

Michael Pawlik
Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg

-

Error de prohibición en caso de situación legal confusa

Sumario

-

El deber de cooperación del ciudadano exige que, antes de actuar, este se cerciore de que su conducta resultará inocua. Ello implica que tiene el deber de adquirir el conocimiento fáctico y jurídico necesario para que aquello sea posible. Sin embargo, ¿cómo puede ello coexistir con el gran número de leyes existentes en las sociedades modernas? ¿No se vería paralizada la sociedad si el ciudadano debiera conocer plenamente todas las normas jurídicas antes de actuar? ¿Cómo puede armonizarse el hecho de que no se debe cargar solamente al destinatario de la norma con el riesgo propio de los supuestos legales no claros con el constante reconocimiento, por el BGH, de la conciencia eventual de la antijuridicidad? Este trabajo se encarga de definir el alcance del deber de cooperación en supuestos legales complejos, como aquellos en los que distintos tribunales no logran sostener un criterio uniforme, aquellos en los que su interpretación varía entre el momento del hecho y el de la sentencia o los casos sobre los que los tribunales aún no se han pronunciado.

Abstract

-

The citizen's cooperation duty requires him to ensure, before acting, that his behavior will be harmless. That means that he must acquire complete factual and legal knowledge in order to make that possible. Is that however possible considering the large number of laws in modern societies? If every citizen had to be aware of the large number of laws before acting, would this not paralyze the normal functioning of societies? How can be harmonized the permanent jurisprudence of the BGH according to which the recognition by the author of the probable illegality of the act is not a defense, with the fact that not only the norm addressee must be burdened with the risks of legally unclear cases? Therefore, this paper defines the extension of the cooperation duty in case of complex legal situations such as those in which the different courts fail to define unanimous criteria, those in which the law interpretation varies between the time of the conduct and the time of the decision, as well as those cases in which the courts have not yet ruled on.

Abstract

-

Die Mitwirkungspflicht des Bürgers verlangt, dass er die Rechtmäßigkeit seiner Handlung vor ihrer Ausführung überprüft. Dies setzt die Erwerbung der notwendigen faktischen und juristischen Kenntnisse voraus. Wie ist das jedoch mit der hohen Anzahl von Gesetzen in modernen Gesellschaften zu vereinbaren? Würde eine Gesellschaft nicht paralysiert werden, wenn der Bürger vor der Tat die ganzen Regeln kennen muss? Ist der Befund, dass nicht nur der Normadressat die Risiken der unklaren Rechtslagen tragen muss, mit der ständigen Anerkennung des bedingten Unrechtsbewusstseins durch den BGH überhaupt kompatibel? Der vorliegende Beitrag bestimmt die Reichweite der Mitwirkungspflicht in solchen schwierigen Fällen wie denjenigen, bei denen die Gerichte keine einheitliche Kriterien formuliert haben, bei denen die Auslegung sich zwischen dem Tat- und dem Urteilzeitpunkt ändert, sowie bei denen es noch nicht keine Rechtsprechung gibt.

Title: Mistake of law in unclear law situations

Titel: Verbotsirrtum bei unklarer Rechtslage

-

Palabras clave: *Error de prohibición. Conciencia eventual de antijuricidad. Vencibilidad del error.*

Keywords: *Mistake of law. Ignorance of law. Mens rea.*

Stichwörter: *Verbotsirrtum. Bedingtes Unrechtsbewusstsein. Vermeidbarer Verbotsirrtum.*

-

-|-*

Según explica KANT en una de sus lecciones sobre Filosofía moral, solamente son imputables aquellas consecuencias que surgen de la libertad de quien actúa.¹ Ello no ocurre, por una parte, en las acciones de los inimputables –«cuando un hombre furibundo o un niño menor de edad hacen algo, eso no puede ser imputado»² y, por otra, en el *eventus inevitables*, a saber, aquellos sucesos que quien actúa no pudo evitar, en concreto, porque aquellos eran superiores a las fuerzas humanas o porque el autor no los podía haber previsto. Según KANT, en estos supuestos rige la regla *ultra posse nemo obligatur*, conforme a la cual dichos acontecimientos no son imputables.³

