

## FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS PARA EL TRATAMIENTO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN\* \*\*

HEIKO H. LESCH\*\*\*

**SUMARIO:** 1. Delimitación entre error de tipo y error de prohibición. 2. La teoría del error del RG – “error juris (criminalis) nocet”-. 3. Teoría del dolo y teoría de la culpabilidad. 4. Tratado suplementario: la clasificación sistemática de dolo y la conciencia del injusto, y la construcción de la teoría del delito. 5. La “elasticidad” de la teoría de la culpabilidad. 6. La comprensión del injusto. 7. Formas bajo las cuales se presenta el error de prohibición. 7.1. El error de prohibición directo. 7.1.1. Falta de conocimiento de la norma prohibitiva o de la norma imperativa. 7.1.2. El error de validez. 7.1.3. El error de subsunción. 7.2. El error de prohibición indirecto. 7.2.1. El error de existencia. 7.2.2. El error de límite. 7.2.3. Tratado suplementario: en relación al error de tipo permisivo. 8. Error de prohibición e imprudencia. 9. Anexo. 9.1. Teoría del dolo. 9.1.1. Teoría estricta del dolo. 9.1.2. Teoría modificada del dolo. 9.2. Teoría de la culpabilidad. 9.2.1. Teoría estricta de la culpabilidad. 9.2.2. Teoría de los elementos negativos del tipo. 9.2.3. Teoría limitada de la culpabilidad. 9.2.4. Teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas. 9.2.5. Teoría de la culpabilidad dependiente. 10. La evitabilidad del error de prohibición. 10.1. Evitabilidad como competencia. 10.2. El error sobre los fundamentos. 10.3. El error en el ámbito disponible. 10.4. Esbozo discrepante. 10.4.1. La interpretación del BGH. 10.4.2. Esquema psicologista. 11. Resumen. Bibliografía.

\* Artículo original publicado en *Juristische Arbeitsblätter*, volumen 4, pp. 346/352; volumen 6, pp. 504/509 y volumen 7, pp. 607/612; todas del año 1,996. Traducción de ROBERTO JAVIER CADENAS (becario de la Fundación KONRAD ADENAUER). Corresponde advertir desde ya que si se confronta la presente traducción con el trabajo original publicado en idioma alemán deberá tenerse en cuenta que aquí se han plasmado, a petición del autor, algunas modificaciones, sobre todo, pero no únicamente, en lo que hace al esquema adoptado, es decir, títulos y subtítulos, falta de correspondencia entre números que separan los diversos temas, etc. (N.T.).

\*\* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 6, 1996, pp. 669-775.

\*\*\* Profesor asistente en la Universidad de Bonn 1998-2000.

**RESUMEN:**

En el presente artículo, el autor, expone los fundamentos dogmáticos del error de prohibición en el Derecho Penal. De este modo, parte de una diferenciación con el error de tipo; para lo cual, hace uso de la teoría del dolo y de la teoría de la culpabilidad. Gracias a esa diferenciación, se llega a exponer las formas en las que aparece el error de prohibición. Además, se logra fundamentar la relación entre el error de prohibición y la imprudencia; como también, la evitabilidad del error de prohibición.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Penal, error, error de prohibición, error de tipo, teoría del dolo, teoría de la culpabilidad, imprudencia y evitabilidad.

**TITLE:** Dogmatic Foundations for the Treatment of Prohibition Errors.

**ABSTRACT:**

In this article, the author presents the dogmatic foundations of prohibition error in Criminal Law. He differentiates it from factual error, employing the theories of intent and culpability. Through this differentiation, the author outlines the various manifestations of prohibition error. Furthermore, the relationship between prohibition error and negligence is discussed, along with the avoidability of prohibition error.

**KEYWORDS:** Criminal Law, error, prohibition error, factual error, theory of intent, theory of culpability, negligence, avoidability.

## 1. DELIMITACIÓN ENTRE ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Un error de tipo existe cuando el autor no conoce una circunstancia que pertenece al tipo penal (§ 16)<sup>(NT)</sup>: El autor cree que su acción está permitida “porque él no sabe lo que hace”<sup>1</sup>. Ejemplo: alguien seduce a una joven de 15 años de edad (confrontar § 182) suponiendo que ella ya tendría 16 años; o alguien, en el seminario, se guarda en el bolsillo el bolígrafo que pertenece al compañero de estudios que se encuentra sentado a su lado (confrontar § 242), creyendo que se trata del suyo, y no nota que su compañero posee uno del mismo modelo. La edad de la joven, “inferior a los 16 años”, tanto como la “ajenidad” de la cosa, es un elemento del tipo penal; en tanto que la existencia de una errónea representación configura

<sup>(NT)</sup> Todos los parágrafos (§) citados, salvo especificación en contrario, corresponden al Código Penal alemán. § 16: Error sobre las circunstancias del hecho. (1) Quien cuando comete el hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente. La punibilidad a causa de ejecución culposa permanece intacta. (2) Quien cuando comete el hecho supone erróneamente circunstancias que realizarían el tipo de una ley más leve, puede ser penado por ejecución dolosa sólo conforme a la ley más leve.

1 Para eso y lo que sigue, fundamental BGHSt 2, 194, 196 y s.

un error de tipo, que de conformidad con el § 16 excluye el dolo, de tal suerte que según el § 15<sup>(NT)</sup> la punibilidad queda suprimida. Intacta permanece una eventual sanción a causa de ejecución imprudente<sup>(NT)</sup> —por cierto, sólo en cuanto exista un correspondiente tipo por imprudencia, lo que particularmente en los ejemplos antes mencionados no es así—. Por consiguiente, la regulación del § 16 es “rígida”: la falta de conocimiento conduce en el ámbito de la tipicidad automáticamente a la desincriminación del autor; es decir, fuera del ámbito de separados delitos imprudentes, tal defecto cognoscitivo lleva a la impunidad, y por cierto, sin considerar en qué se basa la falta de conocimiento, en especial, sin atención a si el autor pudo o no evitar la escasez de conocimiento, es decir, si él fue competente por la falta de conocimiento. Y aun cuando existe una correspondiente penalización por imprudencia, el autor es siempre favorecido a causa del marco penal regulado para delitos imprudentes, que es considerablemente reducido (véase, particularmente, en el homicidio: por un lado, en caso de imprudencia, pena de multa o de prisión hasta 5 años (§ 222); por otro lado, en caso de dolo, pena privativa de la libertad no inferior a 5 años, dado el caso, también perpetua (§212, §211).

Un error de prohibición existe, en cambio, cuando el autor a pesar del pleno conocimiento de las circunstancias del injusto, es decir, no obstante conocimiento de todas las circunstancias de las cuales resulta la realización del tipo penal, no sabe que su acción es ilícita, pues le falta únicamente la conciencia de la ilegalidad —la conciencia del injusto— (§ 17)<sup>(NT)</sup>: “el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que eso estaría permitido”. Ejemplo<sup>2</sup>: alguien seduce a una joven de 15 años (confrontar § 182), cuya edad conoce, considerando su acción como permitida porque piensa que la protección sexual de jóvenes alcanzaría sólo hasta los 14 años

<sup>(NT)</sup> §15: **Acción dolosa y culposa.** Si la ley no amenaza expresamente con pena la acción culposa, solamente es punible la acción dolosa.

<sup>(NT)</sup> La expresión “ejecución imprudente” debe ser entendida aquí como comprensiva de todas las formas bajo las cuales se puede presentar el delito culposo (incluso negligencia). La elección de tal concepto, y no el de “culposo” —que sería más preciso— se debe a la intención de evitar equívocos que suelen surgir del empleo de éste y el de “culpabilidad”; circunstancia que aquí se ve acentuada debido a la frecuencia con que aparece en el texto este último vocablo. Tal problemática —que en un primer momento parece insignificante, pero que muchas veces impide una comprensión clara de la idea del autor— no se presenta en el idioma alemán. Lo mismo rige para las expresiones “delito de imprudencia” y “autor imprudente”. Claro está que tal modificación terminológica no corresponde en caso de citas.

<sup>(NT)</sup> §17: Error de Prohibición. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser disminuida conforme a lo dispuesto en el §49, párrafo 1°.

2 ROXIN, *Strafrecht, AT I*, 21/1.

de edad. O alguien organiza con fines benéficos una lotería pública (confrontar § 286), sin figurarse que para eso necesita un permiso público.

La regulación del error de prohibición en el § 17, en contraposición a la del error de tipo en el § 16, no es “rígida”, sino “elástica”: la falta de conocimiento no lleva automáticamente a la desincriminación, sino que depende de si el autor es competente por la carencia de conocimiento, esto es, si la pudo evitar (entonces, *puede* ser reducida la pena) o no (sólo entonces, queda suprimida la punibilidad a causa de falta de culpabilidad).

## 2. LA TEORÍA DEL ERROR DEL RG<sup>(NT)</sup> -“ERROR JURIS (CRIMINALIS) NOCET”-

Por cierto, la distinción entre error de tipo y error de prohibición no siempre ha sido encontrada en la manera esbozada precedentemente, sino que se impuso recién en los años cincuenta<sup>3</sup> especialmente con la sentencia del Gran Senado BGHSt 2,194. El RStGB<sup>(NT)</sup> de 1,871 había contenido, en primer lugar, solamente la siguiente regulación del error (§ 59 del Código Penal anterior al vigente): “si alguien desconoció en el momento de la ejecución de una acción punible la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que elevan la punibilidad, no se le pueden imputar esas circunstancias”. Según interpretación del RG, a esa regulación deberían pertenecer sólo los errores de hecho, debiendo afectar el error de tipo, sin embargo —en contraposición al actual error de tipo—, sólo lo “puro objetivo”, no así, particularmente, el llamado elemento “normativo” del tipo. De los errores de hecho distinguió el RG, por consiguiente, los errores sobre elementos normativos (errores de derecho)<sup>4</sup> y en estos, por otra parte, entre errores de derecho *penal* y *extrapenal*. Los errores de derecho penal, generalmente, no fueron dignos de consideración en cuanto vahó el principio: “el desconocimiento no protege contra la pena” o “error juris (criminalis) nocet”. Frente a eso, el error de derecho extrapenal fue equiparado al error de hecho, y tratado como excluyente del dolo<sup>5</sup>. Ejemplo: el error sobre la ajenidad de una cosa valió como error de derecho extrapenal porque

3 Confrontar al respecto también WESSELS, *Strafrecht AT*, 24. ed., n° 455 y ss.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed., pp. 158 y s. En la nueva literatura aumentan, sin embargo, los intentos de partir nuevamente de la diferenciación de error penal y error extrapenal, que fue sostenida por el RG, véase particularmente KHULEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, 1987; PUPPE, *GA* 1990, pp. 145 y ss. con otras referencias, *ibidem* p. 180, nota 74.

(NT) RStGB: *Reichsstrafgesetzbuch* = Código Penal del Reich.

4 Contra eso, particularmente, BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts AT*, 8. ed., pp. 107 y ss.

5 RGSt 2, 268; 42, 26, 27, 42, 142, 144.

las relaciones de tenencia no estaban reguladas, precisamente, en el Código Penal, sino en el Código Civil<sup>6</sup>.

La teoría del derecho, sin embargo, había rechazado -casi unánimemente- esa jurisprudencia. Pues, primero, los errores de derecho penales y extrapenales no son unos de otros claramente delimitables. Así, se podría haber interpretado, por ejemplo, el concepto de ajeneidad absolutamente también como un término jurídico penal, pues, está comprendido en el Código Penal —particularmente en el § 242—<sup>7</sup> Y segundo, era apenas claro por qué la cuestión de si una materia jurídica está regulada en el Código Penal o fuera de él, lo que frecuentemente depende de casualidades, debía prejuzgar la relevancia del error: “no tiene sentido considerar a un error de derecho sobre el derecho de acción directa como disculpante porque la acción directa está regulada en el Código Civil, pero a un error de derecho sobre la legítima defensa como no disculpante porque es tratada en el Código Penal”<sup>8</sup>. El BGH<sup>(NT)</sup> ha rechazado luego en BGHSt. 2, 194 la diferenciación del RG, y por cierto, en especial, porque el principio “error juris (criminalis) nocet”, que había constituido el fundamento de esa diferenciación, no resultaba más como sostenible fuera de un núcleo de normas penalmente garantizadas: “cuando la tesis de la desconsideración del error de derecho penal logró validez, ...se partió de que el error sobre la ley penal sería imputable siempre a la culpabilidad del autor, porque cada uno conocería o debería conocer las prohibiciones y los mandatos en que se basan las leyes penales. Sólo en las normas jurídicas extrapenales no se podría contar con tal conocimiento general o con su posibilidad. La opinión que para la gran cantidad de los delitos penalizados en el Código Penal del Reich, un error inculpable sobre lo prohibido no sería pensable, pudo tener justificación en el equilibrio social y político de tiempos de la segunda mitad del siglo diecinueve. Eso no se aplica, en cambio, en tiempos en los cuales la estructura de la vida social y estatal es quebrantada hasta la raíz o realmente transformada. Aquí, frecuentemente, los valores orientadores son eclipsados por la experiencia del carácter efímero de las leyes basadas en ella y por las pretensiones de las fuerzas que luchan por el poder. Lo que es lícito, o lo que es ilícito, no es más evidente. Con eso se abre la posibilidad del error de prohibición, y por cierto, también de inculpables. Para las leyes penales que el legislador, con el fin de concederles a sus mandatos y prohibiciones un mayor énfasis, se ha acostumbrado a añadir a las regulaciones jurídico-administrativas (cada vez más recurribles de determinados ámbitos de la vida social) no se aplicó ya entonces, y hoy aún menos,

6 Confrontar RGSt 50, 183.

7 Véase JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2 ed., 19/4; además KOLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff*, pág 179 y s.; PUPPE, *GA* 1990, pp. 154 y s.

