

FERNANDO JORGE CÓRDOBA

**LA EVITABILIDAD DEL ERROR
DE PROHIBICIÓN**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	17
NOTA PRELIMINAR	21

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO	23
2. MARCO TEÓRICO-HISTÓRICO	23
2.1. Evolución del error de prohibición	23
2.2. La tensión actual en torno a la evitabilidad del error de prohibición.....	25
2.3. La situación en la dogmática de la lengua castellana	27
3. DELIMITACIÓN DEL OBJETO	27
4. ESTRUCTURA	28

PRIMERA PARTE LA CAPACIDAD DE MOTIVARSE A CONOCER EL ILÍCITO

CAPÍTULO I CULPABILIDAD COMO «PODER ACTUAR DE OTRA MANERA»

1. LA TEORÍA DEL «PODER ACTUAR DE OTRA MANERA»	33
2. LA CAPACIDAD DE MOTIVARSE CONFORME A LA NORMA	35
2.1. Indemostrabilidad de la capacidad de motivarse en el caso particular.....	35
2.2. El «hombre promedio» como parámetro para la imputación de la capacidad de motivación en el caso particular	39
2.3. El deber de motivarse conforme a la norma.....	42

	Pág.
3. LA IMPUTACIÓN DE LA CULPABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE UNA CONCEPCIÓN FUNCIONAL DE LA CULPABILIDAD.....	43
3.1. La concreción del autor en el rol de ciudadano fiel al Derecho	44
3.2. Culpabilidad como quebrantamiento del rol de ciudadano fiel al Derecho.....	45
3.3. ¿Culpabilidad sin consideración de la libertad?	46
4. RESUMEN	47

CAPÍTULO II
EL MOMENTO VOLITIVO DE LA CAPACIDAD DE CONOCER

1. LA CAPACIDAD DE CONOCER EL ILÍCITO COMO PARÁMETRO PARA LA EVITABILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN...	49
2. LOS PRESUPUESTOS DE LA CAPACIDAD DE CONOCER EL ILÍCITO.....	51
3. EL POSTULADO DE INDIVIDUALIZACIÓN EN LA CULPABILIDAD Y SU APLICACIÓN A LA CAPACIDAD DE CONOCER EL ILÍCITO	54
3.1. La comprensión individualizadora de la razón para conocer en Horn.....	54
3.2. Crítica de la doctrina a las conclusiones de Horn y giro normativizador.....	56
3.2.1. La posición de Stratenwerth	58
3.2.2. La posición de Roxin.....	59
3.2.3. La posición de Rudolphi	61
3.3. Normativización de la capacidad de motivarse a conocer. ¿Libertad como capacidad imputada?	63
3.4. ¿La consciencia de un motivo posible como condición suficiente para la capacidad de conocer? Crítica a Horn	64
4. LA IMPUTACIÓN NORMATIVA DE LA CAPACIDAD DE MOTIVARSE A UNA ACCIÓN DE CONOCIMIENTO	65
4.1. La disposición a seguir las normas que se espera de un ciudadano fiel al Derecho	65
4.2. La disposición a procurarse el conocimiento de las normas que se espera de un ciudadano fiel al Derecho.....	66
5. RESUMEN	67

SEGUNDA PARTE
**LA POSIBILIDAD DE CONOCER EL ILÍCITO.
 LAS CAPACIDADES FÍSICAS E INTELECTUALES**

CAPÍTULO III
CUESTIONES PRELIMINARES

1.	EVITABILIDAD Y PREVISIBILIDAD	71
2.	EVITABILIDAD EN EL ILÍCITO Y CULPABILIDAD.....	74
3.	LA PREVISIBILIDAD (O POSIBILIDAD DE CONOCER) EN EL ILÍCITO Y EN LA CULPABILIDAD.....	76
4.	EVITABILIDAD Y CULPABILIDAD	79
5.	EVITABILIDAD Y PREVISIBILIDAD EN LA DOCTRINA MÁS ANTIGUA	83
6.	RESUMEN	85

CAPÍTULO IV
**LOS FACTORES QUE CONDICIONAN LA POSIBILIDAD
 DE CONOCER EL ILÍCITO**

1.	EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA ANTIGUA TEORÍA DE LA IMPRUDENCIA. ENGISCH.....	89
	1.1. Las circunstancias externas	90
	1.2. Los órganos sensoriales	90
	1.3. El saber experimental abstracto.....	91
	1.4. La inteligencia.....	91
	1.5. La memoria, la velocidad de pensamiento y otras capacidades.....	92
	1.6. El factor tiempo y el estado general en el que se halla el autor	92
	1.7. La confianza en una información.....	94
2.	LAS CAPACIDADES FÍSICAS E INTELECTUALES QUE CONDICIONAN LA ADQUISICIÓN DEL CONOCIMIENTO DEL ILÍCITO.....	94
	2.1. Las circunstancias externas y los órganos sensoriales	94
	2.2. Los conocimientos previos, la inteligencia y otras capacidades intelectuales.....	96
	2.3. El factor tiempo	97
	2.4. El estado general del autor.....	97
	2.5. La confianza en una información.....	98
3.	LA BASE DE CONOCIMIENTOS PREVIOS.....	100
	3.1. Jakobs.....	102

