

LA EVITABILIDAD O VENCIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER

El art. 6 bis a) CP ha establecido en su tercer párrafo las reglas para el tratamiento del *error de prohibición*. De acuerdo con esta disposición el error sobre la antijuricidad excluirá la punibilidad cuando haya sido invencible. "Invencible" es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto, se habla de la evitabilidad del error de prohibición. En este contexto la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario, determina la punibilidad con la pena del delito doloso del hecho típico, antijurídico y culpable, aunque con una pena atenuada según el art. 66 CP.

La dependencia de la exclusión de la punibilidad de la inevitabilidad del error es explicable desde diversos puntos de vista. Pero, en todo caso, dogmáticamente la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad. Sea porque cuando el error es inevitable el autor no ha podido obrar de otra manera,¹ sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad,² sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser

alcanzado por el mandato normativo,³ o sea finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello,⁴ en todo caso, la exclusión de la punibilidad se basa en la ausencia de culpabilidad. Sólo excepcionalmente se postula que el error inevitable de prohibición debe operar como una causa de justificación.⁵

Esta dependencia de la no punibilidad del error de prohibición de su inevitabilidad tiene, también una *significación político-criminal*. En esta materia el legislador ha tenido que optar por el principio del conocimiento o por el principio de la responsabilidad como punto de partida y lo ha hecho por el último: la responsabilidad penal no dependerá del *conocimiento* de la antijuricidad, como lo postula la "*teoría del dolo*";⁶ sino sólo de la *posibilidad de su conocimiento*, en el sentido de la llamada "*teoría de la culpabilidad*". En otras palabras: el *principio de la responsabilidad*, establece que las

(3) Roxin, Strafrecht, 1992, p. 597.

(4) Rudolphi, SK StGB, 1, 2.ª ed. 1977, § 17, 24.

(5) Confr. Zielinski, Handlungs-und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, p. 266 y ss.; en la misma dirección MIR PUIG, en la Ley de 16-2-91 p. 1 y ss. Sancinetti, Teoría del Delito y Disvalor de acción, 1991, p. 524 y ss.

(6) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3.ª ed. 1949, p. 325 y ss.

(1) Welzel Das Deutsche Strafrecht, 11.ª ed. 1969, p. 171 y ss.

(2) Jakobs, Strafrecht, 2.ª ed. 1991, p. 557; Neumann, en AK-StGB, 1, 1990, & 17, 51.

personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético-social.⁷

De esta manera, la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor *pudo haber tenido* la conciencia de la antijuricidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir, porque pudo obrar de otra manera.

Desde una *perspectiva procesal* la inevitabilidad del error de prohibición tiene una notable influencia sobre las exigencias de motivación de la sentencia. La *teoría estricta del dolo*, es decir aquella que excluye el dolo cuando el autor ha desconocido la prohibición, pone al Tribunal ante la difícil tarea de demostrar que el acusado que alega un error sobre la antijuricidad, por absurdo que éste resulte, no dice la verdad.⁸ Para evitar estas dificultades el programa inicial de la teoría estricta o rígida del dolo⁹ fue reducido mediante la *teoría limitada del dolo*,¹⁰ que introdujo el límite de la *'ceguera jurídica'*. De acuerdo con esta variedad de la teoría del dolo, la actitud desviada del que no reconoce el derecho o no lo quiere reconocer, es decir del que padece una *"ceguera jurídica"*, producto de una actitud incompatible con el orden jurídico, determina que el autor, "en verdad, no haya infringido el derecho, no obstante lo cual se lo sanciona en todo caso como un agente doloso".¹¹ De esta manera, también la teoría limitada del dolo lograba desplazar el problema de la fundamentación de la prueba de un elemento subjetivo, que, precisamente por su naturaleza, es de difícil acceso

a la comprobación de una actitud del autor incompatible con el orden jurídico.¹²

También parte del mismo problema práctico la llamada *teoría de la culpabilidad*, que considera que la conciencia de la culpabilidad es un elemento ajeno al dolo y que, por lo tanto, su ausencia, causada por un error de prohibición, no excluye el carácter doloso de la acción típica.¹³ Para ello se vale de la evitabilidad del error. Comprobado (o alegado) el error por el acusado la cuestión que se presenta para la teoría de la culpabilidad consiste en determinar su evitabilidad o inevitabilidad, con lo que la fundamentación de la decisión se relaciona con el conjunto de circunstancias, en principio objetivas, en las que el autor ejecutó la acción y no ya con la comprobación del contenido de su conciencia en el momento del hecho.

A partir de estos problemas prácticos se demuestra que tanto la teoría *"del dolo"* con la teoría *"de la culpabilidad"* han introducido diversas limitaciones, cuya finalidad es la de reducir las absoluciones fundadas en el error de prohibición sólo a los casos en los que ésta aparezca como merecida por el autor. Ambas teorías difieren, sin embargo, en la caracterización de los casos de absolución merecida.

Esta problemática ha sido mal resuelta por el art. 6 bis a) CP. En efecto, al haber extendido al error de prohibición evitable el régimen de consecuencia jurídicas previstas para las eximentes incompletas, el legislador ha olvidado

⁽⁷⁾ Confr. Welzel, loc. cit. p. 162 y ss.

⁽⁸⁾ Sobre esta problemática ver: Schmidhaeuser, *Strafrecht*, AT, 2.^a ed. 1975, p. 417 y ss.

⁽⁹⁾ Así en la terminología de Jakobs.

⁽¹⁰⁾ Confr. Mezger, en LK, 7.^a ed. 1954, tomo I. § 59, II, B, 17.b. (p. 454).

⁽¹¹⁾ Mezger, en *Probleme der Strafrechtsentwicklung*, FS für Kohlrausch, 1944, p. 180 y ss. (184).

