

IMPERIO DE LA LEY E IGNORANCIA DE LA LEY (SOBRE EL MODESTO PRINCIPIO DE QUE LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXCUSA DE SU CUMPLIMIENTO)¹

Liborio L. Hierro

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Un principio muy elemental y no muy bien conocido. 2. Un principio antiguo pero difícil de justificar. 3. Un principio fundamental pero difícil de aplicar. 4. Deconstruyendo el principio. 4.1. Normas con sanción restitutiva y normas con sanción represiva. 4.2. *Mala in se* y *Mala prohibita*. 4.3. El error de prohibición. 5. Conclusión: la justificación de un principio muy modesto.

1. UN PRINCIPIO MUY ELEMENTAL Y NO MUY BIEN CONOCIDO

El principio que nos ocupa es un principio que los estudiantes de Derecho aprenden en los primeros días de sus estudios pero que la mayoría de la gente desconoce. Es muy antiguo y muy simple. Está recogido hoy, con un carácter rotundamente normativo, en el párrafo primero del artículo 6 del Código Civil español y dice así: «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Cuando se aprobó el Código Civil, en 1889, estaba en el artí-

culo 2 exactamente con la misma redacción, aunque curiosamente no aparecía en el Código Civil francés. Hoy, en ese artículo 6, se añade inmediatamente que «el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen».

Esta norma que prescribe que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento es claramente autorreferente: como es obvio, implica que las leyes deben ser conocidas y, sobre todo, que debe ser conocida la ley que establece que las leyes deben ser conocidas. A este respecto, viene a cuento una curiosa anécdota que siempre me gusta recordar. Según

cuenta Joaquín Costa, un filósofo del derecho krausista español llamado Alfredo Calderón había publicado en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* un artículo en que contaba lo siguiente: «Recibió un sujeto una herencia, sin acogerse al beneficio de inventario: acudieron los acreedores y, practicada la liquidación, resultó en definitiva alcanzado el heredero en una cuantiosa suma. Mal avenido con esto y deseando salir de la dificultad, consultó a un letrado. “Pero ¿cómo no aceptó usted la herencia, le dijo éste, a beneficio de inventario?” “—Porque no sabía que existiera semejante cosa”, replicó la víctima. “—Pues debía usted haberlo sabido, porque todo ciudadano tiene obligación legal de conocer las leyes”. “—Pues mire usted, tampoco eso lo sabía”». (Costa, 1901: 8, n° 1).

2. UN PRINCIPIO MUY ANTIGUO PERO DIFÍCIL DE JUSTIFICAR

Este principio tan familiar a los juristas se remonta, como es sabido, al Derecho romano. No fue recogido, sin embargo, como precepto, en el Código Civil francés aunque sí en algunos otros, como en el de Prusia, en el de Austria o en el de Costa Rica.

En su sentido literal, este precepto, que parece tan claro, resulta ininteligible. Si las leyes son normas o, al menos, contienen normas, resulta contrario al sentido común afirmar que alguien es destinatario de una norma y está obligado a cumplirla aunque no la conozca; es indiferente, a estos efectos, sostener una concepción hilética de las normas, como el significado de ciertas expresiones (oraciones normativas), o sostener una concepción expresiva de ellas como órdenes (es decir, como resultado de un uso prescriptivo del lenguaje), puesto que en ningún caso es concebible que alguien quede obligado a actuar conforme al significado de una oración que desconoce o por una orden que asimismo desconoce.

Parece, sin embargo, que la primera justificación plausible de semejante norma estriba precisamente en que exista otra norma que obliga a conocer las leyes, de forma tal que el que incumple una ley porque la desconoce está, en realidad, incumpliendo aquella norma que obliga a conocer las leyes. Esta explicación —aunque no es la única posible— parece ser, en efecto, la que se encuentra en los orígenes históricos de la norma. Aristóteles, en un lugar clásico para la filosofía moral, su *Ética a Nicómaco*, había señalado que «es quizá necesario para los que reflexionan sobre la virtud definir lo voluntario y lo involuntario, y es también útil para los legisladores, con vistas a recompensas y castigos» (1109b, 30) y, a tal efecto, introdujo una distinción de enormes consecuencias: no es lo mismo obrar por ignorancia (*di' agnoian*) que obrar «con» ignorancia (*toú agnooúnta*): «Todo malvado desconoce lo que debe hacer y aquello de lo que debe apartarse, y por tal falta son injustos y en general malos, y el término “involuntario” pide emplearse no cuando alguien desconoce lo conveniente, pues la ignorancia en la elección no es causa de lo involuntario sino de la maldad; ni tampoco lo es la ignorancia general» (*ibid.*). En consecuencia, resulta comprensible que los legisladores —concluye Aristóteles— castiguen a los que cometen malas acciones por una ignorancia de la que ellos mismos son responsables (como los que se embriagan) o «a los que desconocen algo de las leyes que deben saberse y no es difícil» (*ibid.*, 1113b, 30).

