reforzando el efecto de

48 BINDING (1922, 21).

49 BINDING (1922, 46).

50 BINDING (1913, 106).

51 BINDING (1913, 106).

52 BINDING (1922, 4 y ss.).

53 BINDING (1922, 41).

54 BINDING (1922, 41).

55 BINDING (1922, 41-42).

la norma”⁵⁶. Eso sí, sin embargo, a su juicio, nada sería “más incorrecto” que creer que la determinación legislativa de la pena constituiría esencialmente una amenaza, pues, en tal caso, cuando se quiere convertir en una amenaza real, su efecto presupone el conocimiento del que actúa en el momento del hecho, y su desconocimiento la haría inaplicable⁵⁷. Y, como veremos, a Binding esto le parecía una conclusión absurda.

Establecidos de ese modo los principales puntos de partida de Binding en lo que a la teoría del error se refiere, analizaré ahora las principales (y radicales) consecuencias que, de modo plenamente lógico, deriva de ellas.

De este modo, una primera conclusión clave es que, en materia de error, la indebida confusión entre las categorías “norma” y “ley” es la principal culpable de un tratamiento jurídico que considera sumamente insatisfactorio. No solo en este punto tal confusión produce problemas, pero sí es este uno de los lugares en los que el autor alemán ve más clara la perniciosa consecuencia de una delimitación poco explicada.

Una segunda conclusión, especialmente importante, es que el ciudadano que sabe que su conducta supone la infracción de una norma conoce ya todo lo jurídicamente relevante a este respecto. En este sentido, llega a afirmar con su frecuente rotundidad que “el error con respecto a la ley penal es algo fundamentalmente distinto al de la norma: el primero tan irrelevante e indiferente como el segundo notable y grave”⁵⁸. Por ello, y partiendo de que Binding fue uno de los principales defensores del concepto de *dolus malus*, para que haya un hecho doloso (que, insisto, comprendería también el conocimiento preciso de la antijuridicidad) será necesario que el autor conozca que su acción está prohibida (por una norma), “¡no más, pero tampoco menos!”⁵⁹. Esto supone, en su concepción del delito, que el conocimiento de la antijuridicidad requerido para que la pena impuesta resulte legítima es un genérico conocimiento de contrariedad a Derecho. Entre otras consecuencias, ello comporta que el error acerca de las circunstancias modificativas (agravantes y atenuantes) de la pena resulte también irrelevante⁶⁰.

Finalmente, sostiene Binding que atribuir relevancia al desconocimiento de la sanción penal dispuesta en la ley no solo sería inadecuado conforme al sistema descrito, sino que, además, conduciría a situaciones absurdas⁶¹. Así, destaca

56 BINDING (1918, 91).

57 BINDING (1918, 91).

58 BINDING (1922, 91).

59 BINDING (1916, 940).

60 BINDING (1916, 924 y ss.).

61 En este sentido, pese a sus densas y abundantes críticas a la (en su opinión, mala) traslación del

cómo asumir que la consecuencia jurídica deba integrar también el contenido de la norma llevaría a que la culpabilidad debiera comprender la clase y magnitud de la pena⁶². Tal decisión implicaría que “todas las leyes penales se volverían rápidamente ilusorias”⁶³. Esto supondría, además, atribuir a la pena una capacidad para evitar delitos de la que carece⁶⁴. Por otro lado, “disfrutaríamos de la extraña visión de que una prohibición, por ejemplo, la de la lesión de los bienes de un tercero mediante la estafa, no se debe a la voluntad autoritaria del legislador [*autoritären Willen des Gesetzgebers*], que prohíbe el daño al patrimonio de un tercero, sino únicamente a los posibles mayores perjuicios jurídicos derivados que la estafa puede ocasionar al defraudador”⁶⁵. De este modo, se evidencia, de nuevo, que la *razón* del castigo es, en su opinión, el incumplimiento de esa voluntad autoritaria y que la pena, a lo sumo, será un *motivo*, entre otros, que suministrará el legislador al autor de delitos. Y es que, en definitiva, para el autor alemán, la pena que acompaña al delito no es una “propiedad jurídicamente significativa” del acto, únicas propiedades a cuya suposición errada atribuye consecuencias⁶⁶.

En cualquier caso, añade Binding, las teorías que articulan la necesidad de conocer el carácter penal de la prohibición en la importancia de conocer la ley penal llevan al “absurdo” de establecer en paralelo una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de la ley penal⁶⁷. De un modo especialmente sofisticado, y en alusión a esta presunción en la construcción de Feuerbach, mantuvo que “no es posible que una teoría sufra un naufragio más grave desde el punto de vista científico que el de que su principal representante emplee todos los medios imaginables, a veces incluso no permitidos por el Derecho, para eludir todas sus consecuencias en la práctica”⁶⁸. Aunque no procede extenderse en esto ahora, la crítica fue injusta⁶⁹.

principio “*ignorantia iuris nocet*” del Derecho romano al alemán, considera, BINDING (1913, 106), que si ese “*ius*” al que se refiriera el principio quisiera decir solo “ley”, ello sería correcto.

62 BINDING (1922, 40).

63 BINDING (1922, 176).

64 BINDING (41 y ss.).

65 BINDING (1922, 42).

66 BINDING (1918, 7 y ss.).

67 BINDING (1916, 917).

68 BINDING (1918, 108).

69 Si digo que fue injusta es porque se critica específicamente a FEUERBACH algo que no se aparta un ápice de las posiciones mayoritarias al respecto (y que, con más o menos matices, son correctas). Es cierto que el alemán sostuvo que podía “presumirse jurídicamente que toda persona dotada de razón conoce en general las leyes penales” (FEUERBACH, 1847, 100). Pero ya ese “en general” nos pone sobre la pista de que tal presunción admite precisiones. Estas las explica en una nota al pie en esa misma página en la que señala que “[e]sta regla vale sin excepciones en aquellos crímenes que son de derecho de gentes, es decir, acciones que ya de por sí son antiju-

Censurando expresamente las posiciones de Feuerbach y autores próximos a él en este punto, sostendría Binding que, con dichas construcciones, la tarea de subsunción del delincuente, que hasta ahora era bastante simple, “se triplicó”. Ya no sería suficiente, como hasta entonces, con que la persona inclinada a cometer un delito supiera que ello contraviene una norma, sino que también debería reconocer su carácter de penalmente castigada y, además, la naturaleza y magnitud de la pena; de manera que la plena eficacia de la amenaza penal concreta sólo sería posible si la persona que comete el delito conociera todos estos factores⁷⁰. De tal forma, incide ásperamente Binding, “el conocimiento de la ley penal, en el sentido de esta teoría, significa el conocimiento más exacto de los hechos y de las amenazas penales que se les aplican en el momento de la comisión del delito. En todo el Imperio Alemán no se puede encontrar a una persona a la que se pueda suponer con certeza este conocimiento [...] la exigencia de tal conciencia se convierte en un sinsentido, y su cumplimiento en una imposibilidad. Sólo los doctrinarios pueden equivocarse al respecto”⁷¹.