8 FRANK, *StGB- Kommentar*, 18, ed., p.187.

(NT) BGH: *Bundesgerichtshof*: Tribunal Supremo Federal.

la suposición que cada uno conocería la ley penal. Pues, sus prohibiciones, a menudo, no se basan en opiniones morales generales, sino en consideraciones sociales o en pura conveniencia estatal. El número de esas “leyes accesorias penales”, por lo múltiple, ha excedido —desde hace tiempo— el número de las auténticas leyes penales. Ellas ofrecen, con eso, un amplio campo a la posibilidad del error de prohibición”<sup>9</sup>. Con ello estuvo reconocido, en principio, que el error de prohibición debía ser imputablemente relevante. Sin embargo, eso no puede depender acá simplemente de la perspectiva del particular sujeto de acción, es decir, del hecho psíquico de la dada —o no dada— comprensión del injusto, sino que debe ser considerada también —principalmente— una perspectiva social: El ordenamiento penal se abandonaría prácticamente si su coaccionabilidad en cada caso se quisiera dejar al buen criterio de una disposición subjetiva-individual<sup>10</sup>. Por eso, cada defecto de conocimiento no puede excluir la culpabilidad, sino sólo el inevitable, y con eso tampoco reprochable<sup>11</sup>. En cambio, sobre la cuestión de cuales consecuencias debería acarrear el error de prohibición evitable, ahora como antes, prevalecería —por cierto— la discusión, enfrentándose dos interpretaciones diferentes, a saber: *la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad*.

### 3. TEORÍA DEL DOLO Y TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

La teoría del dolo califica como dolo la relación psíquica del autor con los elementos objetivos del hecho *antijurídico*; por consiguiente, la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo, que está equiparado al conocimiento de las circunstancias de hecho<sup>12</sup>. Por eso, si falta esa conciencia es directamente aplicable el § 16 (§59 del Código anterior al vigente): el error de prohibición excluye el dolo y, en caso que no sea evitable, lleva a la impunidad; en caso que sea evitable, a pesar de efectivo conocimiento del tipo, sólo conduce a la punibilidad a causa de ejecución imprudente, siempre y cuando esté amenazada con pena, de lo contrario, lleva a la impunidad. En comparación a eso, según la teoría de la culpabilidad, la conciencia del injusto es un elemento independiente de la culpabilidad, cuya falta

9 Pp. 202 y s., Véase también STRATENWERTH, *AT*, 3. ed., n° 557.

10 Confrontar también PUPPE, *GA*, 1990, 167.

11 BGHSt 2, 194, 201.

12 BINDING (nota 4), p. 116; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 185; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT, Studienbuch*, 2. ed., 7/89 y ss. Con eso, cada distinción entre error de hecho y error de derecho o entre error de tipo y error de prohibición llega a ser obsoleta. Para las diferentes nuevas variantes de la teoría del dolo, véase WESSELS (nota 3) n° 461; detallado MAURACH / ZIPF, *Strafrecht AT/1*, 8. ed., 37/10 y ss. La llamada “teoría modificada del dolo” diferencia entre conciencia del injusto (= elemento del dolo) y conciencia de la antijuridicidad (= elemento independiente de la culpabilidad); véase en especial OTTO, *Jura*, 1990, 647 con otras referencias. En contra de eso AKS7GS-NEUMANN, §17, n° 16.

deja intacto al dolo<sup>13</sup>: “quien en un error de prohibición culpable realiza el tipo de un delito doloso, debe ser penado a causa de la ejecución de un delito doloso. Pero, el error puede ser considerado atenuante de la pena. Quien con total conocimiento del tipo, pero en error de prohibición inculpable, realiza un tipo penal, queda exento de pena. El error de prohibición, en caso de ser inculpable, es una causa de exclusión de la culpabilidad; en caso de ser culpable, una posible causa de disminución de la culpabilidad. Él deja subsistente al dolo del hecho”<sup>14</sup>.

Ambas teorías influyen en la construcción de la teoría del delito, tanto que a la discusión sobre eso le correspondió una auténtica significación en la disputa entre la determinación clásica (objetivo-causal) y finalista (subjetivo- personal) del injusto. Para un mejor entendimiento, eso debe ser explicado a continuación brevemente.

#### 4. TRATADO SUPLEMENTARIO: LA CLASIFICACIÓN SISTEMÁTICA DE DOLO Y CONCIENCIA DEL INJUSTO, Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

La teoría del dolo presupone un sistema del delito con determinación objetiva del injusto, pues el injusto, como objeto del dolo, debe estar situado delante del dolo mismo. A la inversa, un sistema del delito con determinación objetiva del injusto no prejuzga a la teoría del dolo obligatoria, más bien, un sistema tal es compatible también con la teoría de la culpabilidad<sup>15</sup>. Para un sistema del delito con una marcada determinación finalista o bien subjetivo-personal del injusto, la teoría de la culpabilidad -en cambio- es obligatoria, porque —por un lado— el dolo puede ser componente del injusto, y —por otro lado— el injusto, a la vez, parcial objeto del dolo: la conciencia del injusto debe ser separada del dolo. Por eso, ante todo Welzel —el fundador del sistema finalista— intercedió con vehemencia a favor de la teoría de la culpabilidad.

Antes, hacia fin del siglo pasado, se había establecido una teoría del injusto objetiva pura, en forma del clásico sistema causal del delito, con acuñación de V. Liszt-Beling. Según ello, las normas del orden jurídico —en cualquier caso— fueron entendidas primero como normas de valoración, esto es, como juicios de valoración positivos que fijaban como deber-ser la existencia de determinadas condiciones sociales, circunstancias o intereses; por consiguiente, la integridad de bienes jurídicos

13 WELZEL (nota 3) pp. 159 y ss.; SK-RUDOLPHI, 6. ed., § 17, n° 1; JESCHECK, *Strafrecht AT*, 4. ed., pp. 407 y s.; WESSELS (nota 3) n° 462 y ss.; MAURACH / ZIPF (nota 12) 37/1, respectivamente con otras referencias.

14 BGHSt 2, 194, 204 y ss.

15 SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2. ed., 10/57.

(o bien, objetos de bien jurídico)<sup>16</sup>. En consecuencia, el concepto de injusto era determinado mediante la producción de una situación distinta de aquéllas, que era valorada negativamente, eso es, mediante la lesión externa-causal de un bien jurídico (o bien, de un objeto de bien jurídico<sup>17</sup>; y así, el lado externo del hecho se había usurpado para sí la forma de concebir la antijuridicidad<sup>18</sup>. Por lo tanto, el lado interno del hecho permaneció reservado, en cambio, completamente a la culpabilidad, la que —por su parte— era definida como infracción de deber, y por cierto, o sólo como infracción ética-moral o, al mismo tiempo, como infracción jurídica, según si los deberes de comportamiento eran derivados de la moralidad<sup>19</sup> o también del derecho positivo.

En el último caso se habló de normas determinadoras, las que se deducen de normas objetivas de valoración, “se dirigen a la conciencia del individuo” y le deben decir “lo que debe ser y lo que no debe ser”<sup>20</sup>. Con eso, la culpabilidad era ante todo sólo “una circunstancia en el ámbito psíquico-espiritual (en la psiquis) del autor”<sup>21</sup>; ella exigió, junto a la capacidad de imputabilidad, una determinada orientación, una relación psíquico-subjetiva con el hecho objetivo antijurídico, es decir, con el tipo objetivo y con la antijuridicidad, reuniendo la teoría del dolo, precisamente, esos dos momentos en el concepto de dolo, definiendo así a éste como *dolus malus*.

El sistema clásico, con su separación de injusto y culpabilidad —fijada a través de la distinción entre “lo externo” y “lo interno” (objetivo y subjetivo)—, permitió una aguda línea fronteriza, y con ello se pudo manejar dogmáticamente en forma

16 Véase particularmente V. LISZT/SCHMIDT, *Strafrecht AT*, 26 ed., pp. 222 y s.; MEZGER, *CS* 89 (1924) 239 y ss.; el mismo, *Strafrecht*, 2. ed, pp. 163 y ss.; el mismo, *AT Studienbuch*, 6. ed., pp. 80 y s.; KADECA, *ZStW* 58 (1940) 5 y ss.; ESSER, *Zeitschrift für österreichisches Recht und vergleichende Rechtswissenschaft*, Nr. 3/4, pp. 8 y s.; NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951) 287; el mismo, *Das österreichische Strafrecht in seinem Grundzügen*, p. 52; BAUMANN, *Strafrecht AT*, 6. ed., p. 271.

17 Véase también ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, tomo 1, 8. ed., pp. 424 y ss.; WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. ed., tomo 1, p. 613 (§ 122); ESSER (nota 16) p. 13; V. LISZT/SCHMIDT (nota 16) p. 174 y ss.; SPENDEL, *ZStW*, 65 (1953) 519 y ss.

18 Véase al respecto también V. GEMMINGEN, *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, pp. 29 y s., 66 y s.; GALLAS, *ZStW* 60 (1941) 383; SCHAFFSTEIN, *ZStW*, 55 (1936) 18; MAIHOFER, *FS Rittler* p. 143.

19 Así particularmente BINDER, *Philosophie des Rechts*, pp. 810 y s., 819 y ss.; el mismo, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, pp. 47 y s.; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 3. ed., pp. 39 y ss., 43.

20 V. LISZT/SCHMIDT (nota 16) p. 223; MEZGER, *StrafR* (nota 16) p. 166; el mismo, *StuB* (nota 16) p. 81; ESSER (nota 16) pp. 8 y s.; BAUMANN (nota 16).

21 NOWAKOWSKI (nota 16) p. 64.

clara y fácil<sup>22</sup>. En especial, pareció encontrar definitiva tranquilidad la coexistencia de normas valorativas y normas determinadoras, con la asignación —por un lado— a la antijuridicidad y —por otro lado— a la culpabilidad<sup>23</sup>. Pero esa tranquilidad pasó cuando se reconoció (entre otras) la deficiencia del concepto psicológico de culpabilidad —dominante hasta ese momento—: también el que conscientemente ha infringido una norma determinadora debe ser disculpado si se encontraba en una situación de motivación anormal<sup>24</sup>. De nuevo: mientras dominó el concepto psicológico de culpabilidad valió en el sistema clásico solamente la antijuridicidad como plano valorativo; mientras se calificó a la culpabilidad en forma de dolo simplemente como una circunstancia psíquico-subjetivo, es decir, la relación psíquica del autor con el hecho antijurídico. Bajo la vigencia del nuevo concepto normativo de culpabilidad, en cambio, le fue reprochado al autor con el veredicto de culpabilidad también la premeditada sublevación contra los mandatos del derecho; por consiguiente, el hecho psíquico-subjetivo fue sometido por su parte, además, a un juicio de valor objetivo<sup>25</sup>. Con ello surgió un concepto de culpabilidad complejo, pluridimensional, sobre cuyo contenido y forma —en detalles— de ninguna manera reinó conformidad, tampoco entre los pioneros de la teoría normativa de la culpabilidad<sup>26</sup>. En definitiva, la teoría normativa de la culpabilidad condujo, por un lado, al reconocimiento de que también el juicio de culpabilidad sería el resultado de una valoración<sup>27</sup> pero, por otro lado, no fue capaz, en el ámbito del sistema clásico, de comprender la culpabilidad como puro juicio de valor.

22 ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, p. 23.

23 V. GEMMINGEN (nota 18) p. 30.

24 Fundamentalmente GOLDSCHMIDT, *Der Notstand ein Schuldproblem*.

25 V. GEMMINGEN (nota 18) p. 31; ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. ed., pp. 39 y s., WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, pp. 23 y ss.; el mismo, *JuS* 1966,422 s.; V. LISZT/SCHMIDT (nota 16) pp. 221 y ss.; FRANK (nota 8) pp. 136 y ss.; LK-MEZGER, 8. ed., Einl IV 1, 2.

26 Véase al respecto GOLDSCHMIDT, *Frank-Festgabe I*, pp. 428 y ss.

27 En adelante valió con eso, injusto como juicio de valoración negativa sobre el *hecho*, culpabilidad, como juicio de valoración negativa sobre el *autor*, confrontar ESSER (nota 16) pp. 9, 11; BELING, *Grundzüge*, 11. ed. p. 17; MEZGER, *STUB* (nota 16) pp. 40 y s., 79; BAUMANN (nota 16); MAIHOFER, *FS Rittler*, pp. 143 y s.

