

Kaufmann, Das Schuldprinzip (1961), ZStW 80 (1968), 639; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), 34; Krümpelmann, Stufen der Schuld beim Verbotssirrtum, GA 1968, 129; Horn, Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969; Kerscher, Tatbestands- und Verbotssirrtum im Nebenstrafrecht etc., tes. doct. München, 1969; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotssirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotssirrtums, 1969; Strauss, Verbotssirrtum und Erkundigungspflicht, NJW 1969, 1418; Tiedemann, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotssirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 81 (1969), 869; Tiedemann, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Blei, Unrechtsbewußtsein und Verbotssirrtum, JA 1970, 205, 333, 525, 599, 665; Busse, Unklare Doppelregelung des Verbotssirrtums im 2. StrRG, MDR 1971, 985; Backmann, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, 196, 326, 452, 649; 1973, 30, 299; 1974, 40; Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heintz-FS, 1972, 207; Baumann, Grenzfälle im Bereich des Verbotssirrtums, Welzel-FS, 1974, 533; Gössel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974; Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-FS, 1974, 171 (= Problemas básicos, 1976, 200); Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Welzel-FS, 1974, 499; Ebert, Der Überzeugungstätter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975; Herdegen, Der Verbotssirrtum in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BGH-FS, 1975, 195; Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 539; Schmidhäuser, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975, 1807; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976; Kienapfel, Unrechtsbewußtsein und Verbotssirrtum, ÖJZ 1976, 113; Langer, Vorsatzttheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976, 193; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beihft 1978, 6; Paefl, gen. Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungssirrtum, JZ 1978, 738; Arzt, Zum Verbotssirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 (1979), 857; D. Meyer, Vermeidbarkeit des Verbotssirrtums und Erkundigungspflicht, JuS 1979, 250; Paeflgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-FS, 1979, 279 [= Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad., intr. y notas F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, 147]; Schmidhäuser, Der Verbotssirrtum und das Strafgesetz, JZ 1979, 361; Warda, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, 1, 71, 113, 286; Wolter, Schuldhaftige Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotssirrtum, JuS 1979, 482; Haft, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, 430, 588, 659; Kramer/Trittel, Zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB, JZ 1980, 393; Schick, Die Vorwerfbarkeit des Verbotssirrtums bei Handeln auf falschen Rat, ÖJZ 1980, 595; Schmidhäuser, Schlusswort zu Kramer/Trittel, Zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB, JZ 1980, 393, loc. cit., 396f.; H.-W. Schünemann, Verbotssirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW 1980, 735; Burkhardt, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 1981, 681; Rudolphi, Die Verbotssirrtumsregelung des § 9 StGB im Widerstreit von Schuld und Prävention, JBl 1981, 289; Deckers, Unrechtsbewußtsein, en: v. Bönmér/de Boor (eds.), Unrechtsbewußtsein, 1982, 58; Krauß, Das Unrechtsbewußtsein, en: v. Bönmér/de Boor (eds.), Unrechtsbewußtsein, 1982, 30; Rudolphi, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkheitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, en: v. Bönmér/de Boor (eds.), Unrechtsbewußtsein, 1982, 1; Kunz, Strafausschluss oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?, GA 1983, 457; J. Meyer, Verbotssirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht, JuS 1983, 513; Tischler, Verbotssirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; Grünwald, Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie, Noll-GS, 1984, 183; Maiwald, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; Tinpe, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotssirrtums, GA 1984, 51; Donatsch, Unrechtsbewußtsein und Verbotssirrtum, SchwZSt 102 (1985), 16; Loos, Bemerkungen zur "historischen Auslegung", Wassermann-FS, 1985, 123; Nierwetberg, Der strafrechtliche Substantionsirrtum - Tatbestands- oder Verbotssirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura 1985, 238; Schlüchter, Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra 1985, 43, 94; Schlüchter, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzsbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS 1985, 373, 527, 617; F. Meyer, Der Verbotssirrtum im Steuerstrafrecht, NSiZ 1986, 443; Figueiredo Dias, O problema da consciência da ilicitude

## § 21. El error de prohibición

**Bibliografía:** Kohleusch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; Mezger, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohleusch-FS, 1944, 180; Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949 (reimpr. 1985); Lang-Hinrichsen, Zur Frage des Unrechtsbewußtseins, ZStW 63 (1951), 332; v. Weber, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, 260; Lang-Hinrichsen, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotssirrtum, JR 1952, 184; Lang-Hinrichsen, Tatbestandslehre und Verbotssirrtum, JR 1952, 302, 356; Bindokat, Irrungen und Wirrungen in der Rechtsprechung über den Verbotssirrtum, JZ 1953, 748; Germann, Gehört das Unrechtsbewußtsein zur Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Delikts?, SchwZSt 68 (1953), 371; Heitzer, Ist der putative Rechtfertigungsgrund als Verbotssirrtum zu behandeln?, NJW 1953, 210; Lang-Hinrichsen, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, 362; Niese, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, DRiZ 1953, 20; Nowakowski, Rechtsfindlichkeitsbezogenes Unrechtsbewußtsein?, NJW 1954, 908; Hartung, Zweifelsfragen des Verbotssirrtums, JZ 1955, 663; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotssirrtum bei Blankettrafgesetzen, 1955; Welzel, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatives Problem, ZStW 67 (1955), 196; Arth. Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, 353 (= Schuld und Strafe, 1983, 99); Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73; Lange, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, 519; Welzel, Der Verbotssirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, 238; Dreher, Verbotssirrtum und § 51, GA 1957, 97; Lange, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ 1957, 233; Schröder, Verbotssirrtum Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa, GA 1957, 297; Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotssirrtum bei Rechtfertigungsgründen. Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958, ZStW 70 (1958), 566; Fukuda, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, JZ 1958, 143; Arth. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; Warda, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotssirrtums, ZStW 71 (1959), 252; Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; Lindner, Die Behandlung des Verbotssirrtums als strafprozessrechtliches Problem, NJW 1960, 657; Baumann, Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, JZ 1961, 564; Arth. Kaufmann, Schuldfähigkeit und Verbotssirrtum, Eb. Schmidt-FS, 1961, 319; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961 (1976); Maurach, Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, Eb. Schmidt-FS, 1961, 301; Mezger, Fiktion und Analogie beim sog. Verbotssirrtum, NJW 1961, 869; Roxin, Die Irrtumsregelung des E 1960 und die strenge Schuldtheorie, MSchrKrim 44 (1961) 211; Schafstein, Tatbestandsirrtum und Verbotssirrtum, OLG Celle-FS, 1961, 175; Bindokat, Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, NJW 1962, 185; Matil, Wissensanspannung, ZStW 74 (1962), 201; Bindokat, Zur Frage des doppelten Irrtums, NJW 1963, 745; Arth. Kaufmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 543 (= Schuld und Strafe, 1983, 129); Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; Roxin, Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 582; Kichenhoff, Die staatsrechtliche Bedeutung des Verbotssirrtums, Stock-FS, 1966, 75; Peters, Überzeugungstätter und Gewissenstätter, H. Mayer-FS, 1966, 257; Peters, Bemerkungen zur Rspr. der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966, 457; Roxin, Recens. de Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes (1964), ZStW 78 (1966), 248; Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-FS, 1966, 317; Scheue, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; Englisch, Recens. de Arth.

## § 21. El error de prohibición

### § 21

em Direito Penal,<sup>1</sup> 1987; Arth. Kaufmann, *Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum*, Lackner-FS, 1987, 185; Reiß, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei der Steuerhinterziehung*, wistra 1987, 161; Roxin, *Ungeklärte Probleme beim Verbotsirrtum*, en: Hirsch (ed.), *Deutsch-Spanisches Strafrechtslehrekolloquium 1986, 1987, 81*; Kohlschütter, *Die strafrechtstheoretische Lösung der Fälle des indirekten Verbotsirrtums*, tes. doct. Bayreuth, 1989; Küper, *Die dämonische Macht des "Katzenkönigs"*, JZ 1989, 617; Spendel, *Das Unrechtsbewußtsein in der Verbrechenssystematik*, Tröndle-FS, 1989, 89; Stratenwerth, *Vermeidbarer Schuldausschluß*, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 485; Otto, *Der Verbotsirrtum*, Jura 1990, 645; Zaczek, *Der verschuldete Verbotsirrtum*, JuS 1990, 889; Dimakis, *Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat*, 1992; Groteguth, *Normund Verbots(un)kennmis*, § 17 S. 2 StGB, 1993; Neumann, *Der Verbotsirrtum* (§ 17 StGB), JuS 1993, 793.

## I. La regulación del error de prohibición. Evolución histórica y problemática de política jurídica

Concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida. P.ej. alguien graba en una cinta magnetofónica, sin que lo sepa su interlocutor, la conversación telefónica que está manteniendo (§ 201); no se le pasa por la cabeza la idea de que eso pueda estar prohibido. O alguien organiza para fines de beneficencia una lotería pública (§ 286); no sospecha que necesita una autorización oficial para ello. O alguien seduce a una mu- chacha de quince años (§ 182); conoce su edad, pero considera permitido su hecho.

Respecto de la —en ocasiones difícil— delimitación del error de prohibición frente al error de tipo (§ 16), se puede hacer remisión a explicaciones anteriores (§ 12, nm. 81 ss.). Su criterio rector es que el error de prohibición sólo afecta a la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, se base en razones fácticas o jurídicas, es siempre un error de tipo. Hay que distinguir además el error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación (sobre ello a fondo § 14, nm. 51 ss.); también se han tratado ya los problemas de delimitación que al respecto se producen (§ 14, nm. 77 ss.).

Es cierto que el error de tipo y el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación conducen también, de manera mediata, a un error de prohibición, en cuanto que privan al sujeto de la "comprensión de que hace algo injusto". Pero, como las consecuencias jurídicas de los dos errores primeramente mencionados resultan más beneficiosos que el error de prohibición para el sujeto, el recurso inmediato o por analogía al § 16 excluye la aplicación del § 17. Este rige por tanto sólo para el error de prohibición "immediato".

El legislador ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Por tanto, si los tres sujetos de los casos de partida no pudieron vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y han de ser absueltos. Si el error, como sucede en la mayoría de los casos, fue vencible, tampoco excluye la culpabilidad, sino que conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena (§ 17

## § 21 Sección 5.ª – Culpabilidad y responsabilidad

inc. 2). En particular, el error de prohibición, sea vencible o invencible, no afecta al dolo del sujeto. Por tanto, si en los ejemplos de partida aceptamos que los sujetos pudieron evitar su error, se les castiga por delito doloso conforme a los §§ 201, 286 y 182; no obstante, en la mayoría de los casos la pena correspondiente al dolo se rebaja conforme al § 49 I. Una concepción así del error de prohibición como causa de exclusión o de atenuación de la culpabilidad no resulta en modo alguno evidente, sino que es el resultado de una larga evolución y resulta aún hoy discutida.

5 El StGB de 1871 únicamente había tratado en el § 59 como excluyente del dolo el error de tipo y no había regulado el error de prohibición. Sobre esta base el RG había distinguido entre error de hecho y de Derecho. El error sobre hechos excluiría con carácter general el dolo. En cambio, en los errores de Derecho se volvía a diferenciar: los errores de Derecho penal serían totalmente irrelevantes, mientras que los errores de Derecho extrapenal se equiparaban al error de hecho y se trataban como excluyentes del dolo<sup>1</sup>. Conforme a ello, se consideraba p.ej. el error sobre la ajenidad de una cosa como error de Derecho extrapenal y por tanto como excluyente del dolo, porque las relaciones de propiedad estaban reguladas en el BGB (RGSt 50, 183); en cambio, las falsas representaciones expuestas en el nm. I no habrían podido, como errores de Derecho penal, exonerar a los sujetos. En la doctrina científica se rechazó casi unánimemente esta jurisprudencia, pese a sus resultados a menudo admisibles en el caso concreto<sup>2</sup>. Y con razón: pues los errores de Derecho penal y extrapenal no son claramente delimitables entre sí; p.ej. se habría podido interpretar el concepto de ajenidad, dado que está contenido en el StGB, también como concepto jurídico penal. Tampoco resulta convincente que la cuestión, a menudo dependiente de casualidades, de si una materia jurídica está regulada en el StGB o fuera de él, haya de prejuzgar la relevancia del error: "... no tiene sentido considerar disculpante un error de Derecho sobre el derecho de autotutela por el hecho de que la autotutela esté regulada en el BGB, y sin embargo un error de Derecho sobre la legítima defensa como no disculpante, porque la misma se trate en el StGB"<sup>3</sup>. Pero, sobre todo, atenta contra el principio de culpabilidad dejar sin relevancia un error de Derecho, sea de la clase que sea, si fue invencible.

6 En la doctrina científica se impuso por consiguiente la opinión de que un error de prohibición debe disculpar como mínimo cuando es invencible y por tanto no reprochable. Quien no posee la posibilidad de acceder al conocimien-

<sup>1</sup> Entre la numerosa bibliografía, cfr. simplemente Kohleusch, 1903, 118 ss., y últimamente Arth. Kaufmann, 1950, 46 ss.

<sup>2</sup> Sólo recientemente la jurisprudencia del RG vuelve a hallar un cierto reconocimiento como principio rector para la delimitación entre error de tipo y de prohibición: al respecto más detenidamente § 12, nm. 102 ss.