	Pág.
3.2. Exner.....	102
3.3. Schmidhäuser.....	104
3.4. Constructivismo.....	106
4. LA BASE DE CONOCIMIENTOS PREVIOS EN EL CASO DE LAS NORMAS.....	108
4.1. La consciencia de las circunstancias del hecho	109
4.2. Los conocimientos previos sobre contenidos normativos.....	110
4.2.1. Normas fundamentales y normas de contenido disponible .	110
4.2.2. La base de conocimiento en el caso del error sobre los márgenes de una norma fundamental.....	114
4.2.3. La base de conocimiento en el caso del error sobre normas de contenido disponible	115
4.2.3.1. La omisión de informarse como causa de la falta de una base de conocimientos previos.....	116
4.2.3.2. La omisión de informarse previamente y la inevi- tabilidad por falta de tiempo y de un medio para hacerlo en el momento del hecho	118
4.2.4. El conocimiento de la jurisprudencia y de una información confiable.....	119
5. RESUMEN	122

**CAPÍTULO V
LOS MEDIOS PARA OBTENER EL CONOCIMIENTO
DEL ILÍCITO**

1. CUESTIONES PREVIAS	125
2. LA REFLEXIÓN COMO PASO PREVIO A LA BÚSQUEDA DE IN- FORMACIÓN	125
3. EL ESFUERZO DE LA CONCIENCIA	129
4. RESUMEN	133

**TERCERA PARTE
EL DEBER DE MOTIVARSE A CONOCER EL ILÍCITO**

**CAPÍTULO VI
EL DEBER DE VERIFICAR LA LICITUD DE LA CONDUCTA**

1. LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER.....	140
1.1. El origen de la teoría en la jurisprudencia alemana.....	140
1.2. La adopción de la teoría.....	143

	Pág.
1.3. El abandono de la teoría	145
1.4. Críticas a la «teoría de la infracción del deber»	146
2. EL DEBER (LA «CARGA») DE PROCURARSE CONOCIMIENTO SOBRE EL DERECHO	149
2.1. Críticas a la admisión de un «deber de reflexionar e informarse»...	149
2.2. El deber (la «carga») de adquirir conocimiento sobre las normas...	151
3. LA FUENTE FORMAL DEL DEBER	156
3.1. Binding.....	156
3.2. Hruschka.....	160
4. CONCLUSIÓN PARCIAL	163
5. RESUMEN	164

CAPÍTULO VII
**¿CUÁNDO NACE EL DEBER DE VERIFICAR LA LICITUD
DE LA CONDUCTA?**

1. LA POSICIÓN INICIAL DEL BGH	167
2. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y DE LA INVESTIGACIÓN.....	168
3. ¿CUÁNDO EXISTE UNA RAZÓN PARA CERCIORARSE, SEGÚN LA DOCTRINA?.....	171
4. ¿CUÁNDO LE COMPETE A UN CIUDADANO PROCURARSE CONOCIMIENTO SOBRE EL DERECHO?	177
4.1. Ámbito abierto a todos sin restricciones	178
4.2. Ámbito con acceso restringido.....	179
5. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS CASOS MENCIONADOS POR LA DOCTRINA MAYORITARIA.....	181
6. EL CARÁCTER NO ESTEREOTIPADO DEL COMPORTAMIE- TO COMO CRITERIO GENERAL	185
7. ¿EXIGENCIAS MÁS ERICTAS QUE EN EL DELITO IMPRU- DENTE?.....	187
8. LA MEDIDA DEL DEBER EN EL CASO DEL ERROR SOBRE LA SITUACIÓN JUSTIFICANTE.....	192
9. RESUMEN	200

CAPÍTULO VIII
**¿CUÁNDO CESA EL DEBER DE VERIFICAR LA LICITUD
 DE LA CONDUCTA? EL PRINCIPIO DE CONFIANZA
 EN LA INFORMACIÓN DE UNA FUENTE CONFIABLE**

1. LA EXIGIBILIDAD COMO CRITERIO ADICIONAL PARA LA EVITABILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN	203
2. FUNDAMENTO Y CRITERIO PARA LA DELIMITACIÓN DEL DEBER	206
3. EL PERMISO PARA CONFIAR EN LA INFORMACIÓN DE UNA FUENTE CONFIABLE.....	210
3.1. La sentencia KG, JR 1977, 379	210
3.2. Las posiciones en la doctrina	211
4. LA POSICIÓN MINORITARIA. RUDOLPHI	214
4.1. Fundamento de la necesidad de proteger la confianza en una información confiable.....	214
4.2. Atributos que debe reunir una fuente de información confiable	216
4.3. Requisitos que debe cumplir una información confiable.....	219
4.4. La confiabilidad de la información en el caso concreto. Conclusión	221
4.5. Autor que es, a la vez, fuente de información confiable	222
4.6. Comentario a la sentencia KG, JR 1977, 379	223
5. OTROS AUTORES QUE ADHIEREN A LA POSICIÓN DE RUDOLPHI	225
6. LA POSICIÓN MAYORITARIA	227
6.1. Neumann	227
6.2. Roxin.....	230
6.3. F. C. Schroeder	232
6.4. Jakobs.....	233
6.5. Otros autores	236
7. LA POSICIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	239
8. RESUMEN	249

CAPÍTULO IX
**¿CUÁNDO CESA EL DEBER DE VERIFICAR LA LICITUD
 DE LA CONDUCTA? EL PRINCIPIO DE CONFIANZA
 EN LAS SENTENCIAS JUDICIALES**