La evolución del principio *ignorantia legis non excusat* —otras veces enunciado como *nemo censetur ignorare legem, nemini licet ignorare ius* o *nulli leges nescire liceat*— ha sido bastante más pacífica que alguna otra cuestión cercana como la de la fuerza normativa de la costumbre. En el Derecho antiguo y medieval se reproduce una y otra vez, en ocasiones quedando explícito el fundamento, esto es, la obligación de conocimiento del Derecho. Así ocurre cuando el *Liber iudiciorum* (h. 654) establece *quod nulli leges nescire liceat*, lo que traduce al castellano el *Fuero Juzgo* (1241) como

«que tod omme debe saber las leyes... ca el que mal fiziere non debe seer sin pena, maguer diga que non sabía las leyes ni el Derecho» y, en parecidos términos, se reproduce en el *Fuero Real* (1255): «E por ende establescemos, que ninguno no piense de mal facer, porque diga que no sabe las leyes ni el Derecho; ca si ficie-re contra ley, no se puede escusar de la culpa que ficie-re por decir que no sabe la ley». *Las Partidas* (1265) continúan la tradición romana y establecen que el conocimiento del Derecho es exigible a todos, con excepción de los caballeros en campaña, los menores de veinticinco años, los aldeanos y los pastores que vivan en despoblado, las mujeres y los locos. Idéntica regulación se mantiene en la *Nueva Recopilación* (1567) y en la *Novísima Recopilación* (1805)².

Si alguna diferencia cabe observar en la evolución de este principio es, ciertamente, la que se produce en el Derecho canónico. El *Decreto de Graciano* (h. 1140) parte más bien de un principio favorable al efecto excusador de la ignorancia para matizar el viejo principio romano: no toda ignorancia excusa y hay que distinguir, en primer lugar, entre la ignorancia de hecho y la ignorancia del Derecho; dentro de la ignorancia de hecho hay que distinguir, a su vez, la ignorancia de lo que debe saberse y la ignorancia de lo que no es obligatorio saber; y dentro de la ignorancia del Derecho hay que distinguir, una vez más, la ignorancia del Derecho natural, que no es excusable para ningún adulto, y la ignorancia del Derecho civil, que permite a unos ignorarlo y a otros no. La casuística del error, a partir de estas distinciones, generó abundantes discusiones en los siglos siguientes, destacadamente en la escolástica española, pero el punto de partida siguió siendo que la ignorancia del Derecho, en principio, no excusa de su cumplimiento.

El iusnaturalismo protestante no modificó esta persistente convicción y los ilustrados la heredaron, aunque preocupados por la adecuada publicidad de las leyes; como dijo Bentham: «Para conformarse con la ley es preciso conocerla, y para hacerla conocer es menester promulgarla» (Bentham, [1821] 1981: 575).

Creo que fue su discípulo John Austin el primero que se planteó una justificación distinta para la inexcusabilidad de la aplicación de la ley, es decir, una explicación no basada en el deber de conocer las leyes. Mientras que la ignorancia o el error de hecho es causa de justificación en la medida en que produce una ausencia de intención ilícita, y por eso señala Austin que «[...] la ignorancia o error inevitable respecto a una cuestión de hecho, está considerada, en todos los sistemas, como fundamento de exención [...]» (Austin, [1861] 1970, II: 170), y que, cuando hablamos de la ignorancia o error de Derecho, «[...] las normas de los diferentes sistemas parecen diferir considerablemente; aunque todos ellos coinciden en asumir generalmente que no debe constituir fundamento de una exención. *Regula est, juris ignorantiam cuique nocere es el lenguaje de las Pandectas*. Y para Manwood, tal y como lo cita Plowden, “It is to be presumed that no subject of this realm is misconusant of the Law whereby he is governed. Ignorance of the Law excuseth none”» (*ibid.*). Y añade Austin a renglón seguido: «No tengo duda de que esta regla es conveniente o, todavía más, es absolutamente necesaria. Pero las razones aducidas a favor de la regla, con las que he podido encontrarme, no son satisfactorias» (*ibid.*).