⁽¹²⁾ No se puede negar que este punto de vista debió cargar con el descrédito de haber sido adoptado por los Proyectos alemanes de 1936 y 1939, que caracterizaron la actitud incompatible con el orden jurídico como una "actitud incompatible con una sana concepción popular del derecho y de la ilicitud", confr. Mezger, loc. cit. p. 184.

⁽¹³⁾ Schmidhaeuser, loc. cit. p. 416 y ss.

que el problema que se debe resolver no es idéntico. La atenuación obligatoria en uno o dos grados que prevé el art. 66 CP, puede resultar, a menudo al menos, una atenuación excesiva, es decir, innecesaria. Por lo tanto, los Tribunales se verán con frecuencia tentados de evitar una atenuación excesiva sosteniendo que el autor no los ha convencido de su alegación de error. Ello determina que el problema práctico que pretende resolver la teoría de la culpabilidad, con el art. 6 bis a) CP, sólo pueda serlo a medias. La necesidad de reforma, en consecuencia, es urgente.

La teoría española ha reflejado estas mismas tendencias frente a los errores evitables. En este sentido se debe destacar la tesis que propone sancionar los casos de error de prohibición vencible a través del art. 565 CP, considerando justificada su aplicación como *imprudencia iuris*, aun en los casos en los que la *imprudencia facti* no se estimara punible.¹⁴ En igual sentido — aunque desde otra perspectiva — no se puede negar que también se propone un límite a la no punibilidad del error similar al propuesto por la teoría de la “ceguera jurídica”, cuando un partidario de la teoría del dolo como Torio afirma que “el autor que obra con error vencible de prohibición debe ser inmune ante el Derecho Penal, salvo en los delitos donde es exigible indiscutiblemente un esfuerzo personal de conciencia para elevar la pretensión del respeto que surge del bien jurídico (...) pues “la realización dolosa del tipo, en el homicidio, falsedad, robo o violación conlleva simultáneamente una advertencia sobre la antijuricidad”.¹⁵

Sin embargo, no faltan en la teoría española quienes tienden a negar toda justificación a la punibilidad del error del prohibición vencible. Así, en primer lugar, el mismo Torio, quien ha criticado seriamente los fundamentos de la actual regulación del error contenida en el art. 6 bis a) CP.¹⁶ Sostiene Torio que el legislador habría resuelto un problema de justicia con criterios utilitarios, pues “se ha transitado de la perspectiva de la retribución de la culpabilidad al pensamiento de la prevención general”.

Esta crítica se desarrolla luego en dos objeciones fundamentales. En primer lugar la punibilidad del error evitable, se argumenta, “coopera al fortalecimiento del principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley”, toda vez que no sería posible imponer el conocimiento de todo el derecho y sería injusto condenar a un labriego por ignorar lo que también ignora un juez. Sin embargo, esto no es así. La teoría de la culpabilidad, en tanto mantiene la pena del delito doloroso (aunque, en su caso, atenuada) para el error evitable de prohibición, no reprime la ignorancia lisa y llana del derecho, sino al autor que, habiendo tenido razones para pensar en la antijuricidad, no ha intentado aclarar la situación jurídica para orientar su comportamiento según las normas del orden jurídico. Consecuentemente,

go, respecto de cómo se fundamenta desde la teoría del dolo en estos casos la permanencia del dolo, pues no parece posible que de otra manera puedan ser sancionados el robo y la violación cometidos con error evitable del prohibición. Por evitable que sea el error, el autor no ha tenido conciencia de la antijuricidad y si ésta, como conciencia actual, es, en todo caso, un elemento del dolo, es evidente que éste desaparecía. La cuestión es importante, pues es difícilmente sostenible la punibilidad de un robo o una violación no dolosos.

⁽¹⁶⁾ Loc. cit. p. 254 y ss.

⁽¹⁴⁾ Confr. Córdoba Roda. El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, 1962, p. 134.

⁽¹⁵⁾ Torio, en la Reforma Penal y Penitenciaria, 1980, p. 249 y ss. (p. 258 y ss.). El punto de vista de Torio deja abierta, sin embar-

el labriego, lo mismo que cualquier ciudadano, no será punible por ignorar el derecho, sino por su ignorancia reprochable en la medida de lo exigible.¹⁷

En *segundo lugar*, se sostiene contra la punibilidad del error evitable sobre la prohibición que “constituye un peligro para el ciudadano que accidentalmente obra en un sector en que existen normas de Derecho Penal administrativo”, pues “debe poner un ojo en las cosas y otro ojo en la ley”.¹⁸ Tampoco este argumento es convincente, pues en realidad, muestra lo contrario de lo que combate. En efecto: no se entiende que exigir “poner el ojo en la ley” sea contrario a la justicia, dado que la justicia requiere — como mínimo — que cada uno obre tomando en consideración a los demás y esto sólo es posible si se piensa en los derechos de los otros y, por lo tanto, en las normas que los establecen.¹⁹

Como se ve, no parece que estas críticas puedan conmovir en general la decisión del legislador de limitar la no punibilidad del error de prohibición a los casos en los que el autor lo merezca. El legislador no podía, en verdad, premiar la indiferencia, pues ello vulnera indudables deberes de solidaridad social y generaría una injusta distribución de los riesgos de la vida en común entre los autores y las víctimas. Por otra parte, es indudable que un orden jurí-

dico que renuncia a imponerse frente a los que les es indiferente no puede garantizar las expectativas de los ciudadanos en el cumplimiento de las normas.