1. RUDOLPHI.....	255
1.1. Fundamento.....	255

	Pág.
1.2. Formulación del principio.....	258
1.3. Características	259
1.4. Jurisprudencia uniforme	260
1.5. Jurisprudencia contradictoria	262
1.5.1. Sentencias contradictorias de tribunales del mismo rango...	262
1.5.2. Sentencias contradictorias de tribunales de diferente rango.	264
1.6. Comentario a la sentencia KG, JR, 1977, 379	265
2. LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ALEMANAS	266
2.1. Jurisprudencia uniforme	266
2.2. Jurisprudencia contradictoria	270
2.2.1. Sentencias contradictorias de tribunales de distinto rango.	270
2.2.2. Sentencias contradictorias de tribunales de igual rango.....	270
3. LA POSICIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	275
4. SOBRESIEMIENTOS DICTADOS POR EL MINISTERIO FISCAL Y OTROS CASOS AISLADOS.....	284
4.1. Sobreseimientos dictados por el fiscal	285
4.2. Sentencia que induce a error (OLG Stuttgart, JR, 1973, 50).....	286
4.3. Sentencia que induce a error (OLG Düsseldorf, VRS, 1973, 367)..	288
5. RESUMEN	292

CUARTA PARTE
**COINCIDENCIA TEMPORAL E INFORMACIONES
HIPOTÉTICAS**

CAPÍTULO X
**COINCIDENCIA TEMPORAL ENTRE HECHO Y CAPACIDAD
DE CONOCER EL ILÍCITO**

1. EL DESCONOCIMIENTO INEVITABLE DE LA NORMA EN EL MOMENTO DEL HECHO.....	297
2. LA POSIBILIDAD DE UN REPROCHE INDIRECTO DE CULPABILIDAD POR EL HECHO. LA POSICIÓN DE RUDOLPHI	299
2.1. Inaplicabilidad de las objeciones contra la culpabilidad por la conducción de la vida.....	300
2.2. La legitimidad de un reproche de culpabilidad sólo indirecto.....	301
3. LA POSICIÓN DE ROXIN	302

	Pág.
4. CRÍTICA A LAS SOLUCIONES DE RUDOLPHI Y ROXIN	303
4.1. El aparente paralelismo entre la medición de la pena y la imprudencia por asunción	303
4.2. ¿Deber jurídico de informarse sobre el Derecho?	305
4.3. ¿Coincidencia temporal entre hecho y capacidad de conocer el ilícito?	305
5. ¿ES SUFICIENTE LA LIBERTAD DE DECIDIR ANTES DEL HECHO? LA POSICIÓN DE STRATENWERTH. CRÍTICA	306
6. CONCLUSIÓN PARCIAL	308
7. EL FUNCIONALISMO	308
7.1. Timpe	308
7.2. Lesch	312
7.3. Jakobs	313
7.4. Críticas recíprocas	316
8. LA POSICIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	318
9. RESUMEN	322

CAPÍTULO XI

LA IRRELEVANCIA DE LAS INFORMACIONES HIPOTÉTICAS

1. LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE INFORMARSE	325
2. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN EN LA DOCTRINA	326
3. IRRELEVANCIA DE LAS INFORMACIONES HIPOTÉTICAS. JAKOBS	333
3.1. Los cursos causales hipotéticos	333
3.2. Las informaciones hipotéticas	339
4. RESUMEN	343

CAPÍTULO XII

RESUMEN Y CONCLUSIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN	345
2. EL ESTADO DE LA DOCTRINA	345
3. EL JUICIO DE EVITABILIDAD DEL ERROR COMO JUICIO HIPOTÉTICO	346
4. LAS CAPACIDADES FÍSICAS E INTELECTUALES QUE CONDICIONAN LA POSIBILIDAD DE CONOCER EL ILÍCITO	349

	Pág.
5. EL DEBER DE VERIFICAR LA LICITUD DE LA CONDUCTA. LA NOCIÓN DE CARGA (<i>OBLIEGENHEIT</i>)	350
6. ¿CUÁNDO NACE Y CUÁNDO CESA EL DEBER DE VERIFICAR LA LICITUD?.....	351
7. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA INFORMACIÓN DE UNA FUENTE CONFIABLE Y EN LA JURISPRUDENCIA	353
7.1. El principio de confianza en la información de una fuente confiable.....	354
7.2. El principio de confianza en las decisiones judiciales	354
8. CONCLUSIÓN	355
BIBLIOGRAFÍA.....	359

NOTA PRELIMINAR

Con ligeras modificaciones y actualizaciones, el texto de la obra corresponde a la tesis doctoral que, con el mismo título, defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A los miembros del jurado, Profs. Dres. Esteban Righi, Julio B. J. Maier y Carlos Lascano (h), mi gratitud por su dedicación en el análisis de la obra y por sus observaciones, críticas y sugerencias, que he procurado tener en cuenta.

Mi agradecimiento también a mi maestro y director de la tesis, el Prof. Dr. Marcelo A. Sancinetti, y al Prof. Dr. Günther Jakobs, cuya obra y orientación científica fueron también determinantes en la elaboración de este trabajo. Debo agradecer también al DAAD [*Deutscher Akademischer Austauschdienst* (Servicio Alemán de Intercambio Académico)] por haber hecho posible mi estancia de investigación en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, del cual el Prof. Jakobs era director. Tengo también una deuda de gratitud con Gustavo Bruzzone por el aliento y el apoyo decisivo que brindó para poder hacer realidad ese viaje de estudios.