<sup>3</sup> Frank, StGB,<sup>18</sup> 1931, § 59 III 2.

to de la norma no es normativamente asequible (al respecto § 19, nm. 34 ss.) y actúa sin culpabilidad<sup>4</sup>, y tampoco puede por tanto ser castigado. Sin embargo siguió discutiéndose mucho cómo repercute un error de prohibición vencible en la culpabilidad. A este respecto se configuraron dos concepciones opuestas —con múltiples matices y variaciones en los pormenores—, que se conocen con los nombres de “teoría del dolo” y “teoría de la culpabilidad”. La teoría del dolo, cuya fundamentación más impresionante la dio por primera vez Binding<sup>5</sup>, contempla la esencia del delito en la rebelión consciente del sujeto contra la norma y en consecuencia sólo aprecia culpabilidad dolosa cuando el sujeto actuó con conciencia de la antijuridicidad. Convierte por tanto a la conciencia de la antijuridicidad en un presupuesto del dolo (de ahí el nombre “teoría del dolo”). Según ello, en nuestros tres ejemplos de partida (nm. 1) los sujetos quedarían impunes, porque les falta el dolo y la comisión imprudente no es punible. Frente a ello, la teoría de la culpabilidad, que bajo la influencia de la teoría finalista de la acción alcanzó el carácter de opinión dominante en la posguerra, parte de la idea de que la conciencia de la antijuridicidad no sería presupuesto del dolo y tampoco necesariamente de la plena culpabilidad. A quien por indiferencia absoluta no se preocupa de la ley no se le ha de juzgar, en caso de infracción de ésta, más benignamente que a aquel que conscientemente la burla; por lo demás, un error de prohibición podría atenuar la pena correspondiente al dolo según la medida de su reprochabilidad. En nuestros casos demostrativos esta concepción conduce a que los sujetos sean sancionados con una pena correspondiente al dolo atenuada —como se expuso en el nm. 4—, si podían evitar su error.

En la posguerra los tribunales se apartaron de la jurisprud. del RG. La resolución de la Gran Sala de lo Penal de 18-3-1952 (BGHSt 2, 194) marca un giro histórico. Se pronunció no sólo contra el RG, sino también contra la teoría del dolo y estableció con su voto en favor de la teoría de la culpabilidad el cambio de vía para el futuro. No sólo el P 1962 y el PA, sino también la nueva Parte general en el § 17, han seguido la teoría de la culpabilidad. No obstante, desde un punto de vista de política jurídica ha seguido siendo discutida la regulación. El AG Pinneberg fue de la opinión de que el tratamiento diferenciado del error de tipo y el error de prohibición (en el primero exclusión del dolo y en el segundo sólo atenuación facultativa de la pena) infringe el art. 3 GG. Sin embargo BVerfGE 41, 121, confirmó la constitucionalidad de la ley vigente.

<sup>4</sup> Frente a ello, Spendel, Tröndle-FS, 1989, 89 ss., defiende la opinión de que la conciencia real o potencial de la antijuridicidad pertenece al tipo subjetivo, de modo que por tanto un error de prohibición invencible excluiría ya la realización del tipo. Lo fundamenta en que el error de prohibición sería objeto de la valoración y por eso debería pertenecer al injusto, mientras que la mera valoración se reservaría a la culpabilidad. Sin embargo valoración y objeto de valoración van unidas tb. en todas las demás causas de exclusión de la responsabilidad; cfr. § 19, nm. 14.

<sup>5</sup> Binding, Normen, t. III/2, 4191/6, §§ 125 ss.

8 Se ha de aprobar la decisión del legislador por la teoría de la culpabilidad. Sin embargo Schmidhäuser<sup>6</sup>, el más ferviente partidario de la teoría del dolo en el presente, escribe que en la existencia o la falta de conciencia de la antijuridicidad\* en la comisión del hecho radica “exclusivamente... la diferencia que, desde criterios de culpabilidad, fundamenta el totalmente distinto merecimiento de pena, nunca puede bastar aquí para el delito doloso el mero conocimiento de hechos.” Pero con ello se sobrevalora la relevancia de la conciencia de la antijuridicidad para la culpabilidad. Es verdad que en general quien atenta contra el Derecho de manera consciente cargará sobre sí una culpabilidad más alta que quien infringe la ley de manera inconsciente; también la teoría de la culpabilidad puede tenerlo en cuenta mediante una atenuación de la pena. Pero ello no es forzosamente así. La culpabilidad de quien infringe normas éticosociales elementales, p.ej. al realizar negocios usurarios de manera aprovechada (§ 302 a) o al maltratar sin miramientos a sus hijos (§ 223 b), no es menor cuando sin conciencia no considera en absoluto la posibilidad de una transgresión del Derecho que cuando primeramente ha de vencer escrúpulos jurídicos. Pues el fundamento de la punición del delito doloso no consiste en la desobediencia, sino en que el sujeto desdén de manera intolerable los intereses de otros o de la comunidad<sup>7</sup>. La diferencia valorativa decisiva no se halla en la presencia o ausencia de conciencia de la antijuridicidad, sino en si el sujeto actúa, como en el error de tipo o en el error de tipo permisivo, conforme a parámetros que en una contemplación objetiva coinciden con los del Derecho (en tal caso siempre exclusión del dolo y a lo sumo imprudencia) o si orienta su conducta por parámetros que se apartan de los del Derecho. La segunda constatación es la del error de prohibición; sólo en ella se decide en el caso concreto si concurre culpabilidad plena o atenuada o ninguna responsabilidad jurídico-penal en absoluto.

9 Además, es incompatible con la función del Derecho como ordenamiento objetivo el que la teoría del dolo ponga la vigencia de las normas jurídicas ampliamente a disposición de sus destinatarios; basta sólo con no tomar conciencia de un tipo para quedar a salvo de su amenaza de pena. Entonces ya no se castiga lo que el legislador comina con pena, sino lo que el particular

<sup>6</sup> Schmidhäuser, JZ 1979, 367.

\* Traduzco aquí y por regla general “Unrechtsbewußtsein” por “conciencia de la antijuridicidad” (que literalmente corresponde a “Bewußtsein der Rechtswidrigkeit”) porque aquellas dos expresiones son las más utilizadas actualmente en la doctrina alemana y española respectivamente para referirse al conocimiento por el sujeto del carácter prohibido de su conducta. No obstante, la traducción más literal de “Unrechtsbewußtsein” sería “conciencia del o de lo injusto” o (la que resultaría preferible y más coincidente con el tenor del art. 14.3 CP, aunque no ha arraigado la traducción de “Unrecht” por hecho ilícito o por ilícito, que en definitiva serían menos extrañas en castellano que “hecho injusto” e “injusto”) “conciencia de la ilicitud” [N. del T.].

<sup>7</sup> Cfr. Arth. Kaufmann, 1950, 142 ss. y *passim*, quien se fija en la conciencia de la dañosidad social.

## § 21. El error de prohibición

### § 21

considera prohibido. Muchos defensores de la teoría del dolo han intentado superar estas objeciones haciendo una excepción en los supuestos de error de prohibición basado en "ceguera jurídica" u "hostilidad al Derecho" y proponiendo castigar por delito doloso, pese a la falta de conciencia de la antijuridicidad. Pero éste es un mal expediente, pues, cuando se trata como dolosa una acción que conforme a las premisas de esta concepción es imprudente, se abandona el punto de partida y se admite que la conciencia de la antijuridicidad no caracteriza siempre la diferencia decisiva de culpabilidad entre el dolo y la imprudencia. Este es sin embargo el criterio de la teoría de la culpabilidad, que es mejor seguir desde un principio.

Sin embargo, la teoría de la culpabilidad pierde poder de convicción y la teoría del dolo gana plausibilidad en la misma medida en que la dañosidad social de una conducta ya no sea deducible sin más del conocimiento de las circunstancias determinantes del injusto jurídicopenal. En el Derecho penal especial o accesorio, con sus miles de disposiciones penales que apenas nadie respiece en la cabeza, a menudo sólo del conocimiento del precepto se puede obtener el impulso para la omisión de la acción prohibida, de modo que, cuando falta el conocimiento de la prohibición, se actúa con culpabilidad sustancialmente disminuida. Pero en algunas normas del StGB, como v.g. las tomadas como ejemplo en el nm. 1, la conciencia de la dañosidad social tampoco se deriva sin más para el no jurista del conocimiento de las circunstancias del hecho. No obstante, una absolución general en caso de falta de conocimiento de la norma, como postula —cuando no se castiga la comisión imprudente— la teoría del dolo, no sería tampoco la solución políticocriminalmente correcta en tales tipos, porque una interpretación así paralizaría los esfuerzos por conocer el Derecho y derogaría en la práctica normas que nadie conoce. Será preferible tener en cuenta desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad la menor necesidad de pena y, según la situación del caso, no pocas veces incluso la falta total de necesidad de pena del sujeto que actúa en error de prohibición en estos ámbitos, haciendo un uso generoso de la posibilidad de atenuación de la pena y, cuando se pueda renunciar totalmente a una pena, juzgando el error de prohibición como invencible conforme a parámetros normativos (más detenidamente nm. 37 ss.).

Algunos autores aislados intentan aún hoy interpretar recogida en el Derecho vigente la teoría del dolo. Así Schmidhäuser<sup>8</sup> propugna aplicar analógicamente el § 16 I al error de prohibición. El § 17 queda entonces en gran medida vacío. El inciso 1 se referiría sólo a

<sup>8</sup> Schmidhäuser, JZ 1979, 361 ss.; además idem, StuB AT<sup>2</sup>, 7/89 s.; similar su discípulo Langer, GA 1976. Según Otto, AT<sup>4</sup>, § 7 V 1, idem, Jura 1990, 645, siguiendo a Arth. Kaufmann, 1950, 142 ss., la conciencia de la dañosidad social pertenece al dolo ("teoría modificada del dolo"); eso desemboca en cuanto al resultado en gran medida en la "teoría más flexible o suavizada de la culpabilidad" (nm. 40), por la que aquí se aboga (nm. 37-41), que con frecuencia llega a la conclusión de la invencibilidad del error de prohibición en el Derecho penal especial o accesorio cuando falta la conciencia de la lesividad social.

## § 21 Sección 5.ª - Culpabilidad y responsabilidad

### § 21

hechos no dolosos y expresaría la evidencia de que no existe imprudencia cuando el error es invencible; el inciso 2 introduciría una posibilidad de atenuación para la imprudencia basada en un error de prohibición. Se discute si tal lectura está ya excluida por el efecto vinculante de BVerfGE 41, 121<sup>9</sup>. En cualquier caso, no sólo es materialmente errónea por las razones expuestas, sino que además vulnera la ley. Ni siquiera Schmidhäuser discute que el legislador pretendió codificar la teoría de la culpabilidad<sup>10</sup>. Esa voluntad ha hallado una expresión tan clara en el StGB que a los intérpretes les está absolutamente vedada otra interpretación<sup>11</sup>. Cuando la rubrica oficial del § 17<sup>12</sup> reza "error de prohibición", no se puede admitir que éste esté regulado en el § 16. También seguiría siendo inexplicable por qué la imprudencia causada por un error de prohibición debería atenuarse aún más mediante el § 17 inc. 2 frente a la imprudencia de hecho. Finalmente la ley permite reconocer también sin lugar a dudas que los tipos imprudentes están concebidos únicamente para la imprudencia de hecho.

## II. El objeto de la conciencia de la antijuridicidad

12 "Conciencia de la antijuridicidad significa: el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido" (BGHSt 2, 196)<sup>12</sup>. Según eso, para la conciencia de la antijuridicidad no basta la conciencia de la dañosidad social o de la contrariedad a la moral de la propia conducta; pero, por otro lado, tampoco es necesaria según la op. dom. la conciencia de la punibilidad. Se exige demasiado poco cuando se considera suficiente para la conciencia de la antijuridicidad la conciencia de la dañosidad o de la inmoralidad<sup>13</sup>. Pues, dado que ni mucho menos todas las acciones disvaliosas están prohibidas (v.g. en el terreno de la conducta sexual o en la pugna propia de la competencia económica), la conciencia de contravenir normas sociales o éticas supone a lo sumo un medio para acceder al conocimiento de la prohibición, pero no es este mismo conocimiento. Además, las valoraciones sociales y morales son tan cambiantes en una sociedad pluralista que el Derecho no puede exigir la orientación incondicional por ellas, sino que por regla general sólo puede formular el reproche íntegro de culpabilidad cuando el sujeto desatiende conscientemente prohibiciones y mandatos jurídicos. No obstante, la conciencia de la dañosidad social o del carácter de cualquier otro modo disvalioso de la propia conducta es un indicio de la vencibilidad de un error de prohibición (cfr. nm. 56) y en casos extremos puede conducir a la negación

<sup>9</sup> A favor Kramer/Trittel, JZ 1980, 393; en contra Schmidhäuser, JZ 1979, 363; idem, JZ 1980, 396.

<sup>10</sup> Al respecto, exhaustivamente Loos, Wassermann-FS, 1985, 125.

<sup>11</sup> Acertadamente Jakobs, AT<sup>2</sup>, 19/15; Wessels, AT<sup>23</sup>, § 11 I 3.

\* En el StGB los parágrafos tb. llevan rubrica (encabezamiento, epígrafe, título) alusiva a su contenido, cosa que no sucede en el CP, en que sólo la llevan los libros, títulos, capítulos y secciones [N. del T.].

<sup>12</sup> Así tb. la op. dom. y la jurisprud. que sigue: BGHSt 3, 129; 4, 242; 5, 288; 10, 41; 16, 158; 19, 279 ss. Exhaustivamente Rudolph, 1969, 56 ss.

<sup>13</sup> Igualmente de manera expresa BGH GA 1969, 61; AK-Neumann, § 17, nm. 13, 16, con ulteriores referencias; de otra opinión en cambio Arth. Kaufmann, 1950, 142 ss.; idem, JZ 1976, 130 ss.; Schmidhäuser, H. Mayer-FS, 1966, 329.

lidad no requiere un marco penal especial, sino que se puede tener en cuenta en la medición ordinaria de la pena. Por lo demás, la trascendencia práctica de la cuestión controvertida es muy pequeña, pues, dado que el ciudadano medio no preparado apenas sabe distinguir entre diversos campos jurídicos y entiende prohibición de la mayoría de las veces como prohibiciones jurídico-penales, la conciencia de la antijuridicidad se vinculará a la conciencia de la punibilidad. Además, un error sobre la punibilidad con pleno conocimiento de la punición, si se lo quisiera incluir en el § 17, normalmente no se contemplaría como motivo de reducción del marco penal<sup>19</sup>, de modo que en definitiva el sujeto no podrá contar con una punición distinta que si se rechaza desde un principio el recurso al § 17.