Como se dijo, la inevitabilidad del error de prohibición excluye la culpabilidad. La explicación dada por la doctrina dominante es clara: “la capacidad de una motivación adecuada a la norma es el elemento constitutivo del reproche de culpabilidad de carácter decisivo”;²⁰ si el error no era evitable, el autor carecía de capacidad para comportarse según su deber jurídico pues no se podía motivar por la norma. Por el contrario, cuando el autor hubiera podido evitar el error, su capacidad de culpabilidad, es decir su posibilidad de obrar de acuerdo a derecho, no ha desaparecido; en todo caso puede haber disminuido. La cuestión que esta concepción plantea consiste, por lo tanto, en establecer cuándo el autor que no tuvo una conciencia (actual) de la antijuricidad hubiera podido tenerla. Se trata de saber, en consecuencia, cuándo “es posible decir que el autor hubiera sido capaz de alcanzar un estado de conocimiento, de representación, de conciencia, antes no existente”.²¹ Dicho con otras palabras: “la inevitabilidad de un error de prohibición se identifica con la conciencia potencial de la antijuricidad, con la capacidad del autor de adquirir el conocimiento de la antijuricidad que presupone la formulación de un reproche de culpabilidad sin reducción”.²²

En la doctrina española la determinación de estos extremos no ha merecido hasta ahora una atención especial. Un

(17) Confr. Rudolphi, SK StGB, 1, 5.^a ed. 1987, parágrafo 17, 30; Neumann, AK-StGB, 1990, parágrafo 17, 56 y ss; Dreher-Troendle, StGB, 43 ed. 1986, parágrafo 17, 7; Cramer, en Sch./Schr., StGB, 24 ed. 1991, parágrafo 17, 13 y ss; Schroeder, LK, 10.^a ed. 1985, parágrafo 17, 27 y ss; Lackner, StGB, 19 ed. 1991, parágrafo 17, 8.

(18) *Torío*, loc. cit. p. 257.

(19) También muestran su desacuerdo con la punibilidad del error vencible sobre la prohibición: *Cobo/Vives*, Der. Penal, PG, 3.^a ed. 1990, p. 511, sin aceptar los límites que postula *Torío*.

(20) Armin Kaufmann, en Fest. F. Eb. Schmidt, 1961, p. 319 y ss (321).

(21) *Horn*, Verbotsrrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, p. 78.

(22) *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, Verbotsrrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, p. 193.

número importante de autores no trata el tema.²³ En consecuencia sólo excepcionalmente se ha prestado atención a la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición,²⁴ a pesar de su extraordinaria significación en la planificación del art. 6 bis a) CP.

¿Cómo se explica esta situación? Muy probablemente la doctrina mayoritaria parte, calladamente, de una teoría objetiva en la que “el poder de otros se convierte en deber del autor”²⁵ o de una teoría que entiende la evitabilidad del error como la infracción de un deber jurídico. Desde tales puntos de vista la cuestión de la capacidad del autor concreto no es, en principio, un problema para la decisión sobre la evitabilidad del error de prohibición, pues, en realidad, no se debe atender a la capacidad del autor en el momento concreto, sino a las “posibilidades de eficacia de la norma de determinación en el proceso de motivación del ciudadano medio”.²⁶ Este punto de vista conduce, sin embargo, a problemas insolubles.

Por una parte, porque recurriendo como criterio al poder haber conocido del término medio, se llega prácticamente a la exclusión de toda inevitabilidad. En efecto, en un sistema en el que el derecho penal es escrito y público, el término medio tendrá siempre — en abstracto — la posibilidad de haber conocido el derecho.²⁷

Por otra parte, la teoría que entiende la evitabilidad como infracción de un deber requiere afirmar la existencia de un deber general de conocer el derecho. Pero, este camino parece no tener salida en una teoría de las normas, pues de esta manera, el problema se volverá a plantear respecto del conocimiento de este deber de conocer el derecho y ello requeriría entonces otro nuevo deber de conocer el deber de conocer el derecho, y así *ad infinitum*.²⁸

Ciertamente se ha intentado superar este *regressus ad infinitum*, aunque, claramente sin éxito. En este sentido ha sostenido Hardwig²⁹ que “nadie podría invocar el desconocimiento” del deber “de conocer sus deberes”, pues, dice, tanto el deber infringido sin conocimiento como el de conocerlo “se deducen directamente del sentido de la una vida en común ordenada”.³⁰ Pero, de una

(23) Confr. *Bustos Ramírez*, Manual de Der. Pen, PG, 3.ª ed. 1989, p. 346 y ss; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, loc. cit. p. 510 y ss; *Mir Puig*, Der. Pen. PG, 3.ª ed. 1990, p. 659 y ss; *Muñoz Conde*, Teoría Geral. del Delito, 2.ª ed. 1989, p. 144 y ss; *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal (P.G.) 1993, p. 345 y ss; *Quintero Olivares*, Der. Pen. PG, 1986, p. 401 y ss; *Rodríguez Ramos*, Compendio de Der. Pen. 1988, p. 221 y ss.

(24) Confr. *Bacigalupo* Principios de Der. Pen. 2.ª ed. 1990, p. 181 y ss y Comentarios a la Legislación Penal, 1985, V-1, p. 53 y ss.; *Gómez Benítez*, Teoría Jurídica del delito, 1984, p. 487 y ss; *Octavio de Toledo/Huerta*, Der. Pen. PG, 2.ª ed. 1986, pp. 314 y ss; *Zugaldía Espinar*, en CP Comentado, 1990, p. 30 y ss.

(25) Según la caracterización de Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 225, 229 y ss; ver al respecto, Horn, loc. cit. p. 79.

(26) Confr. *Horn*, loc. cit., p. 70 y ss.

(27) Confr. en esta dirección: *Roxin*, Strafrecht, AT, I 1992, p. 597. Sin embargo, esta tendencia se percibe en algunas sentencias del Tribunal Supremo.