Va, asimismo, mi reconocimiento a los colegas con los que tuve el gusto de compartir la vida en el Seminario de Bonn, por su amistad y por todo lo que aprendí de ellos. En la última etapa del trabajo en Argentina fueron cruciales las observaciones, sugerencias y ayuda de Cecilia Vázquez Berrosgueti, a la que luego se sumó Ana Juárez para la tarea de revisión final del manuscrito. A ambas les estoy muy agradecido.

A los Profs. Dres. Ramon Ragués i Vallès e Íñigo Ortiz de Urbina Gimenos les agradezco el haberme honrado con la inclusión de esta obra en la colección que dirigen y a la editorial Marcial Pons el haber tomado a su cargo la publicación del libro.

Finalmente, a Marina, Ana, Gabriela, Daniel, a mi madre y a mis hermanos, así como a mi padre, mi abuela y a Marcela, que ya no están, va dedicado en gratitud este libro.

Buenos Aires, diciembre de 2010

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO

Como se sabe, modernamente se afirma que actúa con error de prohibición quien, en el momento de la comisión del hecho, no sabía que realizaba un ilícito.

Ejemplo: un médico proveniente de un país donde el aborto está permitido durante los tres primeros meses de gestación, practica la interrupción del embarazo de su propia esposa durante un breve viaje por el extranjero, desconociendo que el derecho del lugar no contiene esa permisión.

La dogmática actual respondería con toda precisión que en un caso de esa naturaleza se realiza el tipo penal de aborto en error de prohibición. La respuesta final de si el autor debe ser penado o no, depende aún de la calificación del error como evitable o inevitable. Si el error es evitable (imputable al autor) subsiste la punibilidad (según una medida en cualquier caso a discutir); si es inevitable elimina la culpabilidad y, con ello, la pena.

En su aplicación a un caso concreto, este modelo de regulación —aparentemente preciso— padece de la vaguedad del criterio a aplicar para calificar el error como evitable o inevitable. ¿Bajo qué condiciones se dirá que un error de esa clase es un error imputable al autor, y que, por tanto, no se excluye la punibilidad?

El objeto de este trabajo consiste en contribuir a la búsqueda de criterios dogmáticos seguros para responder a esa cuestión.

2. MARCO TEÓRICO-HISTÓRICO

2.1. Evolución del error de prohibición

La ciencia y la praxis del derecho penal español, italiano y latinoamericano mantuvieron durante mucho tiempo la tesis —que también predominó durante la primera mitad de este siglo en la jurisprudencia del Tribunal del Imperio en Alemania— según la cual el error de prohibición, por enton-

ces bajo la denominación tradicional de *error iuris*, no debía tener eficacia excusante. El principio es conocido en su formulación: *error iuris nocet* y tenía por consecuencia que los errores sobre la antijuridicidad de la conducta —cualesquiera que fuesen las causas del error— no exonerasen de responsabilidad penal.

El criterio se completaba con un tratamiento completamente divergente para lo que se llamó «error de derecho extrapenal», al que sí se le dio el efecto de excluir el dolo.

Ejemplo: «P», propietario de un valioso cuadro, lo ha dejado en un taller de reparaciones y venta de objetos de arte. A los pocos días se entera de que el cuadro fue vendido por el depositario infiel, junto a otras obras, a un comprador de buena fe. Sin siquiera dudar de seguir siendo el «verdadero» propietario, «P» sustrae su antiguo cuadro de la galería donde lo expone el nuevo dueño.

Aun cuando la construcción y formulación de la distinción entre error de derecho penal y extrapenal constituía un criterio defectuoso, esta teoría del error daba una solución aceptable en las consecuencias, dado que, por medio de él, se le reconocían efectos generales de exclusión del dolo a lo que hoy se denomina con más precisión «error de tipo», y dejaba fuera de toda posibilidad de exculpación solamente al actual «error de prohibición».

La ciencia jurídico-penal alemana, no obstante, fundada en el principio de culpabilidad, se opuso a la irrelevancia del error de prohibición, pero mientras la dogmática no conoció otro efecto del error que no fuera el de la exclusión del dolo (la llamada teoría del dolo), prácticamente no fue posible atribuirle un efecto al error de prohibición; pues si toda falta de consciencia actual sobre la antijuridicidad tenía que tener por efecto la aplicación de la pena del delito imprudente o ninguna pena en absoluto —en caso de no existir tipo imprudente—, la eficacia real de la norma dependía siempre de su representación en la cabeza del autor; así padecería la imputación. Pero sí, para evitar esto, se le negara todo efecto posible a esta clase de errores, sufriría el principio de culpabilidad.

La llamada teoría de la culpabilidad defendida en su momento enérgicamente por Hans Welzel¹, permitió salir de este dilema. Mediante su teoría final de la acción él «radicó» el dolo en el ilícito, y, a su vez, «erradicó» de él (es decir, del dolo) el conocimiento de la antijuridicidad, constituyendo éste sólo un componente de la culpabilidad. Así fue posible que el error de prohibición no impidiera la punibilidad —especialmente en caso de ausencia de tipo imprudente— y que, al mismo tiempo, permitiera la exclusión de la pena, en caso de que el error fuera absolutamente invencible (inevitable).