**14** Tampoco la jurisprudencia es punto de referencia de la conciencia de la antijuridicidad<sup>20</sup>. Por tanto, es posible que alguien crea, pese a la jurisprudencia en contra, en la conformidad a Derecho de su conducta, porque —v.gr. como jurista o en virtud de dictámenes por él solicitados— considera erróneo el punto de vista jurídico de aquella, del mismo modo que, a la inversa, alguien puede juzgar antijurídica una conducta que la jurisprudencia considera permitida. No obstante, ésta es una consideración un tanto académica, pues por regla general el ciudadano se atenderá a la jurisprudencia si la conoce, de modo que su conciencia de la antijuridicidad o de la falta de ésta se orientará por ella. Cuando sin embargo su valoración de la situación jurídica se aparte de la de la jurisprudencia, normalmente caerá en un estado de duda; existe entonces una conciencia eventual de la antijuridicidad que ha de ser tratada conforme a reglas especiales (cfr. nm. 28 ss.).

**15** Si se contempla como objeto de la conciencia de la antijuridicidad la prohibición o el mandato jurídicos, de ello se deduce que el sujeto que actúa por motivos de conciencia o por convicción no puede invocar el § 17, en la medida en que sabe simplemente que el ordenamiento jurídico prohíbe tal conducta<sup>21</sup>. Por tanto, quien comete un allanamiento de morada (§ 123) o unas coacciones (§ 240), porque está convencido de que debe manifestarse de este modo contra abusos sociales o políticos, no actúa en error de prohibición si sabe que el ordenamiento jurídico desaprueba el hecho que él considera necesario<sup>22</sup>. Sólo se daría un error de prohibición cuando el sujeto pensara que también el ordenamiento jurídico aprobaba su conducta en las circunstancias concretas

<sup>19</sup> El mismo Schroeder, LK<sup>10</sup>, § 17, nm. 7, opina tb. que "un error sobre la punibilidad con conocimiento simultáneo de la antijuridicidad general muy rara vez será invencible y a menudo no merecerá tampoco una atenuación de la pena".

<sup>20</sup> Al respecto exhaustivamente y no coincidiendo en todos los puntos Rudolph, 1969, 93, ss.

<sup>21</sup> Así tb. BGHS: 4, 3; OLG Bremen NJW 1963, 1932; OLG Hamm NJW 1965, 777; OLG Hamm NJW 1968, 214.

<sup>22</sup> Va en parte más lejos en el supuesto del sujeto que actúa por motivos de conciencia Peters, H. Mayer-FS, 1966, 257 ss.; idem, JZ 1966, 457 ss. Discr. tb. Arm. Kaufmann, ZStW 80 (1968), 40 s.

de cualquier atenuación de la culpabilidad (cfr. nm. 8). Así se reduce la trascendencia práctica de la divergencia de opiniones; precisamente porque el § 17 no concede al error de prohibición relevancia para excluir el dolo y ni siquiera necesariamente para rebajar la pena, se puede mantener sin reparos la prohibición o mandato legales como punto de referencia de la conciencia de la antijuridicidad. Tampoco la conciencia de una infracción disciplinaria constituye aún conciencia de la antijuridicidad, porque el Derecho disciplinario formula normas especiales internas y no se refiere a las reglas de conducta vigentes para todos los ciudadanos, por las cuales se orienta el Derecho penal<sup>14</sup>.

**13** En cambio, según jurisprudencia constante<sup>15</sup> y op. totalmente dom., la conciencia de la punibilidad \* no es precisa para el conocimiento de la prohibición; si el legislador hubiera querido exigirla, debería haber hablado de "comprensión de actuar de manera punible" y no de "comprensión de hacer algo injusto". Por tanto, cuando alguien sabe que con la utilización de un coche o una bicicleta ajenos comete una privación ilegal jurídicocivilmente no permitida (§ 858 BGB), pero no tiene la menor idea de la punibilidad de este hecho (§ 248 b), no se halla en error de prohibición, y por tanto no puede esperar una atenuación de la pena conforme al § 17 inc. 2. Lo mismo rige cuando alguien clasifica su conducta como contravención, sin saber de su punibilidad<sup>16</sup>. La irrelevancia de la conciencia de la punibilidad se deriva de que el conocimiento de la prohibición debería bastarle en todos los casos al sujeto para motivarse hacia una conducta fiel al Derecho; la especulación con la mera exención de pena no merecería atenuación alguna. Frente a ello, últimamente se considera de manera aislada<sup>17</sup> la punibilidad objeto de la conciencia de la antijuridicidad<sup>18</sup>. De esta idea es correcto que quien comete conscientemente un delito carga sobre sí aún más culpabilidad que quien sólo quiere infringir una prohibición de otro tipo. Pero esta diferencia de culpabi-

<sup>14</sup> Cfr. Maurach/Zipf, AT/1<sup>6</sup>, 1/16 ss.; de otra opinión Sch/Sch/Cramer<sup>24</sup>, § 17, nm. 5; SK<sup>3</sup>, Rudolph, § 17, nm. 6.

<sup>15</sup> BGHS: 2, 202; 10, 41; 15, 383.

\* Sobre el sentido en que se emplea aquí el término punibilidad, cfr. la N. del T. contenida en el nm. 104 del § 12 [N. del T.].

<sup>16</sup> Totalmente como aquí OLG Stuttgart NSZ 1993, 344; de otra opinión p.ej. Rudolph, 1969, 87 ss.

<sup>17</sup> LK<sup>10</sup>, Schroeder, § 17, nm. 7; Otto, ZStW 87 (1975), 595; Neumann, JuS 1993, 795, exige la conciencia de infringir "una norma del Derecho positivo reforzada mediante sanción"; bastaría por tanto la clasificación como contravención, pero no el conocimiento de un ilícito civil, administrativo o disciplinario.

<sup>18</sup> El predecesor de esta concepción es Feuerbach, quien desde la perspectiva de su "teoría de la coacción psicológica" (al respecto § 3, nm. 22) estimaba que sólo mediante el conocimiento de la punibilidad se activa el efecto coactivo que pudiera motivar al sujeto a omitir acciones punibles. No obstante volvió a restringir mediante una prevención basada en el dolo este principio radical y buscó tb. en los demás puntos compromisos. Cfr. acerca de Feuerbach Arth. Kaufmann, 1950, 37 ss., y Maurach, Eb. Schmidt-FS, 1961, 301 ss.

del caso —p.ej. en virtud del § 34—. De la misma manera que una actuación contra la propia conciencia no excluye un error de prohibición, tampoco la propia decisión en conciencia con conocimiento de la prohibición puede eliminar la conciencia de la antijuridicidad. Con ello no se dice que la voz de la conciencia o incluso simplemente las convicciones respetables sean irrelevantes para la valoración jurídicopenal. Pueden tener consecuencias en favor del sujeto en la medición de la pena e incluso dar lugar a una causa de exclusión de la culpabilidad en casos concretos (al respecto § 22, nm. 122 ss.). Pero eso es harina de otro costal.

Sin embargo, la afirmación de que la antijuridicidad es el objeto del conocimiento del injusto requiere aún una ulterior precisión. En efecto, la antijuridicidad es el punto de referencia de un error relevante conforme al § 17 no como prohibición abstracta, sino sólo en relación con el injusto concreto del tipo correspondiente. “La conciencia de la antijuridicidad existe cuando el sujeto reconoce como injusto la lesión específica del bien jurídico abarcada por el tipo aplicable”<sup>23</sup>. Ello conduce en primer lugar a la hoy indiscutida divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, es decir, al reconocimiento de que el sujeto que realiza con su acción varios tipos puede actuar con pleno conocimiento de la prohibición en relación con una disposición y hallarse no obstante en un error de prohibición (tal vez invencible) respecto de otra. El BGH no reconoció en un principio tal divisibilidad. En un caso<sup>24</sup> el sujeto había vendido en el extranjero piezas ajenas de un museo; se daba perfecta cuenta del hurto, pero no de que además infringía una ley de régimen militar que conminaba con pena la exportación de tales bienes. El BGH no le apreció error de prohibición ni siquiera respecto de la prohibición de exportar; pues la conciencia de la antijuridicidad que habría tenido en relación con el hurto sería indivisible: “Su conocimiento de que su acción era un hurto debería haberle movido a abstenerse del hecho.” De manera análoga BGHSt 3, 342, no sólo castigó conforme al § 174 [abuso sexual de personas que se hallan bajo la protección del autor] a un hombre que había mantenido relaciones sexuales con su hijastra, sino que tampoco apreció en él un error de prohibición en relación con el tipo de incesto realizado simultáneamente según el Derecho de la época (§ 173 II v. a.), pese a que no se le había ocurrido la idea de un incesto. Ambas sentencias vulneraron el principio de culpabilidad, pues la culpabilidad es siempre culpabilidad por el hecho: sólo se puede realizar culpablemente un tipo determinado (y no algo antijurídico *in abstracto*). El que se realice culpablemente el tipo A no dice todavía nada sobre si se conoció o se pudo conocer también el injusto del tipo B. Esta concepción se ha impuesto también con carácter general en la jurisprudencia a partir de BGHSt 10,

<sup>23</sup> BGHSt 15, 377.

<sup>24</sup> Referido en BGHSt 10, 36 s.

35 ss. (con motivo de un supuesto de hecho que se parecía al de BGHSt 3, 342)<sup>25</sup>. “Ni la conciencia general de realizar algo injusto ni la conciencia de la antijuridicidad referida a otro tipo pueden justificar el reproche de culpabilidad específico por el tipo realizado por el sujeto” (loc. cit., 39). Mediante esta referencia o adscripción de la conciencia de la antijuridicidad al tipo se relativiza aún más la de todos modos pequeña diferencia entre la conciencia de la antijuridicidad y la conciencia de la punibilidad (nm. 13).

**17** La conciencia de la antijuridicidad es divisible no sólo en relación con distintos tipos, sino también dentro de un mismo tipo, cuando éste protege distintos bienes jurídicos<sup>26</sup>. Por tanto, cuando alguien sustrae violentamente a su deudor una cosa genérica que éste no entrega y realiza así el tipo del robo (§ 249), puede suceder perfectamente que, si bien actúa con plena conciencia de la antijuridicidad respecto de las coacciones contenidas en su acción, no conozca sin embargo, debido a la verdadera existencia de su derecho, el injusto del hurto por él cometido y se halle en esa medida en error de prohibición (en su caso, incluso invencible). El error de prohibición de un sujeto que conoce la antijuridicidad de su conducta realizadora del tipo básico también puede referirse a circunstancias cualificantes<sup>27</sup>.

**18** La divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad es además la clave para resolver el problema del llamado doble error de prohibición: el sujeto no conoce la prohibición específica del tipo, pero considera prohibido por otra razón su hecho. Ej. <sup>28</sup>: Un tío seduce a su sobrina de quince años; no sabe que la seducción de muchachas de quince años está prohibida (§ 182); pero erróneamente piensa que las relaciones sexuales entre tío y sobrina están prohibidas como incesto (§ 173). El sujeto tiene aquí una “falsa” conciencia de la antijuridicidad, es decir aprecia una prohibición que no existe, pero no conoce la realmente existente. Se trata de un error de prohibición, porque falta la conciencia del injusto específico del tipo<sup>29</sup>.

### III. Las formas de manifestación de la conciencia de la antijuridicidad

**19** Todos los errores de prohibición son iguales en que el sujeto se equivoca sobre la prohibición específica del tipo. Pero las razones en las que se basan los errores de prohibición pueden ser diversas y permiten hablar de formas específicas de manifestación del error de prohibición. Las más importantes de ellas son:

<sup>25</sup> BGH MDR (D) 1958, 738; NJW 1963, 1931; MDR (D) 1967, 14; OLG Stuttgart NJW 1964, 413.

<sup>26</sup> Cfr. más detenidamente Warda, NJW 1953, 1052; Zimmermann, NJW 1954, 908; Baumann, JZ 1961, 564; Rudolph, 1969, 80 ss.

<sup>27</sup> De otra opinión BGHSt 8, 324; 15, 383.

<sup>28</sup> De Sch/Sch/Cramer<sup>44</sup>, § 17, nm. 11.

<sup>29</sup> Más detenidamente Rudolph, 1969, 89 ss.; Haft, JuS 1980, 430, 659; Discr. Hirsch, 1960, 229 s.

### 1. El error sobre la existencia de una prohibición

Este es el caso clásico de error de prohibición, como el que sirve de base a nuestros ejemplos de partida (nm. 1) o el que p.ej. se da cuando alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental (§ 179 II) y no sabe en absoluto que ello está prohibido (BGH JR 1954, 188). No es muy frecuente en el ámbito del Derecho penal nuclear, pero sí más en el Derecho penal especial o accesorio. Hay que tener en cuenta que existe un error de prohibición no sólo cuando el sujeto se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad. Sin embargo el P 1962 había pretendido apreciar sólo un error de prohibición en quien "erróneamente supone no hacer algo injusto" (§ 21). La sola falta de comprensión de que se hace algo injusto no debería descargar de responsabilidad<sup>30</sup>; "Quien no hace examen en modo alguno de su hecho, y por ello no se percata de que hace algo injusto, no actúa aún por ello sin culpabilidad o con culpabilidad disminuida." Pero esto es falso, porque precisamente la persona que no tiene ni la menor idea no empleará ni un pensamiento en la cuestión de si actúa conforme a Derecho o antijurídicamente; no es culpable, si tampoco en el caso de "haber hecho examen" interior habría podido tener conciencia de la antijuridicidad de su hecho. Por eso, la Comisión especial para la Reforma del Derecho Penal corrigió con razón el P 1962 e hizo suficiente para el error de prohibición la falta de "comprensión de que se hace algo injusto"<sup>31</sup>.