De modo necesariamente breve, he expuesto las premisas y conclusiones del pensamiento de Binding en lo que se refiere al error sobre la ilicitud penal y al vinculado al sí y al cuánto de la pena. Sobre el posicionamiento del autor alemán cabe realizar unas últimas valoraciones.

rídicas o moralmente dañosas, que ya *naturali ratione* deben ser consideradas como no permitidas. De este modo, aquellas personas que serían alcanzadas por la ignorancia del derecho no se benefician de la ‘*ignorantia juris*’ a su respecto. En las acciones que únicamente son crímenes en razón de especiales leyes de un Estado determinado (*jure civili*) (a ellas pertenecen todas las puras contravenciones de policía), la ignorancia del derecho beneficia muy bien a las personas recién mencionadas”. Así las cosas, lo que FEUERBACH dice es algo muy generalizado: no cabría el error de prohibición (que se refiere a la ilicitud penal) en los denominados delitos *mala in se*, pero sí en los *mala prohibita*. No sé, en consecuencia, si un razonamiento así supone verdaderamente el “grave naufragio” que denuncia. Lo que tengo claro es que, de ser así, la mayor parte de nosotros naufragaríamos con FEUERBACH.

70 BINDING (1918, 98 y ss.).

71 BINDING (1918, 109). De nuevo, aunque expresa su crítica de preciosa forma, no parece del todo justo. Me limitaré aquí a señalar que, en la descripción de BINDING, pareciera que en lo que al conocimiento de la pena se refiere se podría exigir (¿por qué razón?) una mayor exactitud que aquella que se demanda cuando de lo que se trata es de conocer algún otro factor relevante. Del mismo modo que la figura del dolo eventual salva (legítimamente) varios problemas en lo relativo al conocimiento inexacto de hechos, otro tanto podría suceder con el conocimiento eventual de la antijuridicidad (y de la punibilidad) para los supuestos de conocimiento inexacto de la pena. En definitiva, bastaría que la pena entrara dentro de lo que el autor considerase probable (o posible, o imaginable; la discusión del estándar supone una problemática que ahora no trataré) para que esta pudiera ser legítimamente impuesta. No se trataría, claro, de que pudiera concretar con toda exactitud la pena final (¿debería también anticiparse a la labor de individualización de la pena que desarrollaría el tribunal al enjuiciarle?).

Una primera observación que es justo efectuar reside en que su planteamiento resulta perfectamente coherente y "limpio". No parece posible, más allá de algún matiz poco importante, criticar el desarrollo de la argumentación⁷². Tampoco, por ello mismo, parecen censurables las consecuencias que extrae de ella. Lo problemático, entonces, si es que, como creo, hay algo problemático, ha de estar en los puntos de partida.

Criticar en profundidad el planteamiento metodológico de Binding me llevaría ahora a una empresa demasiado ambiciosa que difícilmente podría llevar a cabo de modo solvente. Más adelante, en este mismo trabajo, efectuaré, sin embargo, alguna consideración de carácter metodológico-político que podría afectar a su posicionamiento y al de sus, en mayor o menor grado, seguidores contemporáneos. Resulta, pese a todo, ineludible apuntar ya cuáles creo que son las premisas de su razonamiento que deberían ser discutidas.

En este sentido, una primera objeción pasa por la radical separación entre normas y leyes; una separación que menos sentido tendría, en mi opinión, cuanto menos monolítica y más democrática fuera una sociedad. Quizás reprochar a Binding el empleo de esa premisa pudiera ser anacrónico, pero tampoco creo que eso fuera así (Feuerbach fue el mejor ejemplo de que no era adecuado, siquiera entonces, asumir tal planteamiento). La existencia de normas ajenas a la ley, previas a esta, que comportan un deber de obediencia por parte del destinatario se me antoja algo muy cercano al iusnaturalismo⁷³. Y no se me escapa que Binding no solo no se considera-

72 Entre otras cuestiones, quizás merezca la pena destacar que BINDING no terminó de ser, a mi juicio, demasiado contundente en lo relativo a la relevancia penológica que habría de tener el error sobre la propia pena. Y es que si, como acabamos de decir, entendía que la pena no era más que, a lo sumo, un motivo (y no la verdadera razón para cumplir el Derecho), en otros lugares considera que en sede de determinación de la pena cabría atender precisamente a los motivos (BINDING, 1913, 108). Así las cosas, ¿obrar por una motivación viciada fruto del desconocimiento de la pena podría tener efectos en su propia individualización? Hasta donde alcanzo, no hay respuesta firme a ello en la obra de BINDING (de la que, por otro lado, tampoco soy experto).