**Cuadro sinóptico de la construcción del delito doloso después del surgimiento del concepto normativo de culpabilidad (ampliado):**

	INJUSTO	CULPABILIDAD
Sistema ("clásico") causal	1) parte externa del hecho (acto arbitrario, lesión causal del bien -o del objeto del bien- jurídico).	1) parte interna (relación psíquica con el injusto, o en forma de un dolo malus amplio -teoría del dolo- o repartido en dolo del hecho y conciencia del injusto -teoría de la culpabilidad-)
	2) Valoración de la parte externa del hecho (antijuricidad)	2) Valoración de la parte interna del hecho (elemento normativo de la culpabilidad)
Sistema finalista o bien "personal" -subjetivo	1) Acción dolosa 2) Valoración parcial de la acción dolosa en referencia a la realización de la voluntad (antijuricidad)	Valoración parcial de la acción dolosa en referencia a la formación de la voluntad, incluido en eso la relación psíquica con la antijuricidad (conciencia del injusto)

En ese lugar, ahora, el sistema *welzeliano* debió saltar la brecha, que por cierto, como fue dicho, implicó un voto para la separación de dolo y conciencia del injusto, tanto como para su reparto en dos niveles diferentes: “a través de la teoría de acción final, antijuricidad y culpabilidad fueron traídas en una auténtica correlación de dos relaciones de valor, mientras en la doctrina dominante sólo la antijuricidad es una relación valorativa, pero la culpabilidad *una mezcla confusa de valoración y lo valorado (de culpabilidad y estados psíquicos culpables)*. Antijuricidad es la valoración de la *realización* de la voluntad como no deber ser jurídico; esa voluntad de realización (acción) es el objeto de la valoración antijurídica; a ella —a la acción— pertenece el dolo como el factor objetivamente formado del suceso final. La *culpabilidad* es la valoración de la *formación* de la voluntad (es decir, del dolo en atención a la formación de la determinación)... Ella es valoración de la formación de la voluntad como no *deber* ser, porque conforme a la norma puede ser... A eso pertenece... la concreta posibilidad de poder decidirse en el caso particular de conformidad a la norma: lo que se ha calificado —como lema— ‘conciencia del injusto’”<sup>28</sup>.

Sin embargo, la construcción *welzeliana* del sistema del delito de ninguna manera pudo cumplir lo que había prometido. Según la teoría de Welzel, la tipicidad es interpretada ya como nivel de valoración<sup>29</sup> —después de todo, “la muerte de un hombre en legítima defensa” muestra otra cualidad jurídica que “la muerte de un mosquito”—<sup>30</sup>. En cuanto Welzel ha trasladado la circunstancia psíquico-subjetiva

28 WELZEL (nota 25) pp. 26 y s. (parte de lo resaltado ya en el original).

29 WELZEL, *JuS* 1966, 421; del mismo modo PAEFFGEN, *GS ARMIN KAUFMANN*, p. 408 con más referencias.

30 WELZEL (nota 3) p.81.

de la relación del autor con el tipo penal de un nivel de valoración (culpabilidad) a otro (tipicidad), no ha sido eliminada particularmente la reprobada “mezcla de valoración y valorado”, sino que simplemente ha sido fijada sistemáticamente de otro modo. Además, Welzel, con la relación psíquica con el tipo, ha puesto a salvo de la culpabilidad —también— sólo una parte de la circunstancia psíquico-subjetiva de relevante imputación, pero con la relación psíquica con la antijuridicidad ha dejado aún una parte dentro de ella. Esa circunstancia psíquica-subjetiva, ahora como antes perteneciente a la culpabilidad, debe ahora por su parte ser valorada (lo que afecta la cuestión de la evitabilidad), con ello, de todas maneras, permanece parcialmente una “mezcla” en la culpabilidad. No es ninguna particularidad, y ya incluso ninguna objeción contra el sistema clásico, que circunstancias fácticas y cuestiones valorativas se encuentren en un nivel de la construcción del delito. Además, si ya la tipicidad representa una valoración de la *acción* (disvalor de acción) y la antijuridicidad una valoración de la *acción típica*<sup>31</sup>, pues el dolo —que según doctrina finalista pertenece a la acción— debe ser valorado ya a nivel de la tipicidad, pero de todos modos a nivel de la antijuridicidad. En este sentido, entonces, la culpabilidad —que según interpretación de Welzel está definida como “valoración del dolo”<sup>32</sup> es en sí ya absorbida por la tipicidad —en la consecuente sistematización lógica—, a más tardar, por la antijuridicidad; esto es, eliminada como nivel independiente de la construcción del delito<sup>33</sup>. Pues, por cierto, con eso se pierde precisamente la “división del delito en los tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”, que fue calificada por Welzel como el progreso dogmático más importante de las últimas dos o tres generaciones. Por qué la antijuridicidad comprende solamente una valoración *parcial* del dolo, esto es, la de la *realización* de la voluntad, pero no su *íntegra* valoración, inclusive la de *Información* de la voluntad, no es demostrado convincentemente. Por lo tanto, puede ser puesto en duda si con la distribución del dolo y de la conciencia de la antijuridicidad en dos niveles diferentes de la construcción del delito ha sido dicha la última palabra.

## 5. LA “ELASTICIDAD” DE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

El BGH se ha decidido en contra de la teoría del dolo, no a causa de un voto por un determinado sistema del delito, sino a causa de la regulación jurídica rígida del error de tipo, ya considerada como negativa: La *teoría del dolo* “puede alcanzar

31 WELZEL (nota 25) pp. 24, 26; el mismo, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. Ed., p.18.

32 WELZEL (nota 25) p. 24.

33 Eso ya ha sido criticado con toda claridad por GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, pp. 55 y s.: en el sistema finalista no se pueden separar de ningún modo injusto y culpabilidad. Véase también MAIHOFER, *FS Rittler*, pp. 146 y s., en especial nota 27.

sólo pena por dolo si el autor al momento de la realización del tipo penal estaba consciente de cometer un injusto. Pero, ése no es frecuentemente el caso, como la experiencia de la vida cotidiana enseña. Muchos delitos, y precisamente también graves, son cometidos en fuerte excitación afectiva, en arrebatos apasionados o en una reacción súbita del momento. En esos estados psíquicos, el autor frecuentemente no llega a comprender la prohibición que en sí conoce, aún menos —tal vez— está en condiciones de reflexionar sobre la cuestión de si su acción es injusta”. También el autor por convicción, y el delincuente habitual —quien no es más capaz de remordimientos morales, el insensible, pero, sin embargo, en el sentido del § 51,1<sup>(NT)</sup> (hoy § 20) capaz de imputación— pueden (o no) ser responsabilizados —así reprueba el BGH— “a causa de ejecución dolosa, porque ambos debido a sus actitudes fundamentales contrarias a derecho en absoluto pueden lograr conciencia de la antijuridicidad de sus acciones... Otra desventaja de la solución propuesta por la teoría del dolo consiste en que la punibilidad de delitos dolosos que han sido cometidos en error de prohibición culpable está limitada a aquellos delitos que también en caso de ejecución culposa están amenazados con pena. En el mayor número de los delitos que solamente se pueden cometer dolosamente, eso significa una limitación de la punibilidad, que desde un punto de vista político-criminal es altamente indeseable, y desde una perspectiva objetiva, no justificable. Ya que la pena en los casos de error de prohibición culpables debe ser inferida del marco penal del hecho culpable, el grado de la culpabilidad puede ser no siempre suficientemente considerado. En los casos de culpabilidad insignificante, el marco penal va a posibilitar —por regla— adecuada punibilidad. Sin embargo, el error de prohibición no siempre disminuye la culpabilidad hasta el extremo que una pena tan baja sería adecuada. La pena puede parecerse o aproximarse a la culpabilidad de la realización del tipo en total conciencia de la antijuridicidad. Entonces, pena adecuada es la mantenida en el marco penal del delito doloso”.

La teoría de la culpabilidad —así continúa argumentando el BGH— “excluye del mismo modo en caso de error de prohibición inculpable la punibilidad, pero en caso de error de prohibición culpable evita la desventaja que está unida a la solución propuesta por la teoría del dolo. Ella no hace depender la punibilidad de hechos dolosos cometidos en error de prohibición culpable de la existencia de una amenaza penal para la ejecución culposa. Pues, el juez no debe dejar impune a ningún mercedor de pena... La solución de la teoría de la culpabilidad, además, posibilita acomodar la pena al grado de culpabilidad correspondiente, permitiendo al juez considerar al error de prohibición, según la formación del caso individual, como atenuante de la culpabilidad. Los casos de ceguera ante el derecho... representan una variante de error de prohibición. La culpabilidad del autor por convicción

<sup>(NT)</sup> El §51 mencionado corresponde al Código Penal alemán anterior al vigente.

consiste en que él, conscientemente, en lugar del orden valorativo de la comunidad coloca el suyo propio, y desde éste, en el caso individual, valora falsamente. El insensible delincuente habitual ha perdido, a través de la punible conducción de la vida, la sensibilidad por valores morales y, con ello, la capacidad de lograr la comprensión del injusto, a través del esfuerzo de conciencia. Su culpabilidad es culpabilidad por conducción de la vida”<sup>34</sup>.

Con ello, el BGH había dado una negativa a la interpretación de que la “punibilidad a causa de un hecho doloso *solo* es indicada si el autor conscientemente no hace caso del derecho”<sup>35</sup>, pues, según ello, no queda adecuadamente abarcado quien a causa de “ceguera ante el derecho” o “contrariedad ante el derecho”, esto es, por indiferencia, egoísmo o costumbre, en absoluto se impone del contenido del derecho; además de eso, es tratado con más benignidad que aquel que se preocupa por el derecho<sup>36</sup>. Ejemplo<sup>37</sup>: El padre que abusa sexualmente de su hija de diecisiete años (§ 174, I, 3) en caso de hábito prolongado y con la seguridad de que no va a ser descubierto, no reparará siempre actualmente, aunque sea sin reflexionar, en el injusto. Pero, el error es siempre evitable porque la prohibición del abuso sexual sujeta a custodia pertenece al núcleo de las normas centrales, por cuyo conocimiento cada capaz de imputación mismo es —en principio— competente. A falta de correspondiente delito imprudente, según la teoría del dolo, el padre quedaría impune. Otro ejemplo<sup>38</sup>: Un propietario que posee numerosos pisos de alquiler exige de sus inquilinos —bajo las condiciones típicas del § 302a— alquileres usurosos. Su afán de codicia, utilitarista y desconsiderado, es así tan marcado que a él no se le ocurre en absoluto que el capitalismo en Alemania podría tener también límites sociales y la usura ser punible. También aquí la teoría del dolo debería dejar impune a dicho propietario. En cambio, en ambos ejemplos sería punible el que por lo menos aún disponga de escrúpulo.

---

34 BGHSt 2, 194, 204 ss.

35 De este modo, sin embargo, SCHMIDHÄUSER (nota 15) 10/64; el mismo (nota 12) 7/89.

36 JAKOBS (nota 7) 19/14; ROXIN (nota 2) 21/6 ss.; WESSELS (nota 3) n° 460.

37 JAKOBS (nota 7) 19/8.

38 Confrontar ROXIN (nota 2) 21/8.

Cuadro sinóptico de las regulaciones de los §§ 16 y 17

	Conocimiento o bien juicio serio sobre la posibilidad	Desconocimiento por el cual el autor es competente: reconocibilidad, es decir, desconocimiento evitable o imprudente	Desconocimiento por el cual el autor no es competente: desconocimiento inevitable o no imprudente
<b>Referido a la realización del tipo</b>	Dolo	Error de tipo. §16: no existe dolo. Consecuencia (§ 15): acaso responsabilidad por imprudencia (en cuanto sea punible) y con eso, un marco penal considerablemente reducido	Error de tipo. § 16: no existe dolo (tampoco existe fundada la imprudencia, por eso no existe injusto punible)
<b>Referido a la antijuridicidad</b>	Conciencia del injusto	Error de prohibición. § 17: La culpabilidad no está excluida; sino que en todo caso, reducida (conforme a eso reducción facultativa según § 49 I)	Error de prohibición. § 17: no existe culpabilidad

Por consiguiente, el derecho no puede esperar que se presente un determinado hecho psíquico —esto es, situarse conscientemente al margen— si su vigencia en determinados casos —precisamente en caso de “ceguera ante el derecho” o “contrariedad al derecho”— ya es cuestionada también sin ese hecho psíquico. Por eso, el hecho psíquico de la comprensión del injusto y su falta en caso de competencia dada por esa falta son jurídicamente equiparados. Esta regulación “elástica” de la teoría de la culpabilidad —entre tanto contenida en el § 17— trata con eso al error de prohibición, en principio, de otra manera que la regulación rígida del § 16 al error de tipo: acá, como fue considerado al principio, depende solamente del hecho psíquico de la falta de conocimiento, mientras la causa del desconocimiento permanece totalmente sin importancia; lo que, por cierto, también aquí puede conducir a resultados inconvenientes en determinados casos —a saber: en los casos de “ceguera ante los hechos” basada en causas imputables, particularmente, a la indiferencia, egoísmo o costumbre—. Ejemplo<sup>39</sup>: si un conductor embriagado dirige su vehículo a toda velocidad hacia el policía que cierra el paso en la mitad de la calzada, para abrirse camino, actuará con dolo de homicidio si piensa que el policía se apartará demasiado tarde. En cambio, si se trata de un terrorista, al que —por principio— la vida de un policía no le parece algo digno de consideración, y por eso no reflexionará sobre si el policía con su acción podría ser arrollado, se lo recompensa por su inescrupulosidad y, en todo caso, se lo pena a causa de imprudencia. Por consiguiente, la regulación psicologista del § 16 es inconveniente y de *lege ferenda* debería ser adaptada a la del § 17. Luego, por cierto, la argumentación del BGH —de *lege data* aún justificada— contra la teoría del dolo sería inválida.

39 JAKOBS (nota 7) 8/5 a; también el mismo, *ZStW* 101, 1989, 529.

## 6. LA COMPRESIÓN DEL INJUSTO

El autor comprende el injusto cuando lo conoce, y por cierto, actualmente (por lo menos en forma de un co-percibir consciente o co-consciencia<sup>40</sup> al momento del hecho; específico, aun cuando solo “condicionado”). Eso significa: objeto de la comprensión es el injusto, no la punibilidad. El conocimiento de una infracción contra principios éticos-sociales o contra “moral y decencia” alcanza tan poco como el conocimiento de una contrariedad a un contrato<sup>41</sup>. Se necesita el conocimiento del injusto *específico*, no de cualquier injusto<sup>42</sup>; que el autor sea competente por una infracción normativa o que se pueda distanciar de ella (=disculpado) ha de decidirse para cada norma en concreto (en esto consiste la llamada “divisibilidad de la consciencia del injusto”). Ejemplo: El tutor toma las joyas de la familia heredadas por su pupilo, las que él tiene en depósito y que administrar, un valioso collar y lo empeña en una joyería. La comprensión del injusto con respecto al abuso de confianza (§ 266) no fundamenta ya por sí, al mismo tiempo, la culpabilidad en referencia a la apropiación indebida (§ 246), y viceversa.