### 2. El error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación

Este error no es infrecuente incluso en tipos más importantes del Derecho penal nuclear. Cuando v.gr. alguien cree poder corregir mediante castigo corporal a los niños ajenos cuando hacen travesuras imperdonables, actúa en error de prohibición en cuanto a las lesiones (§ 223); se imagina una causa de justificación que no existe. Lo mismo rige cuando unos estudiantes creen poder perturbar o interrumpir una clase en virtud de un supuesto derecho de huelga (§§ 123 y 240), o cuando alguien comete un sabotaje de recursos militares (§ 109 e) suponiendo que un derecho a promover la paz mundial le autoriza a ello. Aún con mayor frecuencia se producen tales errores en la forma de que el sujeto extiende demasiado los límites de una causa de justificación en sí existente: v.gr. parte de la suposición de que también las medidas defensivas que sobrepasan la medida de lo necesario o que se dirigen contra agresiones futuras están amparadas por legítima defensa (§ 32); u opina que el estado de necesidad justificante (§ 34) autoriza la injerencia en los derechos de personas no implicadas ya en caso de equivalencia de los intereses en

<sup>30</sup> BT-Drucks. IV/650, 135.

<sup>31</sup> Cfr. BT-Drucks. V/4095, 9.

conflicto, que el derecho de detención (§ 127 StPO) permite a los particulares la utilización de armas de fuego, etc. No se puede delimitar de modo lógico el error sobre los límites de una causa de justificación (error sobre el límite de la permisón) de la suposición errónea de una causa de justificación inexistente (error de permisón), pues quien fija los límites de una causa de justificación de manera distinta que el legislador también supone en esa medida una causa de justificación que no existe. La distinción admite por tanto a lo sumo extraer conclusiones sobre cuánto se han alejado las representaciones del sujeto respecto de una situación real de justificación.

### 3. El error de subsunción

Un error de subsunción es un error de interpretación. El sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta. Tal error puede ser un error de tipo o un error de prohibición o incluso sólo un error irrelevante de punibilidad, según que oculte al sujeto el contenido de significado social de un elemento o sólo la prohibición específica del tipo o sólo la punibilidad de su actuación (acerca de la delimitación de los dos primeros grupos de casos cfr. más detenidamente § 12, nm. 85 ss.). Quien borra la raya del posavasos de cerveza, mediante el cual el camarero pretende probar el número de "medios litros" consumidos, tiene dolo de falsificación de documentos (§ 267) si conoce la trascendencia probatoria de la raya (al respecto § 12, nm. 86). Se halla sin embargo en un error de prohibición (vencible) si cree que sólo los escritos formalizados son documentos y sólo ellos gozan de la protección del ordenamiento jurídico desde puntos de vista jurídicoprobatórios; el que conozca el carácter prohibido de su hecho desde la perspectiva de la estafa (§ 263) no es suficiente para la conciencia del injusto específico del tipo. Si por el contrario considera prohibida, si bien no punible, la falsificación de la prueba como tal, concurre sólo un error irrelevante de punibilidad. También quien p.ej. opina que a los animales no se les ha de tratar como cosas (§ 90 a BGB), y por ello no califica de daños (§ 303) el envenenamiento de un perro ajeno (al respecto § 12, nm. 86), se halla normalmente sólo en un error de punibilidad, porque estará enterado de la lesión jurídicocivil de la propiedad por él cometida y así del injusto específico del tipo de su conducta.

Por tanto, un error de subsunción no es necesariamente un error de prohibición. Sin embargo sí lo es la mayoría de las veces, porque se produce principalmente en supuestos de conceptos normativos complicados, en los que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta. Cuando un abogado, a consecuencia de una falsa interpretación, considera que no se da el elemento "el mismo asunto jurídico" en el § 356 [delealtad profesional por traición a la parte o doble defensa] por regla general hallará permitida su actividad para ambas partes, o sea será víctima de un

§ 21 sus pensamientos al éxito del hecho y no a su carácter prohibido. Un conocimiento así es sin embargo suficiente para la conciencia de la antijuridicidad. El problema es análogo al que ya fue tratado en relación con el conocimiento de las circunstancias del hecho (más detenidamente § 12, nm. 106 ss.). Se puede trasladar a la conciencia de la antijuridicidad la idea allí invocada de que el contenido de significado de los objetos de la percepción, acontecimientos y acciones, con tal de que estén suficientemente interiorizados, son "conocidos"<sup>34</sup>, de modo que el sujeto está "orientado" sobre ellos en el momento de su acción<sup>35</sup>. Quien en nuestro círculo cultural ha aprendido en la primera juventud que hurtar y robar está prohibido, cuando se decide a realizar tales hechos, pensará a la vez forzosamente, sin reflexión alguna, en el carácter prohibido de su hecho. En la misma escasa medida en que las impresiones sensoriales se pueden abstraer de su significado, se puede separar de las acciones humanas de esa índole su valoración éticosocial<sup>36</sup>.

27 No obstante, no es que todas las percepciones normativas que a uno le han enseñado alguna vez estén presentes siempre y a la larga. Quien ha olvidado la referencia a la antijuridicidad de una conducta actúa en error de prohibición aun cuando su saber fuera actualizable mediante reflexión. La coconciencia del injusto se diferencia de la falta de conciencia de la antijuridicidad aunque con posibilidad de adquirirla en que produce efectos en las percepciones actuales de la acción. Así, un ladrón toma precauciones para no ser descubierto y atrapado (p.ej. se mueve sin hacer ruido y con cautela), aun sin reflexionar sobre la prohibición; la conciencia de la antijuridicidad influye en su conducta, aun cuando no piense en la prohibición. En cambio, quien ha olvidado una prohibición actúa despreocupadamente en el ámbito de ésta.

## V. La conciencia eventual de la antijuridicidad

28 Existe conciencia eventual de la antijuridicidad cuando el sujeto no tiene clara la situación jurídica: p.ej. considera probable que su conducta esté permitida, pero cuenta también con la posibilidad de que esté prohibida. Tales casos se producen con poca frecuencia cuando se trata de una de las numerosas cuestiones jurídicas discutidas o cuando v.gr. alguien no sabe si una determinada medida defensiva (¡el disparo sobre el ladrón que huye!) está aún amparado por su derecho de legítima defensa o no. La jurisprudencia y una opinión extendida parten de la base de que en un caso así no existe un error

<sup>34</sup> Acerca de la coconciencia sobre todo Platzgummer, 1964, con apoyo en la Psicología de la percepción de Rohrer.

<sup>35</sup> Al respecto sobre todo Schewe, 1967, sobre la base de doctrinas psicológicas de la forma (de la Gestalt).

<sup>36</sup> Roxin, ZStW 78 (1966), 257.

error de prohibición. Lo mismo rige para la gestión desleal (§ 266) cuando alguien cree equivocadamente que no infringe mediante un determinado negocio su "deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos". Los errores de subsunción son incluso no pocas veces errores de prohibición invencibles, v.gr. cuando alguien se fía de informaciones de abogados o de decisiones judiciales que posteriormente resultan equivocadas (cfr. nm. 60 ss.).

### 4. El error de validez

24 Una forma menos frecuente de error de prohibición es el error de validez. En él el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula, p.ej. porque al órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental o contra el principio de determinación. Se ha de juzgar este caso como error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, como en los ejemplos citados, causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico. Otra cosa sucede cuando el sujeto considera válida una ley conforme a los parámetros del ordenamiento jurídico, pero no la estima vinculante para sí por razones políticas, ideológicas, religiosas o de conciencia<sup>32</sup>. Las razones de esa índole no modifican en nada la conciencia del carácter prohibido de la propia acción, que es lo único decisivo<sup>33</sup>.

25 Además, en la medida en que un delincuente puede discutir la validez de una ley por razones jurídicas, o sea puede invocar en principio un error de prohibición, hay que ser sin embargo cuidadoso a la hora de admitir tal error *in concreto*. Pues la situación jurídica rara vez está tan clara como para que alguien pueda estar seguro de la nulidad de una ley. La mayoría de las veces el caso es discutible, de modo que el sujeto considera entonces dudosa la validez de la ley y sólo posible o probable su invalidez. No existe en tal caso un simple error de prohibición, sino una "conciencia eventual de la antijuridicidad", que precisa de un tratamiento aparte (nm. 28 ss.).

## IV. Las formas de conciencia del error de prohibición

26 No sólo posee conciencia de la antijuridicidad quien reflexiona durante la comisión del hecho sobre la antijuridicidad de su conducta y de ese modo piensa constantemente en ello. Efectivamente existen sujetos así, p.ej. cuando alguien ha de superar graves escrúpulos y remordimientos de conciencia durante el hecho; pero son más bien escasos. En el caso normal p.ej. un ladrón naturalmente sabe que hurtar está prohibido, pero durante la ejecución dirige

<sup>32</sup> Así en líneas generales ib. BGHSt 4, 1 ss. (5); más detenidamente Rudolph, 1969, 181 ss.

<sup>33</sup> Acerca del sujeto que actúa por motivos de conciencia y por convicción, cfr. ya nm. 15.



de prohibición y en consecuencia se ha de imponer la pena completa correspondiente al dolo <sup>36a</sup>. Así, el BGH afirma <sup>37</sup>: "Quien posee la representación de que posiblemente comete algo injusto y asume esa posibilidad en su voluntad posee conciencia de la antijuridicidad." "En un caso en que el sujeto tuvo dudas sobre el carácter permitido de su hecho no pueden encontrar aplicación los principios del error de prohibición" <sup>38</sup>. A ello subyace la idea de que la conciencia de obrar posiblemente de modo injusto debería mover ya al sujeto a abstenerse de su conducta.

Sin embargo este tipo de casos requiere una valoración diferenciadora <sup>39</sup>. Sólo es correcto sin restricciones el punto de vista de la jurisprudencia cuando el sujeto tiene la posibilidad de desvanecer sus dudas sobre el injusto. Quien p.ej. no sabe si es lícito grabar en una cinta magnetofónica sin que lo sepa el interlocutor una conversación planeada debe consultar un comentario al StGB o a un abogado. Si no lo hace, no puede reclamar un derecho a la atenuación de la pena o incluso a la exención de la pena si su conducta resulta punible.

Por otro lado, existe hoy acuerdo en lo esencial sobre que en caso de dudas <sup>30</sup> irresolubles sobre el injusto ha de ser posible una exención de pena al menos cuando el sujeto sólo puede elegir entre dos modos de conducta que considera posiblemente punibles <sup>40</sup>. P.ej. un policía no sabe si puede o debe impedir la huida de un delincuente al extranjero mediante un disparo <sup>41</sup>. Si dispara, se teme un castigo por lesiones (§ 223 a); si no dispara, cuenta con una punibilidad por un delito de favorecimiento personal o frustración de la pena cometido por funcionario (§ 258 a). O alguien no tiene claro —a consecuencia de sentencias contradictorias de OLG— si está ordenado o prohibido bajo pena, en una determinada situación del tráfico, el situarse en el centro de la carretera. En tales casos se habrá de exigir que el sujeto —en cuanto sea posible dentro de las prisas— lleve a cabo una ponderación en la que se habrán de tener en cuenta sobre todo el valor de los bienes jurídicos en conflicto y la probabilidad de que uno de los posibles modos de conducta sea el conforme a Derecho. Si a pesar de todo elige la alternativa equivocada, su impunidad

<sup>36a</sup> Una exposición exhaustiva de las teorías acerca de la delimitación entre conciencia de la antijuridicidad y error de prohibición se encuentra en Dimakis, 1992, 25 ss.

<sup>37</sup> BGH JR 1952, 285; según BGHSt 4, 4, "se da la conciencia de la antijuridicidad" cuando el sujeto cuenta con que "su conducta pudiera estar prohibida y" asume "la posibilidad en su voluntad".

<sup>38</sup> BGH MDR (en Herlan) 1955, 528. Crít. acerca de la "teoría de la voluntad" de la jurisprudencia, 1992, 55 ss.

<sup>39</sup> Crít. Roxin, 1987, 85 ss.; igualmente Dimakis, 1992, quien distingue entre la duda en una situación jurídica clara (conciencia eventual de la antijuridicidad "propia") y la duda en una situación jurídica objetivamente discutida (conciencia eventual de la antijuridicidad "impropia").

<sup>40</sup> Crít. sobre ello simplemente Arm. Kaufmann, 1954, 221; Rudolph, 1969, 139.

<sup>41</sup> Este ejemplo y el siguiente en Warda, Welzel-FS, 1974, 508 ss.

se deriva inmediatamente del principio de culpabilidad, porque el sujeto no pudo actuar sino con conciencia eventual de la antijuridicidad, de modo que no se le puede hacer tampoco un reproche por su conducta. El caso debería tratarse por analogía con el § 17 como un error de prohibición invencible.

**31** Más difícil resultará la valoración cuando el sujeto, en caso de dudas irresolubles sobre el injusto, no se halle ante una alternativa en la que cualquier conducta sea posiblemente antijurídica. P.ej. alguien obtiene sus ingresos principales de la venta de una determinada mercancía. Al producirse una modificación legislativa resulta dudoso si la venta de esa mercancía sigue siendo desde entonces lícita o si no será por el contrario punible. La op. dom. se pronuncia a favor de la licitud, y una opinión minoritaria en contra <sup>42</sup>. La jurisprudencia y la opinión mayoritaria en la doctrina científica <sup>43</sup> exigen aquí del comerciante que omita preventivamente la venta de la mercancía. Si el sujeto, en coincidencia con la mayoría de los expertos, continúa vendiendo su mercancía hasta que se produzca una clarificación judicial de la situación y la jurisprudencia se decide finalmente en contra de la licitud, ha de ser castigado con el marco penal completo correspondiente al dolo sin posibilidad de atenuación. Pero ésta no es una solución adecuada, pues si el sujeto hubiera confiado sin más en la opinión jurídica dominante y no se hubiera enterado de la opinión minoritaria, se hallaría en un error de prohibición como mínimo atenuante de la pena, y quizá incluso excluyente de la culpabilidad. ¿Por qué se le ha de denegar cualquier atenuación de la pena cuando fue más escrupuloso e incluso consideró la posibilidad de otra opinión jurídica?