(28) Confr. *Armin Kaufmann*, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. 144 y ss; Fest. f. Eb. Schmidt, 1961, p. 330: “El error de prohibición sólo sería culpable, si se hubiera infringido un deber de comprobación de la antijuricidad. Si el autor no tuvo conocimiento de este deber de comprobar la existencia del deber de comprobar ha sido infringido, continuando así “la cadena de infracciones”. Coinciden en este punto de vista: *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, p. 195 y ss; *Horn*, loc. cit., p. 76 y ss.

(29) Confr. ZStW 78 (1966), p. 1 y ss.

(30) Loc. cit. p. 3.

parte, es evidente que de esta manera se reduciría sin fundamento alguno la relevancia del error de prohibición sólo a algunos deberes, pero se excluirían otros, respecto de los que se admitiría una infracción no culpable. De otra parte, el incumplimiento del deber de conocer los deberes no demuestra la evitabilidad del error de prohibición, dado que cabe imaginar que, a pesar de dicha infracción, el error no se hubiera podido despejar: p. ej. cuando en cumplimiento de su deber hubiera debido consultar a un funcionario que, por carecer de conocimientos adecuados, hubiera dado una respuesta errónea.³¹ Dicho de otra manera: si la evitabilidad del error se quiere fundamentar en la infracción de un deber la única salida practicable consiste en la interrupción abrupta, es decir infundada, de la cadena de deberes; algo inconsecuente en cualquier teoría de las normas.

El otro sector de la doctrina española que aborda el tema expresamente ofrece distintas respuestas.

1) Gomes Benitez coincide explícitamente con el llamado *criterio objetivo*. A su modo de ver el juicio sobre la evitabilidad del error debe ser objetivo: "teniendo en cuenta la situación concreta del sujeto, cualquier persona que se encontrase en la misma situación podría haber realizado — antes de actuar típicamente — una serie de comprobaciones que habrían esclarecido el carácter contrario al Derecho del hecho. Este baremo objetivo no coincide con el que mide si una conducta ha sido imprudente".³² Las críticas que se formularon más arriba al criterio objetivo son, naturalmente, aplicables aquí en forma directa a la posición de Gomez Benitez, que — como se vio — coincide totalmente con él.

2) Por su parte Octavio de Toledo/Huerta, vinculan la cuestión de la evitabilidad con la capacidad del autor. De acuerdo con su punto de vista, "el error evitable de prohibición podría definirse como aquella situación en la que el sujeto, hallándose en condiciones de conocer — al menos potencialmente — el carácter antijurídico de su conducta, no lo ha conocido, sin embargo, por causas a él achacables (descuido, indiferencia, desidia, precipitación, etc.)". A su vez el "error inevitable de prohibición será aquella hipótesis en la que el sujeto no ha podido acceder a la motivación derivada del mensaje normativo porque no se encontraba en condiciones de captarlo ni siquiera potencialmente".³³ Esta escueta formulación no es incorrecta, pero, muy probablemente, no permitirá diferenciar adecuadamente entre el problema de la inevitabilidad y el de la inimputabilidad, pues, si se vincula la primera con el "acceso de motivación" sin más, es indudable que se superpondrá con la cuestión de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad en sentido estricto. La conocida sentencia del BGHSt 2, 194 y stes. muestra esta diferencia con claridad: en los estados psicológicos que determinan la inimputabilidad, el desconocimiento de la antijuricidad es "consecuencia de un destino inevitable del autor" y no puede fundamentar el reproche de culpabilidad³⁴ y esto los diferencia de los propios del error de prohibición. Esta observación no significa negar, como es claro, que el conocimiento (potencial) de la prohibición y la capacidad de culpabilidad en sentido estricto sean supuestos especiales de la capacidad de motivarse de acuerdo con el deber jurídico, constitutivos del núcleo de la responsabilidad que funda-

(31) *Bacigalupo*, loc. cit. p. 181.

(32) Loc. cit. p. 487.

(33) Loc. cit. p. 315.

(34) Confr. también, *Rudolphi*, loc. cit. p. 200 y ss.

menta la culpabilidad.³⁵ Sin embargo, es indudable la necesidad de una diferenciación más rigurosa de los presupuestos de la evitabilidad y de la capacidad de culpabilidad, toda vez que la inevitabilidad del error constituye un problema diferenciado, en la medida en la que se presenta cuando el autor del hecho típico y antijurídico tiene, además, capacidad de comprender la norma y de obrar según esta comprensión, es decir, cuando es imputable y se encuentra, por lo tanto, en condiciones (psíquicas) de captar el sentido de la norma y de motivarse por ella. Dicho con otras palabras, la cuestión de inevitabilidad del error requiere establecer qué elementos específicos permiten su determinación con independencia de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad en sentido estricto.

3) El resto de los autores que tratan la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición³⁶ han seguido los desarrollos de la dogmática alemana, estableciendo que la evitabilidad presupone que el autor haya tenido: a) *razones*, para pensar en la antijuricidad, es decir, que las circunstancias sean tales que haya debido preguntarse por la infracción de la norma, y b) la *posibilidad* de obtener una correcta información sobre el derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento. De estos elementos se tratará en los siguientes apartados.

Como se vio, la evitabilidad del error depende, según la opinión generalizada en la doctrina alemana y en la seguida

por parte de la española, de dichas condiciones: el autor debe haber tenido *razones* para pensar en la antijuricidad y la *posibilidad* de esclarecer la situación jurídica. ¿Cómo se establecen ambos elementos que fundamenten el juicio sobre la evitabilidad del error?