Del mismo modo que en el límite del dolo, la comprensión del injusto no solo está dada cuando el autor conoce el injusto (en el sentido de un conocimiento seguro), sino también cuando considera seriamente que su comportamiento podría ser contrario a la norma: analógicamente al dolo condicionado es suficiente una *comprensión del injusto condicionada*<sup>43</sup>. Ejemplo: alguien graba secretamente una llamada telefónica al encargado del caso en una institución (§ 201) sin saber exactamente

40 Doctrina dominante, con diferencia en detalles, confrontar JAKOBS (nota 7) 19/26 en conexión con 8/12; ROXIN (nota 2), 21/26; SCHROEDER en: *Leipziger Kommentar*, 11. ed., § 17, n° 26; CRAMER en: Schönke/Schroeder, *StGB*, 24. Ed., § 17, n° 9; RUDOLPHI en *Systematischer Kommentar zum StGB*, 6. ed. § 17, n° 14; OTTO, *Jura* 1990, 647; NEUMANN en: *Alternativ-Kommentar StGB* Tomo 1, § 17, n° 34; detallado RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotssirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotssirrtums*, pp. 149 ss. con otras referencias. Extenso JESCHECK, *Strafrecht AT*, 4. ed., p. 409 y WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed., pp. 164 y s., para quienes es suficiente una consciencia latente, que el autor puede actualizar de inmediato. La discusión puede ser apenas significativa desde un punto de vista práctico en vista de la regulación “elástica” del § 17: sencillamente, consciencia latente y consciencia real son de todos modos equiparadas, en cuanto el autor es competente (= el error evitable).

41 Confrontar *SK-Rudolphi* (nota 40) § 17, n° 4; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, 3 ed., n° 560; LACKNER/KÜHL *StGB-Kommentar*, 21. ed., § 17, n° 2; *AK-Neumann* (nota 40), § 17, n° 13.

42 JAKOBS (nota 7) 19/27; WESSELS, *Strafrecht AT*, 24. ed., n° 428; *SK-Rudolphi* (nota 4) § 17, n° 7; RUDOLPHI (nota 40) pp. 77 y ss.; JESCHECK (nota 40) p. 409; SCH./SCH./CRAMER (nota 40) § 17, n° 8; *AK-Neumann* (nota 40) § 17, n° 37.

43 Doctrina dominante, véase JAKOBS (nota 7), 19/29; SK-RUDOLPHI (nota 40) § 17, n° 12; RUDOLPHI (nota 40) pp. 118 y ss., 129 y s.; JESCHECK (nota 40) p. 409; LACKNER/KÜHL (nota 41) § 17, n° 4; SCH./SCH./CRAMER (nota 40) § 17, n° 5; ZACZYK, *JuS* 1.990, 891.

si en las conversaciones con funcionarios la grabación solo está permitida sin media un permiso especial, pero, de todos modos, considerándolo seriamente como posible. Sin embargo, no debe tratarse automáticamente cada comprensión del injusto condicionada como una comprensión incondicionada; más bien, la “elasticidad” del § 17 deja abierta la posibilidad de correcciones normativas a través de consideraciones de la competencia<sup>44</sup>. Por consiguiente, al autor solo puede imputársele una comprensión del injusto condicionada si él refiere el conocimiento de la posibilidad partiendo de circunstancias que fundarían del mismo modo su competencia en caso de absoluta falta de comprensión del injusto. Formulando de otra manera: la comprensión condicionada ha de tratarse como comprensión del injusto, solo si la falta de comprensión sería un error de prohibición totalmente evitable. Allá donde un error de prohibición sea inevitable, se va a disculpar, pues, también al más prudente, a pesar de que tuvo duda del injusto. Ejemplo: si varios *Oberlandesgerichte*<sup>(NT)</sup> han tratado determinado comportamiento como permitido en constante jurisprudencia y el autor conoce esta jurisprudencia, su error de prohibición es inevitable cuando el BGH más tarde defina ese comportamiento como prohibido, y el error esté fundado en este motivo, y ello con independencia de si el autor ha considerado seriamente como posible un cambio en la jurisprudencia o si ni siquiera ha reflexionado sobre ello; a la inversa, responderá plenamente si actúa de conformidad con una consulta jurídica manifiestamente poco seria, con independencia de si tranquiliza prematuramente sus dudas sobre lo ilícito pensando en la consulta o de si mantiene una conciencia del injusto condicionada.

En sí, la normativización —por cierto— no puede permanecer limitada a la conciencia del injusto *condicionada*<sup>45</sup>, puesto que en este sentido un tratamiento diferenciado de conciencia del injusto condicionada e *incondicionada* dogmáticamente no se puede justificar. Tampoco es efectuada una respectiva diferenciación ya en el ámbito del dolo, en el tratamiento del llamado “conocimiento especial”, como saber más allá de la competencia del autor<sup>46</sup>: ni un dolo condicionado ni uno incondicionado pueden fundar una responsabilidad penal del autor en cuanto se trata de conocimientos (o bien, conocimientos de la posibilidad) que no son exigidos a su rol, esto es, conocimientos que si el autor en principio no tuviese tampoco debería adquirir. Lo que vale para la relación psíquica con las circunstancias de hecho, vale de igual modo para la relación psíquica con la antijuridicidad: la comprensión

44 Así la doctrina más moderna, véase particularmente JAKOBS (nota 7) 19/30; ROXIN (nota 2) 21/33.

<sup>(NT)</sup> *Oberlandesgerichte*: Tribunal Supremo Provincial

45 JAKOBS (nota 7) nota 54 en 19/30.

46 Al respecto véase JAKOBS (nota 7) 7/49 y s.; el mismo, GS. ARMIN KAUFMANN, pp. 283 y ss.

del injusto, independientemente si se trata de una comprensión condicionada o incondicionada, jamás puede imputársele al autor, si él no es competente para el conocimiento del derecho pertinente (lo que, por cierto, no solo puede ocurrir en el núcleo del derecho penal, sino también en el ámbito del derecho penal especial)<sup>47</sup>, esto es, si el conocimiento correspondiente no pertenece a su rol y debe ser calificado como “conocimiento especial”, o, lo que significa lo mismo, si la falta de ese conocimiento fuese —como error de prohibición— *inevitable*. Ejemplo: el estudiante S, que es empleado en un restaurante como auxiliar de mozo exclusivamente para servir las comidas y bebidas que el personal de cocina ya ha puesto a disposición en el mostrador, ha visitado la cocina —ya que hay poco movimiento—; hablando con el cocinero, por casualidad, comprende que este cada noche, con el fin de aprovechar los restos, muele carne de venado con la picadora de carne y de eso ha elaborado “Tatar”<sup>(NT)</sup>. Poco más tarde, S sirve a un cliente un menú de los que, como de costumbre, están a disposición en el mostrador, el que entre otras cosas está compuesto del dudoso “Tatar”. Debido a que S con frecuencia ha ayudado en la carnicería de sus padres, sabe que la entrega de carne picada de venado al consumidor, según el § 2, II, 1 del reglamento sobre carne picada, está prohibida y, según el § 51, I, Nro. 2, II-IV LMBG (ley de alimentos y ley de objetos de consumo) en conexión con el § 16, I, Nro. 1 de dicho reglamento, es punible. Pero ese conocimiento no forma parte del rol de S como auxiliar de mozo, es decir, es un “conocimiento especial”, y como tal, no es idóneo para fundar su culpabilidad jurídico penal. Por cierto, a casos de esta naturaleza apenas le podría corresponder significado práctico, lo que atañe a la conciencia del injusto, pues donde el correspondiente conocimiento del derecho no forma parte del rol del autor, regularmente, va a valer lo mismo también para el conocimiento de las *circunstancias de hecho* que fundan el injusto, de modo que esos casos sistemáticamente ya se podrían solucionar siempre en el marco de la imputación objetiva.

## 7. FORMAS BAJO LAS CUALES SE PRESENTA EL ERROR DE PROHIBICIÓN

Análogamente a la falta de dolo del tipo penal (error de tipo), se puede mostrar también la falta de comprensión del injusto (error de prohibición) en dos formas: el autor puede suponer erróneamente que su comportamiento no constituiría ningún injusto (falsa representación positiva) y puede no pensar en absoluto en

47 Sobre esto ha de volverse más adelante, donde se trata por separado la evitabilidad del error de prohibición.

(NT) “Tatar” es un menú compuesto de carne picada de novillo, huevo y otros ingredientes.

el injusto (falta de una representación)<sup>48</sup>. En particular, son posibles las siguientes constelaciones:

### 7.1. El error de prohibición directo

Un error de prohibición directo es un error sobre la norma prohibitiva o sobre la norma imperativa, que puede presentarse en tres formas diferentes<sup>49</sup>:

#### 7.1.1. Falta de conocimiento de la norma prohibitiva o de la norma imperativa

Si el autor no conoce la norma prohibitiva o la norma imperativa, o bien no la tiene presente al momento del hecho por lo menos en forma de una coexperiencia consciente, actúa en un error de prohibición directo. Ejemplo: alguien ha realizado en su automóvil un cambio de aceite, y arroja los restos y el aceite ya usado en un estanque de agua que se halla en un bosque, sin reflexionar en absoluto que la contaminación de aguas está prohibida (confrontar § 324). O: alguien graba una conversación telefónica sin que la otra parte tenga conocimiento de ello (confrontar § 201), no ocurriéndole que eso podría estar prohibido.

#### 7.1.2. El error de validez

Un error de prohibición directo está fundado —también— cuando el autor, por cierto, conoce la prohibición o el mandato de la norma, pero no lo considera como válido. Ejemplo: U, activista de una radical organización del medio ambiente, estorba conjuntamente con otros animados por el mismo sentimiento, durante media hora, a trabajadores de la Sociedad Anónima “X”, en forma manifiesta (es decir, con efectivo, directo y considerable despliegue de fuerza física) en la carga de un vagón de tren con residuos químicos. Él ha escuchado de uno de sus correligionarios que el *BVerfG*<sup>(NT)</sup>, entre tanto, habría declarado inconstitucional al tipo penal de coacción —lo que, por cierto, es inexacto— a causa de la falta de precisión; por eso considera la acción como permitida, solo en cuanto nadie sea seriamente lesionado.

En cambio, un error de prohibición se debe negar, en contra de eso, si el autor considera como no obligatoria la norma prohibitiva o imperativa debido a causas que existen fuera del orden jurídico obligatorio general, es decir, que no son recono-

---

48 JAKOBS (nota 7) 19/32; JESCHECK (nota 40) p. 410; KÜHL., *Strafrecht AT*, 13/52.

49 Confrontar WESSELS (nota 42) n° 468; JESCHECK (nota 40) pp. 410 y s.; Sch./Sch CRAMER (nota 40) § 17, n° 10.

<sup>(NT)</sup> *BVerfG* (= *Bundesverfassungsgericht*): Tribunal Constitucional Federal.

cidas por este<sup>50</sup>. Es decir, entonces, que él conoce la existencia positiva de la norma jurídica cuestionada, y sabe que no hay ninguna causa que según el orden jurídico vigente sea idónea para anular su obligatoriedad jurídica; es decir, él conoce todas las condiciones previas para la obligatoriedad positiva de la norma. Con ello, a él no le falta la representación que con su comportamiento infringe una norma prohibitiva o imperativa jurídicamente obligatoria, sino que rehúsa el reconocimiento de una norma absolutamente reconocida como válida, particularmente, por causas políticas, religiosas u otras no jurídicas. Ejemplo: El testigo de Jehová que después de la negativa del servicio militar también se niega a realizar la presentación sustitutoria de aquel, ya que considera como equívocas a las regulaciones jurídicas en este sentido existentes en Alemania, tiene el conocimiento del injusto según el § 53 I de la ley sobre la prestación civil sustitutoria<sup>51</sup>, si él conoce la antijuridicidad de la negativa y el significado para Alemania del servicio militar obligatorio general en su forma así existente; que él no admita esa forma, no impide la comprensión.

Si el autor piensa que una norma sería inválida debido a que infringe “derechos superiores”, eso impediría así una comprensión del injusto solo si el autor al mismo tiempo parte de que las autoridades competentes para la decisión sobre la validez, en especial la justicia, van a reconocer lo mismo (y no simplemente *deberían*). Respectivamente se comporta el autor cuando piensa que a causa de una situación de catástrofe sobrenatural la norma pasaría a segundo término, absolutamente o en parte<sup>52</sup>. Ejemplo<sup>53</sup>: R cree en la existencia del “rey de los gatos”, el que desde hace milenios personificaría la maldad y amenazaría el mundo. Él se deja sugestionar por H y P, quienes le insinúan que el rey de los gatos exterminará la humanidad o millones de hombres, si él –R– no da pruebas de una víctima humana en forma de mujer. Debido a que H y P siempre señalan que la prohibición del homicidio no valdría para R, ya que se trataría de un encargo de Dios y se debería salvar a la humanidad, R se cree definitivamente suspendido del quinto mandamiento del decálogo, aun cuando según derecho humano, como él piensa, eventualmente cometería un injusto. En confianza de su legitimación divina, R ejecuta el hecho. R no actúa en error de prohibición, sino con consciencia del injusto condicionada, porque en un caso como este la convicción del autor es presupuesta; la solución del conflicto de intereses que él considera como correcta, sería la del *derecho vigente* y fundaría un permiso *positivo-jurídico* del hecho, por principio, reconocido como prohibido<sup>54</sup>.