**32** Se podría fundamentar lo anterior señalando que —de modo similar a cuando se privilegia la negligencia o ligereza frente al *dolus eventualis*— el sujeto, al tener en cuenta la posibilidad de comportamiento antijurídico, fue consciente de todos modos de una eventualidad que le debería haber inducido a abstenerse de la venta. Pero a ello se oponen dos aspectos que no tienen paralelo en el debate acerca del merecimiento de pena del *dolus eventualis* y la imprudencia consciente. Efectivamente, en primer lugar, la punición completa de un sujeto que consideró probablemente conforme a Derecho su conducta significaría para el ciudadano que no se quiere exponer al riesgo de ser castigado una restricción importante de su espacio de libertad: debería omitir no sólo aquello que puede reconocer como antijurídico, sino todo aquello cuya antijuridicidad sea sostenida por alguien, sin que la propia persona que actúa tenga la posibilidad de convencerse de ello. La libertad de acción del individuo no se delimitaría ya, en los supuestos de cuestiones jurídicas dudosas y de momento no esclarecibles con seguridad, por la ley, sino por la opinión jurídica desfavorable a él en cada caso. Y, en segundo lugar, la equiparación de la

<sup>42</sup> Ejemplo en Warda, Welzel-FS, 1974, 506 s.

<sup>43</sup> Crít. simplemente Arm. Kaufmann, 1954, 221; Rudolph, 1969, 136 ss.; Jescheck, AT<sup>1</sup>, § 41 I 3 b.

duda irresoluble sobre el injusto a un error de prohibición no tendría como consecuencia necesariamente la absolución o una drástica rebaja de la pena, como en el supuesto del paso del reproche por dolo al reproche por imprudencia, sino que sólo abriría la posibilidad políticocriminalmente deseable en todo caso de conciliar la punibilidad de quien actúa en la situación concreta con el principio de culpabilidad.

Por tanto habrá que enjuiciar, con una opinión creciente<sup>44</sup>, la conciencia eventual de la antijuridicidad en caso de dudas irresolubles sobre el injusto no como caso de plena conciencia de la antijuridicidad punible sin restricciones, sino por analogía con el § 17<sup>45</sup>. Ahora bien, en la respuesta a la cuestión de en qué medida es disculpable un error así sólo será posible atenderse parcialmente a los parámetros que rigen para la falta plena de conciencia de la antijuridicidad. Cuando un error de prohibición sería invencible, habrá que disculpar también al superprecavido que a pesar de todo tiene dudas sobre el injusto. Por otro lado, cuando un error de prohibición no provocaría una atenuación de la pena, con menor razón puede hacerlo la conciencia eventual de la antijuridicidad (tampoco puede existir entonces una duda irresoluble sobre el injusto). En el terreno intermedio no será posible atender únicamente a en qué medida se ha de considerar disculpable un error de prohibición, sino que, en caso de dudas sobre el injusto, será decisivo además el que el sujeto considere probable la conformidad a Derecho del proceder planeado, qué intereses están en juego para el que actúa y qué perjuicios le acarrearía el esperar<sup>46</sup>. Quien puede aplazar sin perjuicios sustanciales una conducta antijurídica hasta que el BGH haya decidido la cuestión jurídica discutida no puede exigir, cuando además las dudas sobre el injusto sean relativamente pequeñas, una exculpación completa o una atenuación sustancial; cosa distinta sucede cuando, como en el ejemplo de partida (nm. 31), el seguir esperando pondría en peligro la base económica de la existencia. La gravedad del perjuicio que alguien causa en caso de dudas sobre la conformidad a Derecho de su conducta tampoco puede dejar de tenerse en cuenta. De quien p.ej. no sabe dónde se hallan los límites del derecho de legítima defensa y que tampoco puede aclararlo en la situación concreta se ha de esperar que deje escapar al ladrón antes

<sup>44</sup> Paeffgen, JZ 1978, 745 s.; Stratenwerth, AT<sup>3</sup>, nm. 586; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 19/30; no está muy claro si estos autores pretenden limitar la aplicación analógica del error de prohibición, con la opinión aquí defendida, a la duda irresoluble sobre el injusto. Otros atienden a la exigibilidad, sin referencia legal (así ahora Sch/Sch/Cramer<sup>24</sup>, § 17, nm. 21; algo diferente loc. cit., nm. 5; SK<sup>3</sup>-Rudolph, § 17, nm. 13; Neumann, JUS 1993, 796), o recurren directamente a la reprochabilidad (Warda, Weizel-FS, 1974, 508 ss.).

<sup>45</sup> Parece como si la jurisprudencia hubiera resuelto hasta ahora el problema a su manera, sencillamente suponiendo o dando por probado un error de prohibición en los casos de duda sobre el injusto que merecen una valoración más benigna; cfr. al respecto con referencias más detenidas Warda, Weizel-FS, 1974, 512 ss.

<sup>46</sup> Cfr. Stratenwerth, AT<sup>3</sup>, nm. 586.

que herirlo gravemente. Los problemas particulares de la exclusión de la culpabilidad o de la atenuación de la culpabilidad en caso de conciencia eventual de la antijuridicidad están aún pendientes de un estudio más detenido.

## VI. La vencibilidad del error de prohibición<sup>47</sup>

### 1. La vencibilidad del error de prohibición como presupuesto de la actuación culpable

**34** La regulación del § 17 inc. 1, según la cual el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, se deriva inmediatamente del principio de culpabilidad. Pues, cuando alguien no tiene la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto, no es accesible para el mandado de la norma. Entonces en la situación concreta no es “asequible normativamente”; falta la culpabilidad que consiste en la actuación a pesar de existir asequebilidad normativa (cfr. § 19, nm. 34 ss.). De ello se deriva que en el error de prohibición la culpabilidad consiste únicamente en la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto, y no v.gr. en la infracción, independiente de lo anterior, de un deber de entender o poner en tensión la conciencia (hacer un esfuerzo de conciencia) o de informarse<sup>48</sup>.

**35** La suposición de un deber especial de la citada índole<sup>49</sup> conduce a la conclusión errónea de que su infracción fundamenta *eo ipso* la vencibilidad del error de prohibición. Así se dice en BGHSt 21, 21 50. “Si el sujeto omitió de manera contraria a deber informarse como le era exigible, ha provocado así culpablemente el error de prohibición, siendo indiferente qué información habría obtenido.” Pero eso es incorrecto y supone una vulneración del principio de culpabilidad. Cuando p.ej. alguien ha actuado sin informarse de nada en la creencia en la conformidad a Derecho de su conducta y tiene de su lado a la jurisprudencia que él desconoce, se ha de considerar invencible su error de prohibición, en caso de que la jurisprudencia cambie posteriormente de opinión; pues tampoco una información completa le habría podido dar motivo para otra conducta. Sin duda en muchos casos la recogida de informaciones jurídicas puede ser un medio para acceder al conocimiento de la prohibición, pero no

<sup>47</sup> El tema es tratado exhaustivamente por Donatsch, SchwZStR 102 (1985), 25 ss., con argumentaciones que se refieren en primer término al Derecho suizo, pero que tb. son aplicables al Derecho alemán.

<sup>48</sup> Sobre ello fundamental Arn. Kaufmann, 1959, 144 ss.; idem, Eb. Schmidt-FS, 1961, 329 s.; Rudolph, 1969, 196 ss.; Horn, 1969, 60 ss.

<sup>49</sup> P.ej. en BGHSt 2, 209; 4, 5; 21, 20.

<sup>50</sup> En esta línea se mueve sobre todo tb. la jurisprudencia del BayObLG: NJW 1960, 504, 1320; 1965, 1926. Actualmente ahora BayObLG JR 1989, 386, con com. de Rudolph; más detenidamente acerca de esta sentencia tb. Zaczek, JuS 1990, 889.

lo es siempre y no es su omisión, sino la capacidad de acceder al conocimiento de la prohibición, lo que convierte al hecho en culpable.

Además, el establecimiento de un “deber” general de adquirir conocimientos jurídicos sugiere la suposición errónea de que la culpabilidad se ha de determinar conforme a parámetros objetivos y no según las capacidades individuales del sujeto<sup>51</sup>. Así p.ej. para la vencibilidad de la infracción de los preceptos de la ley del vino “lo decisivo sería si un viticultor cuidadoso... habría podido conocer... la contrariedad a la prohibición”<sup>52</sup>. Pero naturalmente sólo puede ser decisivo lo que el viticultor acusado en el caso concreto habría podido conocer.

## 2. La disculpabilidad del error como caso de exclusión de la responsabilidad jurídico-penal

No se debe sin embargo entender la vencibilidad de que habla el § 17 como **37** si sólo la imposibilidad absoluta de acceder al conocimiento del injusto pudiera excluir la punibilidad. En tal caso no podrían darse apenas errores de prohibición invencibles, pues, dado que la cognoscibilidad objetiva de una prohibición o mandato jurídicos está asegurada por el principio de determinación (art. 103 II GG), teóricamente se puede vencer cualquier error de prohibición incluso cuando faltan todos los medios propios de conocimiento, informándose hasta que salgan a la luz las razones que se oponen a la conformidad a Derecho de una conducta. Pero unas exigencias tan exageradas entorpecerían la vida social y no se corresponden tampoco por lo demás con los esfuerzos que la ley espera. Quien actúa en estado de necesidad disculpante (§ 25) o en exceso en la legítima defensa (§ 33) se “puede” aún —aunque con dificultades— motivar conforme a la norma (de lo contrario existe un caso del § 20); pero el legislador se muestra indulgente y excluye la responsabilidad, en tanto necesidades preventivas no exijan imperiosamente una sanción (cfr. más detenidamente § 22, nm. 11 s., 69). Así también en el error de prohibición se habrá de dar ya paso a la impunidad cuando el sujeto haya satisfecho las pretensiones de fidelidad normal al Derecho. Si sólo con esfuerzos extremos habría podido alcanzar indicios de la antijuridicidad de su conducta —lo que, como se ha dicho, casi siempre se ha de afirmar—, todavía existe una (pequeña) culpabilidad; pero, como tales esfuerzos ya no son exigibles, se “disculpa” al sujeto, o más exactamente: se excluye la responsabilidad jurídico-penal.

El concepto de “vencibilidad (o evitabilidad)” empleado por el legislador **38** sugiere la suposición incorrecta de que lo decisivo sería lo que es posible hasta el último extremo. A ello obedece también el que “absoluciones en virtud de un error de prohibición invencible” constituyan “en la práctica una rara ex-

cepción”<sup>53</sup>. De ese modo se sobrecarga el Derecho penal. Si se piensa que la durante largo tiempo predominante teoría del dolo, que conduce en muchos casos a resultados satisfactorios, vincula la aplicabilidad del marco penal del delito doloso (y por regla general la punibilidad) a la conciencia de la antijuridicidad, una teoría de la culpabilidad no limitada a lo preventivamente imprescindible lleva al infinito la punibilidad del sujeto que actúa en error de prohibición y conduce en gran medida de vuelta a la máxima “*error iuris nocet*”, cuyo carácter insostenible se reconoce hoy con carácter general. Por eso hay que excluir ya la responsabilidad jurídico-penal cuando el sujeto, como se dice en el art. 20 del StGB suizo, “supuso, por razones suficientes, que estaba autorizado al hecho”. Las razones son suficientes en el sentido de la “fidelidad normal al Derecho” exigida en el nm. 37 cuando una absolución por la disposición subjetiva del sujeto a observar el Derecho sea tolerable sin connotación de la conciencia jurídica general<sup>54</sup>. Cuándo se puede decir eso se expondrá más detenidamente a continuación (nm. 50 ss.).

**39** Por tanto, en sentido jurídico un error de prohibición no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa de sanción. En su punto de partida esta idea no es extraña tampoco a la jurisprudencia, cuando la misma propugna graduar la magnitud del esfuerzo que hay que aplicar para conocer la prohibición “según las circunstancias del caso y según el sector vital y laboral del individuo” (BGHSt 2, 201; 20, 20). Sólo que deberían extraerse también las consecuencias prácticas de este parecer.

**40** Con dicha teoría “más flexible o suavizada” de la culpabilidad se pueden superar también los inconvenientes, a menudo criticados, que comporta su extensión legal al Derecho penal especial o accesorio (art. 1 I EGSGB) y al Derecho de contravenciones (§ 11 II OWiG)<sup>55</sup>. Aquí se ha propugnado a menudo la aplicación de la teoría del dolo<sup>56</sup>, porque ninguna persona puede estar al corriente en este terreno inabarcable, sometido a modificación constante y poco fundado éticosocialmente, de modo que un error es en muchos casos excusable y no hace necesario un castigo. Dado que el legislador no ha seguido

<sup>53</sup> Rudolph, 1982, 26.

<sup>54</sup> Cfr. al respecto Roxin, Henkel-FS, 1974, 187 s. [= Problemas básicos, 1976, 216 s.; N. del T.]; idem, Bockelmann-FS, 1979, 289 s. [= Culpabilidad y prevención, 1981, 161 ss.; N. del T.]; Maurach/Zipf, ATW<sup>18</sup>, 38/37 ss.; Rudolph, 1982, 26. Muy similar ib. Jakobs, AT<sup>2</sup>, 19/35 ss.: “Todo el ámbito del § 17 StGB sigue las reglas de la exigibilidad” (19/37); la punibilidad del sujeto se habría de determinar dependiendo de “si de su conducta resulta patente o no un reconocimiento insuficiente del Derecho positivo” (19/38). En este sentido además Timpe, GA 1984, 51 ss.

<sup>55</sup> Acerca del Derecho de contravenciones, en polémica con OLG Düsseldorf, NSZ 1984 444, J. Meyer, JuS 1983, 513.

<sup>56</sup> Cfr. sólo Lange, JZ 1956, 73 ss.; idem, JZ 1956, 514 ss.; idem, JZ 1957, 233 ss.; Tiedemann, ZStW 81 (1969), 869 ss.

<sup>51</sup> Sobre esto Rudolph, 1969, 197 s.

<sup>52</sup> BGHSt 9, 164 ss. (172).

estas sugerencias, el problema se habrá de solucionar averiguando mediante interpretación de los preceptos concretos cuándo un error de prohibición elimina la responsabilidad jurídico-penal o la disminuye tanto que deba excluirse la aplicación del marco penal correspondiente al dolo <sup>57</sup>.