73 Sostiene BINDING (1922, 50), que "en muchas ocasiones puede resultar tan ardua e insegura la reconstrucción de las normas a partir de las leyes penales que, por ello, cobran importancia otras fuentes para acceder a las normas". Existirían, pues, normas ajenas a la voluntad del legislador que impondrían deberes de obediencia. Esto, como es obvio, no comportaría solo el enorme problema de seguridad jurídica que le sería propio, sino la trascendental dificultad de cómo justificar tales deberes desde premisas políticas democráticas. Su afinidad (material, no formal) con el iusnaturalismo puede apreciarse también en este otro pasaje, (1922, 157), en el que manifiesta que "la conclusión importante de nuestra pregunta es: dado que la norma no es una parte especial de la ley penal, aunque haya sido declarada ley, sino que, además de ella, constituye un precepto jurídico (*Rechtssatz*) totalmente propio, adquiere ahora su propia historia, sus motivos autónomos de derogación y modificación, y no comparte necesariamente el destino de las leyes penales. La ley penal en virtud de la cual fue declarada puede ser derogada o modificada y puede

ba iusnaturalista, sino que se oponía ferozmente a los que identificaba como tales⁷⁴. De hecho, es considerado por muchos como un referente del positivismo⁷⁵. Sin embargo, la existencia de un ordenamiento jurídico en un alto grado indisponible para el legislador y cuyas fuentes jurídicas no llegan a ser nunca identificadas con precisión parece un límite casi de corte *natural* frente al que el soberano se encuentra vinculado. Es cierto que no en todo contexto histórico-político la defensa de, por ejemplo, la costumbre frente a la ley deba considerarse necesariamente reaccionaria⁷⁶. Pero no lo es menos que los momentos en los que Binding desarrolla su *corpus* teórico (segunda mitad del s. XIX, primer cuarto del siglo XX) la idea del legislador democrático que establece el ordenamiento jurídico frente a otras fuentes jurídicas de carácter tradicional es ya un “avance” político y jurídico. Por supuesto, hubo momentos históricos en los que los deberes de los ciudadanos, en general, y los delitos y las penas, en particular, no requerían de su establecimiento mediante la ley. Sin embargo, su traslación al entorno jurídico democrático (o en vías de democratización) da lugar a más de un problema.

Pero con independencia de que el eje central de su razonamiento (que existan deberes de obediencia al Estado ajenos a la ley) resulte discutible, lo es, puede que incluso en mayor medida, su premisa metodológica: la construcción de la teoría del delito a través de la teoría de normas. Como anticipaba antes, esta cuestión no se abordará en detalle. Pero resulta imprescindible dejar apuntado aquí el germen de varias de las concepciones que subyacen a mi trabajo: la teoría jurídica del delito puede construirse desde diversas premisas y con distintas finalidades. La construcción de esta desde la teoría de normas, pese a su resistencia titánica, no es la más adecuada. Una teoría jurídica del delito que no solo pretende dar cuenta de la realidad, sino que persigue incidir sobre ella, ha de ser atenta a los resultados que produzca

continuar sin cambios y sin alteración alguna. Sólo cuando el Estado, mediante esa derogación o modificación de la ley penal, la declara [a la norma] implícitamente derogada o modificada, existe ese paralelismo del destino de ambos. Y eso no es lo normal. El Estado que adopta un nuevo Código penal: no pretende alterar en modo alguno la mayoría de las normas vigentes; ¡Es muy posible que todas las amenazas de castigo se modifiquen y que todas las normas se mantengan sin cambios!”. Y señalo las semejanzas de BINDING con el iusnaturalismo porque para despejarlas no basta decir que las normas preexistentes a las leyes son también “jurídicas”. Eso sería una petición de principio. Al contrario, a lo que hay que responder es a por qué habrían de ser “jurídicas” tales normas y cuál es su fuente (“jurídica”). Normas, por otra parte, (1922, 167), frecuentemente “tan antiguas como la historia misma del pueblo”, que “durarán en la misma forma mientras la pasión humana siga en juego en la Tierra”.

74 Vid., sobre ello, ORTIZ DE URBINA GIMENO (2007, 117-118).

75 Crítica y acertadamente al respecto, ORTIZ DE URBINA GIMENO (2007, 118 y ss.).

76 Así, por ejemplo, hay quien ha entendido en el pasado que la costumbre frente a la ley puede suponer también una salvaguarda del pueblo frente a una monarquía despótica. Un monarca podrá promulgar leyes, pero la costumbre, la tradición, le viene dada.

y, muy especialmente, a lo que su consecuencia jurídica por antonomasia (la pena) representa. Son la pena y la persecución de objetivos socialmente valiosos (las consideraciones de política-criminal) las que han de guiar la construcción jurídica del delito, tal y como magistralmente ya desde Feuerbach se ha hecho, o tal y como en tiempos más próximos hacen autores a los que se suele oponer como representativos de distintas sensibilidades como Jakobs o Roxin, pero que, sin duda, representan en esta contienda un mismo bando.

Finalmente, en conexión con lo anterior, cabe señalar un último punto crítico en lo que a las premisas de Binding se refiere: el papel accesorio que otorga a la pena. Seguramente no sea casualidad que Binding extraiga buena parte de sus ejemplos y razonamientos del ámbito castrense o religioso, en los que el principio de autoridad (como es razonable) desempeña un papel esencial. En algún momento señala atinadamente el autor alemán que un subordinado no le pregunta a su superior jerárquico en la escala militar cuál será la consecuencia del incumplimiento de la orden que recibe, y que, sencillamente, cumple⁷⁷. En un sentido próximo, de un modo, creo, menos acertado, señala que cuando Jehová entregó al hombre los diez mandamientos no añadía a cada mandamiento la consecuencia de su incumplimiento⁷⁸.

77 Extremadamente ilustrativo en este punto es BINDING (1922, 44) cuando afirma que “a nadie se le ha ocurrido todavía atribuir fuerza vinculante a las órdenes del superior oficial o del comandante militar únicamente cuando este añade una amenaza en caso de desobediencia. En la medida en que aquel a quien se aplica la orden debe reconocer la autoridad de quien la da, debe obedecer. ¿Y la fuerza vinculante del mandato legal, el más alto conocido por el sistema jurídico, debería depender de tales condiciones? Una suposición de esta clase contradice tanto la lógica como la historia”.