50 Véase SK-RUDOLPHI (nota 40) § 17, n° 22 con otras referencias; además, JAKOBS (nota 7) 19/24 y s.; ROXIN (nota 2) 21/24; AK-Neumann (nota 40) § 17, n° 31.

51 Del 16.7.1965; BGB 1 I, p. 984.

52 JAKOBS (nota 7) 19/25.

53 BGHSt 35, 347 y ss. = *NStZ* 1989, 176 y s. = *JA* 1994, tomo 2, pp. 285 y ss. (BANDEMER)

54 SCHUMANN, *NStZ*, 1990, 35.

### 7.1.3. El error de subsunción

Un error de prohibición directo existe también, finalmente, cuando el autor simplemente no conoce el alcance de una norma prohibitiva, y por esa causa considera su acción como permitida. Ejemplo: F acepta un regalo de su novio, que consiste en un collar de brillantes que, como ella sabe, fue apropiado por aquel en un atraco. Ella cree que el encubrimiento comprendía exclusivamente una transmisión remunerada de objetos con la finalidad de reventa, y por eso está convencida que la aceptación del collar no sería contraria al derecho.

## 7.2. El error de prohibición indirecto

Un error de prohibición indirecto o error de permisión es la errónea suposición de una causa de justificación, no desconociendo el autor el juicio disvalioso atribuido al tipo penal mismo. Por cuanto, se habla de un simple error de prohibición *indirecto* porque el autor precisamente no cree que el hecho sería principalmente lícito, sino que supone que la antijuridicidad —en caso de contrariedad de la prohibición o del mandato— estaría excluida a causa de la aplicación de una proposición permisiva. El error de prohibición indirecto puede presentarse en dos formas diferentes<sup>55</sup>:

### 7.2.1. El error de existencia

Un error de existencia es la errónea suposición de una causa de justificación no reconocida por el derecho. Ejemplo: alguien abofetea al hijo de su vecino, de doce años, que ha robado manzanas, en la suposición que habría un derecho de corrección general aun frente a hijos de otros.

### 7.2.2. El error de límite

También el error sobre los límites (alcance) de una causa de justificación jurídicamente reconocida (error de límite) es un error de prohibición (indirecto). Ejemplo: alguien cree que en el marco del derecho de legítima defensa se podría dar al agresor también un escarmiento, y por eso rebasa la medida de lo necesario. O: alguien piensa que al autor sorprendido en flagrante delito también se lo podría apalea para impedir la fuga, en ejercicio del derecho de detención (§ 127 StPO)<sup>(NT)</sup>(por cierto, aquí también se podría hablar de un error de existencia —en

---

55 JESCHECK (nota 40) p. 415; JAKOBS (nota 7) 11/36; KÜHL (nota 48) 13/53 y ss.

<sup>(NT)</sup> StPO (=Strafprozeßordnung): Ordenanza Procesal Penal.

cierto modo, cada error sobre los límites es a la vez un error sobre la existencia de una causa de justificación—).

### 7.2.3. Tratado suplementario: en relación al error de tipo permisivo

Del error de prohibición indirecto o del error permisivo indirecto se debe diferenciar el error de tipo permisivo, es decir, el error sobre una condición *objetiva* de una causa de justificación reconocida. Este existe cuando el autor supone erróneamente la realización de un tipo de justificación, es decir, considera como dadas circunstancias que en caso de su real existencia justificarían el hecho<sup>56</sup>. Ejemplo: el que paseando al atardecer por un parque se cree atacado por una persona que se le acerca a toda prisa, y por eso la empuja (§ 240); mientras esta persona solo pretendía averiguar con urgencia cómo llegar hasta la estación. Otro ejemplo para la delimitación<sup>57</sup>: el médico cree tener autorización para operar al paciente sin consentimiento de este a causa de un ficticio derecho al ejercicio de la profesión médica —*error permisivo*— (error de existencia); él considera como idóneo un consentimiento dado sin suficiente aclaración —*error permisivo*— (error de límite); él se equivoca en la existencia objetiva del consentimiento —*error de tipo permisivo*—.

Según el caso, en el error de tipo permisivo se trata de una *tentativa* de justificación<sup>58</sup> (“justificación putativa”): precisamente, así como una tentativa existe solo cuando el autor en su resolución de cometer el hecho ha anticipado todos los elementos del tipo objetivo, una tentativa de justificación presupone que todos los elementos del tipo objetivo de justificación se reflejen al momento de la decisión de emprender la justificación. De eso resulta en primer lugar: analógicamente a la tentativa, la que puede estar fundada respectivamente en el error sobre la existencia de cada uno de los elementos particulares del tipo, se puede referir —también— el error de tipo permisivo a todas las condiciones objetivas de una causa de justificación, es decir, particularmente en la legítima defensa putativa, de ningún modo simplemente a la existencia de una agresión. Más bien, se trata de un error de tipo permisivo también cuando el autor juzga falsamente el modo o la intensidad de una agresión real o presunta y, por consiguiente, se defiende en forma más intensiva que lo “necesario”, o cuando a causa de circunstancias concretas considera como “contrario al derecho” una agresión legítima.

56 Confrontar WESSELS (nota 42), n° 470; JAKOBS (nota 7) 11/42; HIRSCH en: *Leipziger Kommentar*, 11. ed., § 34 n° 39; v. HEINTSCHEL-HEINEGG, *Prüfungstraining Strafrecht I*, n° 335, 337.

57 JESCHECK (nota 40) pp. 415 y s.

58 JAKOBS (nota 7) 11/53: Tentativa inidónea de una acción justificada.

Además de ello, se debe tener presente siempre que un error de tipo permisivo solo existe cuando según la representación del autor están dadas *todas* las condiciones objetivas de la justificación. Expresado de otro modo: una tentativa de justificación (“justificación putativa”) está siempre excluida —de nuevo en analogía con la tentativa— si el autor no ha comprendido también solo un elemento del tipo objetivo de justificación, en su decisión de emprender la justificación. Ejemplo: El que pasea por el parque al atardecer —ya mencionado— extrae rápidamente una pistola y mata de un tiro, sin más ni más, a la persona que se le acerca a toda prisa; aunque su posibilidad de defensa no habría sido menoscabada —según su visión— si él hubiera dado primero un grito de alarma o un disparo de advertencia. En este caso no está fundado un error de tipo permisivo. Pues, lo mismo el caminante no estaría justificado en caso de la existencia efectiva de circunstancias que él se ha representado, es decir, lo mismo si la persona que se le acercó realmente se hubiese tratado de un agresor, ya que su dolo está dirigido a un estado de hecho que no demuestra su comportamiento precisamente como defensa “necesaria”. Brevemente: el caminante no se representó ningún estado de hechos que en caso de ser verdadero lo justificaría.

De la suposición errónea de las condiciones objetivas del tipo de justificación debe exigirse lo mismo que de la representación de circunstancias del tipo objetivo constitutiva de la tentativa<sup>59</sup>. Con ello, entonces, el autor se encuentra solamente en un error de tipo permisivo cuando evalúa correctamente la relación de la existencia experimentada, terrenal. La defensa contra agresiones o situaciones de peligro proporcionadas en forma celestial o sobrenatural no es comprendida por las causas de justificación. Expresado de otro modo: la tentativa de justificación supersticiosa es penalmente tan irrelevante como la tentativa supersticiosa (por ejemplo, el que reza impetrando la muerte de alguien)<sup>60</sup>. Ejemplo<sup>61</sup>, modificando el caso ya considerado de “rey de los gatos”: R cree que el “rey de los gatos” exterminará millones de hombres si él —R— no llega a destruir para su aplacamiento una obra de arte única, lo que entonces, también realiza.

Respecto a la calificación jurídica del error de tipo permisivo dominan las disputas. La *teoría estricta de la culpabilidad*<sup>62</sup> limita el dolo al tipo de injusto y califica la relación subjetiva con el tipo de justificación como problema de la culpabilidad. Por consiguiente, cada error sobre la antijuridicidad, es decir, también el error de tipo permisivo es clasificado como error de prohibición; por tanto, una distinción entre el error sobre la permisión y el error sobre las condiciones objetivas

59 SCHUMANN, *NStZ*, 1990, 33.

60 Al respecto detalladamente JAKOBS *GS Armin Kaufmann*, pp. 271 y ss. con otras referencias.

61 Confrontar SCHUMANN, *NStZ* 199, 33 y s.

62 En especial, WELZEL (nota 40) pp. 168 y ss.; el mismo, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4 ed., p. 70.

de la permisión no se lleva a cabo. Por lo contrario, la *teoría del dolo y la teoría de los elementos negativos del tipo*<sup>63</sup> califican al error de tipo permisivo como error de tipo excluyente del dolo. Pero, según la interpretación acertada se trata de un *error sui generis* que se encuentra entre el error de tipo y el error de prohibición (indirecto), al que la ley no ha regulado directamente<sup>64</sup>. La semejanza con el error de tipo reside en su estructura, pues, también el error de tipo permisivo se refiere a los elementos objetivos de una norma jurídica. La semejanza con el error de prohibición (indirecto) consiste en que la comprensión del tipo permanece intacta. Pero, sin embargo, el autor se equivoca finalmente sobre cuál acontecimiento social tiene lugar. Su tentativa inidónea de una acción justificada se encuentra, con eso, entre la tentativa de un autor imprudente de efectuar una acción sin efectos jurídicos relevantes, y la tentativa de un autor en error de prohibición de conservarse en el marco del derecho. Por consiguiente, el error de tipo permisivo es un error de índole particular cuyas consecuencias jurídicas en detalles, por cierto, no están aún definitivamente aclaradas<sup>65</sup>, pero con la doctrina dominante —finalmente— podrían terminar en la aplicación del marco penal del delito imprudente (así, en definitiva, la solución de la teoría limitada de la culpabilidad, de la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, tanto como de la teoría de la culpabilidad dependiente<sup>66 67</sup>).

## 8. ERROR DE PROHIBICIÓN E IMPRUDENCIA

Un autor imprudente se encuentra siempre en error de prohibición, pues él no sabe qué consecuencias va a traer consigo su comportamiento; tampoco tiene representación actual de que comportarse con las consecuencias determinadas con-

63 FRANK, *StGB-Kommentar*, 18.ed., pp. 139, 187; RADBRUCH, *Frank-Festgabe I*, pp. 164 y s.; SCHAFFSTEIN, *FS OLG Celle* pp. 182 y ss.; SAMSON, *Strafrecht I*, 7.ed., pp. 121 y ss.; SK-RUDOLPHI (nota 40), § 16, n° 10, 12 (bajo la calificación “teoría limitada de la culpabilidad”); SCHÜNEMANN, *GA* 1985, pp. 347 y ss.; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.ed., pp. 173 y ss.; confrontar también ROXIN (nota 2) 10/13 y ss. con otras referencias.

64 DREHER, *FS Heinitz* pp. 223 y ss.; JESCHECK (nota 40) p. 416; JAKOBS (nota 7) 11/53; WESSELS (nota 42) n° 484; KÜHL (nota 48) 13/70; GRÜNDWALD, *GS Noll*, pp. 187, 191 y s.

65 WESSELS (nota 42) n° 480.

66 Acerca de la heterogeneidad de la terminología, GRÜNDWALD, *GS Noll*, pp. 183 y ss.; críticamente respecto al análisis de GRÜNDWALD, PAEFFGEN, *GS Armiin Kaufmann*, pp. 399 y ss.. Vista de conjunto en WESSELS (nota 42) n° 469 y ss.; v. HEINTSCHEL-HEINEGG (nota 56) n° 338 y ss.; JESCHECK (nota 40) pp. 416 y ss.; véase también *infra*. 9. ANEXO.

67 La problemática no puede seguir siendo profundizada en el marco de este tratado suplementario.

forma un injusto<sup>68</sup>; formulado de otro modo: un error de tipo lleva (tanto como un error de tipo permisivo) en segundo lugar siempre a un error de prohibición<sup>69</sup>. Tal error de prohibición, solo condicionado por un desconocimiento del tipo, no es estimado de manera especial, debido a que él es característico de cada hecho imprudente. Ejemplo: quien en una maniobra de adelantamiento riesgosa ante una curva complicada no juzga seriamente que puede causar un accidente de tránsito con consecuencias lesivas, tampoco tiene noción del injusto de su comportamiento lesivo.

## 9. ANEXO

Síntesis de las diferentes soluciones del error de tipo permisivo, incluida las consecuencias para la punibilidad de la participación:

### 9.1. Teoría del dolo

#### 9.1.1. Teoría estricta del dolo<sup>70</sup>

- La consciencia del injusto es un elemento del dolo (= elemento de la culpabilidad).
- Consecuencia jurídica: § 16 I 1 directamente: no hay dolo. Posible responsabilidad por imprudencia, en cuanto sea punible (§ 15).
- La participación es posible en el hecho principal (es decir, doloso y anti-jurídico) pues: “doloso” en el sentido de los §§ 26 y 27 significa “voluntario”, bajo exclusión de la consciencia del injusto.<sup>71</sup>

#### 9.1.2. Teoría modificada del dolo<sup>72</sup>

- El dolo comprende junto al elemento final también el “conocimiento de la dañosidad social, esto es, de la peligrosidad social de la realización de los elementos del tipo”.
- Consecuencia jurídica: § 16 I 1 directamente. No hay dolo. Posible responsabilidad por imprudencia en cuanto sea punible (§ 15)

---

68 JAKOBS (nota 7), 19/34.

69 ROXIN (nota 7) 21/3; OTTO *Jura* 1990, 646.

70 SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.ed., 10/32, 56 y ss.

71 SCHMIDHÄUSER (ntoa 70), 10/22 y ss.

72 OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 4.ed., pp. 208 y ss.

- La participación no es posible en el hecho principal en el sentido de los §§ 26 y 27.