1) Las razones para pensar en la antijuricidad se deben referir a *circunstancias del hecho* que proporcionan al autor un *indicio de posible antijuricidad*. La cuestión de cuáles son estas circunstancias es discutida.

a) El Tribunal Supremo Federal Alemán (BGHSt, tomo 2, p. 201) ha sostenido un punto de vista extremo: todas las circunstancias de todos los hechos constituyen razones para pensar en su antijuricidad. Es decir, actuar es ya una razón para pensar en la antijuricidad. El BGH fundamentó este punto de vista de la siguiente manera: "no todo error de prohibición excluye el reproche de culpabilidad. Las carencias de conocimiento son en cierta medida subsanables. Las personas, en tanto están estructuradas sobre su autodeterminación moral libre, están en todo momento llamadas, como partícipes de una comunidad jurídica, a comportarse de acuerdo al derecho y a evitar lo ilícito. Este deber no se satisface si ellas sólo dejan de hacer aquello que resulta a sus ojos claramente ilícito. Por el contrario, las personas tienen que tomar conciencia, *ante todo lo que piensan hacer*, de si ello está en consonancia con los principios del deber jurídico. Las dudas se deben despejar mediante reflexión o informándose".

Este criterio, vinculado, como se ve, a la concepción de la evitabilidad del error como infracción de un deber de información que existiría en todos los casos, ha merecido fuertes objeciones. Se entiende que si se partiera de una

⁽³⁵⁾ Confr. Armin Kaufmann, Fest. f. Eb. Schmidt, cit. p. 322; Bacigalupo, loc. cit. p. 175.

⁽³⁶⁾ Bacigalupo, loc. cit. y especialmente en Comentarios a la Legislación Penal. Dir. por Cobo/Bajo, V-1.º 1985, p. 53 y ss (83 y ss); Zugaldía, loc. cit.

exigencia tan rígida la "vida social se paralizaría".³⁷

b) Frente a esta concepción (objetiva) de la razón para pensar en la antijuricidad se ha respondido con una *subjetivización extrema* de la cuestión de la capacidad de conocer la antijuricidad. En este sentido Horn³⁸ ha desarrollado el punto de vista de Armin Kaufmann, según quien en el ámbito de los mandatos de acción (por lo tanto, en el de los delitos de omisión), el conocimiento de la situación típica debe generar en el omitente al menos una tenue duda respecto a su deber de intervenir evitando el resultado. "Al que — dice Kaufmann — no se le produce la menor advertencia (...) tampoco se le puede ocurrir informarse si se le exige la realización de una acción".³⁹ Horn afirma entonces, a partir de estos conceptos, que "capaz de acción sólo es aquél que conoce el fin de su acción. El fin de una acción de conocer sería, precisamente, eliminar una laguna de conocimiento". De ello se sigue, sostiene, que la capacidad de realizar la acción de informarse presupone "la conciencia de la carencia del conocimiento al que ella se refiere".⁴⁰ De estas premisas deduce Horn que el sujeto sólo es capaz de motivarse a una acción de conocimiento de la antijuricidad cuando ha tomado conciencia de un motivo posible. Ello le permite concluir que "quien no tiene por lo menos conciencia actual de que su acción podría estar prohibida, es incapaz de motivarse por la norma para la omisión de su proyecto de acción".⁴¹

c) Las demás posiciones procuran reducir las exigencias individuales. En esta línea aparece en primer término la teoría de la "*función de advertencia de la tipicidad*", formulada por Engisch.⁴² De acuerdo con este criterio la reprochabilidad del error de prohibición se apoya "en que el conocimiento comprobado de las circunstancias sugieren al autor verificar la educación al derecho o la ilicitud de su conducta o de solicitar información sobre ello".⁴³ Sin embargo, el convertir el conocimiento del dolo del hecho en suficiente razón para verificar la antijuricidad no es admisible como un criterio general. En la doctrina se ha señalado que el conocimiento de las circunstancias del tipo no siempre genera razones para comprobar la antijuricidad. Por lo tanto, la teoría de la "función de advertencia de la tipicidad" sólo podría explicar un número reducido de supuestos, en los que — por regla — cabría descubrir la antijuricidad por medio de la autorreflexión. Por lo tanto, ello sólo sería posible cuando el tipo penal estuviera inmediatamente vinculado con la ética social.⁴⁴ En los delitos de pura creación política o administrativa, por ejemplo, esta función de advertencia sería prácticamente inexistente. La teoría de

(42) Confr. ZStW 70 (1958) p. 566 y ss (575 y ss.).

(43) Loc. cit. p. 576; confr. también en sentido similar: *Jescheck. Lehrbuch des Strafrechts*. AT 4.^a ed. 1988, p. 412; *Torio*, loc. cit. p. 259 siguiendo el punto de vista de *Jescheck* pero, al parecer, con el objeto de lograr los resultados prácticos de la teoría de la "ceguera jurídica", es decir para reducir los alcances de la teoría estricta del dolo, que él postula.

(44) Así lo propone actualmente *Jescheck*, loc. cit. p. 412, donde reconoce que "naturalmente la fuerza de la advertencia que proviene del dolo del tipo para comprobar la antijuricidad es diversa según la especie de delitos: coincidente también *Torio*, loc. cit. p. 258 y ss.

(37) Confr. Roxin, loc. cit., p. 601 y ss; F-Chr. Schroeder, en LK, 10.^a ed. 1985, parágrafo 17, 29.

(38) Loc. cit. p. 84 y ss, (87).

(39) *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 146.

(40) Loc. cit. p. 94/95.