78 BINDING (1922, 140) sostiene de modo muy gráfico que “los diez mandamientos contienen diez normas y ninguna ley penal”; lo que no es, en su construcción, más que una forma de decir que contenían diez normas y ninguna pena. Dicha afirmación parece cierta. Sin embargo, resulta también incompleta, pues esas normas deben ser leídas en su contexto y no aisladamente. Una lectura en diagonal del Deuteronomio (que es el libro bíblico en el que se presentan, precisamente, los mandamientos a los que BINDING hace referencia y que, ciertamente, no anudan consecuencias concretas a cada incumplimiento) nos da una buena muestra de los distintos castigos que podrían ser impuestos por su desobediencia. Ya poco después de que los mandamientos sean dados a conocer se dice “[s]i olvidas al Señor, tu Dios, y vas en pos de otros dioses y les das culto, postrándote ante ellos, yo os aseguro hoy que pereceréis sin remedio. Lo mismo que las naciones que el Señor va a destruir ante vosotros así os destruirá también a vosotros, por no haber obedecido la voz de vuestro Dios” (Deuteronomio, 8, 19 y 20). Y más adelante (en el capítulo 28) se señala más precisamente: “[s]i escuchas de verdad la voz del Señor, tu Dios, observando y cumpliendo todos los preceptos que yo te mando hoy, el Señor, tu Dios, te elevará por encima de todas las naciones de la tierra, y vendrán sobre ti y te alcanzarán, por haber escuchado la voz del Señor, tu Dios, todas estas bendiciones [...]. Pero si no escuchas la voz del Señor, tu Dios, observando y cumpliendo todos los preceptos y mandatos que yo te mando hoy, vendrán sobre ti y te alcanzarán todas estas maldiciones: Maldito serás en la ciudad y maldito serás en el campo. Maldita tu cesta y tu artesa. Maldito el fruto de tu vientre y el fruto de tu suelo, el parto de tus

vacas y las crías de tu rebaño. Maldito serás cuando entres y maldito serás cuando salgas. El Señor enviará contra ti la maldición, la angustia y la amenaza en todas las tareas que emprendas hasta que seas destruido y perezcas pronto, debido a tus malas acciones por las que me abandonaste. El Señor hará que se te pegue la peste hasta que te consuma sobre la tierra adonde vas a entrar para tomarla en posesión. El Señor te herirá de tisis, fiebre, inflamación, gangrena, sequía, añublo y tizón que te perseguirán hasta destruirte. El cielo sobre tu cabeza será de bronce y la tierra bajo tus pies, de hierro. El Señor transformará la lluvia de tu tierra en polvo y arena, que caerán del cielo sobre ti hasta destruirte. El Señor te entregará derrotado ante tus enemigos: saldrás contra ellos por un camino y por siete caminos huirás ante ellos, y serás el espanto de todos los reinos de la tierra. Tu cadáver será pasto de las aves del cielo y de las bestias de la tierra, sin que nadie las espante. El Señor te herirá con la úlcera egipcia, con tumores, sarna y tiña, que no podrás curar. El Señor te herirá de locura, ceguera y turbación de la mente: andarás a tientas a mediodía como a tientas anda el ciego en su tiniebla y no triunfarás en tus caminos. Estarás siempre oprimido y explotado, sin que nadie te socorra. Te casarás con una mujer, pero otro hombre cohabitará con ella; edificarás una casa, pero no la habitarás; plantarás una viña, pero no la vendimiarás. Tu buey será degollado ante tus ojos, pero no comerás de él; tu asno será arrebatado en tu presencia, y no se te devolverá; tu rebaño será entregado a tus enemigos, y nadie te socorrerá. Tus hijos y tus hijas serán entregados a otro pueblo, y tus ojos lo verán y se consumirán por ellos todo el día, sin que puedas echarles una mano. El fruto de tu suelo y de todo tu trabajo se lo tragará un pueblo que no conoces, y serás solo un oprimido y un explotado toda la vida. Te volverás loco ante el espectáculo que contemplarán tus ojos. El Señor te herirá de úlcera maligna, que no podrás curar, en las rodillas y en los muslos, desde la planta de tu pie hasta tu coronilla. El Señor te llevará, a ti y al rey que hayas establecido sobre ti, a una nación que no conocíais ni tú ni tus padres, y servirás allí a otros dioses de madera y de piedra. Serás el espanto, la irrisión y la burla de todos los pueblos adonde te conduzca el Señor. Echarás mucha semilla en el campo y cosecharás poco, porque la devorará la langosta. Plantarás y cultivarás viñas, pero no beberás ni almacenarás vino, porque se lo tragará el gusano. Tendrás olivos en todo tu territorio, pero no te ungirás con aceite, porque se caerán tus olivas. Engendrarás hijos e hijas, pero no serán para ti, porque marcharán al cautiverio. Los bichos se apoderarán de todos tus árboles y de los frutos de tu suelo. El emigrante que viva entre los tuyos se alzarán sobre ti, cada vez más arriba, y tú caerás, cada vez más abajo. Él te prestará y tú no le podrás prestar; él estará a la cabeza y tú estarás a la cola. Todas estas maldiciones vendrán sobre ti, te perseguirán y te alcanzarán, hasta destruirte, por no haber escuchado la voz del Señor, tu Dios, observando los preceptos y mandatos que él te mandó y serán como signo y prodigio contra ti y tu descendencia, por siempre. Por no haber servido al Señor, tu Dios, con alegría y gratitud, en total abundancia, servirás a los enemigos que el Señor mandará contra ti, en hambre y sed, desnudez y escasez total y pondrá en tu cuello un yugo de hierro, hasta destruirte. El Señor alzarán contra ti una nación venida de lejos, desde el cabo de la tierra, que se lanzará como un águila, una nación cuya lengua no comprendes, una nación de semblante feroz, que no respetará al anciano ni se compadecerá del muchacho, que devorará el fruto de tu ganado y el fruto de tu suelo, hasta destruirte; que no te dejará grano, ni mosto, ni aceite, ni el parto de tus vacas, ni las crías de tu rebaño, hasta destruirte. Te sitiara en todas tus ciudades, hasta que se derrumben en toda tu tierra las murallas altas y fortificadas en las que tú confiabas; te sitiara en todas tus ciudades, en toda la tierra que el Señor, tu Dios, te dará. En el aprieto del asedio con que te estrechará tu enemigo, comerás el fruto de tu vientre, la carne de tus hijos e hijas que el Señor, tu Dios, te haya dado. El hombre más delicado y refinado mirará con malos ojos a su hermano, a la mujer que reposaba en su seno y al resto de los hijos que le queden, por tener que compartir con ellos la carne de los hijos que se coma, al no haberle quedado ya nada, en el aprie-