En la discusión jurídico-penal actual sobre los límites de la imputabilidad (*Zurechenbarkeit*) también se hace referencia a menudo a la idea del *ne ultra posse*.⁴ Sin embargo, dicha referencia poco aporta si no se explica cómo se debe entender exactamente este principio. Al respecto, entran en consideración dos modelos: un modelo que, siguiendo a KANT,⁵ entiende dicho principio como una concesión a la capacidad psíquica limitada del autor y otro modelo que lo concibe como expresión de una distribución del riesgo fundada normativamente. La segunda concepción es preferible. Un planteamiento que conciba el *ne ultra posse* de modo psicologicista conduce a una delimitación de las exigencias de cuidado dirigidas a los ciudadanos que resulta difícil de aceptar desde la perspectiva de la libertad de acción. Ello rige tanto cuando se consideran las situaciones coactivas,⁶ como cuando se considera la teoría del error, que es la que aquí interesa. Quien deba realizar todo lo que le resulte psíquicamente posible ha de tener siempre presente el peligro de una valoración errónea de las circunstancias fácticas o de su valoración jurídico-penal y tiene que repeler ese peligro por todos los medios. De ser así las cosas, apenas existirían errores inevitables. Si se agudiza algo la imaginación, es imposible descartar, en casi ninguna situación vital, la posibilidad de que esta entrañe riesgos ocultos que podrían ser descubiertos mediante una investigación a fondo de las circunstancias.⁷ Incluso en el supuesto de que el sujeto carezca de la capacidad de adquirir conocimiento, también se puede «teóricamente evitar todo error de prohibición si uno continúa informándose hasta que surgen las razones que hablan en contra de la juridicidad de la conducta».⁸

* Autor de contacto: Michael Pawlik (michael.pawlik@jura.uni-freiburg.de). Título original: *Verbotsirrtum bei unklarer Rechtslage*, en SALIGER (ed.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2017, pp. 985-997. Traducción a cargo de Andrés Falcone (falconeandres@gmail.com), realizada en el marco del grupo de investigación UBACyT20020170200100BA.

¹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, AA, t. 27/2, p. 563.

² KANT, *Praktische Philosophie*, AA, t. 27/1, p. 156.

³ KANT, *Metaphysik der Sitten*, AA, p. 563.

⁴ Comprobaciones en PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 299, nm. 279.

⁵ Cfr. al margen de las exposiciones presentadas también KANT, *Reflexionen zur Moralphilosophie*, AA, t. 19, 1934, p. 158 (nm. 6778): «en el plano pragmático, no imputo las comisiones que sean pragmáticamente necesarias y, tampoco, tales omisiones, sino solo aquellas cuyo opuesto sea posible según las reglas de la inclinación».

⁶ Sobre ello PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 300.

⁷ HOYER, «§ 16», *SK*, 7ª ed., nm. 25.

⁸ ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 21/40; en este sentido también STUCKENBERG, *Vorstudien zum Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, p. 455; VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 372; LEITE, «Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum», *GA* (159-11), 2012, p. 694.

En realidad, nadie concibe el criterio de la evitabilidad del error de prohibición de un modo tan estricto; así pues, una concepción de partida psicologizante implica que las limitaciones que se consideran necesarias no se pueden deducir y fundamentar sistemáticamente, sino que se deben improvisar caso por caso,⁹ lo que conduce a que, «*en última instancia, se puede fundamentar cualquier conclusión*».¹⁰ Esto, como ya afirmaba BINDING, está «*jurídicamente mal concebido, pues la evitabilidad del error se determina en concreto conforme a la medida de la exigencia jurídica del poder para la acción en cuestión*».¹¹ Por ello, un error evitable en sentido jurídico es, según BINDING, «*aquel que quien estaba en error habría evitado en caso de cumplir dicha exigencia proporcional, por tanto, que el no haberlo evitado se le reprocha precisamente en este caso*».¹² Con esta definición, BINDING separa el criterio de la evitabilidad de las capacidades psíquicas de los ciudadanos y sustituye estas últimas por expectativas acotadas normativamente. La normativización del concepto de evitabilidad, sostenida por BINDING, se ha impuesto hoy ampliamente,¹³ y ello con razón, ya que solo tal concepción es compatible con un orden jurídico de libertades.