(41) Loc. cit. p. 105.

la “función de advertencia”, por otra parte, no modifica sustancialmente los alcances de la jurisprudencia del BGH, toda vez que termina reduciendo todo el problema a la comprobación del dolo y no proporciona criterios precisos para los delitos imprudentes o para aquellos en los que el conocimiento de las circunstancias típicas no es razón suficiente para pensar en la antijuricidad. La solución ofrecida por Torio, consistente en definitiva en aceptar dentro de la teoría del dolo una parte de la teoría de la culpabilidad con el criterio de la “función de advertencia” en ciertos delitos (homicidio, robo, violación, etc.), pero manteniendo la teoría estricta del dolo en los otros, tiene similares resultados prácticos. Sin embargo, es difícil de justificar teóricamente, dado que, por un lado, cuestiona los resultados de la teoría de la culpabilidad en sus principios mismos, pero a la vez renuncia a los principios de la teoría del dolo por razones puramente prácticas.

d) Otros autores sostienen que la capacidad de comprobar la situación jurídica no sólo se da cuando el autor ha tenido una duda sobre la antijuricidad, sino también cuando el autor no tiene dudas, pero sabe que actúa en un ámbito en el que existe una regulación específica y cuando el autor es consciente de producir un daño a otro o a la comunidad. “Si no se da ninguna de estas situaciones, se debe reconocer en favor del autor que no ha sabido de la ilicitud de su acción, un error de prohibición inevitable”.⁴⁵

Similar es el punto de vista de Rudolphi que excluye la disculpa del error inevitable en los casos de acciones realizadas dentro de un ámbito de

actividades especialmente reguladas o en supuestos de normas fundadas en valores fundamentales del orden jurídico sobre la base de la “culpabilidad por la conducta vital” o de un “reproche mediato de la culpabilidad por el hecho”.⁴⁶ Estos puntos de vista tienen sin duda notorias ventajas prácticas, pues permiten, en relación al punto de vista de Horn (vid. supra b), una razonable limitación de los casos de inevitabilidad del error de prohibición. Sin embargo, no se puede negar que, en realidad, no son totalmente consecuentes con su punto de partida. En efecto, si se pretende fundamentar la reprochabilidad del error de prohibición en la capacidad (no empleada) del autor, lo cierto es que de esta manera no se lo logra, pues al extender los casos en los que el autor no ha tenido una duda sobre la antijuricidad — o sea al reducir el componente individual de la evitabilidad del error — se aparta de la cuestión de la capacidad personal del autor, para retornar — calladamente — al criterio de la evitabilidad muy cercano al de la infracción del deber de informarse sobre la antijuricidad.⁴⁷ En otras palabras: introducen algo muy cercano al “deber de dudar”.

e) Un punto de vista diverso, aunque orientado en el mismo sentido, es el que ha propuesto Jakobs,⁴⁸ que no se refiere a la capacidad del autor sino que determina la evitabilidad según el fin preventivo general (positivo). Desde esta perspectiva el concepto de evitabilidad habría sido concebido de forma doblemente errónea. De una parte, la evitabilidad no es un fin en sí mismo, dado que si el autor evita el error — dice Jakobs — habría tenido conciencia de la antijuricidad, pero ello no significa

⁽⁴⁵⁾ Confr. Roxin, loc. cit. p. 602; en parte también F. Ch. Schroeder, LK, 10.ª ed. 1985, parágrafo 17, 30; Stratenwerth, Strafrecht, AT, 3.ª ed. 1981, Nos. 586 y ss, Rudolphi, loc. cit.

⁽⁴⁶⁾ SK StGB, parágrafo 17, 44 y ss.

⁽⁴⁷⁾ Confr. sobre esta problemática: Bagigalupo, en Comentarios, V-1.º, p. 86.

⁽⁴⁸⁾ Strafrecht, AT, 2.ª ed. 1991, p. 556 y ss.

que se lo deba disculpar, sino todo lo contrario. De otra parte, el concepto de evitabilidad conduce a una inadecuada asociación con el concepto psicológico de "capacidad", tal como éste es entendido en el marco de la imputabilidad. Por el contrario, la evitabilidad *no debe constituir un problema psicológico sino normativo*: se trata de la respuesta a la pregunta sobre cuáles son los factores psíquicos del error que el autor puede invocar en su beneficio y cuáles son aquéllos por los que él mismo tiene que responder.⁴⁹

A partir de estas premisas la evitabilidad del error de prohibición depende de si el autor es o no competente (responsable) respecto del defecto de conocimiento de la antijuridicidad. La cuestión tendrá diferentes respuestas según que el error recaiga sobre normas fundamentales (Grundlageirrtum) o sobre normas de un ámbito "disponible", es decir normas cuyo contenido no es, en una sociedad determinada, "evidente". En el campo de las *normas fundamentales* la competencia del autor, es decir las razones para pensar en la antijuridicidad, sólo puede faltar si éste presenta un "*déficit de socialización*" (p. ej. porque pertenece a una cultura diversa, en la que tales normas no son reconocidas); en tales casos se trata de una situación similar a la de la inimputabilidad.⁵⁰ A las normas fundamentales pertenecen, además, las que regulan un ámbito vital en el que el autor ha actuado un tiempo considerable,⁵¹ por ejemplo, las que regulan el ejercicio de su actividad profesional. En el ámbito de las normas "disponibles", por el contrario, el autor no puede invocar en su descargo un déficit real de conocimiento jurídico, si la norma hubiera entrado en su conciencia en el caso de

que hubiera tenido una suficiente disposición de cumplir la norma. Ello es consecuencia de que el derecho penal debe garantizar que no se pueda contar con tal déficit para merecer una disculpa, pues, de otra manera, "no se podría proteger la confianza en que toda persona capaz de culpabilidad (imputable) no permitirá que se produzca dicha situación".⁵² En suma: Jakobs entiende que el autor debe responder por su error si de su compartimento surge un reconocimiento insuficiente del derecho positivo⁵³ y considera que existen razones para pensar en la antijuridicidad "cuando la conducta del autor es incompatible con la validez del orden jurídico positivo y el error no es causal ni puede ser imputado a otro sistema".⁵⁴

f) El punto de vista de Jakobs es, en principio, consecuente con sus premisas.⁵⁵ Lo mismo ocurre con el de Horn. La diferencia entre ambos reside en la distinta concepción a partir de la cual cada uno entiende la función del derecho penal. Mientras Horn postula una dogmática ontologicista, es decir, que se refiere a la estructura del objeto de las normas (la acción), Jakobs tiene como punto de partida la función social del derecho penal, entendido como la estabilización de la confianza en la

(⁴⁹) Loc. cit. p. 558.