Cuando hablamos de una relación jerárquica de carácter vertical del tipo superior-subordinado (y no digamos ya, Dios-hombre), parece lógico que el puro incumplimiento del deber agote toda necesidad de justificar el castigo. No parece que eso sea así, sin embargo, en una relación no tan vertical, sino más bien pretendidamente horizontal: una en la que los seres humanos se agrupan "libremente" para darse a sí mismos leyes que rijan sus comportamientos e interacciones; en definitiva, un ordenamiento liberal-democrático. En estos casos, parece fuera de duda que un mero "deber de obediencia" no puede justificar la intervención penal. Se requerirá, al menos, que este deber reúna determinadas características en su conformación (que obedezca a la existencia de una protección previa por parte del Estado o a una participación del propio destinatario de la norma en la configuración democrática de esta). Además, el destinatario de la ley habrá de recibir distintas razones que deberán disuadirle racionalmente (no solo moralmente) del incumplimiento de sus deberes.

Como apunté páginas atrás, la pena, en un ordenamiento jurídico liberal que no demande de los ciudadanos el cumplimiento de la ley en atención a valores morales, sino que se conforme con el mero cumplimiento por razones prudenciales, será la razón principal. Pero es que, además, incluso aunque se partiera, con Binding, de

to del asedio con que te estreche tu enemigo en todas tus ciudades. La mujer más delicada y refinada, que apenas si posaba la planta del pie en la tierra, de tanta delicadeza y finura, mirará con malos ojos al esposo que reposaba en su seno, a su hijo y a su hija, a la placenta que le sale de entre las piernas y al hijo que acaba de parir, porque desearía comérselos a escondidas, al faltarle todo, en el aprieto del asedio con que te estreche tu enemigo en tus ciudades. Si no observáis y cumplís todas las palabras de esta ley escritas en este libro, temiendo este nombre terrible y glorioso: 'El Señor, tu Dios', el Señor os afligirá a ti y a tus descendientes con plagas extraordinarias, plagas enormes y persistentes, enfermedades malignas y permanentes. Él hará que se vuelvan contra ti todas las epidemias de Egipto, ante las que te horrorizaste, y te las pegará. Más aún, el Señor acarreará contra ti todas las enfermedades y plagas que no se mencionan en este libro de la ley, hasta destruirte. Quedaréis solo unos pocos, después de haber sido numerosos como las estrellas del cielo, por no haber escuchado la voz del Señor, tu Dios. Como el Señor gozó haciéndolos el bien y multiplicándolos, así gozará arruinándolos y destruyéndolos; seréis arrancados de la tierra adonde vas a entrar para tomarla en posesión. El Señor te dispersará entre todos los pueblos, de un extremo a otro de la tierra, y allí servirás a otros dioses de madera y piedra que no conocías ni tú ni tus padres. En esos pueblos, no descansarás ni habrá reposo para la planta de tu pie, y el Señor te dará allí un corazón angustiado, ojos apagados y espíritu abatido. Sentirás que tu vida estará pendiente de un hilo, temblarás día y noche y no te fiarás de tu vida. Por la mañana dirás: 'Ojalá fuera tarde'. Y por la tarde dirás: 'Ojalá fuera mañana', por el terror que estremecerá tu corazón y por el espectáculo que verán tus ojos. El Señor te hará volver en naves a Egipto por la ruta de la que yo te había dicho: 'No volverás a verla más' y allí seréis puestos en venta como esclavos y esclavas a vuestros enemigos, pero no habrá comprador'. Estas son las palabras de la alianza que el Señor mandó a Moisés concertar con los hijos de Israel en la tierra de Moab, aparte de la alianza que concertó con ellos en el Horeb". No parece, pues, exacto, que los mandamientos divinos no fueran acompañados de sanciones.

que la pena no es una *razón*, sino un mero *motivo*⁷⁹, ello en absoluto dejaría imprejuzgada la cuestión de si su conocimiento debe tener relevancia a la hora de imponer el castigo, pues, parece claro que hoy (como, en realidad, siempre) los motivos del autor nos importan a la hora de establecer las consecuencias jurídicas de su actuar⁸⁰. En definitiva, la voluntad democrática, frente a la “voluntad autoritaria” a la que se refiere Binding, no solo da órdenes, también ofrece razones/motivos y, como se ha dicho hace poco, se reconoce que la pena es, *al menos*, un motivo.

Pese a todo lo dicho, buena parte de la doctrina comparte hoy las conclusiones de Binding en materia del error sobre el objeto del conocimiento en el error de prohibición y el que recae en el sí y el cuánto de la pena. Muchas veces, incluso, lo hace sin participar de sus razonamientos, lo que puede ser un indicio (aunque no más que eso) de incoherencia en el desarrollo de la argumentación⁸¹. Pero es que, incluso, para quien mantenga una construcción jurídica próxima a la de Binding, lo cierto es que resulta dudoso que se esté dispuesto a llegar “hasta el final”.

En este sentido, conviene señalar que, en relación con una cuestión que ya ha sido planteada páginas atrás, Binding basándose en esos mismos razonamientos se oponía a la corrección del axioma de la irretroactividad de la ley penal. El planteamiento del autor es enormemente sencillo y coherente: si la ley no se dirige al ciudadano, sino al Estado, su existencia es irrelevante para este; si el ciudadano incumplió su deber de obediencia a la norma, una ley posterior, que solo impone deberes a terceros (al Estado), en nada debería afectarle⁸². Sin embargo, no he sido capaz de

79 BINDING (1922, 41).

80 De hecho, aunque, desde luego, no refiriéndose ni expresa, ni tácitamente al conocimiento de la pena, BINDING (1913, 108) llegó a sostener que los errores en la motivación podrían incidir en la determinación de la pena.

81 En un sentido próximo, pero con un alcance más general, ROBLES PLANAS (2021, 31) denuncia que, en realidad, “la teoría de las normas de BINDING ha sobrevivido a la historia, pero ha sido una supervivencia solo fragmentaria. Su reconocimiento ha sido en muchas ocasiones más nominal que real”.