## 9.2. Teoría de la culpabilidad

### 9.2.1. Teoría estricta de la culpabilidad<sup>73</sup>

- El dolo es limitado al tipo de injusto; la relación subjetiva con el tipo de justificación pertenece al ámbito de la culpabilidad: el error de tipo permisivo es una modalidad del error de prohibición.
- Consecuencia jurídica: § 17: en caso de evitabilidad, punibilidad a causa de hecho doloso; en caso de inevitabilidad, no existe punibilidad. No existe reprochabilidad por imprudencia.
- Es posible la participación en el hecho principal en el sentido de los §§ 26 y 27.

### 9.2.2. Teoría de los elementos negativos del tipo<sup>74</sup>

- Al “tipo legal” en el sentido del § 16 (= llamado “tipo de error”, que ha de diferenciarse del llamado “tipo sistemático”) pertenece también la inexistencia de circunstancias justificantes.
- Consecuencia jurídica: § 16 I 1 directamente<sup>75</sup>: no hay dolo. Posible responsabilidad por imprudencia, en cuanto sea punible (§ 15).
- No es posible la participación en el hecho principal en el sentido de los §§ 26 y 27, a no ser que el concepto de dolo sea interpretado en los §§ 26 y 27 en un sentido diferente al del § 16<sup>76</sup>.

---

73 WELZEL (nota 40) pp. 168 y ss.; HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, pp. 314 y ss.; LK-Schroeder (nota 40), § 16 n° 51.

74 SAMSON (nota 63) pp. 121 y ss.; SK-RUDOLPHI (nota 40) § 16 n° 10, 12; SCHÜNE-MANN, *GA* 1985, 347 y ss.

75 Otra opinión –a mi parecer, no consecuente– SK-RUDOLPHI (nota 40) n° 12, quién aboga por una aplicación *análoga* del § 16.

76 Así SK-RUDOLPHI (nota 40) § 16, n° 13.

### 9.2.3. Teoría limitada de la culpabilidad<sup>77</sup>

- El autor es “en sí fiel a la norma”; el error, comparable con la imprudencia.
- Consecuencia jurídica: § 16 I analógicamente: no está fundado el injusto de un hecho doloso. Posible responsabilidad por imprudencia, en cuanto sea punible (§ 15).
- No es posible la participación en el hecho principal.<sup>78</sup>

### 9.2.4. Teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas<sup>79</sup>

- Error *sui generis* que deja intacto al dolo. Pero, la culpabilidad está disminuida y es comparable con la culpabilidad por imprudencia.
- Consecuencias jurídicas del § 16 I 1: no hay culpabilidad por dolo. Posible responsabilidad por imprudencia, en cuanto sea punible (§ 15).
- Es posible la participación en el hecho principal en el sentido de los §§ 26 y 27.

### 9.2.5. Teoría de la culpabilidad dependiente<sup>80</sup>

- Error *sui generis*; el injusto del delito doloso sigue existiendo.
- Consecuencia jurídica:
  - Si no existe amenaza punitiva para imprudencia: cae la punibilidad.
  - Si existe amenaza punitiva para imprudencia: existe un delito doloso, pero el marco penal doloso ha de reducirse al marco del respectivo delito de imprudencia.
- Es posible la participación en el delito principal en el sentido de los §§ 26 y 27.

---

77 BGHSt 3, 105, 107; 3, 357, 364; 31, 264, 286 y s.; STRATENWERTH (nota 41) n° 503 y s.; Sch./ Sch./CRAMER (nota 40) § 16 n° 18; GRÜN WALD, *Gs Noll* pp. 183 y ss.

78 Sch./ Sch./CRAMER (nota 40) ante § 25 n° 32; AK-Schild (nota 40). Ante § 13 n° 123; pero véase la propuesta de SK-RUDOLPHI (nota 40) § 16 n° 13, ya mencionada en la teoría de los elementos negativos del tipo.

79 JESCHECK (nota 40) pp. 418 y s.; WESSELS (nota 42) n° 478, 484.

80 JAKOBS (nota 7) 11/58 y s.

## 10. LA EVITABILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

### 10.1. Evitabilidad como competencia

Las consecuencias jurídicas del error de prohibición dependen, como se ha visto, de su *evitabilidad* (§ 17). Evitabilidad significa competencia por el error. Eso no es un problema *psicológico*, por consiguiente, ninguna cuestión sobre el estado psíquico-subjetivo del autor al momento del hecho, sino un problema *normativo*, esto es, una cuestión sobre la responsabilidad por el origen del conflicto<sup>81</sup>. En otras palabras, se trata, por tanto, de la cuestión a cuáles factores psíquicos de los que han condicionado el error puede referirse el autor para su descargo, y por cuales él mismo debe responder, con la consecuencia que él es competente por el error, por tanto, el error es evitable. Ejemplo: como generalmente ningún autor puede referirse en la culpabilidad a que habría estado tan inclinado así en el hecho que habría sentido ganas del comportamiento injusto, así tampoco ningún autor puede escudarse en que ha sentido desinterés por la regulación legal, lo que impidió que apareciera la consciencia del injusto en el momento del hecho<sup>82</sup>. El autor vive en un orden social que debe posibilitar los contactos sociales en masa, anónimos o casi anónimos, el que por eso no puede ser dejado a discreción solamente de la respectiva disposición psíquica-individual de los miembros de la interacción, sino que, en principio, depende de una obligatoriedad objetiva-general de sus regulaciones y de una referencia a los roles estándares<sup>83</sup>. Por eso, en el juicio de culpabilidad debe ser estipulado cuánta necesidad social debe ser cargada a quien se equivoca (en cuanto el error es evitable) y cuánta ignorancia del autor puede ser tolerada, sin que respectivamente la función social del derecho penal —garantizar la validez de normas—<sup>84</sup> sea menoscabada (en cuanto el error es inevitable)<sup>85</sup>.

Ahora, sin embargo, un orden jurídico sin la disposición de sus destinatarios a ponerse al corriente de su contenido puede durar tan poco como el orden jurídico sin disposición a cumplir también el derecho. A los destinatarios de la norma, por tanto, debe imputarse objetivamente como propia tarea una cierta disposición para la adquisición de informaciones sobre el derecho, si el orden debe tener existencia

81 TIMPE GA 1984, 68; NEUMANN en: *Alternativ-Kommentar StGB*, tomo 1, § 17, n° 53.

82 JAKOBS (nota 7) 19/35; TIMPE, GA 1984, 51.

83 Véase también PUPPE, GA 1990, 167.

84 Al respecto, detalladamente, LESCH, JA 1994, 596 y ss.

85 JAKOBS (nota 7) 19/33; AK-NEUMANN (nota 81) § 17, n° 51. Por consiguiente, la evitabilidad es un concepto definido a través de los fines de la pena, como la culpabilidad misma. Eso no puede seguir siendo profundizado aquí. Acerca de la fundamentación de ese concepto de culpabilidad normativo-funcional, últimamente, JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993.

y no perecer en el desinterés de los destinatarios de la norma<sup>86</sup>. Acá se trata de una incumbencia, cuya desatención lleva a que quien ha infringido la norma, precisamente, no pueda referirse más (o en todo caso, no más ilimitadamente) a su error de prohibición<sup>87</sup>. El juicio sobre si un error hubiese sido evitable o inevitable, por consiguiente, depende no solo de los procesos que al momento del hecho tengan lugar en la cabeza del autor, o no, sino también de la manera de haber llegado a esos procesos, o bien, la ausencia de esos procesos: el autor mismo puede ser competente por un déficit en *información*, igual que por una falta de *motivación*<sup>88</sup>. Primero, ha de averiguarse siempre si el conocimiento del derecho pertenece al ámbito de responsabilidad de quien se halla en error, lo que, por otra parte, depende del respectivo ámbito normativo en cuestión. En eso debe diferenciarse (sin embargo, eso no es posible nítidamente) entre un *ámbito fundamental* y un *ámbito disponible*<sup>89</sup>; lo que, en principio, podría corresponder a la distinción formulada por el BGH entre “auténticas leyes criminales y “leyes penales especiales”<sup>90</sup>; entre “ámbito central” y “derecho penal especial”<sup>91</sup>; o, en palabras de Welzel, entre el ámbito de los “valores éticos sociales fundamentales” o bien, de este lo que ya según la cultura experimentada (el “orden moral”) es merecedor de castigo, y el del “orden del derecho penal”<sup>92</sup>.

## 10.2. El error sobre los fundamentos

En el error sobre los fundamentos se trata de normas que pertenecen al núcleo de la existencia de normas de una determinada sociedad, las que, por tanto, no pueden ser pasadas a la situación de disponible, sin al mismo tiempo implicar la pérdida de la identidad de una sociedad, porque en su contenido se reflejan las decisiones valorativas fundamentales del correspondiente orden, es decir, las que solo se pueden abandonar mediante un acto de revolución estatal o social. Ejemplos para el actual orden social de Alemania: normas contra la traición a la patria, coacción del parlamento y evasión tributaria ilícita; principios fundamentales de la función pública, como la prohibición de cohecho; principales garantías de propiedad privada y de libertad de actuación económica, tanto como de la capacidad funcional del servicio de documentos y de pagos; garantía de la integridad corporal; (aún) garantía

86 Confronta TIMPE, *GA* 1984, 66.

87 AK-Neumann (nota 81) § 17, n° 54.

88 JAKOBS, *Strafrecht AT*, 1.ed. 19/36 y s.

89 TIMPE, *GA* 1984, 52 y s.; JAKOBS (nota 7) 19/6 y ss.; AK-NEUMANN (nota 81) § 17, n° 86 y ss.

90 BGHSt 2, 194, 203.

91 KÜHL, *Strafrecht AT* 13/3; AK-NEUMANN (nota 81) § 17, n° 86 y ss.

92 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ed., pp. 172 y s.; el mismo, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ed., pp. 73 y s.; SCHEWE, *Bewusstsein und Vorsatz*, pp. 185 y ss.

de la vida (ya no: garantía de la vida prenatal, y tampoco: ámbito del § 216)<sup>(NT)</sup>; prohibición de la ebriedad en el tráfico rodado (no: pormenores de esa regulación, particularmente, si el límite se halla en una concentración de alcohol en la sangre de 1,1 o 1,3 tanto por mil.); (mientras tanto también:) normas contra la contaminación de aguas o eliminación de residuos que ponen en peligro el medio ambiente.

Cada persona que ha sido socializada bajo normales condiciones ha aprendido esta clase de normas, y por cierto —no por último— porque su contenido material está institucionalizado dentro del orden correspondiente; regularmente, en múltiples ámbitos (es decir, en esferas diferentes y también informales); particularmente, en forma de regulaciones generales culturales y/o religiosas. Por consiguiente, el contenido de tales normas es, en cierto modo, evidente por sí mismo. Por eso, en ese ámbito prácticamente apenas podrían encontrarse personas en error<sup>93</sup> y, en todo caso, son pensables si el autor presenta una socialización especial, exótica, por ejemplo: se ha criado en un círculo cultural extraño. Pero luego, es un error también por principio inevitable, pues, un autor tal no posee *per se* la competencia de poner en duda seriamente la validez de la norma dentro del correspondiente orden, y por eso puede llegar a ser definido como incompetente. Por lo demás, cada error sobre los fundamentos, debido a la evidencia misma del contenido de la norma, es un signo de hostilidad al derecho o indiferencia al derecho, y por eso siempre evitable. El conocimiento de las normas fundamentales de una sociedad es atribuido *per se* como propia tarea a cada persona capaz de imputación que es partícipe en los emprendimientos sociales<sup>94</sup>. En esta medida vale —hoy como ayer— el antiguo principio del Tribunal del Reich: error *juris nocet* —ahora, por cierto, expresado en el elemento de la evitabilidad—. Ya Hegel ha formulado —con envidiable claridad— que la imputación penal “no...se debe limitar a lo que uno considera o no conforme a su razón, a una consideración subjetiva de la justicia o de la injusticia, de lo bueno o de lo malo, ni a las exigencias que se hagan para satisfacer la propia convicción”<sup>95</sup>. Pues, “la naturaleza del derecho formal es que este puede ser un derecho de coacción; es decir, que lo que es derecho debe acontecer, sea que mi convicción coincida con ello, o no. Precisamente, el derecho formal puede ser tratado como derecho obligatorio, porque su contenido afecta la exterioridad. La imputación en la justicia se refiere,

(NT) § 216 = homicidio a requerimiento de la víctima.

93 Confrontar SCHEWE (nota 92) pp. 190 y ss., en especial p. 193; KÜHL (nota 91) 13/3, 49; TIMPE, GA 1. 984, 53; STRATENWERTH, *Strafenchts AT*, 3. Ed., n°591.

94 JAKOBS (nota 7) 19/8; HRUSCHKA, *FS WELZEL*, p. 148; conforme en parte PUPPE GA 1990, 167.

95 HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Theorie Werksausgabe* Tomo 7, publicado por MOLDENHAUER/MICHEL, Frankfurt 1986, § 132/observación, p. 246.

por consiguiente, a si yo *debo tener* o *tengo* conocimiento de la ley. En las leyes civiles se exige el conocimiento de ellas por parte de los ciudadanos”<sup>96</sup>.