Austin establece que para que una obligación pueda ser efectiva, en el sentido de que su sanción pueda operar como motivo del cumplimiento, han de darse dos condiciones: la primera, que el sujeto pueda conocer la ley que impone la obligación y a la que se añade la sanción; la segunda, que el sujeto pueda conocer que un determinado acto, sea acción u omisión, constituya una violación de la ley o una ruptura de la obligación. «*A menos que concurren estas condiciones, es imposible que la sanción pueda operar sobre sus deseos*» (*ibid.*: 169). Para Austin, la única razón plausible a favor de la supuesta obligación de conocer las leyes que fundamenta (o es igual a) la inexcusabilidad de la ignorancia del Derecho es una razón utilitarista o, si se prefiere, consecuencialista. Si se admitiera la ignorancia del Derecho como

causa de exención «los Tribunales se verían envueltos en cuestiones que difícilmente sería posible resolver y que harían impracticable la administración de justicia» (*ibid.*). El razonamiento es el siguiente:

1. La ignorancia del derecho, si excusara, se alegaría siempre.
2. El tribunal tendría que averiguar, como cuestión de hecho, si la parte que lo alega efectivamente desconocía la ley en el momento de la infracción.
3. Si se comprobase que la ignoraba, el tribunal tendría que averiguar si la ignorancia en aquel momento era o no era inevitable.

Cualquiera de las dos últimas cuestiones — afirma Austin — es prácticamente insoluble. Por ello, la auténtica razón para la regla de la inexcusabilidad es bien distinta: «Sucede no infrecuentemente que la parte ignora la ley y que su ignorancia de la ley es inevitable. Pero si la ignorancia de la ley fuese causa de exención, la administración de justicia quedaría detenida» (*ibid.*: 172). Por ello, concluye Austin, la presunción es justa y, además, es cierta en una gran mayoría de las ocasiones cuando las leyes se han promulgado y son claras, pero, en todo caso, la razón última es la necesidad de que las leyes sean efectivamente aplicadas por los tribunales.

Joaquín Costa dedicó al «problema de la ignorancia del Derecho» su discurso de ingreso en la Academia. Su tesis principal se enuncia en las primeras palabras: «Es sabido que uno de los más firmes sostenes de las sociedades civilizadas viene siendo, desde hace más de dos mil años, una presunción *juris et de jure* que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia: esa base, ese cimiento de las sociedades humanas es el que se encierra en estos dos conocidos aforismos, heredados de los antiguos romanistas: 1º A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini liceat ignorare jus*); 2º En su consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual, aunque resul-

te que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido (*nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat*). Esta presunción se mantiene a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad [...]» (Costa, 1901: 5)

Costa dedica un notable esfuerzo a probar o, al menos, argumentar la afirmación. Los argumentos, básicamente, son cuatro: 1. la realidad de los hechos es justamente la contraria de la que se presume, es decir, «nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario» (*ibid.*, pág. 6) y ello tanto porque la mayor parte de la gente las desconoce como porque la minoría que las conoce, no conoce más que parte de ellas; 2. la promulgación por escrito no hace posible el conocimiento más que a algunos, ya que la mayoría no sabe leer, por lo que resulta tan incongruente como «pregonar las leyes en un pueblo de sordos» (*ibid.*: 7); 3. paradójicamente, a los jueces se les excusa por la ignorancia de las leyes, ya que el delito de prevaricación exige dictar sentencia injusta a sabiendas o por ignorancia inexcusable (*ibid.*: 23-24); y 4. la única solución sería imposible: «la consecuencia necesaria de la máxima *nemini licet ignorare jus* sería una vasta organización socialista, en que el Estado se hiciera cargo de todos los hijos de los ciudadanos, sin distinción, a partir de la primera niñez, dándoles manutención, vestido y alojamiento, como ahora a los soldados, mientras les enseñaba a leer las leyes, a entenderlas y almacenarlas en la memoria, para devolverlos, una vez enseñados, a sus familias y a la sociedad» (*ibid.*: 32) y, como el Derecho cambia, la tarea tendría que reproducirse continuamente haciendo incompatible el aprendizaje del derecho con cualquier otra ocupación, «incompatible, por tanto, con la vida» (*ibid.*: 34).

Parece que Costa tiene bastante razón. Dado que es imposible que todo el mundo conozca todas las leyes, el reconocimiento de esta norma se reduce, pues, a que los tribunales superiores y los inferiores y/o la comunidad de los juristas y/o la mayoría de la población

acepten, en efecto, que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento aun siendo todos ellos perfectamente conscientes de que el presunto deber de conocer las leyes es sencillamente imposible de cumplir. Esta contradicción pragmática (que todos consideremos obligatorio algo imposible de cumplir) solo puede resolverse bien negando la regla y proponiendo su desaparición, como hizo Costa, bien admitiendo la regla y buscándole otra explicación en la que no esté implícita la obligación de conocer las leyes, como hizo Austin.

3. UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL PERO DIFÍCIL DE APLICAR

Terminaba el siglo XIX cuando unos albañiles se encontraban trabajando en una casa en construcción y tuvieron la buena fortuna de encontrar un tesoro. El artículo 351 del Código Civil español establecía —como sigue estableciendo— que el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se halle, si bien cuando el descubrimiento se hace en propiedad ajena y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Los albañiles —obvio es decirlo— no tenían la menor idea de lo que establecía el artículo 351 del Código Civil y es fácil suponer que tampoco tenían la menor idea de lo que por aquel entonces establecía el artículo 2 del mismo, es decir: que la ignorancia de las leyes, y entre ellas la del artículo 351 del Código Civil, no excusaba de su cumplimiento. Así que los albañiles se repartieron el tesoro y, con la normal discreción, no dijeron nada a nadie. Pero de algún modo fueron descubiertos y, a continuación, fueron procesados y condenados por hurto. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala Segunda del 13 de mayo de 1896, confirmó que eran reos de hurto y que no podía excusarles su ignorancia del artículo 351. La misma posición mantuvo el Tribunal Supremo en sentencias del 14 de abril de 1900 y 5 de julio de 1901, en casos muy similares. Sin embargo, el Tribunal Su-

premo no lo tenía nada claro, puesto que en sentencias del 18 de enero y del 7 de febrero de 1899 declaró que no habían cometido el delito de hurto una legataria y una inquilina que habían hecho exactamente lo mismo con el tesoro encontrado en un mueble legado y en el edificio, respectivamente. La diferencia no estaba en el sigilo, en la ocultación de su descubrimiento, circunstancia que concurría en todos estos casos, pues en las primeras sentencias se afirma que precisamente el sigilo es lo que muestra la malicia, mientras que en las segundas se dice que el sigilo es comprensible por el temor a compromisos y reclamaciones. La diferencia estaba en que, en el caso de las segundas, se considera que la legataria y la inquilina tenían la equivocada creencia de que tenían derecho al tesoro. Parece, en consecuencia, que el Tribunal Supremo tenía serias dudas sobre si la ignorancia del artículo 351 del Código Civil era o no era una excusa o —dicho de otro modo— sobre cuál era el alcance del principio «la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento».

4. DECONSTRUYENDO EL PRINCIPIO

Desde entonces hasta ahora la teoría del Derecho se ha enriquecido de forma notable y, por ello, antes de examinar cuál pueda ser la justificación de este incómodo principio de la ignorancia —si es que la tiene—, conviene examinar cuál es exactamente su alcance. Creo que hay tres esquemas teóricos que delimitan el alcance del principio y facilitan, gradualmente, su justificación. Los ordenaré en una secuencia que me parece lógica —es decir: de mayor a menor— en la medida en que ofrecen sucesivamente respuestas a aspectos cada vez menos generales del problema. De acuerdo con el primero, debemos distinguir entre normas con sanción restitutiva y normas con sanción represiva, vinculando el alcance y justificación del principio con la función restitutiva de las

normas jurídicas. De acuerdo con el segundo, y enfrentados ya solo con normas represivas, podríamos utilizar la distinción entre acciones *mala in se* y acciones *mala prohibita*, vinculando el alcance y justificación del principio con las acciones *mala in se*. De acuerdo con el tercero, y enfrentados ya solo con las acciones *mala prohibita*, podríamos recurrir al concepto de «error de prohibición», reduciendo entonces de forma notable el alcance del principio. El análisis demostrará que, si se admiten las tres respuestas anteriores, el alcance del principio queda tan restringido que su justificación resulta, en efecto, fácilmente razonable.

4.1. NORMAS CON SANCIÓN RESTITUTIVA Y NORMAS CON SANCIÓN REPRESIVA

Es claro que en un supuesto como el del ejemplo de los albañiles las reacciones jurídicas posibles manifiestan aquella distinción a la que Emile Durkheim atribuía tanta importancia —en mi opinión, con toda razón— entre reglas jurídicas con sanción restitutiva, que realizan la solidaridad positiva orgánica, y reglas jurídicas con sanción represiva, que realizan la solidaridad positiva mecánica (Durkheim, [1893] 1967: 34, 96-98 y 393), porque una cosa es sostener que los albañiles cometieron un delito de hurto y deben ser castigados y otra, muy distinta, sostener que, aunque no lo cometieran, deben entregar la mitad del tesoro al dueño del terreno.

Si nos atenemos solo al efecto restitutivo, propio de la solidaridad orgánica, no parece haber inconveniente alguno en justificar razonablemente el principio de ignorancia. En realidad, lo que establece el principio, en este nivel, es que la ignorancia de las leyes no excusa de sufrir sus consecuencias restitutivas. Como señalaba Federico de Castro: «El cumplimiento general de la ley no se basa en la suposición de su conocimiento por todos; son falsas, por ello, las afirmaciones de que la regla contenida en el artículo 2º del Código sea una presunción iuris tantum, contra la cual quepa

aducir prueba en contrario, que sea una ficción y hasta la de que sea una presunción iuris et de iure. Nuestro Derecho no acoge, ni tiene por qué acudir, a la farsa gigantesca y monstruosa de suponer en toda persona una sabiduría inasequible hasta a los mejores juristas: la de no ignorar nada del Derecho. El artículo 2º tiene razones claras de justicia y se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho; una manifestación de esta colaboración es respetar las leyes, incluso las que no se conocen, aceptando y reconociendo sus consecuencias» (Castro, 1949: 529).