En ocasiones un precepto permite advertir que se ha de aplicar la amenaza **41** penal correspondiente a la imprudencia a errores de prohibición. El legislador puede incluso limitar la punibilidad en el caso concreto a la infracción consistente de determinadas prohibiciones o mandatos <sup>58</sup>, en cuyo caso cualquier error de prohibición —también el provocado culpablemente— se ha de considerar excluyente de la responsabilidad. En la consecuencia final ello desemboca, en tales tipos situados fuera del ámbito nuclear del Derecho penal, en la teoría del dolo; ésta debe entonces formularse en la terminología de una teoría flexible de la culpabilidad de tal modo que tales errores no excluyan el dolo, pero sí la punición a partir del marco penal correspondiente al dolo o la responsabilidad en general. No obstante esto no rige en ningún modo con carácter general para el Derecho penal especial o accesorio; quien p.ej. no se pone al corriente de los preceptos centrales para el ejercicio de su profesión está sujeto por regla general a la pena correspondiente al dolo, que únicamente ha de ser atenuada conforme al § 49.

Todo esto demuestra que la distinción entre culpabilidad y responsabilidad **42** (más detenidamente § 19, nm. 1-7) adquiere gran importancia en el error de prohibición. Un error de prohibición puede excluir la responsabilidad incluso cuando exista culpabilidad (disminuida), y considerarse invencible en sentido jurídico cuando una renuncia al castigo sea compatible con las funciones preventivas del Derecho penal. Por ello es impropio oponer el error de prohibición como pretendida pura “causa de exclusión de la culpabilidad” a las “causas de exculpación” de los §§ 35 y 33 (más detenidamente § 19, nm. 48 s.).

Igualmente erróneo resulta establecer para la invencibilidad de un error de **43** prohibición exigencias incluso más estrictas que para la exclusión de la imprudencia <sup>59</sup>. La jurisprudencia lo hace, “porque con la tipicidad de una conducta se da por regla general su antijuridicidad y ello es generalmente conocido” (BGHSt 4, 243). Pero ésta no es una fundamentación plausible, pues cuando, como sucede en muchos preceptos del Derecho penal nuclear, la conciencia de la antijuridicidad se impone directamente con el conocimiento de las circunstancias del hecho, no son precisos parámetros más estrictos (y desde luego en absoluto más estrictos que en la imprudencia) para que un error de

<sup>57</sup> En este sentido tb. Jescheck, AT<sup>1</sup>, § 41, II 2 c.

<sup>58</sup> Así ya Welzel, StraFR<sup>1</sup>, 174 s. [= PG, 1987, 243 s.; N. del T.].

<sup>59</sup> Así sin embargo BGHSt 4, 243; 21, 20; VRS 14 (1958), 31; Maurach/Zipf, AT<sup>1</sup>, § 38/34. En contra, con razón, v.gr. Jescheck, AT<sup>1</sup>, § 41 II 2 b; SK<sup>5</sup>-Rudolph, § 17, nm. 30 a; LK<sup>10</sup>-Schroeder, § 17, nm. 27; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 19/38; Lackner<sup>60</sup>, § 17, nm. 7; Zaczek, JuS 1990, 893.

prohibición pueda aparecer como vencible. Pero cuando el dolo típico, como a menudo sucede en el Derecho penal especial o accesorio, no sugiere sin más la conclusión de que existe antijuridicidad, es más oportuna, como se ha explicado, la indulgencia que la criminalización rigurosa. También los medios para evitar la imprudencia de hecho son la mayoría de las veces distintos de los que sirven para acceder al conocimiento de la prohibición, de modo que tiene poco sentido clasificar los esfuerzos requeridos respectivamente en cada caso como mayores o menores.

### 3. Los medios para acceder al conocimiento de la antijuridicidad

**44** El BGH había exigido originariamente para la evitación de errores de prohibición una constante “extensión de la conciencia (esfuerzo de conciencia)”. Un error de prohibición sería invencible cuando el sujeto, “pese a la... extensión de la conciencia que le es exigible, no pudo alcanzar la comprensión de la no conformidad a Derecho de su hecho” (BGHSt 2, 201). Sin embargo, esta idea no sirve de mucho, pues la conciencia puede llevar a quien actúa, como mucho (y en el sujeto que actúa por motivos de conciencia ni siquiera esto), al conocimiento de la inmoralidad de su conducta, que precisamente no es el objeto de la conciencia de la antijuridicidad (cfr. nm. 12). El tener mala conciencia debería suponer sin duda una incitación a seguir tratando de aclarar la conformidad a Derecho de la propia conducta, de modo que en esa medida la exigencia de una “extensión de la conciencia” puede tener sentido (sin perjuicio de la duda de si la conciencia se puede “extender” a voluntad). Pero la mayor parte de los errores de prohibición son de tal índole que la conciencia no puede contribuir para nada en su evitación. “La conciencia no dice... nada en absoluto acerca de las cuestiones jurídicas difíciles; de lo contrario, sería suficiente el estudio del Derecho” <sup>60</sup>. Frente a ello, los medios adecuados para la evitación de errores de prohibición son, como mencionó ya BGHSt 2, 201 (en curiosa mezcla con la extensión de la conciencia) y expuso después con mayor claridad BGHSt 4, 5, “la reflexión o la información”. En qué medida deben emplearse estos medios se expone más detenidamente en los nm. 60 ss.

### 4. ¿La vencibilidad del error de prohibición como culpabilidad por el hecho o culpabilidad de autor?

**45** En muchos casos un error de prohibición está configurado de tal modo que la vencibilidad se da todavía en el momento del hecho. El padre que maltrata gravemente a su hijo y piensa que puede hacerlo como titular del derecho a su educación podría, con un poco de cuidado, percatarse de su error incluso en el momento de la comisión del hecho. Quien, suponiendo que no hace nada prohibido, entrega una declaración tributaria incompleta e infringe con ello

<sup>60</sup> Baumann/Wéber, AT<sup>1</sup>, § 27 II 3 c.

preceptos jurídicos tributarios, aún tendría durante la confección de la declaración tributaria ocasión de consultar a un asesor fiscal. La culpabilidad derivada de la vencibilidad del error de prohibición existe con frecuencia por tanto durante la comisión del hecho y está fuera de duda como culpabilidad por el hecho.

Sin embargo es discutible si en otros casos, para fundamentar la vencibilidad de un error de prohibición, no se ha de recurrir a una provocación culpable anterior a la comisión del hecho y si con ello se entra en el ámbito problemático desde la perspectiva del Estado de Derecho de la culpabilidad de autor o por la conducción de la vida (cfr. § 19, nm. 54 s.). El BGH lo considera necesario y lícito en los casos de hostilidad al Derecho: "El delincuente habitual insensibilizado ha perdido mediante una conducción punible de la vida la asequebilidad y por tanto la capacidad de acceder al conocimiento de la antijuridicidad mediante la extensión de la conciencia (esfuerzo de conciencia). Su culpabilidad es culpabilidad por la conducción de la vida" (BGHSt 2, 208 s.). Eso sería objetable desde la perspectiva del Estado de Derecho (cfr. § 19, nm. 54 s.). Pero en verdad este caso supone una construcción ajena a la realidad. Los "delinquentes habituales insensibilizados", que supuestamente en el momento del hecho son incapaces de acceder a un conocimiento de la antijuridicidad, deberían entonces, con una buena fe sin escrúpulos, ejecutar sus delitos a los ojos del público y no pensárselo en absoluto. Sin embargo, los delinquentes habituales no se hallan en absoluto en error de prohibición al ejecutar sus hechos. De lo contrario no procederían sigilosamente y no intentarían escapar a las instancias encargadas de la persecución penal.

Pese a todo, existe el caso de la previa provocación culpable en el error de prohibición. El más importante en la práctica consiste en la constelación en que un sujeto ha omitido anteriormente adquirir conocimientos jurídicos esenciales que ya no se pueden alcanzar en la situación del hecho. Quien toma parte en el tráfico debe aprender las reglas de la circulación. Si no lo hace, con frecuencia un error de prohibición ya no es vencible en la concreta situación del tráfico. Lo mismo rige para el ejercicio de profesiones en que hay que observar determinados preceptos, cuya infracción acarrea una pena. Quien omite informarse a tiempo sobre estos preceptos a menudo no tiene ya posibilidad de repararlo en el momento de la comisión del hecho. Si se considera, como resulta adecuado, vencibles tales errores de prohibición y se quiere penar al sujeto, se ha de recurrir aquí por tanto a las anteriores omisiones.

Pero ahí no se está atendiendo a una culpabilidad por la conducción de la vida, pues el fundamento del reproche de culpabilidad no es la conducción general de la vida ni la evolución del carácter del sujeto, sino concretas infracciones del cuidado que harían esperar desde un principio infracciones jurídicas de la índole de las posteriormente producidas. Se trata aquí de algo paralelo a

la "provocación culpable por emprendimiento o asunción" en la imprudencia de hecho. Así, del mismo modo que el reproche de imprudencia contra un conductor que en el momento del hecho no podía evitar el choque por ser corto de vista se puede fundamentar sin dificultad en que se puso al volante sin gafas, la "imprudencia de Derecho" que se encierra en el error de prohibición vencible se puede vincular a infracciones previas del cuidado especificables en concreto<sup>61</sup>. No se abandona el terreno de la culpabilidad por el hecho, cuando la misma se apoya en faltas de cuidado claramente delimitables que son temporalmente previas a la acción inmediatamente productora del resultado, pero que permittan suponer desde un principio que ésta tendría lugar.

**49** No se debe recurrir en cambio a una auténtica culpabilidad por la conducción de la vida para fundamentar la vencibilidad de un error de prohibición. Cuando alguien no podía advertir el injusto de su conducta en la situación del hecho, no se puede por tanto apreciar una vencibilidad del error de prohibición v.gr. con la fundamentación de que el sujeto se debería haber educado para ser una persona más rica en conocimientos y sensibilidad jurídicos. Tampoco cuando p.ej. alguien no podía acceder al conocimiento de la antijuridicidad en el momento del hecho debido a un estado pasional se puede basar una vencibilidad del error de prohibición en que el sujeto ha omitido en su juventud aprender el necesario dominio de sí mismo. Por el contrario, el error es vencible sólo cuando se le pueda reprochar al sujeto, en caso de que el estado pasional desencadenante del hecho surja en un momento determinado en que todavía existía la conciencia de la antijuridicidad en relación con la conducta posterior, o no haberse vuelto atrás, sino haber seguido enfascándose en el estado pasional (cfr. sobre el problema paralelo del estado pasional excluyente de la culpabilidad en el momento del hecho exhaustivamente § 20, nm. 14 ss.).

### 5. Los presupuestos de la vencibilidad en particular

**50** Los medios para evitar un error de prohibición son reflexión e información (cfr. nm. 44). Un error de prohibición de quien no ha puesto o no ha agotado estos medios no es en modo alguno *eo ipso* vencible (cfr. nm. 34), sino que la vencibilidad depende de tres presupuestos o requisitos que se basan uno en otro: el sujeto tiene que haber tenido un motivo para reflexionar sobre una posible antijuridicidad de su conducta o para informarse al respecto (sobre esto, a continuación a). Cuando exista un motivo, el sujeto o bien no debe haber emprendido ningún tipo de esfuerzos para cerciorarse o bien estos esfuerzos deben haber sido tan insuficientes que sería indefendible por razones preventivas una exclusión de la responsabilidad (a continuación b). Cuando

<sup>61</sup> En contra de esta solución Stratenwerth, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 489, n. 17, quien, en lugar de a ésta, recurre a su concepción general de la previa provocación culpable (al respecto § 19, nm. 55, n. 102).

el sujeto, pese a existir un motivo, se ha esforzado en pequeña medida por conocer el Derecho, su error de prohibición es sin embargo vencible solamente cuando unos esfuerzos suficientes le habrían llevado a percatarse de la antijuridicidad (a continuación c).

**a) El "motivo" para cerciorarse**

Ya en este punto difieren ampliamente las opiniones. En opinión del BGH 51 la persona debe examinar previamente la conformidad a Derecho de absolutamente todas las acciones. Tendría "que tomar conciencia, en todo lo que esté a punto de hacer, de si es acorde con las normas del deber jurídico" (BGHSt 2, 201). Pero ésta es una exigencia poco realista. La vida social habría de detenerse si cada persona hubiera de realizar primero reflexiones jurídicas antes de dar cualquier paso. Además es incorrecto el punto de partida de que en un ordenamiento jurídico liberal cualquier conducta podría estar eventualmente prohibida. La pretensión rigorista del BGH provoca directamente, por ser imposible de cumplir, su inobservancia, de modo que posiblemente no se produce el hecho de cerciorarse tampoco allí donde realmente sería necesario.

La posición contraria extrema es la defendida por Horn<sup>62</sup>. Para él rige lo siguiente: "Quien no tiene como mínimo la conciencia actual de que su acción posiblemente esté prohibida de algún modo es incapaz de informarse de la norma específica reguladora de su acción." Se precisaría "al menos de la duda inespecífica para que exista motivo para emprender acciones de información sobre la norma". Pero esto va demasiado lejos por el lado contrario, pues en caso de dudas sobre el injusto existe ya una conciencia eventual de la antijuridicidad, que en la mayoría de los casos ni siquiera fundamenta un error de prohibición (más detenidamente nm. 28 ss.). Si se considerara invencible cualquier error en el que el sujeto no ha tenido dudas sobre el injusto, ello desembocaría en definitiva en gran medida en la teoría del dolo y además ni siquiera permitiría la punición por imprudencia que ésta concede. Además, la tesis de Horn no es materialmente convincente. La capacidad de examinar la situación jurídica no la posee tan sólo quien duda de la conformidad a Derecho de su actuación, sino también p.ej. quien sólo sabe que se halla en un sector de la vida regulado jurídicamente por normas específicas o quien es consciente de que perjudica a otro.

De ese modo queda ya preparada la solución aquí defendida. La misma 53 transcurre entre los extremos y aprecia un motivo para examinar la situación jurídica básicamente sólo en tres grupos de casos<sup>63</sup>: cuando al propio sujeto espontáneamente o por indicaciones de terceros, propia reflexión o por lecturas especializadas, le han surgido dudas; cuando el sujeto no tiene dudas, pero

<sup>62</sup> Horn, 1969, 195; le sigue Zaczek, JuS 1990, 893.