(⁵⁰) Loc. cit. p. 560.

(⁵¹) Loc. cit. p. 561. La palabra "sistema" en la terminología de Jakobs se puede entender provisionalmente como sinónimo de "sujeto", pero teniendo en cuenta que, en todo caso, no se refiere sólo a sujetos psico-físicos, es decir, a personas individuales.

(⁵²) Aquí no es posible estudiar hasta qué punto es, además, inevitable dentro de su concepción, pues ello requeriría una prolija discusión de la cuestión de la culpabilidad y la prevención general positiva. Ver: M. Pérez Manzano, *Culpabilidad y Prevención*, 1990.

(⁴⁹) Loc. cit. p. 558.

(⁵⁰) Loc. cit. p. 557/545.

(⁵¹) Loc. cit. p. 546.

vigencia de las normas (prevención general positiva). En este contexto "conceptos como casualidad, poder, capacidad, culpabilidad, entre otros, pierden su contenido prejurídico y, devienen conceptos adecuados a niveles de competencias".⁵⁶ Por lo tanto, lo que para Horn aparece como *esencial*, la capacidad real (es decir, en sentido "ontológico-psicológico")⁵⁷ de reflexionar sobre la situación jurídica dentro del proyecto de acción, para Jakobs es sólo *relativo*, pues su alcance depende de la estabilización de las expectativas fundadas en la vigencia de la norma.

Desde el punto de vista de las consecuencias prácticas, sin embargo, es indudable que requerir la duda del autor no tiene en cuenta que es posible que éste haya conocido, p. ej., la existencia de opiniones serias que señalen la antijuricidad de su acción (p. ej. una sentencia judicial y, sin embargo, de hecho, no haya dudado, o que, consciente de lesionar a otro, tampoco haya tenido dudas respecto de la decuación a derecho de su acción. En tales casos, sin embargo, el merecimiento de una disculpa es, indudablemente, discutible. Ello explica, en principio, que tanto Rudolphi como Roxin o Jakobs hayan propuesto no tomar sólo en cuenta la duda sobre la antijuricidad, sino también otras *circunstancias que hubieran debido generarla*. Sin embargo, como se dijo, este aumento de las exigencias a cargo del autor no se puede fundamentar en la capacidad psicológica de motivarse de acuerdo con la normal. Tal incremento de las exigencias respecto del autor se debe apoyar bien en un "deber de dudar", cuya construcción resultaría ampliamente problemá-

tica y, acaso, poco realista, o bien en una configuración de la culpabilidad basada en fines preventivos que permita una fundamentación normativa de la evitabilidad.⁵⁸ Desde esta perspectiva es posible sostener que la evitabilidad del error se debe determinar "según que al autor concreto le hubiera sido posible, en caso de suficiente esfuerzo, llevar a cabo la conducta que corresponde a su rol",⁵⁹ sin detenerse en la capacidad real estricta, condicionada — como lo propone Horn — por la duda sobre la antijuricidad. Por lo tanto, la decisión respecto de cuándo se deben considerar cumplidas las exigencias del primer presupuesto de la evitabilidad, es decir, de las razones para pensar en la antijuricidad, dependerán de una opción básica sobre el concepto de culpabilidad, que no es posible discutir más profundamente en el marco de este trabajo.

2) Si el autor tuvo razones para pensar en la antijuricidad, tendrá que cerciorarse respecto del significado jurídico de su conducta.⁶⁰ Los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita a este respecto son la *autorreflexión* y la *información en una fuente jurídica confiable*. Ambos han sido señalados por la citada sentencia del BGHSt (tomo 2, p. 194 y ss), en la que — como se vio — se dijo que un sujeto responsable debe despejar las dudas sobre la antijuricidad mediante *autorreflexión* o *información*.

a) La *autoreflexión* se caracteriza por un esfuerzo de conciencia para comprender la significación jurídica de la

⁽⁵⁶⁾ Loc. cit. (Prólogo) VII. Sobre la posición contraria a Jakobs ver: Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990 (especialmente p. 164/178).

⁽⁵⁷⁾ Verbotsirrtum, p. 123/149.

⁽⁵⁸⁾ Confr. Jakobs. Schuld und Praevention, 1976; Stratenwerth Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977 (críticamente); Bock, en ZStW103 (1991), p. 636 y ss.

⁽⁵⁹⁾ Jakobs. Das Schuldprinzip, 1993, p. 21.

⁽⁶⁰⁾ Doctrina dominante: ver Bacigalupo, comentarios, p. 87 y ss.

acción. Pero, es evidente que se trata de un medio totalmente condicionado por los contenidos de conciencia que son producto del proceso de socialización y que sólo puede alcanzar su objetivo cuando se trata de normas ético-sociales generalmente reconocidas, es decir, en la terminología de Jakobs, pertenecientes al núcleo fundamental del derecho penal. Es claro que si se trata de personas de una fuerte conformación religiosa o ideológica, es posible que el esfuerzo de conciencia no les permita llegar precisamente al contenido de las normas del orden jurídico.⁶¹

b) La *información*, por el contrario, ofrece mejores posibilidades, siempre y cuando provenga de una *fente confiable*. Normalmente ésta será un abogado, pero también los notarios, procuradores y los funcionarios competentes en el ámbito en el cual se debe desarrollar el proyecto de acción. El ciudadano no debe cargar con la tarea de verificar la corrección del consejo jurídico, pues ello lo llevaría a una cadena interminable de comprobaciones que prácticamente impediría todo comportamiento,⁶² lo que resultaría incompatible con el derecho genérico a la libertad de acción que se deduce de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le es inherente (art. 10.1 CE).