Pues bien, solamente se plantea el análisis de la evitabilidad quien previamente ha afirmado la concurrencia de un error del autor. Ahora bien, antes y ahora, la opinión dominante entiende el concepto de error de modo psicologicista. Según dicha concepción, el error es la falta de coincidencia entre conciencia y realidad.¹⁴ El error puede consistir tanto en una falsa representación como en la total ausencia de representación;¹⁵ lo decisivo es que el estado de conciencia del que yerra no se corresponda con las circunstancias fácticas. La diferencia que radica en ello si se compara con la estrategia de creación conceptual en el plano de la prueba de la evitabilidad es una diferencia inocua en cuanto a sus consecuencias prácticas, siempre que se afirme la existencia de un error. En cambio, si la representación del autor no se califica como errónea y, por tanto, se le atribuye conciencia de antijuricidad, se obstruye desde un comienzo la posibilidad de un fino control normativo según el criterio de la evitabilidad.

Cuanto más ampliamente se conciba el concepto de la conciencia de antijuricidad, más pequeño será el espacio en el que entra en consideración una exoneración del autor de responsabilidad jurídico-penal. Un medio probado para delimitar el ámbito de los errores lo constituye la figura de la denominada *conciencia eventual de la antijuricidad*. Según esta, el error ya se excluye cuando el implicado considera seriamente posible que su comportamiento puede ser antijurídico.¹⁶ Aplicada coherentemente, dicha concepción conduce en los casos en los que el ciudadano que quiere actuar se enfrenta a una situación jurídica difusa, a cargar a dicho

⁹ VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 110.

¹⁰ VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 119.

¹¹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1919, p. 567.

¹² BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1919, p. 567.

¹³ NEUMANN, «§ 17», *NK*, t. I, 4ª ed., 2013, nm. 54 s.; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 7/21; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 19/35; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., § 21/21; VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, pp. 78, 316; JOECKS, «§ 16», *MK*, 3ª ed., 2017, nm. 2; PUPPE, «§ 16», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 2; BRINGEBAT, *Grundbegriffe des Strafrechts*, 2003, nm. 656; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1995, § 29, p. 307; KINDHÄUSER, *AT*, 5ª ed., 2011, § 26/3; KÜHL, *AT*, § 13/7 s.

¹⁴ Ejemplificativamente JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1995, § 29, p. 307.

¹⁵ KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 13/7 s.; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 21/21.

¹⁶ BGHSt 4, 1, 4; 45, 219, 225; 58, 15, 27 s., 31 s.; BGH *NSStZ* 1996, 1604, 1605 s.; 2002, 3415, 3417; 2011, 1236, 1239; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 17», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *SK*, 29ª ed., 2014, nm. 5a; RUDOLPHI, «§ 17», *SK*, 7ª ed., 2014, nm. 12; KÜHL, *AT*, § 11/30, § 13/59a.

ciudadano con *todos los riesgos jurídicos*, incluyendo aquellos que están más allá de su ámbito de influencia y responsabilidad —como las formulaciones legales imprecisas o la jurisprudencia no unánime—.

Una distribución unilateral del riesgo de tales características es a lo sumo aceptable en ordenamientos jurídicos poco complejos con la correspondiente cifra baja de cuestiones jurídicas discutidas. Sin embargo, si se tiene en cuenta la actual realidad del Derecho, caracterizada por una intensa dinámica tecnológica y social, una producción de normas extraordinariamente amplia y el correspondiente aumento vertiginoso del número de casos jurídicos dudosos, aquella distribución resulta, como subraya correctamente NEUMANN, inaceptable.¹⁷ Según esto, actuar sería «*de entrada peligroso*».¹⁸ Por tanto, a un agente que pretende evitar conflictos jurídicos no le quedaría más remedio que abandonar la realización de su proyecto cuando —por ejemplo, porque no existen aún sentencias judiciales sobre el problema o porque la jurisprudencia aún no ha llegado a una solución unitaria— no pueda partir con seguridad de que el comportamiento que pretendía realizar es admisible. Una interpretación que fuerce a tal máxima defensiva afecta «*en su núcleo a la libertad general de acción en cuanto principio*».¹⁹ Este planteamiento no puede ser en modo alguno —y al respecto hay un amplio consenso—²⁰ la última palabra de una dogmática penal afín a la libertad.