<sup>63</sup> Similar SK<sup>3</sup>-Rudolph, § 17, nm. 31; Stratenwerth, AT<sup>3</sup>, nm. 585 ss.

sabe que se mueve en un sector que está sujeto en particular a regulación jurídica específica; y cuando el sujeto es consciente de que su conducta perjudica a particulares o a la colectividad.

**54** El primer caso es el de la duda sobre el injusto (sobre la antijuridicidad de la conducta), el único que Horn pretende admitir. Cuando el sujeto no conviene las dudas en motivo de ulteriores indagaciones, no existirá por regla general un error de prohibición vencible, sino un caso de conciencia eventual de la antijuridicidad, al que no obstante se han de aplicar analógicamente las reglas del error de prohibición, a condición de que sea irresoluble (cfr. nm. 28 ss.). Sólo existe aquí un auténtico error de prohibición cuando el sujeto reprime y no se toma en serio sus dudas sobre el injusto, de modo que confía negligentemente en la conformidad a Derecho de su conducta<sup>64</sup>. Tal error es —si concurren los dos presupuestos o requisitos restantes— vencible.

**55** También es vencible por regla general un error de prohibición cuando el sujeto no se esfuerza en alcanzar los conocimientos jurídicos necesarios, pese a que sabe que el sector en el que pretende actuar está sujeto a una normación jurídica específica (cfr. nm. 47 s.). Quien abre un banco o una tienda de comestibles, quien pretende explotar un negocio de hostelería o conducir un camión por la carretera sabe que para el ejercicio de estas actividades existen preceptos jurídicos que tienen el objeto de excluir en la medida de lo posible los peligros inherentes a las mismas. Simplemente el saber esto ha de suponer para él ya un motivo para preocuparse por los preceptos jurídicos vigentes en ese sector. Este es el terreno de errores de prohibición vencibles precisamente para el Derecho penal especial o accesorio, en el que en los demás casos es más disculpable un desconocimiento de la situación jurídica. Ello rige sobre todo para las distintas profesiones y oficios. No es necesario que el ciudadano conozca las normas en parte lejanas y muy específicas vigentes al respecto; pero quien trabaja en estos sectores ha de contar, en caso de infringir los preceptos correspondientes, con una punición por delito doloso, cuando no se ha puesto al corriente de ellos<sup>65</sup>. Sólo rige otra cosa allí donde la propia redacción de la ley permite advertir que establece menores exigencias (cfr. nm. 41).

<sup>64</sup> De este modo el error de prohibición se delimita de la conciencia eventual de la antijuridicidad del mismo modo que el *dolus eventualis* de la imprudencia consciente (cfr. § 12, nm. 21 ss.). No es absolutamente necesario emplear aquí el mismo parámetro delimitador (así sin embargo Rudolph, 1969, 129 ss.). Así, Warda (Welzel-FS, 1974, 504 ss.) propugna que la representación de la posible antijuridicidad sea ya suficiente para negar un error de prohibición. Pero esto es demasiado estricto, pues la posibilidad teórica de que su conducta pudiera ser antijurídica estará presente con mucha frecuencia precisamente para la persona jurídicamente precavida. Ello no debería excluir un error de prohibición cuando el que actúa creyó poder rechazar esta posibilidad por no ser digna de tomarse en serio (así, en el resultado al que llega, tb. Rudolph, loc. cit.).

<sup>65</sup> Más restrictivo Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, 1969, 330, quien exige tb. en estos casos una "duda efectiva". Como aquí Jescheck, AT<sup>3</sup>, § 41 II 2 c.

## § 21. El error de prohibición

## § 21

Finalmente, un error de prohibición es vencible cuando el sujeto es consciente de que perjudica a otros o a la colectividad. A menudo este presupuesto o requisito se formula diciendo que la infracción de "normas sociales elementales" o del "orden moral" <sup>66</sup> hace vencible un error de prohibición. Ello es correcto en cuanto que la conciencia de perjudicar gravemente suele incluir en sí misma la conciencia de la contrariedad éticosocial a valores. Pero el fijarse en el dolo de perjudicar responde de manera más precisa al supuesto de hecho, porque el injusto consiste en la lesión de bienes jurídicos, en el perjuicio o daño social, y no en una infracción moral separable de ellos. A quien p.ej. sabe que con una determinada conducta en el tráfico mercantil perjudica de manera sustancial los intereses jurídicos patrimoniales de otro, ello ha de motivarle a examinar su falta desde la perspectiva de los §§ 263 [estafa], 266 [gestión desleal] y otros preceptos del Derecho penal patrimonial. En el terreno del Derecho penal nuclear es poco frecuente un error de prohibición invencible, porque el conocimiento de las circunstancias del hecho la mayoría de las veces incluye aquí sin más el dolo de perjudicar.

Cuando no existe ninguno de los tres "motivos", se habrá de apreciar un 57 error de prohibición invencible en favor del sujeto que no ha conocido el injusto de su conducta. Ello rige especialmente en el Derecho penal especial o accesorio, cuando la dañosidad social de una conducta no es reconocible sin más y el sujeto no sabe que el sector en que se mueve está regulado en particular por normas jurídicas específicas. También en las omisiones un error será frecuentemente invencible, cuando no se trate de deberes elementales o de deberes dentro del sector de actividad profesional propio <sup>67</sup>. Pero incluso quien mediante una conducta activa infringe preceptos del StGB puede ser exculpado en el caso concreto si no tuvo motivo para examinar la antijuridicidad de su conducta.

Así, el BGH (JR 1954, 188) decidió un caso en el que dos labradores habían 58 mantenido repetidamente relaciones sexuales con una mujer enferma mental y esterilizada con asentimiento de ésta (§ 179, antiguo § 176 n.º 2). No se les había "ocurrido en absoluto... que las relaciones sexuales con la señora E pudieran estar prohibidas y castigadas". El BGH apoyó la apreciación de un error de prohibición invencible en que los sujetos estaban "poco desarrollados mental y moralmente", si bien eran completamente imputables. Pero ni siquiera eso será lo decisivo. Pues si los sujetos no tuvieron en modo alguno dudas (y como evidencian los hechos, incluso el alcalde consideraba permitida su conducta), si además creían moverse en un ámbito privado no regulado jurídicamente y, en vista del asentimiento de la mujer, tampoco tenían conciencia

<sup>66</sup> Stratenwerth, AT<sup>3</sup>, nm. 589; Jescheck, AT<sup>4</sup>, § 41 II 2 b.

<sup>67</sup> Así un miembro estricto creyente de una secta paquistaní puede actuar en error de prohibición invencible cuando se aparta de una mujer ebria escasamente vestida, en vez de prestarle el auxilio solicitado (LG Mannheim NJW 1990, 2212); el Derecho penal paquistaní no conoce el tipo de la omisión del deber de socorro.

## § 21 Sección 5.ª - Culpabilidad y responsabilidad

de perjudicar, no existió para ellos ningún motivo para reflexionar sobre una posible antijuridicidad de su conducta. La conciencia de una "inmoralidad" (que apenas habrá existido y sobre la que también se podría discutir) es un criterio demasiado vago como para poder basar en él una pena criminal.

59 Tampoco es necesaria una pena cuando v.gr. alguien —como una gran parte de la población— no conoce el § 201 y registra con fines de prueba una conversación sostenida por él. Si al sujeto le falta la conciencia de que se aproxima así demasiado a la esfera de la personalidad del interlocutor, se debería disculpar su error de prohibición. Tales ejemplos se podrían multiplicar, de manera que, en caso de limitar la "vencibilidad" a los citados "motivos", también los errores de prohibición en el ámbito del StGB conducirían a ab soluciones con mayor frecuencia de lo que ha sucedido hasta ahora en la práctica. Pero ello no es objetable, pues en sujetos de la clase descrita la disuasión y la instrucción son suficientes para preservarlos de repeticiones; dado que cualquier persona no instruida jurídicamente puede incurrir en tales errores, la paz jurídica tampoco sufriría por una renuncia a sancionar.

## b) La medida necesaria de los esfuerzos por cerciorarse

60 Si existe un "motivo" en el sentido descrito, el ciudadano no instruido jurídicamente por regla general (cfr. sin embargo nm. 64) deberá consultar a una persona versada en Derecho, en la mayoría de los casos a un abogado, para que su posible error de prohibición sea invencible. Pero esto es suficiente también <sup>68</sup>, a no ser que el abogado recomiende de manera manifiestamente poco seria "maniobras burdas" para bordear la ley <sup>69</sup>. Sería ir demasiado lejos el exigir que quien busca consejo deba comprobar la habilidad general o los conocimientos técnicos específicos de un abogado. Le falta la competencia para ello. Por el contrario, el ciudadano debe poder partir de la base de que un abogado, que ha aprobado los exámenes requeridos, le puede dar un consejo jurídico del que se puede fiar. No es acertado por tanto el que BGHSI 21, 21, opine que el sujeto no se puede "sustraer a la decisión que le corresponde sobre lo conforme o lo contrario a Derecho, solicitando una opinión de un jurista"; normalmente un profano no está en condiciones de tomar tal "decisión personal". Una "información improvisada" determinada y clara de un abogado debe bastar también para hacer invencible un error de prohibición <sup>70</sup>; pues el ciudadano no puede juzgar si tal información se basa en la

<sup>68</sup> Op. dom.; en la jurisprud. cfr. simplemente BGHSI: 20, 372; OLG Hamburg NJW 1977, 1831 s.; AG Göttingen NJW 1983, 1209; AG Frankfurt NJW 1989, 1745. De otra opinión Kunz, GA 1983, 457 ss., según el cual ni siquiera el contar con "pericias de expertos" podrá eliminar una conciencia eventual de la antijuridicidad.

<sup>69</sup> KG JR 1977, 379.

<sup>70</sup> De otra opinión Rudolph, JR 1977, 381; como aquí LK<sup>10</sup>-Schroeder, § 17, nm. 42; cfr. además Wolter, JuS 1979, 482 ss.

especial competencia del abogado, la claridad de la situación jurídica o acaso en una negligente sobrevaloración de sí misma de la persona por él consultada. Tampoco es correcto que deba exigirse de los empresarios "un examen especialmente crítico" de las informaciones de los juristas de la casa<sup>71</sup>, pues los propietarios de empresas se podrían ahorrar la contratación de juristas, si aún siempre hubieran de consultar adicionalmente a otros abogados. Además el jurista de la casa posee especiales conocimientos jurídicos en los negocios de su empresa y al que más perjudicaría sería a sí mismo, si pusiera en dificultades a su empresa a través de informaciones poco fiables.

Otra cosa sucede naturalmente cuando el propio abogado manifiesta dudas **61** o cuando, si bien se declara partidario de una opinión jurídica favorable a quien le pide la información, da cuenta sin embargo a éste de las opiniones en contra existentes en los tribunales, en la literatura científica o en instancias oficiales, o cuando el sujeto conoce tales opiniones discrepantes por otras fuentes<sup>72</sup>. Existe aquí la mayoría de las veces una duda sobre el injusto (al respecto nm. 28 ss.); un eventual error de prohibición es vencible cuando no suceda que por razones excepcionales sean inexigibles ulteriores indagaciones o una espera. Si el propio sujeto es abogado, no es preciso que consulte a un abogado de fuera cuando se trate de cuestiones jurídicas que se hallen en su ámbito laboral<sup>73</sup>, por supuesto no se puede fiar tampoco únicamente de su juicio, sino que debe revisar la jurisprudencia y la literatura científica.

Lo que rige para los abogados rige también para las informaciones de otras personas o instituciones competentes en Derecho, como v.gr. de un catedrático de Derecho, de un juez o de una instancia oficial<sup>74</sup>, a no ser que el carácter erróneo de una información sea fácilmente reconocible para un profano (BGHSt 2, 193). También la tolerancia de una conducta por una instancia oficial puede fundamentar ya un error de prohibición invencible (BGHSt 16, 270 s.), cuando la misma permite concluir que la instancia oficial juzga conforme a Derecho la conducta<sup>75</sup> (no así cuando visiblemente se trate de la mera tolerancia de un abuso). Cuando un sujeto se informa expresamente acerca del carácter permitido de su conducta en la Jefatura Superior de Policía, puede partir de la base de que la información es correcta y completa (BayObLG GA 1966, 182); su error de prohibición es por tanto invencible, si la policía le ha manifestado erróneamente que no existían reparos a su conducta. El interesado ha de poder fiarse igualmente de la opinión jurídica del Ministerio Fiscal,

<sup>71</sup> Así sin embargo KG JR 1978, 166 (168); al respecto D. Meyer, JuS 1979, 250 ss.; como aquí LK<sup>10</sup>-Schroeder, § 17, nm. 44; SK<sup>3</sup>-Rudolphi, § 17, nm. 40; AK-Neumann, § 17, nm. 72.

<sup>72</sup> Cfr. OLG-Stuttgart JR 1979, 294.

<sup>73</sup> Cfr. BGHSt 15, 332 ss. (341); BGH NJW 1962, 1832 s.

<sup>74</sup> Más detenidamente Rudolphi, 1969, 240 ss.; respecto de un presidente de tribunal cfr. BGHSt 5, 111 (118 s.).

<sup>75</sup> Cfr. AG Lübeck StrV 1989, 348, para el caso de una instancia oficial medioambiental.

cuando éste califica de no punible una conducta en un acuerdo de sobreseimiento (BayObLG NJW 1980, 1057 s.); pues no se puede exigir al ciudadano conocimientos jurídicos que ni siquiera el fiscal posee.