Si entendemos por «consecuencias» solo las consecuencias restitutivas, no veo inconveniente alguno en admitir que está justificado restituir los estados de cosas al diseño establecido en las normas con independencia de que el destinatario lo conociera o lo desconociera. La acción restitutiva del Derecho obedece, al fin y al cabo, a un esquema del tipo «no lo hizo, pues hágalo ahora». «no reparó el daño, repárelo ahora», «no pagó la cantidad, páguela ahora», «no abandonó el inmueble, abandónelo ahora», etc. y, para el caso de ignorancia, basta añadir en el esquema: «no lo hizo porque no lo sabía; pues ahora ya lo sabe, hágalo ahora». Para el caso de los albañiles, resulta claro: «No dieron la mitad del tesoro al dueño del terreno porque no conocían la ley; ahora ya la conocen, entreguen esa mitad».

No es ocioso recordar que el régimen de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, no exige otra cosa que el cumplimiento de la obligación o la reparación del daño. La responsabilidad extracontractual que exige el artículo 1902 del Código Civil no exige, en efecto, otra cosa que «reparar el daño causado». Si uno lo repara sin generar mayores discusiones, no hay castigo alguno asociado a la responsabilidad. No sería exagerado decir que la responsabilidad civil no implica reproche alguno por el incumplimiento y, por eso mismo, es indiferente que la obligación originaria se haya incumplido por mala fe, por desidia o por mera ignorancia. El Derecho solo obliga a reponer las cosas al estado jurídicamente

previsto. La ignorancia anterior es irrelevante, en estos casos, porque desde que se requiere al agente a reponer las cosas al estado jurídicamente previsto, el agente deja de ser ignorante de lo que la ley le exige y, en la medida en que solo se le exige eso, la ignorancia deja de ser una excusa posible por inexistente. La interpretación de Federico de Castro parece perfectamente asumible porque, en realidad, el artículo 6 del Código Civil, en este aspecto, no exige ni presume el conocimiento de las leyes. Pero esto solo resuelve una parte, aunque sea un parte extensa, del problema: el de las normas con sanción meramente restitutiva.

4.2. MALA IN SE Y MALA PROHIBITA

En un excelente trabajo sobre los presupuestos de la responsabilidad jurídica, afirma Fernando Molina que, mientras la reparación civil no suscita problemas, «muchos más problemas plantea la justificación de medidas sancionadoras que, aparentemente, sólo añaden mal sobre mal ya causado[...] tanto si su justificación se busca en la retribución del hecho cometido, como en la prevención de futuros hechos, el requisito del merecimiento resulta insoslayable» (Molina. 2001: 80). Aunque el grueso de la discusión sobre el fundamento de la responsabilidad penal se refiera al problema del libre albedrío o, lo que es lo mismo, a la capacidad de actuar de modo distinto, hay una parte, probablemente una parte menor, en esta discusión que afecta al principio de la ignorancia.

La doctrina penal clásica distinguía, a estos efectos, entre las acciones malas en sí mismas y las acciones malas en cuanto prohibidas. Las primeras estaban prohibidas y castigadas porque eran malas; las segundas eran malas solo en cuanto estaban prohibidas y castigadas. Sea que entendamos la idea de acciones *mala in se* en un sentido aristotélico, como lo que es naturalmente malo conforme a alguna noción normativa de la naturaleza, sea que la entendamos en referencia a los valores morales medios de un determinado grupo social —como

proponía Raffaele Garofalo en su concepto del «delito natural», concepto que por cierto ha sido frecuentemente utilizado por el Tribunal Supremo español frente a la alegación del error o la ignorancia— lo cierto es que tendríamos un buen expediente para fundamentar el principio de la ignorancia. No es difícil admitir que si uno de los albañiles de nuestro ejemplo hubiese decidido abandonar a su hijo recién nacido en un cubo de la basura y, una vez procesado, hubiese alegado en su defensa desconocer que el entonces artículo 155 del Código Civil obligaba a los padres a alimentar, tener en su compañía, educar e instruir a sus hijos, así como desconocer la correspondiente norma penal, cualquiera hubiera podido oponerle con buen sentido que las convicciones morales operantes en la sociedad española de entonces y notorias para el común de las gentes sostenían esa obligación de los padres y que el derecho se limitaba, en realidad, a sancionar semejante convicción. Muchos hubieran añadido, desde luego, que semejante convicción expresaba una ley natural grabada en el corazón de los hombres.