En la historia dogmática esta propuesta cautivante desde el punto de vista político-criminal originó el nacimiento de una teoría del dolo limitada,

¹ Cf. WELZEL, *Strafrecht*, pp. 159 y ss.

la cual llegaba a consecuencias similares, al negarle efecto a todo error de prohibición que fuera incompatible con una sana concepción sobre lo justo y lo injusto (Mezger)².

Lo cierto es que la solución en la reforma del legislador alemán de 1975 en favor de la teoría de la culpabilidad aquietó el vigor de la discusión anterior, pero dejó sin definir cuándo un error sería evitable.

En Argentina, pese a que el Código Penal no contuvo nunca una disposición expresa referida al error de prohibición —ni tampoco la contiene ahora—, la discusión también se apaciguó cuando pasó a predominar en la doctrina nacional —a partir de la segunda mitad de la década de los setenta— la teoría de la culpabilidad. Pero de todos modos quedó también sin resolver la cuestión de cómo definir la evitabilidad del error de prohibición.

2.2. La tensión actual en torno a la evitabilidad del error de prohibición

Haciendo abstracción de los diversos matices, puede decirse que en la doctrina alemana se sostiene, en general, que la evitabilidad del error de prohibición requiere lo siguiente:

a) En primer lugar, el autor tiene que haber tenido una razón para verificar la licitud de su conducta. En general, se estima que existe una razón tal cuando el autor tiene al menos una leve duda acerca de la licitud de su conducta, cuando sabe que incursiona en una actividad sometida a una regulación legal específica y cuando sabe que su comportamiento perjudica a terceros o a la generalidad.

b) Los medios para alcanzar el conocimiento del ilícito son la reflexión y la búsqueda de información. Por ello, se requiere, en segundo término, que el autor haya podido reconocer la ilicitud de su conducta, sea reflexionando, sea recabando información.

c) En tercer lugar, se requiere que al autor le fuera exigible hacer uso de los medios para obtener el conocimiento del ilícito que tenía a su disposición. Así, p. ej., se opina que el autor que se informa con una fuente confiable no tiene que seguir consultando, no le es exigible hacerlo, de modo que si la información es incorrecta el error subsistente se considera inevitable, aunque el autor hubiese tenido aún otros medios para verificar la información y despejar el error. En cambio, se afirma que el autor no puede confiar en la información recibida, y le es exigible verificar si es correcta, cuando existen razones especiales para dudar de la confiabilidad de la información.

Además, en cuarto lugar, si el autor omitió informarse a pesar de tener una razón para hacerlo, la evitabilidad requiere, según la doctrina mayoritaria, la comprobación de que la información omitida habría conducido

² Cf. MEZGER, *Kohlrausch-FS*, pp. 180 y ss.; *id.*, *Moderne Wege*, pp. 43 y ss.

efectivamente al conocimiento de la prohibición (la llamada relevancia de las informaciones hipotéticas).

Por último, por aplicación del principio de coincidencia temporal entre ilícito y culpabilidad, es preciso que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el ilícito en el momento del hecho.

Sin embargo, esta coincidencia general no puede ocultar el hecho de que tanto en la aceptación como en la interpretación del contenido de cada uno de estos requisitos incide, en definitiva, la posición que se adopte en la discusión acerca de hasta qué punto la culpabilidad —y, por tanto, también la evitabilidad del error de prohibición— es realmente un concepto que toma en cuenta las capacidades individuales del autor, y a partir de dónde es sólo un concepto determinado por razones de prevención.

Una primera opción consiste en exigir el mayor esfuerzo de consciencia e información posibles para evitar todo error de prohibición. Si se parte de aquí, prácticamente se regresa al *error iuris nocet*: casi todo error sería evitable. Este riguroso camino fue el que emprendió en la práctica el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en diversas decisiones.

En el otro extremo se halla la solución, propuesta en su momento por Horn³, de que el error fuera considerado evitable solamente cuando el autor haya tenido «al menos una tenue duda» sobre el ilícito de su hecho. Si se parte de aquí, prácticamente todo error es inevitable, salvo que exista una consciencia eventual del ilícito, algo que la teoría del dolo podría resolver directamente como punibilidad por hecho doloso. Es decir, así se vuelve a las lagunas de punibilidad propias de la teoría del dolo.

Las posiciones actuales más influyentes de la dogmática alemana se hallan entre esos extremos, pero sin que se haya logrado una solución satisfactoria y predominante. En todo caso es seguro que, al menos en una medida, la evitabilidad del error de prohibición se establece según criterios normativos, que no dependen de las casualidades de las representaciones subjetivas del infractor. Ahora, cuál es esa medida y cuáles los criterios para determinar el grado de conocimiento exigible no está en absoluto aclarado; ni siquiera lo está la cuestión de si se trata siempre propiamente de una culpabilidad por el hecho.

Mientras hay quienes aceptan lisa y llanamente que se trataría siempre de un juicio sobre la culpa previa, es decir, sobre una culpabilidad que no se presenta propiamente en el momento del hecho, sino en un instante anterior (Stratenwerth)⁴, lo que también da lugar a que se diga que, de este modo, se trataría siempre de la culpabilidad por la conducción de la vida (BGH)⁵, hay

³ Cfr. HORN, *Verbotsirrtum*, pp. 105 y 167.

⁴ Cfr. STRATENWERTH, *Vermeidbarer*, p. 485.