Causa de esa imputación es, como contrapartida, la vinculación de organización y responsabilidad<sup>97</sup>: quien dentro de un orden social emplea una esfera de organización para libre administración, debe aceptar las condiciones de existencia de ese orden; de no ser así, él es tratado en el futuro como esclavo y puesto bajo administración extraña. Por consiguiente, fijemos: solo en la medida en que el autor pueda aportar razones especiales por las que se le dificulta la comprensión —mediante una socialización en parte extraña— de lo ilícito, el error puede exculpar; de lo contrario, no<sup>98</sup>. Pero una socialización exótica no siempre exculpa: quien acepta contactos sociales dentro de un círculo cultural extraño, se comporta contradictoriamente si cree que no necesitaría ocuparse para nada de la existencia de normas centrales de ese círculo cultural: falta de conocimiento por contrariedad al derecho o indiferencia al derecho jamás exculpan.

### 10.3. El error en el ámbito disponible

Un error en el ámbito disponible es un error sobre el derecho positivo. Pensado es un derecho que vale solo en virtud de una decisión del legislador, y también en virtud de una decisión —sin más ni más— es modificado nuevamente, porque los contenidos de la norma ya no son estipulados a través de principios fundamentales del orden social, sino que son continentes, es decir, pueden ser cambiados no recién en un proceso *revolucionario*, sino ya en uno *evolutivo*<sup>99</sup>. Ejemplos: en el ámbito periférico del derecho penal referente a lo sexual y de normas de protección de la religión e ideologías; prohibición del aborto y en parte el homicidio a requerimiento de la víctima; además, particularmente, la prohibición de la formación de agrupaciones criminales y terroristas; de representación de violencia e incitación al odio racial;

96 ILTING (editor) GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Tomo 3 (Hotho, Nachschrift), Stuttgart-Bad Cannstatt 1974, p. 414 (resaltado del autor).

97 Al respecto JAKOBS (85) p. 34; LESCH, *JA* 1994, volumen 2, 510, 515.

98 JAKOBS (nota 7) 19/9; el mismo, *ZStW* 101, 1989, 534; AK-Neumann (nota 81), § 17, n° 6.

99 AK-NEUMANN (nota 81) § 17, n° 86; TIMPE, *GA* 1984, 53. También HEGEL reconoció ya ámbitos que necesitan de una decisión obligatoria por regulación legal-positiva, pero que no se pueden deducir automáticamente de la razón, es decir, “los que existen fuera de la determinación en sí y por sí misma del concepto y, por eso, permiten una amplitud para la determinación que puede ser concebida así según una causa o según otra distinta, y ninguna es capaz de un último seguro”, cfr. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I, Theorie Werkausgabe* Tomo 8, editado por MOLDENHAUER/MICHEL, Frankfurt 1986, § 16, p. 61; además SCHILD, *ÖSTERR. ZSchr. Für Öff. R.* 29, 1978, 15.

del empleo de distintivos de organizaciones contrarias a la constitución; de enmascararse; de juegos de azar públicos sin autorización; pero también, el mandato de prestación de auxilio y ámbitos periféricos de normas fundamentales individuales, en particular de la coacción.

En el ámbito disponible, en vista de la dimensión de la dimensión del derecho de sociedades modernas, es comprensible que también el fiel al derecho, que incluso participa con debido cuidado en el tráfico jurídico, no siempre pueda deducir espontáneamente los contenidos de la norma, porque estos —en forma diferente que en el ámbito de los fundamentos— no son proporcionados casi automáticamente por socialización. Por eso, aquí el desconocimiento del derecho no puede ser adjudicado ya siempre al ámbito de responsabilidad del que se encuentra en error, sino que ha de diferenciarse así: en determinados roles, es decir, en el ejercicio de actividades para las cuales son necesarios conocimientos especiales, que además comprenden el conocimiento de los reglamentos correspondientes, se presupone una suficiente disposición al cumplimiento de la norma, que el destinatario mismo de ella se proporcione el derecho y que se mantenga al corriente de su situación<sup>100</sup>. Ejemplo: quien fabrica medicamentos debe conocer los reglamentos legales correspondientes sobre procedimientos de producción y composición de medicamentos, tanto como el carnicero el reglamento sobre carne picada; el abogado especialista en derecho tributario es competente por la exactitud de su asesoramiento y se debe informar de las fuentes primarias sobre la legislación y la jurisprudencia. También el permiso de conducir, como condición previa para la participación en el tráfico rodado, prueba que en ese ámbito de la vida son necesarios conocimientos especiales, que han de mantener al corriente a quien los ejercita<sup>101</sup> (lo mismo rige, particularmente, para el que navega o vuela). Normas jurídicas especiales precisas para determinar ámbitos sociales, en especial justamente para actividades profesionales o aquellas cuyo ejercicio depende de una licencia, sirven de manera típica a la reducción de riesgos elevados que proviene de una actuación en esos ámbitos. La sociedad debe poder contar con que esas normas sean respetadas. Una defensa con la remisión a la incompetencia propia, según esto, no corresponde a quien se hace cargo de una respectiva actividad<sup>102</sup>. Del otro lado de tales roles especiales o ámbitos de la vida, las exigencias de disposición a la adquisición de informaciones sobre el derecho positivo, por cierto, no pueden ser ampliadas demasiado. En ámbitos de la vida que están abiertos a todos los hombres, sin examen especial sobre la pericia jurídica de ellos, el destinatario de la norma no

100 Confrontar RUDOLPHI en: *Systematischer Kommentar zum StGB*, 6.ed., § 17, n° 44 y s.; AK-Neumann (n° 81) § 17, n° 57; CRAMER en: SCHÖNKE/SCHÖDER, *StGB*, 24.ed., § 17, n° 17; ROXIN *Strafrecht AT/1* 21/55; PUPPE, GA 1990, 167.

101 JAKOBS (nota 7) 19/39.

102 AK-NEUMANN (nota 81) § 17, n° 57.

debe, regularmente, realizar averiguaciones, sino que puede confiar en la existencia de las normas aprendidas en su socialización, hasta que haya sido anunciado categóricamente lo contrario<sup>103</sup>.

El error de prohibición es siempre inevitable para quien cuidadosamente se ha preocupado del conocimiento del derecho. La medida del cuidado se ajusta al estándar que tiene que ser prestado en el respectivo rol del autor. También, por tanto, en los roles especiales ya mencionados no se necesita estar suscripto —formulado exageradamente— en forma incondicionada a todos los boletines oficiales, sino que es suficiente, por ejemplo, si se informa a través de las respectivas revistas técnicas o especializadas, o habitualmente concurre a jornadas de perfeccionamiento previstas a tal efecto. Si el autor se ha informado a través de una fuente confiable, y de allí resulta su información inequívoca, lo planeado por él estaría permitido; él está disculpado: él no ha regateado esfuerzos en la disposición para observar el derecho. El error puede ser cargado, luego, a la oficina de información, a la falta de claridad del derecho vigente o a la casualidad; que a pesar de su esfuerzo se produjo un conflicto, no es cosa suya<sup>104</sup>. En contra de eso, el que se halla en error es siempre responsable por este, si se equivocó porque estuvo desinteresado en el derecho o porque no se ha preocupado con el debido cuidado —en cuanto era exigible— en averiguar los contenidos de la norma.

## 10.4. Esbozo discrepante

### 10.4.1. *La interpretación del BGH*

El BGH liga el juicio de evitabilidad a la lesión de un *deber de observancia del derecho*: cada uno “debe concientizarse, ante todo, si lo que va a realizar está de acuerdo con los principios del deber jurídico. Él debe eliminar las dudas a través de la reflexión o de la información. Para esto necesita del esfuerzo de consciencia”<sup>105</sup>. Una explicación funcional razonable para esa solución, por cierto, no hay: el deber de observancia del derecho por parte de quienes se encuentran sujetos a la norma no puede ser en sí finalidad o medio para la elevación del nivel de formación general, sino que es fundado razonablemente solo como medio de seguimiento de la norma; el conocimiento del injusto debe posibilitar, por su lado, poder omitir aun con la debida anticipación la acción cuestionable. Pero para el funcionamiento de la observancia de la norma, el deber de observación del derecho es en sentido práctico perfectamente insignificante: él no revela ningún aumento de observancia

103 Confrontar JAKOBS (nota 7) 19/38.

104 TIMPE, *GA* 1984, 67; JAKOBS (nota 7) 19/41; AK-NEUMANN (nota 81) § 17, n° 71.

105 BGHSt 2, 194, 201; 4, 80, 86; 9, 164, 172.

a la norma. Pues, la observancia objetiva de la norma de comportamiento requiere su conocimiento como hecho psíquico. Pero, a través de un deber de observancia del derecho no se abre ni se amplía la posibilidad psíquica de un reconocimiento de la norma de comportamiento. Para quien está interesado en el derecho está de más un deber especial de observancia del derecho, ya que tal deber, más allá de la orden de la norma de comportamiento, no le ofrece ningún motivo para obedecer el derecho. Y a quien de todos modos no está interesado en el derecho, tampoco el deber de observancia del derecho le proporciona, de hecho, observancia de la norma<sup>106</sup>. Finalmente, queda por considerar que la exigencia del BGH se trata de una exigencia totalmente poco realista, debido a que la vida social prácticamente debería detenerse, si cada hombre antes de cada paso primero debiera reflexionar en forma intensiva sobre el derecho<sup>107</sup>.

#### 10.4.2. Esquema psicologicista

En la literatura, el juicio sobre la evitabilidad es ligado a que el autor habría tenido un *motivo* para el conocimiento del derecho<sup>108</sup>. Respecto a ello, según lo explicado anteriormente, ha de considerarse lo siguiente: en el ámbito de los fundamentos, el autor tiene per se un motivo para el conocimiento del derecho —en cuanto él no pruebe una socialización “exótica”—, porque ese conocimiento del derecho es imputable a él generalmente como propia tarea. Y también en el ámbito disponible existe siempre un motivo, si el conocimiento del derecho pertenece al ámbito de responsabilidad del destinatario de la norma.

En contra de eso, a veces el motivo es definido psicológicamente, es decir, como hecho psíquico-real que solo debe existir si el conocimiento de la situación típica “habría causado leve duda”<sup>109</sup> o el autor tendría conocimiento de un “defecto de conocimiento”, esto es, dudas no específicas en la licitud de su proyecto de acción, o la consciencia actual de que la acción posiblemente sería ilícita<sup>110</sup>. Pero una psicologización semejante es inconveniente porque premia la ceguera ante el derecho, ya sea por indiferencia o contrariedad al mismo: por debajo del umbral de

106 JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, p. 14; TIMPE, *GA* 1984, 55 y ss.

107 ROXIN (nota 100) 21/51; además STRATENWERTH (nota 93) n° 584.

108 RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, 1969, pp. 206 y ss.; SK-RUDOLPHI (nota 100) § 17, n° 30; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 146; STRATENWERTH (nota 93) n° 584; ROXIN (nota 100) 21/50 y ss.; OTTO, *Jura* 1990, 649; KÜHL (nota 91) 13/62; AK-NEUMANN (nota 81) § 17, n° 60 y ss.; para “definiciones penales en las que el simple carácter de orden predomina” también WELZEL *Strafrecht* (nota 92) p. 173; el mismo, *Bild* (nota 92) p. 74.

109 ARMIN KAUFMANN (nota 108); ZACZYK, *JuS* 1990, 893.

110 HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, pp. 95, 105 y s.

la “leve duda del derecho” no existe ninguna posibilidad de punibilidad<sup>111</sup>. Por eso, según otra interpretación, el reproche de culpabilidad del hecho debe ser entendido en forma generalizada, y el motivo, objetivamente, es decir, finalmente, una medida mínima de “capacidad” debe ser presupuestada normativamente en cada autor en particular<sup>112</sup>: bastaría que quien se encuentra en error haya conocido circunstancias que a un “hombre conscientemente responsable le habrían sido motivo suficiente para aclarar la calidad jurídica de una intención”<sup>113</sup>. Esa normativización es en principio acertada, pero aún no es suficiente: a quien por especial indiferencia jamás se ha preocupado por el pertinente derecho de su respectivo círculo de vida, tampoco lo ayuda un motivo al momento del hecho a alcanzar más conocimiento (relevante para lo planeado por él) del contenido de la norma, sino que, a lo sumo, lo ayuda a plantearse dudas no específicas de la licitud<sup>114</sup>. Por tanto, para el juicio de evitabilidad no es decisivo ni la disposición del autor al momento del hecho determinada psicológicamente ni la definida normativamente, sino que lo decisivo, de antemano, es la cuestión de si el conocimiento del derecho pertenece o no a su ámbito de responsabilidad.