No es mi intención ahora discutir la noción de *mala in se* o la de «delito natural» y mucho menos el delicado problema del alcance que cualquiera de ellas pudiera tener, aunque sí me parece insoslayable admitir que alguna parte importante de las normas con sanción represiva (típicamente, las normas penales) se corresponden con reglas de la moral positiva del grupo. Lo que, ello no obstante, ha de añadirse es que, aun admitiendo la plausibilidad de cualquiera de aquellas nociones para justificar el principio de la ignorancia en relación con las normas represivas, su alcance es limitado. No sirven, en todo caso, para justificar el principio si —por continuar con este ejemplo tan sencillo como claro— lo que discutimos es si el albañil era responsable penal de un delito de hurto, porque se concederá que no está inscrito en el corazón de los hombres ni es parte de las convicciones morales medias el que precisamente un 50% del tesoro corresponda al dueño del terreno y otro 50% al descubridor, y

esto solo si el tesoro se descubre por casualidad. Pero los albañiles de nuestro ejemplo podrían estar un tanto más tranquilos si su problema con la ley se hubiese producido hoy en lugar de hace ciento y pico años, ya que la doctrina jurídica, primero, y el legislador, después, han refinado la idea de la responsabilidad penal en relación con la ignorancia.

4.3. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

Fue precisamente el hecho de que las normas penales, como las demás normas jurídicas, se hubieran extendido y tecnificado separándose de las convicciones morales generalizadas el primer argumento en que se apoyó el Gran Senado del Tribunal Supremo Federal alemán (el *Bundesgerichtshof*) para acoger la figura del error de prohibición (*Verbotsirrtum*) en una bien famosa sentencia del 18 de marzo de 1952. La teoría del dolo había sido dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en Alemania e Italia como en España, hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Conforme a ella, el principio general era el de la inexcusabilidad de la ignorancia del Derecho, salvo que la ignorancia o error de Derecho llegase a implicar una falta de intención de delinquir, excluyendo, por tanto, el dolo. Aunque con dificultades esa es la línea que seguía la jurisprudencia del Tribunal Supremo español a principios del siglo XX para confirmar unas veces la presencia de la intención maliciosa, a pesar de la ignorancia, y negarla otras constatando, por el contrario y gracias a la ignorancia, bien que «a causa de su rusticidad se hallaban en la explicable creencia de que en su totalidad les correspondía el tesoro» (sentencia de 28 de noviembre de 1906) o bien que «lo hizo sin intención o malicia [...] dadas sus cualidades subjetivas y derivadas de su absoluta incultura y completa ignorancia» (sentencia de 18 de marzo de 1931). El error de Derecho no era, en principio, una causa de exclusión del dolo, salvo que, en determinadas circunstancias, pudiese asimilarse al error esencial de hecho como, por ejemplo, declaraba la sentencia

de 31 de diciembre de 1924: «La creencia de ejercitar un derecho constituye error esencial, invalidante del dolo, pero ha de mediar para ello la condición de que la creencia aparezca debidamente fundada y el error, por tanto, pueda considerarse invencible».

El gran cambio se había producido en la dogmática penal cuando la relevancia del error de Derecho se trasladó desde la teoría del dolo a la teoría de la culpabilidad. De acuerdo con la teoría de la culpabilidad, el error de Derecho, aun siendo irrelevante para el dolo, es relevante para la culpabilidad y ello exige distinguir entre el error sobre el tipo (que excluye el dolo) y el error de prohibición, que, si bien no excluye el dolo, sí permite graduar la culpabilidad. Esta fue la tesis que, como acabo de indicar, asumió el Tribunal Supremo alemán en 1952 y terminó por ser incorporada a la legislación penal en 1975, en el § 17 del Código Penal de la República Federal Alemana (*Strafgesetzbuch*). En España fue la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio la que introdujo un artículo 6 bis cuyo apartado a) acogía la distinción entre el error de tipo, invencible y vencible, y el error de prohibición, invencible y vencible; el error-de-tipo invencible excluye la responsabilidad o, si es sobre una agravante, su apreciación; el error-de-tipo vencible permite castigar la infracción como culposa; el error-de-prohibición invencible excluye la responsabilidad; y el error-de-prohibición vencible atenúa en uno o dos grados la pena. El Código Penal vigente, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en su artículo 14 introduce algunas modificaciones formales, pero mantiene las mismas distinciones con los mismos efectos.