**63** También se puede confiar en una jurisprudencia uniforme y, a falta de tal, en una opinión absolutamente mayoritaria. Por tanto, si un maestro se fió del reconocimiento por el BGH de un derecho de corrección (BGH JZ 1977, 655), si un médico, en la extracción de tejidos (§ 168 [profanación de cadáveres o sepulturas]) que tiene lugar dentro de una autopsia, tiene de su lado la opinión jurídica de los abogados y del Colegio de médicos (KG NStZ 1990, 185) o si el socio de una sociedad de responsabilidad limitada partió de la op. dom. y de la opinión jurídica Ministerio Federal de Economía (BGH wistra 1982, 73, 75), existe un error de prohibición invencible. Si existe controversia en la jurisprudencia<sup>76</sup>, entonces es posible atenerse a la resolución del tribunal de superior jerarquía<sup>77</sup>, pues las resoluciones de los tribunales superiores carecerían de utilidad para el ciudadano si el mismo hubiera de contar con la posibilidad de una pena pese a observarlas. Por razones similares se debe considerar excluyente de la responsabilidad un error de prohibición cuando el sujeto se ha guiado por una jurisprudencia que declara permitida su conducta, aun cuando sepa que en la doctrina científica se defienden opiniones en parte discrepantes<sup>78</sup>. Es verdad que los tribunales en ningún modo tienen siempre razón frente a opiniones discrepantes, pero nuestra Constitución parte de la base de que las cuestiones jurídicas se deciden por los tribunales; ello se vería contradicho si un ciudadano cuidadoso hubiera de convertir en máxima de su actuación no la jurisprudencia, sino la opinión doctrinal respectivamente desfavorable a él. También es invencible un error de prohibición cuando el sujeto se fía de la sentencia de un tribunal federal superior que ha recaído en un área jurídica distinta, pero cuyas formulaciones sostenidas con carácter general van de manera para el sujeto inadvertible más allá de su pronunciamiento sobre el asunto<sup>79</sup>. En cambio, un sujeto no puede confiar sin más en una sentencia judicial cuando a ella se opone otra sentencia de un tribunal de igual rango<sup>79a</sup>; en tales casos existirá por regla general un error de prohibición vencible o una conciencia eventual de la antijuridicidad que se habrá de tratar conforme a las reglas de aquél (cfr. nm. 28 ss.). Supone sin embargo una exageración la suposición de que un error de prohibición sería vencible cuando el sujeto se guió por una sentencia de un AG por ser la única resolución existente hasta

<sup>76</sup> Al respecto más detenidamente Rudolphi, 1969, 104 ss.

<sup>77</sup> De otra opinión D. Meyer, JuS 1979, 253.

<sup>78</sup> Discr. OLG Karlsruhe NJW 1967, 2167; LK<sup>10</sup>-Schroeder, § 17, nm. 36; como aquí Rudolphi, 1969, 108.

<sup>79</sup> OLG Stuttgart JR 1973, 509, con com. de Rudolphi.

<sup>79a</sup> De otra opinión Neumann, JuS 1993, 799, con la fundamentación de que un "caos normativo" del que debe responder la justicia no debería conducir a una restricción jurídicopenal del margen de acción del individuo.



§ 21. El error de prohibición

§ 21

ese momento sobre la cuestión jurídica (OLG Düsseldorf NJW 1981, 2478). Es cierto que una sentencia de un AG no sienta "jurispr. firme" y puede ser incorrecta, ¡pero el ciudadano que honradamente se esfuerza por observar el Derecho y alcanza el estado de conocimiento de un tribunal penal no necesita de ninguna pena!

El que un profano en Derecho intente aclarar por propia iniciativa la situación jurídica mediante el estudio de leyes, resoluciones y comentarios no conviene sin más en invencible su posible error de prohibición (cfr. sin embargo nm. 65)<sup>80</sup>, pues ante cuestiones jurídicas difíciles debe decirse a sí mismo que sus facultades para comprender el problema son insuficientes. No obstante, la situación es distinta cuando un texto legal está redactado de tal modo que sugiere a un no jurista instruido la conclusión de que una determinada conducta es conforme a Derecho<sup>81</sup>. Si se considerara siempre vencible un error de prohibición provocado por el tenor literal legal de la ley, ello conduciría a la conclusión de que las leyes sólo están escritas para los juristas y que el profano nunca se podría fiar de la comprensión normal de su texto, sino siempre sólo del abogado; eso iría demasiado lejos.

En los casos de utilización de armas de fuego en la antigua frontera interalemana<sup>81a</sup> (al respecto, § 5, nm. 52 b) existirá a menudo un error de prohibición en los llamados "tiradores del muro". Resulta decisivo para la vencibilidad del mismo el que los entonces soldados de la frontera de la RDA pudieran percatarse de la nulidad o inaplicabilidad del § 27 II GrenzG de la RDA y por tanto de la contrariedad de su conducta a la prohibición. A este respecto, las exigencias de realizar esfuerzos para cerciorarse fijadas por los tribunales han sido especialmente altas. Según ello, no se podrían "considerar representantes del correspondiente entorno" dignos de confianza "evidentemente los puntales del sistema injusto de la antigua RDA, como los miembros del MFS (Ministerio de Seguridad), jueces o fiscales"<sup>81b</sup>, sino que lo decisivo sería si el "pueblo del Estado" de la RDA aprobaba los acontecimientos en cuestión. Esta desviación del principio de que en general es suficiente una consulta a personas o instituciones competentes en Derecho conduce a un vaciamiento objetable del § 17 inc. 1 y a una amplia extensión de la punitividad.

c) La posibilidad de acceder al conocimiento de la antijuridicidad en caso de realizar esfuerzos insuficientes

65

Si los esfuerzos del sujeto para cerciorarse no son suficientes, ello no significa aún necesariamente que su error de prohibición sea vencible (cfr. ya

<sup>80</sup> BayObLG GA 1966, 183.

<sup>81</sup> Según OLG Schleswig GA 1982, 509, el error de prohibición sería invencible aun cuando el sujeto, en el supuesto de un tenor literal ambiguo, escoja una entre diversas posibilidades de interpretación.

<sup>81a</sup> BGHSt 39, I, 39, 168.

<sup>81b</sup> LG Berlin, JZ 1992, 691, 695; confirmado en BGHSt 39, 168, 191 ss.

§ 21 Sección 5.<sup>a</sup> – Culpabilidad y responsabilidad

nm. 34 ss.)<sup>82</sup>. Cuando el sujeto, pese a existir un motivo, no consultó a un abogado, sino que partió sin más de la conformidad a Derecho de su conducta, se debe considerar no obstante invencible su error de prohibición, si un abogdo digno de confianza le habría confirmado también la conformidad a Derecho de su conducta (v.gr. invocando la jurisprud. del momento)<sup>83</sup>. Lo mismo rige cuando alguien, pese a su falta de conocimientos jurídicos, se ha formado en virtud de un estudio de afianzado de la literatura científica una opinión jurídica que sin embargo coincide en el resultado al que llega con lo que también le habría dicho un jurista digno de confianza en el momento del hecho. Lo más importante aquí no es la constatación de un curso causal hipotético<sup>84</sup>. No es decisivo lo que un determinado abogado realmente habría dicho, sino cómo habría sido una información de la que el sujeto se habría podido fiar.

VIII. Las consecuencias jurídicas del error de prohibición

66 El error de prohibición, cuando es invencible en sentido jurídico, conduce a la impunidad conforme al § 17 inc. 1. El legislador habla de que el sujeto actúa "sin culpabilidad" en tal caso. Sin embargo, también en el supuesto de que exista escasa culpabilidad, la responsabilidad está ya excluida cuando ello es tolerable desde puntos de vista preventivos (cfr. nm. 37 ss. y *passim*). El concepto de "culpabilidad" empleado por el legislador ha de entenderse por tanto en un sentido amplio, de modo que abarque todo el ámbito de la responsabilidad jurídicopenal. Si el error de prohibición fue vencible, tiene lugar conforme al § 17 inc. 2 una reducción facultativa del marco penal correspondiente al dolo.

67 La rebaja sólo facultativa del marco penal correspondiente al dolo resulta problemática. Pues en el caso normal la culpabilidad del sujeto se reducirá de manera no poco considerable por su buena fe (cfr. ya nm. 8). Sólo existe una excepción cuando el error de prohibición del sujeto se basa en hostilidad al Derecho (nm. 8 s.). Sin embargo, tales casos son muy poco frecuentes<sup>85</sup>. Por ello se ha de interpretar la atenuación potestativa en concordancia con el principio de culpabilidad, en el sentido que por regla general (es decir, prescindiendo de la citada situación excepcional poco frecuente) la aplicación del

<sup>82</sup> Así con razón tb. OLG Celle NJW 1977, 1644, contra la jurisprud. del BGH y del BayObLG citada en las nn. 49 y 50.

<sup>83</sup> Cfr. v.gr. KG NSZ 1990, 186, para la infracción del § 168 por parte de unos médicos: "Aun cuando... hubieran solicitado consejo jurídico de abogados y del Colegio de médicos, sólo se habrían reforzado en su falta de conciencia de la antijuridicidad jurídicopenal."

<sup>84</sup> En este punto correctamente Jakobs, AT<sup>2</sup>, 19/45.

<sup>85</sup> En mi artículo "Ungelöste Probleme beim Verbotisirtum" ("Problemas no resueltos en el error de prohibición"), 1987, 82 s., ponía en duda que siquiera los haya.

## § 21. El error de prohibición

## § 21

marco penal atenuado sea obligatoria<sup>86</sup>. La no rebaja del marco penal precisa siempre por ello de una especial fundamentación en la sentencia<sup>87</sup>; la misma es jurídicamente incorrecta cuando no tiene lugar una reducción del marco penal en el supuesto de errores de prohibición fácilmente vencibles, pero no basados en hostilidad jurídica.

En el supuesto de culpabilidad escasa de quien actúa en error de prohibición, la pena mínima establecida en el § 49 I n.º 3 puede seguir estando por encima de la medida de la culpabilidad realmente existente. Para tales casos se recomienda por un sector de la doctrina una ulterior reducción de la pena —no prevista en sí en la ley— conforme al § 49 II<sup>88</sup>, y por otro sector un sobreesimiento conforme al § 153 StPO<sup>89</sup>. Lo correcto será disculpar tal error, es decir excluir la responsabilidad jurídicopenal y absolver al sujeto (más detenidamente nm. 37 ss.). Es incorrecta la hipótesis de que en el caso del error de prohibición vencible la pena nunca podría bajar de la pena mínima de un marco penal real o ficticio correspondiente a la imprudencia<sup>90</sup>; la culpabilidad en el caso de un error de prohibición difícilmente vencible puede ser absolutamente menor que en una imprudencia de hecho<sup>91</sup>.

## VIII. Regulaciones específicas del error de prohibición

La regulación legal de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (§§ 20 69 y 21) contiene también pronunciamientos sobre el error de prohibición, en cuanto que en ella se trata el caso de que alguien, en virtud de determinados estados psicopatológicos sea incapaz o sólo posea una capacidad notablemente reducida “de comprender el injusto del hecho”. Los preceptos de los §§ 20 y 21 y del § 17 desgraciadamente no coinciden del todo en el tratamiento del error de prohibición. Especialmente existe una contradicción en que el § 21 prevé una atenuación de la pena de quien actúa en error de prohibición sólo en caso de imputabilidad notablemente disminuida, mientras que el § 17 posibilita tal atenuación con independencia de ello. El problema ya se ha examinado *supra* (§ 20, nm. 28 y 35) con el resultado de que debe prevalecer la regulación más favorable del § 17. A ello nos remitimos aquí.

En contraste con los §§ 20 y 21, otros preceptos proceden de modo más 70 generoso con la exculpación que el § 17 (cfr. ya nm. 40 s.). Según el § 51 WStG un subordinado que realiza un tipo jurídicopenal cumpliendo órdenes

<sup>86</sup> Warda, ZStW 71 (1959), 252 ss.; Roxin, ZStW 76 (1964), 605. El PA había prescrito con razón en el § 20 inc. 2 una rebaja del marco penal “por regla general”.

<sup>87</sup> OLG Hamm VRS 10 (1956), 358.

<sup>88</sup> Paeflgen, 1979, 175 s.; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 19/50.

<sup>89</sup> SK<sup>5</sup>-Rudolph, § 17, nm. 50.

<sup>90</sup> BayOBLG MDR 1957, 434.

<sup>91</sup> Jakobs, AT<sup>2</sup>, 19/50.

## § 21 Sección 5.ª – Culpabilidad y responsabilidad

sólo actúa de modo culpable “cuando conoce que se trata de un hecho anti-jurídico o ello resulta manifiesto por las circunstancias por él conocidas”. Ya no cualquier error de prohibición vencible, sino sólo un error de prohibición que con especial facilidad resulta vencible conduce a la punición. Ello se halla por completo en la línea de la teoría “más flexible o suavizada” de la culpabilidad aquí defendida (nm. 37 ss.), según la cual también un error de prohibición vencible puede tener como consecuencia la impunidad, cuando ello resulte preventivamente tolerable (de lo cual parte aquí el legislador, porque quien da la orden tiene la responsabilidad principal). Sin embargo la ley em-plea también en este caso un concepto amplio de culpabilidad, que abarca toda la responsabilidad. Cuando dice que al sujeto le corresponde “sólo una culpabilidad” en caso de manifiesta antijuridicidad de la orden, hay que pre-cisararlo entonces en el sentido de que también en otros casos de vencibilidad se ha de afirmar una culpabilidad en el estricto sentido de la palabra y sólo se ha de excluir la responsabilidad jurídicopenal. No resulta sin embargo cor-recta la opinión de Maurach/Zipf<sup>92</sup> cuando interpretan el § 51 WStG como caso de “teoría restringida del dolo”, en la que en el caso del carácter mani-fiesto “se fingiría el dolo”. Por el contrario, el § 51 WStG se basa también en la teoría de la culpabilidad. Únicamente se reducen las exigencias de la evita-bilidad<sup>93</sup>. Una regulación similar adoptan el § 7 II 2 UZwG y las disposiciones correspondientes de los *Länder* federados para los funcionarios encargados de la ejecución que actúan en virtud de orden oficial.

<sup>92</sup> Maurach/Zipf, AT/1<sup>8</sup>, 38/29.

<sup>93</sup> Acertadamente LK<sup>10</sup>-Schroeder, § 17, nm. 54.