82 Así, comienza su razonamiento BINDING (1922, 167) sosteniendo que “la vieja cuestión de la llamada eficacia retroactiva de las leyes penales, cuya solución tengo que basar en el conjunto de mis ideas, en la relación entre la norma y el Derecho penal [...] la incierta respuesta a la misma —no me equivoco— está estrechamente relacionada con la confusión habitual entre la norma y la ley penal y con la concepción errónea de ésta última”. Los razonamientos al respecto los desarrolla en BINDING (1922, 172 y ss.). En cualquier caso, conviene advertir que BINDING admite que no se pueda castigar aquello que antes no estaba *legalmente* prohibido (como consecuencia del principio de legalidad; BINDING, 1922, 181). Ahora bien, esta excepción alcanza solo a la previa prohibición de la conducta y no a la pena legalmente prevista, de manera que, a su juicio, sería perfectamente razonable imponer incrementos sobrevenidos de las penas tras la comisión del delito a su autor. Al fin y al cabo, la pena no se dirige a él, sino al juez. Así, entiende este autor que si hay un deber de obedecer al Estado, solo a este le corresponde luego determinar

encontrar ningún pronunciamiento en los defensores contemporáneos de la irrelevancia del error sobre el sí y el cuánto de la pena que se mantenga en este mismo plano. Así, por ejemplo, estos autores deberían sostener que, si un autor comete un delito X en el momento en el que este delito comporta una pena máxima de 3 años y más adelante, pero antes del enjuiciamiento, la pena es elevada a 10 años, no habría un problema en castigar con una pena de 10 años. El autor del delito ya sabía que había infringido una norma, que desconociera la pena exacta sería irrelevante. La defensa de la irretroactividad de la ley penal desfavorable no es más, en el fondo, que el reconocimiento de la relevancia del error invencible sobre la pena. Esta discusión no puede ser evitada por el sencillo expediente de sostener que, simplemente, ello viene impuesto por el principio de legalidad. Y ello porque lo relevante es, *precisamente*, cuál es la razón que subyace a tal principio y si, después de todo, acabamos en la idea de "seguridad jurídica" estamos diciendo lo mismo con otras palabras: el autor de un delito tiene derecho a prever cuál será la consecuencia jurídica a la que se exponga, una pena imprevisible (o, en otras palabras, un error objetivamente invencible sobre la pena) no podrá dar lugar a un castigo legítimo.

4. ¿ES BINDING UN LIBERAL?

Alcanzado este punto de la exposición, conviene dedicar unas pocas palabras a una cuestión cuyo alcance es, sin embargo, discutible. Lo que pretendo hacer ahora es demostrar que en la discusión ofrecida entre Feuerbach y Binding es el primero de ellos el que merece la vitola de "liberal" y el segundo el estigma de "autoritario".

No me detendré ahora en justificar el carácter liberal de Feuerbach⁸³. Para lo que aquí nos interesa es suficiente prueba de ello el que entienda que, más allá de las consideraciones morales dominantes, la pena es una razón prudencial, moralmente "incolora", a la que el ciudadano puede atender. Así, frente a la imagen autoritaria que se suele ofrecer de él, quizás cabría contraponer otra mucho más amable.

La situación con Binding es algo más compleja. Este ha sido definido recientemente por Robles Planas como un "posthegeliano liberal"⁸⁴. Sobre lo primero, más allá del obvio aspecto cronológico, no me atrevo a pronunciarme. En cuanto a lo segundo, mi discrepancia no puede ser más radical. Robles Planas defiende más explícitamente, tratando de salir al paso de las (a mi juicio, merecidas) críticas a Bin-

las consecuencias jurídicas. Es el deber de obediencia lo que vincula al destinatario de la norma, no la ulterior consecuencia jurídica que pueda haber (1922, 174).

83 Vid., al respecto, el profundo y matizado análisis de GRECO (2015, *passim*, y, especialmente, 375 y ss.)

84 ROBLES PLANAS (2021, 31).

ding por autoritario, que “ni la retribución, ni la teoría de la pena de Binding [...] son antiliberales o autoritarias; más bien sucede todo lo contrario”⁸⁵.

Para tratar de discutir la tesis de Robles Planas en este punto no reiteraré las reflexiones expuestas en el epígrafe anterior (la preeminencia de ideas como la de “autoridad” o el “deber de obediencia”, por ejemplo), sino que me haré cargo de dos afirmaciones sobre la construcción del delito de Binding que el citado autor le atribuye, sin duda de forma adecuada, pero que resultan muy poco conciliables con un supuesto carácter liberal en él.

Por un lado, explica Robles Planas en su magnífico y muy sugerente libro, que “tras la distinción entre norma de conducta y norma de sanción se halla, en realidad, una concepción muy determinada de la sociedad y el Derecho. Si, con Binding, la norma de conducta es autónoma y no lleva aparejada referencia alguna a la sanción, ello es porque se emite sin considerar cálculo de utilidad alguno por parte del destinatario. Esto supone acoger el paradigma de un Derecho que apela directamente a la conciencia de los ciudadanos y desechar el modelo económico-utilitarista según el cual los ciudadanos se abstienen de cometer delitos porque se sienten intimidados por la pena”⁸⁶. La descripción es, creo, muy acertada y se realiza con una precisión y concisión modélica. El problema, a mi juicio, es que precisamente el “modelo económico-utilitarista” que desecha el autor alemán es el que parece estar detrás precisamente de la concepción liberal, al menos tal y como es generalmente entendida⁸⁷. Puede haber buenas razones para impugnar un modelo antropológico tan pobre, pero es este el que ofrece sustancialmente el liberalismo político⁸⁸: un individuo racional con preferencias propias que libérrimamente decide *en atención a sus propios intereses* sin más límite legítimo que la libertad ajena. Ese “cálculo de utilidad por parte del destinatario”, que Binding impugna, es lo que caracteriza a la visión liberal.