Demasiado psicologista es determinada la evitabilidad también por Jakobs, en cuanto considera al error en el ámbito disponible solo como evitable, si el autor al momento del hecho disponía por lo menos aún de un “resto latente de conocimiento de la norma” en el ámbito en cuestión, que a través de la disposición a observar la norma podría ser actualizado y concretado; por consiguiente, la falta de un “resto latente de conocimiento de la norma” tal debe exculpar siempre<sup>115</sup>. Contra eso ha de objetarse, en primer lugar, que una diferenciación entre aún simple “resto latente de conocimiento de la norma”, y ya “presencia consciente” o “co-consciencia”, apenas puede llevarse a cabo; y a veces, ya en caso de la “presencia latente de una idea del injusto, pero en el hecho mismo no actualizada”, se habla también precisamente de la existencia de una comprensión del injusto per se fundadora de competencia<sup>116</sup>. Ese problema no puede seguir siendo profundizado aquí, pero finalmente tampoco podría ser decisivo. Mucho más decisivo es que Jakobs, en los casos de contrariedad al derecho e indiferencia al derecho, no usufructúa en la me-

111 STRATENWERTH, *ZStW* 85, 1973, 483 y ss.; RUDOLPHI, *JR* 1989, 388 Y s.; TIMPE, *GA* 1984, 58; AK-NEUMANN (nota 81)

112 RUDOLPHI, *JR* 1989, 389; STRATENWERTH (nota 93) n° 588.

113 RUDOLPHI (nota 100) § 17, n° 31.

114 TIMPE, *GA* 1984, 59.

115 JAKOBS (nota 7) 19/37.

116 JESCHECK, *Strafrecht AT*, 4.ed., p. 409; del mismo modo WELZEL, *Strafrecht* (nota 92) pp. 164 y s.

didada indicada la elasticidad de la regulación del § 17<sup>117</sup> para la corrección normativa del estado psíquico al momento del hecho: se llega a contradicciones axiológicas en casos donde falta un “resto latente de conocimiento de la norma” debido a causas que gravan al autor (es decir, en la indiferencia o contrariedad al derecho). Jakobs considera, en contra de eso, que el derecho puede permitirse la renuncia a reprochar la falta de conocimiento, y ello, a causa del peligro de una *poena naturalis*: las faltas de conocimientos serían por lo general una señal de incompetencia; en particular, las consecuencias podrían redundar en contra del propio autor<sup>118</sup>. Detrás de eso se encuentra la idea de que quien no se pone al corriente de una realidad cognoscitivamente reconocible o la juzga falsamente, a causa de su incompetencia manifestada a través de ello, antes o después, fracasará con su planificación de la vida, lo que penalmente, luego, podría llevar a la exculpación<sup>119</sup>.

Contra eso ha de objetarse, en primer lugar, que el derecho penal tampoco en el ámbito de los fundamentos se contenta con una posible *poena naturalis*, sino que (prescindiendo de los casos de socialización exótica) siempre carga al autor su falta de conocimiento: *error juris nocet!* Además, en el ámbito aquí relevante, existe el peligro de una *poena naturalis* solo en el caso de desconocimiento de normas que, por lo menos, sirven también a la propia protección de quien se halla en error, pero no en referencia a normas que tienen la función de proteger a terceros. Las únicas consecuencias que aquí regularmente amenazan al autor son las del derecho, no aquellas de la naturaleza. Además, tampoco es per se seguro que quien simplemente no se ha impuesto del contenido de determinadas normas *particulares* fracase con su *íntegra* planificación de vida. Prescindiendo de eso, un *delito penal* tiene que ver en el marco de la imputación, en todo caso, con un *hecho concreto*; el juzgamiento de la organización total de la vida futura del autor, por consiguiente, no corresponde en absoluto. Más claro: si el autor con su hecho cuestiona la validez de una norma, que él por desinterés o contrariedad al derecho no ha tenido en cuenta, este es justamente el hecho contra el cual el derecho penal reacciona, pero no contra la incompetencia general del autor —esto último puede ser digno de tolerancia; lo primero, en todo caso, no—. En caso de falta de conocimiento en referencia a normas de las ciencias naturales puede valer algo diferente, porque esas normas son cognoscitivamente suficientemente seguras: quien no se pone al corriente de las leyes de la estática, o cree que 2 más 2 resulta igual a 5, va a fracasar seguramente y no va a ser tomado en serio, por consiguiente, puede ser definido en el hecho como incompetente. Pero eso

117 Al respecto véase LESCH, *JA* 1996, pp. 350 y ss.

118 JAKOBS (nota 7) 19/37.

119 Más detalladamente JAKOBS, *ZstW*, 101, 1989, 532, por cierto, acá solo para la llamada “imprudencia no dirigida”, es decir, no precisamente para el desconocimiento por desinterés (= llamado “imprudencia dirigida”). Véase además JAKOBS (nota 7) 1/7 a.

es de otra manera solo en el caso de normas positivas, que justamente no disponen de una estabilización cognoscitiva suficiente: esas normas dependen justamente de su aseguramiento a través del derecho. Finalmente debería señalarse aunque Jakobs mismo en el ámbito disponible del derecho positivo reconoce determinados casos, en los cuales la tarea de averiguar el derecho es imputable a los destinatarios de la norma, es decir, en los cuales la falta de conocimiento de ninguna manera exculpa. Pero es axiológicamente absurdo si en los ejemplos nombrados por Jakobs, por un lado, el médico radiólogo que no se preocupa más por su perfeccionamiento, y por eso no dispone de un “resto latente de conocimiento de la norma”, es absuelto de toda responsabilidad, mientras, por el otro lado, esa gratificación no corresponde al abogado especializado en derecho tributario que en la misma medida descuida su perfeccionamiento<sup>120</sup>.

## 11. RESUMEN

- Un *error de tipo* existe cuando el autor no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal (el autor considera su acción como permitida porque no sabe lo que hace). Un *error de prohibición* está fundado cuando el autor a pesar del completo conocimiento de las circunstancias del injusto, es decir, a pesar del conocimiento de todas las circunstancias de las cuales resulta la realización de un tipo penal, no sabe que su acción es ilícita; por consiguiente, a él le falta solamente la conciencia de la antijuridicidad (el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que eso sería lícito).
- La *teoría del dolo* cuenta entre el dolo a la conciencia de la antijuridicidad (“*dolus malus*”); la *teoría de la culpabilidad* la define como un elemento independiente de la culpabilidad, separado del dolo. El derecho vigente —con la regulación del § 17— ha tomado la teoría de la culpabilidad.
- El § 17 contiene una regulación *elástica* del error de prohibición: no depende solo del hecho psíquico de la falta de comprensión del injusto, sino también de la causa del desconocimiento. Por consiguiente, comprensión del injusto y su falta en caso de competencia dada por esa falta (= evitabilidad) valen lo mismo.
- La conciencia del injusto exige comprensión del injusto *específico*, no de cualquier injusto; por consiguiente, ha de examinarse para cada norma por separado (“divisibilidad de la conciencia del injusto”). En analogía con el *dolus eventuales* es suficiente una comprensión del injusto *condi-*

120 JAKOBS (nota 7) por un lado 19/37, por otro lado 19/38.

*cionada*; sin embargo, esta ha de tratarse como comprensión del injusto solo si la falta completa de comprensión fuese un error de prohibición totalmente evitable.

- El error de prohibición puede aparecer en dos formas diferentes: el autor puede suponer erróneamente que su comportamiento no constituiría ningún injusto (falsa representación positiva) y puede no pensar en absoluto en el injusto (falta de una representación).
- Un *error directo de prohibición* es un error sobre la norma prohibitiva o sobre la norma imperativa: el autor no conoce la norma en cuestión, la considera como inválida (“error de validez”) o no comprende su alcance y considera —por esta razón— su acción como permitida (“error de subsunción”). Un *error indirecto de prohibición* (“error de permisón”) es la suposición errónea de la existencia de una causa de justificación, y por cierto, o la suposición errónea de la existencia de una causa de justificación no reconocida por el orden jurídico (“error de existencia”) o el error sobre los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida (“error de límite”). El *error de tipo permisivo*, en el cual el autor considera erróneamente como dadas circunstancias que si existieran justificarían el hecho, no constituye ningún error de prohibición (tampoco ningún error de tipo), sino un error *sui generis*.
- Las consecuencias jurídicas del error de prohibición dependen de la evitabilidad: si el error era inevitable, la culpabilidad es excluida; si era evitable, la pena según § 49 I puede ser disminuida.
- Evitabilidad significa *competencia* por el error. Aquí se trata de la cuestión de cuánta necesidad social debe ser cargada al sujeto en error (en cuanto el error es evitable) y cuánta ignorancia del autor puede ser tolerada por el Estado y la sociedad, sin que respectivamente la función del derecho penal —garantizar la validez de la norma— sea menoscabada (en cuanto el error es inevitable). En principio, debe ser atribuido a los destinatarios de la norma, como propia tarea, una cierta disposición a la adquisición de informaciones sobre el derecho, si el orden debe tener existencia y no perecer en el desinterés de los destinatarios.
- Un error sobre los fundamentos es un error sobre normas que pertenecen al núcleo de la existencia de normas de una sociedad determinada. Por el conocimiento de ese núcleo de normas centrales, cada capaz de imputación mismo es en principio competente. Por eso, el error sobre los fundamentos es en general evitable; tal error solo puede exculpar en la medida que el autor pueda invocar especiales razones que —debido a

una socialización parcialmente extraña, “exótica” — le hayan dificultado la comprensión del injusto.

- Un *error en el ámbito disponible* es un error sobre el derecho positivo, es decir, sobre el derecho que vale simplemente en virtud de una decisión estatal, y que es modificable en virtud de una decisión estatal, sin que con eso, al mismo tiempo, estuviese ligada una revolución, porque los contenidos de la norma ya no están estipulados a través de principios fundamentales del orden social. Aquí el desconocimiento del derecho no puede ser adjudicado siempre al ámbito de responsabilidad de quien se halla en error, sino que se debe diferenciar de la siguiente forma: en determinados roles, es decir, en el ejercicio de actividades para las cuales son necesarios conocimientos especiales, que además comprenden el conocimiento de los reglamentos correspondientes, se presupone una suficiente disposición a la observancia de la norma, que el destinatario mismo de ella averigüe el derecho y se mantenga al corriente de su situación. En ámbitos de la vida que están abiertos a todos los hombres, sin examen especial sobre la pericia jurídica de ellos, el destinatario de la norma, regularmente, no debe realizar averiguaciones, sino que puede confiar en la existencia de las normas aprendidas en su socialización, hasta que haya sido anunciado categóricamente lo contrario.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELING, E. (1902). *Grundzüge des Strafrechts*. G. Fischer.
- BELING, E. (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*. Mohr.
- BINDER, J. (1912). *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. Deichert.
- BINDER, J. (1967). *Philosophie des Rechts*. Scientia-Verlag.
- BINDING, K. (1913). *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (8ª ed.). F. Meiner.
- CRAMER, P. (1991). § 17. En: SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. (24ª ed.). Beck.
- DREHER, E. (1972). Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe. En: <https://doi.org/10.1515/9783110907629-017>
- ENDEMANN, F. (1899). *Lehrbuch des bürgerlichen Recht*. (6ª ed.). Heymann.
- FRANK, R. (1931). *Das Strafgesetzbuch*. (18ª ed.). J.C.B. Mohr.
- GALLAS, W. (1968). *Beiträge zur Verbrechenlehre*. De Gruyter.

- GEMMINGEN, H. (1932). *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*.
- GOLDSCHMIDT, J. (1913). *Der Notstand ein Schuldproblem*. Manz.
- HEGEL, G. (1974). *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*. Frommann-Holzboog.
- HEGEL, G. (1986). *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I. Theorie Werkausgabe*. Suhrkamp.
- HEGEL, G. (1986). *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Theorie Werkausgabe*. Moldenhauer/Michel.
- HEINTSCHEL-HEINEGG, B. (1992). *Prüfungstraining Strafrecht*. Metzner.
- HIRSCH, H. (1960). *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*. L. Röhrscheid.
- HORN, E. (1969). *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*. Duncker & Humblot.
- JAKOBS, G. (1972). *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Walter de Gruyter.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- JAKOBS, G. (1993). *Das Schuldprinzip*. Westdeutscher Verlag.
- JESCHECK, H. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Duncker & Humblot.
- KAUFMANN, A. (1959). *Die Dogmatik und Unterlassungsdelikte*. Schwartz.
- KHULEN, L. (1987). *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*. P. Lang.
- KOHLRAUSCH, E. (1903). *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*. Guttentag.
- KÜHL, K. (1994). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Vahlen.
- LACKNER, K. / KÜHL, K. (1995). *Strafgesetzbuch Kommentar*. (21ª ed.). C.H. Beck.
- LISZT, F. / SCHMIDT, E. (1932). *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. (Tomo 1, 26ª ed.). De Gruyter.
- MAURACH, R. / ZIPF, H. (1992). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*. (8ª ed.). Müller Juristischer Verlag.
- MEZGER, E. (1948). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Biederstein.
- MEZGER, E. (1955). *Allgemeiner Teil Studienbuch*. (6ª ed.). C.H. Beck.

- NOWAKOWSKI, F. (1955). *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*. Verlag Styria.
- OTTO, H. (1992). *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. (4ª ed.). De Gruyter.
- ROXIN, C. (1994). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Beck.
- ROXIN, C. (s/f). *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. (2ª ed.). De Gruyter.
- RUDOLPHI, H. (1969). *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*. Schwartz.
- RUDOLPHI, H. (s/f). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. (5ª ed.). Carl Heymanns Verlag.
- SAMSON, E. (1985). *Strafrecht I*. Metzner.
- SCHEWE, G. (1967). *Bewußtsein und Vorsatz*. Luchterhand.
- SCHMIDHÄUSER, E. / ALWART, H. (1984). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*. (2ª ed.). J.C.B. Mohr.
- STRATENWERTH, G. (1981). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (3ª ed.). Carl Heymanns. Verlag.
- WELZEL, H. (1949). *Um die finale Handlungslehre*. Mohr.
- WELZEL, H. (1956). *Das Deutsche Strafrecht*. (11ª ed.). De Gruyter.
- WELZEL, H. (1961). *Das neue Bild des Strafrechtssystems*. (4ª ed.). Schwartz.
- WESSELS, J. (1994). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (24ª ed.). C.F. Müller.
- WINDSCHEID, B. / KIPP, T. (1900). *Lehrbuch des Pandektenrechts*. (8ª ed.). Rütten & Loening.
- ZIELINSKI, D. (1973). *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Duncker & Humblot.
- ZU DOHNA-SCHLODIEN, A. (1947). *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. (3ª ed.). Röhrscheid.