⁵ Cfr. *BGHSt* 2, 208 y s.

quienes señalan que la culpabilidad exigiría siempre una responsabilidad individual, aunque sí serían normativos los criterios para identificar cuándo el autor habría tenido una razón para cerciorarse sobre la antijuridicidad (Roxin)⁶. Otra solución relativiza ya el principio de culpabilidad: la culpabilidad no sería una situación subjetiva a indagar en la cabeza del autor, sino un concepto determinado por los fines de la pena, y, con ello, también los criterios para la evitabilidad estarían regidos por necesidades de la prevención general positiva: el error sería evitable siempre que no haber tenido ese error fuera incumbencia (competencia) del autor; inevitable es sólo el error que puede ser descargado en otro sistema, o ser explicado como casualidad (Jakobs)⁷.

Fuera de ello, quedó también sin resolver la cuestión de si, en caso de que el error de prohibición sea evitable, la atenuación de la pena es obligatoria o facultativa.

2.3. La situación en la dogmática de lengua castellana

La situación en los derechos de lengua castellana que han recibido una fuerte influencia de la dogmática alemana (Argentina, Colombia, España, México, Paraguay, etc.) se halla —por decirlo así— en una etapa previa, especialmente en América Latina. Con esto se quiere decir que sólo se ha logrado que se convirtiera en opinión mayoritaria de la ciencia —más que de la jurisprudencia— la idea que subyace en la teoría de la culpabilidad: el error de prohibición no excluye el dolo, pero excluye la culpabilidad y la pena si es inevitable. En cambio, el problema concreto de cuándo es evitable el error de prohibición apenas fue formulado como tal.

3. DELIMITACIÓN DEL OBJETO

Si bien puede traslucirse ya de lo que se ha venido diciendo, conviene aclarar, en lo que se refiere a la delimitación del objeto de la investigación, que no formarán parte de él las cuestiones relativas a la consciencia del ilícito y a su contraparte, el concepto de error de prohibición, sino que se partirá de la premisa de que ya se ha establecido, con los criterios que se estime correctos, la existencia de un error de prohibición y que sólo interesan los criterios para resolver sobre su evitabilidad. Del mismo modo, y aunque se trata de un problema íntimamente relacionado, el trabajo tampoco se ocupará de la cuestión acerca de si el error de prohibición evitable debe conducir obligatoria o sólo facultativamente a una atenuación de la pena y de

⁶ Cfr. ROXIN, *AT*⁴, § 21, nm. 54 y ss.

⁷ Cfr. JAKOBS, *AT*², 19/35 y ss.

los criterios específicos para la medida concreta de esa reducción, obligada o posible. Se trata de un tema que justifica por sí mismo una investigación específica, autónoma, que excedería los límites de lo que aquí se abordará⁸.

4. ESTRUCTURA

Puesto que se trata, en definitiva, de las condiciones para la imputación de culpabilidad en caso de desconocimiento de la norma, en el capítulo I se pone de manifiesto la concepción de la culpabilidad de la que se parte. El capítulo comienza con la exposición de las premisas de la teoría del «poder actuar de otra manera» y se centra en un examen pormenorizado de la capacidad de motivarse conforme a la norma, con el fin de establecer hasta qué punto se trata de un poder que se comprueba empíricamente en el autor o de una capacidad que se imputa normativamente; en verdad, por lo tanto, de un deber de procurarse motivación para seguir las normas. La conclusión es confrontada, finalmente, con las premisas de una concepción funcional de la culpabilidad, que se toma como base.

El capítulo II parte de la base de que la capacidad de conocer no es otra cosa que la capacidad de motivarse a adquirir el conocimiento y de que sólo en segundo término entran en consideración las capacidades físicas e intelectuales como condicionantes del resultado de ese proceso de adquisición de conocimiento. A través del análisis crítico del postulado que condiciona la evitabilidad del error a que el autor haya tenido una razón para verificar la ilicitud de su comportamiento, el estudio se aboca, una vez más, a la tarea de establecer en qué medida la capacidad de motivarse, esta vez a la adquisición de conocimiento, es objeto de una comprobación individual o se trata, nuevamente, del producto de una imputación normativa; por consiguiente, en verdad, de un deber de procurarse conocimiento.

Una vez que ha sido tratada la cuestión relativa al momento motivatorio de la capacidad de conocer, la investigación se concentra, en los tres capítulos siguientes, en el examen de las capacidades físicas e intelectuales —es decir, las capacidades no motivatorias— de las que dependería la posibilidad de conocer el ilícito. De ellos, el capítulo III está destinado a explicitar, como cuestión previa, los conceptos de previsibilidad y evitabilidad que se toman como punto de partida, y su incidencia en el ilícito y la culpabilidad. El capítulo IV consiste en la exposición y el análisis propiamente dichos de los factores físicos y psíquicos que condicionan la posibilidad de conocer el ilícito, con especial énfasis en la incidencia de los conocimientos previos para la adquisición de otros nuevos. El capítulo V está reservado a indagar sobre la relación existente entre la reflexión y la búsqueda de información, y la cuestión de si el «esfuerzo de conciencia», que invoca la jurisprudencia

⁸ Cfr., p. ej., la monografía de MANSO PORTO, *Normunkenntnis*, p. 1 y *passim*.

del BGH, constituye un tercer modo, distinto a los anteriores, de alcanzar el conocimiento del ilícito.