Este régimen penal se extiende al régimen de las sanciones administrativas. Sin duda alguna, la peculiaridad más relevante en el ámbito del Derecho administrativo sancionador deriva de la mayor exigencia de diligencia por conocer el derecho aplicable a una actividad cuando se trata de relaciones de las llamadas de «especial sujeción» o de actividades de carácter profesional, técnico o industrial que se

entienden sometidas a una especial obligación de diligencia, lo que se ha denominado como «especial severidad» en el orden administrativo. Esta es la posición vigente en la doctrina jurisprudencial española ya que, como señala Alejandro Nieto, «para el Tribunal Supremo la profesionalidad del autor excluye la posibilidad del error en razón a su obligación de no equivocarse» (Nieto, 1994: 367). Es decir, difícilmente podría alegar y probar un error invencible en el orden administrativo quien voluntariamente realiza una actividad regulada por el Derecho administrativo y, al hacerlo, asume —o podemos afirmar que debería haber asumido— obligaciones especiales de información y asesoramiento sobre las condiciones de ejercicio de tal actividad, que es justamente lo que ocurre con los profesionales y cuyo fundamento debe entenderse extensible a cualquier actividad de acceso reglado, como la que realiza el titular de un permiso de conducir, de un permiso de caza, de una licencia de apertura de un local público, etc.

De esta forma, en el ámbito de las normas con sanción represiva, la ignorancia del Derecho ha terminado por ser admitida bien con un total efecto exculpatorio si la ignorancia es invencible, bien con un efecto solo atenuante si la ignorancia es vencible.

5. CONCLUSIÓN: LA JUSTIFICACIÓN DE UN PRINCIPIO MUY MODESTO

Como hemos visto, el principio de ignorancia, en su formulación legislativa, aparece como un principio muy general en su alcance y muy estricto en sus consecuencias. Su justificación clásica parece estar asociada a una obligación general subjetiva de conocer las leyes; su justificación ilustrada parece trasladarse a una necesidad colectiva de aplicar las leyes establecidas previa garantía de que los destinatarios puedan haberlas conocido. Sin embargo, tanto el análisis histórico como el análisis ac-

tual muestran que el alcance del principio y la rigidez de sus consecuencias han sido continuamente objeto de minoración.

En su alcance actual, en un sistema jurídico como el español, 1. el principio de ignorancia no es aplicable a los supuestos de incumplimiento de normas con sanción meramente restitutiva, pues, en tales casos, el Derecho se limita a requerir el cumplimiento de la norma desde que el agente es requerido conforme a la ley para hacerlo y, al ser requerido, la norma se hace para él conocida y la ignorancia deja de existir; 2. el principio no es aplicable a los supuestos de normas con sanción represiva sobre acciones *mala in se* pues se trata de acciones cuyo reproche social es generalmente admitido y notorio, y cuando el agente puede demostrar una ignorancia o error invencible, entonces queda excusado; y 3. el principio solo es parcialmente aplicable a los supuestos de normas con sanción represiva sobre acciones *mala prohibita*, pues cuando el agente puede demostrar una ignorancia o error invencible queda excusado y cuando puede demostrar una ignorancia o error vencible la pena queda atenuada.

¿Cuál es, entonces, el alcance actual del principio? El principio solo alcanza a soportar el efecto de ciertas redistribuciones del daño asociadas a la responsabilidad contractual o extracontractual como son la compensación del lucro cesante o del daño emergente y a soportar una sanción atenuada en uno o dos grados en el caso de normas represivas y de ignorancia o error vencible.

Lo único que hay que justificar, en consecuencia, es por qué —en el primer supuesto— es justo cargar los daños sobre el incumplidor ignorante y no sobre el cumplidor (conocedor o, quizá también, ignorante) y por qué es justo castigar atenuadamente —en el segundo supuesto— al infractor ignorante. El problema de atribuir el coste del daño causado al incumplidor ignorante o a la víctima de su incumplimiento (sea conocedora o ignorante de la ley) puede resolverse razonablemente sin necesidad de recurrir a ninguna presunción de conoci-

miento ni a ninguna obligación infringida de conocer las leyes. Tampoco es necesario ni deseable recurrir a un análisis económico para atribuir el daño a quien con menos coste hubiera podido evitarlo en el caso concreto.

La seguridad que un ordenamiento jurídico eficaz ofrece a sus destinatarios, y que es el primer instrumento de la posibilidad de actuar libremente, justifica suficientemente que aquel cuyo comportamiento, por ignorancia, no se ajusta a la norma jurídica asuma los riesgos derivados de él, tanto si la víctima también actuaba con ignorancia como, con mayor motivo, si esta actuaba con conocimiento. De otro modo, no solo los ignorantes, sino tampoco los conocedores podrían apoyar la previsión de las consecuencias de sus decisiones en la exis-

tencia de normas jurídicas, y las normas jurídicas serían inútiles.