Sin embargo, ¿cómo se puede compatibilizar la valoración político-criminal, también aprobada por la jurisprudencia y conforme a la cual —utilizando una expresión del Tribunal Federal— no se puede cargar unilateralmente al destinatario de la norma con el riesgo de las situaciones jurídicas confusas,²¹ con el permanente reconocimiento por parte del tribunal de la conciencia eventual de la antijuricidad? La respuesta sencilla reza: de ninguna manera.²² Pero la mayoría de los intentos de fundamentación formulados en la doctrina resultan ser soluciones imperativas que, desde el punto de vista de la teoría del delito, son cuestionables.

En principio, la tensión que se acaba de poner de relieve se puede resolver de dos formas distintas. Quien se aferre a la concepción tradicional de la conciencia eventual de la antijuricidad debe ubicar la solución de los casos en los que quien actúa se enfrenta a un supuesto legal poco claro fuera de la regulación del error de prohibición, ya sea haciendo una analogía con el § 17 StGB²³ o recurriendo a una solución en sede de exigibilidad que, tácitamente, soslaya la problemática del error.²⁴ A quien rechace estas construcciones, si quiere permanecer dentro del marco de análisis tradicional, solo le queda la posibilidad de desplazar el

¹⁷ NEUMANN, «§ 17», NK, nm. 51; EL MISMO, «Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)», *JuS*, 1993, pp. 795 s.; FRISTER, AT, 7ª ed., 2015, § 19/5; KÖHLER, AT, 1997, p. 407; PUPPE, AT, 2ª ed., 2011, § 19/14 s.; LA MISMA, «Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit», en ROGALL *et. al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 234 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 323; GAEDE, «Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers - eine Chimäre?», *HRRS*, 2013, p. 459; LEITE, GA (159-11), 2012, pp. 694 s.

¹⁸ VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 316.

¹⁹ VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, p. 347.

²⁰ LEITE, GA (159-11), 2012, pp. 692 s. con más bibliografía.

²¹ BGH *NJW* 2007, p. 3079, igualmente, OLG Stuttgart, *NJW* 2008, pp. 243, 245.

²² También CORNELIUS, «Die Verbotsirrtumslösung zur Bewältigung unklarer Rechtslagen - ein dogmatischer Irrweg», GA (162-2), 2015, p. 106.

²³ Así, por ejemplo, RENGIER, AT, 5ª ed., 2013, § 31/25; ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 21/34.

²⁴ Así OLG Stuttgart, *NJW* 2008, 243, 244 s.; VOGEL, «§ 17», *LK*, t. I, 12ª ed., 2007, nm. 69; RUDOLPHI, «§ 17», *SK*, 7ª ed., 2014, nm. 13; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, § 19, nm. 31.

límite entre la conciencia de antijuricidad y el error de prohibición a favor de este. Según esto último, la necesaria conciencia de antijuricidad ya falta cuando el autor considere su actuar como posiblemente permitido,²⁵ en todo caso cuando considere altamente probable la juridicidad de su conducta²⁶ o cuando no quiera la realización del injusto.²⁷