En los cuatro capítulos que siguen son tratados los diversos aspectos del deber de examinar si lo que se proyecta se halla en consonancia con el derecho. Mientras que en el capítulo VI se precisa la naturaleza de ese vínculo normativo y la forma en que éste se articula con la posibilidad de conocer el ilícito, en los capítulos VII, VIII y IX se analiza, respectivamente, en qué situaciones nace ese deber de examen y cuál es la medida de su exigencia, es decir, cuándo cesa. Respecto a lo primero, esto es, a cuándo nace el deber de examinar, vuelve a entrar en escena, para su posterior confrontación crítica, el requisito de la razón para verificar la licitud de la acción. En cuanto a lo segundo, se aborda un estudio profundo del principio de confianza en las decisiones judiciales y en la información de una fuente confiable, criterios éstos con arreglo a los cuales la doctrina establece el momento en el que se considera que al autor ya no le es exigible seguir informándose acerca de la relación de su comportamiento con el orden jurídico.

En el capítulo X se trata el postulado de coincidencia temporal entre hecho y culpabilidad en su aplicación a los casos de error de prohibición inevitable en el momento del hecho, pero que el autor habría podido evitar informándose en el momento anterior al hecho.

Por último, en el capítulo XI se aborda la cuestión de si debe ser considerado inevitable un error de prohibición cuando consta que, si el autor hubiese consultado, se le habría informado, incorrectamente, de que su conducta se hallaba permitida. Se trata de la pregunta acerca de la relevancia (o irrelevancia) de las informaciones hipotéticas incorrectas en el momento de resolver sobre la evitabilidad del error de prohibición.

El último capítulo está reservado para la conclusión y un resumen final.

CAPÍTULO I

CULPABILIDAD COMO «PODER ACTUAR DE OTRA MANERA»

1. LA TEORÍA DEL «PODER ACTUAR DE OTRA MANERA»

Aún hoy es opinión dominante¹ que la culpabilidad requiere que el autor, en el momento del hecho, haya podido actuar de otra manera. La expresión «poder actuar de otra manera» quiere significar aquí «poder seguir la norma»². De allí que también se afirme, con mayor precisión, que con el juicio de culpabilidad se formula al autor el reproche de que no ha seguido la norma, a pesar de que habría podido hacerlo.

Asimismo, se argumenta que la posibilidad de seguir la norma requeriría, por un lado, la capacidad de conocer la norma y, por el otro, la capacidad de motivarse conforme a ella³. Según esto, entonces, sólo se podría formular un reproche de culpabilidad contra el autor que en la concreta situación de ac-

¹ Cfr., entre otros, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, previo a los §§ 13 y ss., nm. 108 y ss.; LACKNER, previo al § 13, nm. 23 y ss.; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 138 y ss.; MAURACH/ZIPF, *AT*⁸, § 30; JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵, § 37 y ss.; STRATENWERTH, *AT*¹, § 10, nm. 1; Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 160 y ss.; ROXIN, *AT*⁴, § 19 y ss.; RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein*, pp. 21 y ss.; Arthur KAUFMANN, *Schuldprinzip*, pp. 277 y ss.; *id.*, *Jura* 1986, pp. 225 y ss.; WESSELS/BEULKE, *AT*³⁴, § 10, nm. 393 y ss.; OTTO, *AT*⁵, § 12, nm. 18 y ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*¹⁰, 18/23; KÜHL, *AT*², § 10, nm. 3 y ss.

En Argentina, p. ej., ZAFFARONI, *Tratado*, t. IV, pp. 27 y ss.; BACIGALUPO, al menos todavía en la primera edición de su *Derecho Penal*, pp. 267 y ss., aunque ya no en la segunda (pp. 423 y ss.), como así tampoco en *Principios*, pp. 144 y 298 y ss.; SANCINETTI, *Casos*, t. 1, pp. 76 y ss.; *id.*, *Sistema*, pp. 88 y ss.; DONNA, *Culpabilidad y prevención*, pp. 205 y ss.; *id.*, *La culpabilidad*, pp. 251 y ss.

² Armin KAUFMANN, *Eb. Schmidt-FS*, p. 320, nota 6; *id.*, *Normentheorie*, pp. 160 y ss. «La expresión “capacidad de cumplir el deber”, que es quizás la más próxima, no acierta claramente lo que aquí se quiere mencionar. Como “cumplimiento del deber” también puede ser caracterizado cualquier comportamiento que esté en consonancia con el deber. Pero “seguimiento del deber” presupone que el comportamiento ha sido orientado hacia el deber, o sea, que el deber ha devenido motivo. Por ello, en mi opinión, es preferible la expresión “capacidad de seguir la norma”» (*Normentheorie, loc. cit.*).

³ Armin KAUFMANN, *Eb. Schmidt-FS*, p. 321; *id.*, *Normentheorie*, pp. 162 y ss.

ción conoció o pudo conocer la norma y, además, pudo formar una voluntad acorde con sus exigencias.

Claro que uno se podría preguntar por qué la imputación de culpabilidad debería depender de que el autor haya podido actuar de otra manera a como lo hizo. La respuesta a este interrogante se halla en un principio fuertemente afianzado en nuestra cultura que ve en la libertad del ser humano el fundamento de su responsabilidad, y que se expresa habitualmente afirmando que *la culpabilidad presupone la libertad*⁴.