En el segundo supuesto, la única justificación posible para castigar, aunque sea atenuadamente, al infractor ignorante es que su ignorancia era vencible y ello solo tiene sentido si se admite una obligación implícita de conocer las leyes. Se trata, sin embargo, de una obligación atenuada y esgrimida preventivamente, de forma que el agente aprenda que la sociedad le requiere una cierta diligencia para conocer las leyes que pueden afectarle.

No parece, desde luego, que se trate en ninguno de ambos supuestos de una farsa, un absurdo, un escarnio ni una tiranía. Parece, más bien, un modesto precio a pagar si merece la pena vivir bajo el imperio de las leyes.

NOTAS

1. Este es el texto de la ponencia que leí en el Coloquio Derecho Civil-Filosofía del Derecho «La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento» celebrado en la Universidad de Zaragoza el 26 septiembre 2014. Quiero expresar mi agradecimiento a los profesores Jesús Delgado y Manuel Atienza que organizaron tan inusual encuentro, eligieron un tema sobre el que yo había trabajado en los últimos años y me invitaron a exponer allí mi punto de vista.

La primera vez que me ocupé del tema fue en mi libro «La eficacia de las normas jurídicas», publicado por primera vez en 2003, donde lo abordaba en la introducción histórica acompañando a otros dos, el de la costumbre *contra legem* y el del desuso. Estos dos temas tenían luego en aquel libro un mayor desarrollo por afectar a los aspectos teóricos de la eficacia de las normas jurídicas legisladas, pero la cuestión del principio de ignorancia no encontraba allí lugar y quedaba sin resolver por lo que añadí un breve epílogo proponiendo una solución. Posteriormente elaboré una versión del tema que unía la parte histórica y la parte sistemática, con alguna mayor extensión, que presenté como ponencia en el XV Seminario Hispano-Italiano de Teoría del Derecho que se celebró durante los días 23 y 24 de octubre de 2009 en Florencia, organizado en esa ocasión por el Centre de Théorie et Analyse du Droit de la Université Paris Ouest Nanterre, cuya discusión me ayudó a corregir y completar mi propuesta (Hierro 2011). Tuve también ocasión de presentar una versión abreviada en junio de 2012, en el Máster sobre Argumentación Jurídica que se imparte en la Universidad de Alicante, y fue también el contenido de la Lección de Apertura del Curso Académico 2013-2014 en la Universidad Autónoma de Madrid.

El profesor Jesús Delgado conoce bien la versión que aparece en el libro y la de 2011 y ha sido crítico con ellas por cuanto se refiere a mis críticas a Joaquín Costa. Tiene razón tanto cuando señala que «Hierro no profundiza en la obra de Costa» como cuando afirma que «sin embargo, sus páginas son objetivamente un homenaje al jurista aragonés» (Delgado 2013, 124). Tampoco ahora profundizaré en la obra de Costa, lo que me excede personalmente y excede también mi objetivo al tratar de desentrañar la justificación —si la tiene— del principio de inexcusabilidad de la ignorancia. Precisamente en lo que yo discrepo de Costa es en que creo que la tiene mientras que él no lo creía.

2. *Vid.* para todas las referencias, García Gallo (1959: 125-128).

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES (1989): *Ética a Nicómaco*, edición de M. Araujo y J. Marías, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- AUSTIN, John ([1861] 1970): *Lectures on Jurisprudence*, tres volúmenes, Nueva York: Burt Franklin.
- BENTHAM, Jeremy ([1821] 1981): *Tratados de legislación civil y penal*, ed. de Ramón Salas, Madrid: Editora Nacional.
- CASTRO, Federico de (1949): *Derecho civil de España*, I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- COSTA, Joaquín (1901): *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre*, Barcelona: Sucesores de Manuel Soler.
- (2000): *El problema de la ignorancia del Derecho*, Madrid: Civitas.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2013): «El problema de la ignorancia del derecho en Joaquín Costa: una visión refleja» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín Rams Albasa*, Madrid: Dykinson, 115-128.
- DURKHEIM, Émile ([1893] 1967): *De la Division du Travail Social*, París: Presses Universitaires de France.
- GARCÍA GALLO, Alfonso (1959): *Manual de historia del Derecho Español*, T. I: *El origen y la evolución del Derecho*; y T. II: *Antología de las fuentes del antiguo Derecho*, Madrid: ed. del autor.
- HIERRO, Liborio (2011): «Sobre el modesto principio de que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento», en Pierre Brunet y Federico J. Arena (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 99-127.
- MOLINA, Fernando (2000): *Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)*, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 53 (1), 169-284.
- NIETO, Alejandro (²1994): *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos.
- PANTALEÓN, Fernando (ed.) (2001): *La responsabilidad en el Derecho*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4.