Por otro lado, y por si lo anterior o lo explicado en el epígrafe previo no fuera suficiente para poner en duda el carácter liberal de Binding, creo que vuelve a acertar Robles Planas cuando señala que “aunque se repara en pocas ocasiones en este punto, Binding es hijo de la escuela histórica del Derecho. En cuanto tal su método implica una cuidadosa observación de las constantes manifestaciones históricas del Derecho para extraer de ahí su contenido de verdad”⁸⁹. De nuevo, aunque esta afirmación fuera, como parece, cierta, resultaría, en todo caso, poco compatible con el

85 ROBLES PLANAS (2021, 59).

86 ROBLES PLANAS (2021, 28).

87 Por otro lado, la “apelación directa” a la conciencia de los ciudadanos tampoco parece el paradigma de “lo liberal”.

88 Vid., al respecto, SILVA SÁNCHEZ (2018, 23-24).

89 ROBLES PLANAS (2021, 61).

mencionado carácter liberal. El liberalismo (al menos el heredero de la Revolución Francesa que se dispersó por toda Europa) surge precisamente con la pretensión de romper con la tradición y erigir a una nueva clase de ciudadano (el burgués) poco anclado a sus raíces y tradiciones. El liberalismo, en tanto que proyecto (más o menos exitoso) de emancipación pretendía romper sus ligazones con la tradición, con el pasado.

Fioravanti expresa a la perfección todo este fenómeno cuando explica que en los diversos contextos jurídicos los derechos fundamentales son fruto de una combinación de dos de cualesquiera de los siguientes tres factores: historia, Estado e individuo⁹⁰. La Revolución francesa, dada su peculiar vocación rupturista, implicó desechar la historia en beneficio de dos protagonistas principales que se encontrarían en una situación poco pacífica: el Estado y el individuo⁹¹. Desde luego, se han ensayado modelos distintos. A juicio del autor italiano, por ejemplo, la Revolución Americana de los EE.UU., para romper con el gobierno británico, reivindicó la historia y a los individuos, pero refutó en sus inicios la importancia del Estado⁹². Es posible que una tercera combinación de factores (historia-Estado), que parece ser la que late en Binding, pueda ofrecer algo próximo a los derechos fundamentales que caracterizan al liberalismo político, pero lo que me parece difícilmente discutible es que una genealogía así de los derechos encaja mal en el patrón prototípicamente liberal al postergar precisamente lo que este, con acierto o sin él, reivindica principalmente: el individuo.

Mi empeño por refutar el posible carácter liberal de Binding no tiene, desde luego, propósito biográfico o hagiográfico alguno. La vida de Binding (más allá de lo relativo a su precioso prólogo al cuarto tomo de su *Die Normen*, que constituye uno de los más bellos escritos que hayan salido de la pluma de un penalista) no me interesa especialmente. Si dedico algún esfuerzo a desentrañar su posición política ello se debe a que, como no podía ser de otro modo, permea en su construcción de la teoría del delito. Binding no era un liberal y su teoría del delito tampoco lo es. Si consideramos el liberalismo como un dogma irrenunciable, lo que habrá que rechazar, entonces, es la construcción *bindingiana*. ¡No podemos acoger ambas cosas a la vez! Mi duda, que aquí solo puedo dejar planteada, es cuánto de la teoría de normas es rescatable para un planteamiento liberal. Si no estamos dispuestos a impugnar este último (y pocos parecen estar dispuestos a hacerlo), hemos de tener cuidado de no importar elementos antiliberales de la teoría de normas. Esta cuestión (la de la

90 FIORAVANTI (2016, 19).

91 FIORAVANTI (2016, 50 y ss.). Muy precisamente define la situación de la Revolución Francesa este mismo autor al hablar de "una doctrina individualista y estatista de las libertades, construida en clave antihistoricista" (FIORAVANTI, 2016, 19).

92 FIORAVANTI (2016, 69 y ss.).

relación de la teoría jurídica del delito con la política y con la teoría de la pena y la de las normas) es algo que no puedo tratar aquí, pero espero volver pronto sobre ella.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas anteriores he tratado de demostrar que hay razones poderosas para entender que no puede castigarse legítimamente a un sujeto que desconocía que su conducta era delictiva. No es suficiente para imponer una pena a alguien que el sujeto supiera que su conducta era genéricamente desaprobada por cualquier rama del Derecho.

En una concepción política liberal, que es la que, en el fondo, subyace a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos (y, entre ellos, desde luego, el peruano y el español), la pena no es una mera consecuencia del delito. Es otra cosa mucho más compleja. Por un lado, es la base sobre la que articular el propio concepto de delito (aunque no haya podido desarrollar esto suficientemente en las páginas anteriores, no me resisto a señalarlo). Por otro lado, es una de las principales razones que el ordenamiento dirige a sus ciudadanos para que cumplan el Derecho. Las normas, por sí mismas, no son razones *suficientes* en un ordenamiento jurídico liberal. Incluso aunque su procedimiento haya sido exquisitamente democrático y su contenido sea moralmente valioso, el Estado no puede ofrecer *solo* esas razones a un sujeto que *legítimamente* puede no conceder importancia a esos extremos. Ello por la sencilla razón de que el liberalismo considera que el ciudadano puede tener sus *propias razones morales* y que estas no son, en ningún sentido, menos valiosas que las del Estado. Un ordenamiento liberal es, precisamente, aquel que sospecha de sí mismo. Uno que duda de tener “razón moral” y que opera con una sana, pero sucia, conciencia. Por ello, junto a la moralidad, se apela al orden. Al ciudadano se le dice: “creemos que X es bueno, si tú también lo crees, compórtate en consecuencia. Ahora bien, si discrepas, debes saber que nos veremos obligados a castigarte igualmente. Tenlo en cuenta”.

Una concepción así no instrumentaliza por la sencilla razón de que solo añade más razones junto a otras sobre las que no pesa tal sospecha. Responde, además, a un escenario problemático: ¿qué razón ofrecer al “disidente moral”? Circunscribir todas las razones que el ordenamiento puede ofrecer al ciudadano a la moralidad resulta, paradójicamente, autoritario. Con la excusa de que lo que se ofrecen son razones *buenas*, se entiende que deben ser *suficientes* para quienes las reciben. Ello no se concilia bien con un sano “relativismo moral” que debe estar presente en el orden jurídico liberal. Esto no quiere decir que el Estado deba actuar como un nihilista moral. Debe ser rígido en sus convicciones, pero no puede descartar su error. Debe ser firme, no arrogante.