En la teoría se asigna una gran importancia como fuente de información a la *jurisprudencia*. Cuando el autor ha proyectado su acción sobre la base de decisiones judiciales su error sobre la antijuricidad será, por regla general, inevitable.⁶³ Problemática puede resultar

en este sentido la *jurisprudencia contradictoria*. Pero, en tales casos es evidente que no cabe exigir al autor alcanzar un conocimiento que los propios Tribunales no han podido establecer. En estos casos si el autor se ha comportado en uno de los sentidos admitidos por la jurisprudencia su error debe ser declarado inevitable. De aquí se deduce una razón más para lograr una unificación de la jurisprudencia, hoy lamentablemente reducida por el procedimiento abreviado.

La aplicación práctica de estas teorías requiere, por lo tanto, distinguir claramente entre los problemas de prueba del error o la ignorancia de la antijuricidad y el problema de su evitabilidad. En este sentido se debe tener presente que el error de prohibición o sobre la antijuricidad sólo puede ser considerado cuando el acusado de una manera explícita o implícita lo haya alegado en su defensa. Si el Tribunal entiende que esta alegación es veraz o puede serlo, el error o la ignorancia se tendrán por probados. Cuando, por el contrario el Tribunal estime que puede fundamentar racionalmente la no veracidad de la alegación deberá rechazarla *motivando su decisión* (art. 120.3 CE).⁶⁴

Probada la ignorancia o el error sobre la antijuricidad se debe plantear la cuestión de si eran o no evitables. El juicio sobre la evitabilidad se debe realizar separando dos momentos diversos: 1) la cuestión de si el autor tuvo razones para suponer la antijuricidad y b) si tuvo a su disposición la posibilidad de aclarar la situación jurídica.

Esto mismo se puede expresar en el siguiente esquema:

⁽⁶¹⁾ Confr. Jakobs, loc. cit. p. 545; Bacigalupo, comentarios, p. 87.

⁽⁶²⁾ Confr. Roxin, loc. cit. p. 604.

⁽⁶³⁾ Confr. Roxin, loc. cit. p. 605; Schroeder, LK, parágrafo 17, 32 y ss. En la doctrina

española: Cobos Gómez de Linares, Presupuestos del error de prohibición, 1987.

⁽⁶⁴⁾ Confr. SSTS de 15.4.89. Rec. N.º 753/86; 3.5.89, Rec. N.º 1.452/87

1. El acusado alega haber desconocido la antijuricidad de su acción (ignoraba, dice, que el hecho estaba prohibido, que era punible, que era delito, etc.) y el Tribunal estima creíbles sus dichos o no puede excluir que lo sean.

2. ¿Pudo evitar el autor su error de prohibición?

a) ¿Tuvo *razones para pensar* en la antijuricidad?

Las tuvo:

— si tuvo dudas sobre la antijuricidad.
— si sabía que producía un daño a otro o a la sociedad.

— si actuaba en un ámbito regido por regulaciones especiales.

b) ¿Tuvo *posibilidad de despejar el error*?

Las tuvo:

— si pudo despejar el error mediante *autoreflexión*

— si pudo acudir a una fuente fiable de información jurídica que hubiera podido dar una respuesta adecuada a la cuestión jurídica planteada.

Estas reglas tienen aplicación tanto en los casos de errores directos como de errores indirectos de prohibición, es decir, sea que el autor haya errado sobre la existencia de la norma o que su error haya recaído sobre la existencia de una causa de justificación o sobre los presupuestos objetivos de la misma. En este último caso, por regla, el agente habrá tenido razones para pensar en la antijuricidad, dado que sabe que realiza una acción dañosa y, en general, prohibida (el que entiende que es agredido y que esa agresión sólo puede ser detenida lesionando al atacante, sabe que produce un daño a otro). Sin embargo, en la gran mayoría de los casos de esta especie no habrá tenido la posibilidad de informarse sobre la situación jurídica dentro del tiempo en el que (según su representación) debería

actuar para evitar que la agresión le produzca un daño.

Por último, es preciso señalar que la cuestión referente a la credibilidad de la alegación del error, en todo caso, no se debe ver sobrecargada por el problema político criminal implícito en el art. 6 bis a), tercer párrafo, CP, es decir, por la atenuación obligatoria en uno o dos grados de la pena que impone el art. 66 CP cuando el error sea creíble. En muchos casos esa atenuación puede aparecer como excesiva, pero esta es una decisión del legislador que no se puede ni se debe corregir mediante una infracción de los principios de valoración de la prueba. En este sentido, se debe tener presente que nada obliga en el texto del Código Penal a entender que la disminución de la pena en uno o dos grados se deba realizar una vez individualizada la pena dentro de los tres grados de la misma. Por lo tanto, nada excluye que la pena atenuada se pueda fijar dentro de toda la extensión del marco penal, lo que permitiría, como es claro, disminuir en gran medida los efectos negativos de la decisión del legislador en lo referente a la atenuación obligatoria de la pena para el error de prohibición evitable.

Todo ésto no debe hacer perder de vista la necesidad de limitar cuantitativamente la reducción de la pena el error de prohibición evitable en un futura reforma penal, probablemente estableciendo simplemente que la disminución de la pena deberá ser proporcionada a la atenuación de la reprochabilidad del autor. En realidad una atenuación tan drástica como innecesaria sólo ha contribuido a demorar el establecimiento pleno del principio de culpabilidad en materia de error. Lamentablemente los proyectos de reforma no han tomado en consideración este problema, pues no se ha tomado conciencia de que la remisión a la pena prevista para las eximentes

incompletas sólo aparecía como necesaria antes de la reforma de 1983, pero no es en modo alguno una consecuencia inexorable del reconocimiento de

relevancia al error de prohibición y, mucho menos, un rasgo esencial de una regulación del error fundada en la teoría de la culpabilidad.