Pero, a decir verdad, lo decisivo no es el principio en sí, sino más bien el modo naturalista en que es concebido. Por libertad se entiende la libertad de la voluntad, es decir, la capacidad del hombre de determinar su voluntad (y, a través de ello, su conducta) conforme a sentido. El reproche de culpabilidad requeriría, consiguientemente, que el autor hubiese podido formar una voluntad conforme a la norma en lugar de una contraria a ella. Y esto, como se dijo, sólo es posible si el autor conocía la norma o, al menos, habría podido conocerla. En otras palabras, si en el instante de cometer el hecho el autor pudo seguir la norma en vez de infringirla, entonces su comportamiento puede ser reconducido a una decisión de voluntad libre y un reproche de culpabilidad contra él es legítimo.

A través de esta identificación de la libertad con la capacidad de formar la voluntad devienen claros los dos puntos de partida de la teoría de la culpabilidad imperante:

Si el reproche de culpabilidad se basa en la libertad de aquel contra quien se dirige, es evidente entonces que *la culpabilidad requiere que el autor concreto haya podido conocer y seguir la norma*. Que otro hombre en lugar del autor hubiese podido rendir esas dos prestaciones, debería ser completamente irrelevante⁵. Formulado de otra manera, la culpabilidad ha de determinarse con arreglo a las capacidades intelectuales y volitivas individuales del autor concreto. Es lo que puede denominarse el postulado de individualización en la culpabilidad.

Además, si la libertad supone una alternativa de comportamiento en relación con el hecho antijurídico, entonces la capacidad de conocer y motivarse de acuerdo con la norma debe estar presente *en el momento del hecho*. Se trata del llamado requisito de coincidencia temporal entre culpabilidad y hecho.

Pero, ¿se respetan realmente en la práctica estos puntos de partida? El texto que sigue estará dedicado a responder esta pregunta respecto de la primera de las premisas, esto es, la que postula que la culpabilidad se deter-

⁴ Cfr., al respecto, las referencias de la nota 1.

⁵ Es conocida la tajante formulación de Welzel: «El reproche de culpabilidad presupone que el autor habría podido motivarse conforme a la norma, y esto no en un sentido abstracto de que algún hombre en lugar del autor, sino bien concreto de que *este* hombre en *esta* situación habría podido formar su decisión de voluntad con arreglo a la norma» (*Strafrecht*, p. 141).

mina según las capacidades volitivas individuales del autor. Finalmente, y a modo de conclusión, el resultado obtenido será comparado con las premisas de una concepción funcionalista de la culpabilidad. Sobre el requisito de coincidencia temporal se volverá en detalle más adelante⁶.

2. LA CAPACIDAD DE MOTIVARSE CONFORME A LA NORMA

2.1. Indemostrabilidad de la capacidad de motivarse en el caso particular

Quien quiera fundar el reproche de culpabilidad en la capacidad del autor de formar su voluntad, deberá tomar primero posición en relación con el problema fundamental de la libertad de la voluntad (libre albedrío). En la actualidad pueden distinguirse respecto de esta cuestión básicamente tres concepciones:

Una primera opinión sostiene que la libertad de la voluntad forma parte de la naturaleza humana. Representativa de esta posición es la postura que sostuvo el finalismo, fundamentalmente, a través de Welzel⁷.

Para fundamentar la existencia empírica de la libertad de la voluntad Welzel se apoyó en los descubrimientos de la antropología y de la psicología de su época. Según los primeros, habría sido la involución de los reguladores instintivos de la conducta lo que habría provocado la aparición en el hombre de la capacidad de decidir su comportamiento conforme a criterios de sentido y de valor. Los estudios de la psicología de la personalidad, por su parte, confirmarían estas conclusiones. De acuerdo con éstos, mientras que en el estrato profundo de la personalidad los impulsos discurrirían como vivencias «pasionales» y en caso de contraposición prevalecería el más fuerte, tan pronto como interviene el centro del Yo en el proceso de motivación los impulsos no serían experimentados ya sólo en su fuerza pasional, sino también comprendidos en su contenido de sentido y valor para una configuración de la vida más allá del presente. Recién en virtud de ese contenido de sentido y de valor los impulsos serían convertidos en «razones movilizadoras», es decir, en «motivos» de una decisión de voluntad. La libertad de la voluntad, caracterizada como esta capacidad de controlar los impulsos y vincular el comportamiento a criterios de sentido y de valor, sería, por tanto, parte de la naturaleza del hombre, pertenecería a su constitución antropológica en tanto su existencia sería un presupuesto biológico para la vida. El hombre sólo podría existir como un ser libre y responsable⁸.

⁶ Cfr., *infra*, cap. X.

⁷ Además de los autores finalistas también sostienen esta posición, entre otros, Arthur KAUFMANN, *Schuldprinzip*, pp. 280 y ss.; *id.*, *Jura*, 1986, pp. 225 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*³, § 37, I, 2, b; más referencias en LACKNER, *Kleinknecht-FS*, p. 251. También se ha pronunciado recientemente por esta concepción, DONNA, *Culpabilidad y prevención*, pp. 205 y ss.; *id.*, *La culpabilidad*, pp. 251 y ss.

⁸ Cfr. WELZEL, *ZStW*, 60 (1940), pp. 428 y ss.; asimismo, en *Das neue Bild*, pp. 45 y ss.; *Strafrecht*, § 20, pp. 142 y ss.; y, por último, en *Engisch-FS*, pp. 91 y ss. En la doctrina argentina también se expresa así FRÍAS CABALLERO, *Capacidad*, pp. 91 y ss.