Frente a lo dicho, cabría impugnar que no es un ordenamiento liberal aquel que debemos defender. Podría haber razones para ello. Sin embargo, ni esto es lo que suele hacerse, ni hay espacio para seguir discutiéndolo ahora. Cabe concluir, sencillamente, que *en un ordenamiento liberal desconocer la ilicitud penal de la conducta importa (y mucho)*.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS EIBE, M. J. (2007). *El error en Derecho penal en el Código de 1995*. Dykinson.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1978). El error sobre las excusas absolutorias. *Derecho penal y Criminología*, (2), 26-48.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1983). *Delito y punibilidad*. Civitas.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1997). *Principios de Derecho penal. Parte General*. (4ª ed.). Akal.
- BINDING, K. (1913). *Grundriss des Deutschen Strafrechts: Allgemeiner Teil*. (8ª ed.). Felix Meiner.
- BINDING, K. (1916). *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Artendes Delikts*. (Tomo II). ("Schuld und Vorsatz"). Segunda parte. (2ª ed.). Scientia Verlag Aalen. 1965 (or. 1916).
- BINDING, K. (1918). *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Artendes Delikts*. (Tomo III). ("Der Irrtum"). Scientia Verlag Aalen. 1965 (or. 1918).
- BINDING, K. (1922). *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Artendes Delikts*. (Tomo I). ("Normen und Strafgesetze"). (4ª ed.). Scientia Verlag Aalen. 1965 (or. 1922).
- CASTILLO ARA, A. (2019). *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht. Eine vergleichende Analyse des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*. Duncker & Humblot.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2008). *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. La Ley.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2018). Peculiaridades del error en el Derecho penal económico. En: LUZÓN PEÑA, D. / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber amicorum en homenaje al profesor doctor Jürgen Wolter por su 75º aniversario*. Reus.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2024). Supuestos de error en Derecho penal de empresa. En: CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coords.), *El principio de responsabilidad penal por el hecho*. BOE.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y. (2009). *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Civitas-Thomson Reuters.
- FELIP I SABORIT, D. (2000). *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*. Atelier.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2018). *Tratado de los Delitos Contra la Hacienda Pública y Contra la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch.
- FEUERBACH, P. (1799). *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. (Tomo I). Henning.
- FEUERBACH, P. (1800). *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. (Tomo II). Henning.
- FEUERBACH, P. (1847). *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. (Trad.: ZAFFARONI, R. / HAGERMEIER, I). (14ª ed.). Hammurabi. 1989 (or. 1847).
- FIORAVANTI, M. (2016). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. (Trad.: MARTÍNEZ NEIRA, M.). (7ª ed.). Trotta.
- GRECO, L. (2015). *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. (Trad.: DROPULICH, P. / BÉGUELIN, J. R.). Marcial Pons.
- JAKOBS, G. (1993). El principio de culpabilidad. (Trad.: CANCIO MELIÁ, M.). En *Estudios de Derecho penal*. Civitas. 1997 (or. 1993).
- KARAMI, P. (2019). *Das Unrechtsbewusstsein von Wirtschafts- und Unternehmensstraf-tätern im Lichte der aktuellen Compliance-Diskussion*. Duncker & Humblot.
- KAUFMANN, A. (1985). *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts: zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre*. Scientia Verlag Aalen.
- LUZÓN PEÑA, D. (2011). Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista de Derecho*, (15), 45-72.
- LUZÓN PEÑA, D. (2016). *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. (3ª ed.). Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ SANROMÁ, O. (2023). *Motivación e intervención delictiva. Una re-estructuración de la “participación psíquica”*. Atelier.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2017). *El error en la teoría jurídica del delito. Un estudio a la luz de la concepción significativa*. Tirant lo Blanch.
- MATEJKO, C. (2008). *Der Irrtum über Verwaltungsnormen im Rahmen der Verwaltungsakzessorietät*. Nomos.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, M. (2024). Retroactividad favorable... *ma non troppo?* *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (28), 287-309.
- MIR PUIG, S. (2016). *Derecho penal. Parte General*. (10ª ed.). Reppertor.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2021). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. (3ª ed.). BdeF,
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (2004). *El error sobre la punibilidad*. Tirant lo Blanch.
- NEUMANN, U. (2017). § 17 StGB. En: *Nomos Kommentar*. (5ª ed., pp. 841-893). Nomos.
- NIETO MARTÍN, A. (1999). *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Atelier.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2007). *El error de prohibición. Especial atención a sus criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*. La Ley.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2007). *La excusa del positivismo. La presunta superación del "positivismo" y el "formalismo" por la dogmática penal contemporánea*. Thomson-Civitas.
- PEÑARANDA RAMOS, E. (2001). Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (2), 2001, 401-442.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L. (2024). *El error de prohibición en el Derecho penal económico*. Atelier.
- RENZIKOWSKI, J. (2017). Der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins. En: JOERDEN y SCHMOLLER (Eds.), *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. Mai 2017*. Duncker & Humblot.
- ROBLES PLANAS, R. (2021). *Teoría de las normas y sistema del delito*. Atelier.
- RODENBECK, J. (2012). *Die Berufung auf einen Verbotsirrtum als Schutzbehauptung. Gleichzeitig eine kritische Betrachtung der Verbotsirrtumsdogmatik*. Nomos.

- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2016). *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*. Marcial Pons.
- RUSCONI, M. (2013). El error sobre las circunstancias de exclusión de la pena: entre los fundamentos de la pena y el alcance organizador de las eximentes del principio *nullum crimen...* *Vox Juris*, (26), 17-42.
- SCHROEDER, F. C. (2003). §17. En: *Leipziger Kommentar*. (Tomo 1, 11ª ed., pp. 104-125). De Gruyter.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1987). Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (XL), 647-663.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier.
- TORRES CADAVID, N. (2019). *La responsabilidad penal del asesor fiscal*. Tirant lo Blanch.
- VELTEN, P. (2002). *Normkenntnis und Normverständnis*. Nomos.