Sin entrar en las diferencias de detalle, estas fundamentaciones tienen *una cosa* en común: con palabras de NEUMANN, aquellas intentan compensar las inseguridades *objetivas* del Derecho mediante modificaciones en el plano de la imputación *subjetiva*;²⁸ aquellas tratan como problema de déficit de información del autor lo que en verdad es un déficit de regulación del sistema normativo.²⁹ Con ello, vinculan la exención de responsabilidad jurídico-penal del autor a criterios que son eternos a la reflexión realizada para fundamentar tal exoneración. La consecuencia son las incoherencias valorativas. Sobre todo, surge la siguiente pregunta: ¿por qué la idea de que los ciudadanos no deben cargar con los consiguientes riesgos jurídico-penales de las oscuridades jurídicas, frente a los que no pueden hacer nada, debería entrar solamente en consideración cuando el ciudadano individual haya considerado que su comportamiento jurídicamente ambiguo en el momento de la acción era posiblemente o incluso probablemente antijurídico? ¿Cambia en lo más mínimo la falta de culpabilidad institucional (*sic venia verbo*) de quien actúa por la situación objetiva el hecho de que él, en tanto pesimista incurable, estuviera firmemente convencido de que, en caso de duda, “el Estado” decidirá siempre en su contra, es decir, que el Estado calificará su comportamiento como prohibido?

¿Cómo se puede considerar adecuadamente en el sistema del delito la conclusión formulada por NEUMANN? Si la respuesta debe ser algo más que una formulación *ad hoc*, requiere un fundamento elaborado desde la teoría del Derecho penal. La cuestión de la distribución de responsabilidad entre el ciudadano que actúa en una situación de inseguridad jurídica y la comunidad en Derecho debe integrarse en una concepción integral de los fundamentos, presupuestos y límites del injusto penal.³⁰ Cómo deba traducirse esta exigencia es una cuestión que se expone en las próximas páginas.

²⁵ PUPPE, en ROGALL *et. al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 236.

²⁶ FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, § 19, nm. 5; HEGER, «Geschichte und Gegenwart des Verbotsirrtums im deutschen Strafrecht», en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht*, 2013, pp. 99 s.; RODENBECK, *Die Bestrafung auf einen Verbotsirrtum als Schutzbehauptung*, 2012, pp. 137 ss.

²⁷ GAEDE, *HRRS*, 2013, pp. 460 ss.

²⁸ NEUMANN, «§ 17», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 51.

²⁹ NEUMANN, «Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?», *ZStW*, (103), 1991, p. 333; EL MISMO, *JuS*, 1993, p. 798. Igualmente KÖHLER, *AT*, 1997, p. 415; CORNELIUS, *GA* (162-2), 2015, p. 108; DEHNE-NIEMANN, «Zusammenfassung von "Alea iacta est" -Straflosigkeit der Vermittlung privater Sportwetten? (zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 16.08.2007, Az.: 4 StR 62/07)», *wistra* (10), 2008, p. 366; LÜDERSEN, «Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum», *wistra* (6), 1983, p. 231; NAUKE, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen – Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision“», en SCHÜNEMANN (ed.), *FS Roxin*, t. I, 2001, pp. 514 ss., PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 322 ss.

³⁰ Por ello resulta precipitado que CORNELIUS, *GA* (162-2), 2015, pp. 114 ss., que es el último que ha tratado el tema hasta ahora, tras criticar los intentos de solución tradicionales, suba inmediatamente al plano constitucional. Un buen penalista debe, en primer término, agotar el potencial argumentativo de su propia disciplina.

-II-

En mi *Injusto del ciudadano* se desarrolla una concepción del delito y de la pena que se puede denominar expresiva y cuya (en mi opinión) más convincente fundamentación filosófica se remonta a los filósofos norteamericanos ROBERT BRANDOM, JOHN MC DOWELL, ROBERT PIPPIN y TERRY PINKARD. Esta interpretación que se debe, además de a HEGEL, esencialmente a la filosofía tardía de WITTGENSTEIN y que es pragmática en sentido amplio, intenta desmitificar las obras de arte argumentativas de HEGEL mediante la traslación de sus consideraciones al análisis de prácticas sociales. Según esto, HEGEL toma³¹ la, en palabras de BRANDOM,³² «*idea más profunda y original de KANT*». Conforme a esta idea, los juicios se diferencian de las actividades de los seres vivos irracionales en que en aquellos se trata de algo de lo que los juzgadores son responsables en un sentido específico y, por tanto, algo que están obligados a fundamentar.³³ Sin embargo, HEGEL entiende que estas fundamentaciones no se pueden extraer de un ámbito ahistórico de consideraciones meramente formales, según la forma del imperativo categórico,³⁴ sino que el ejercicio de la razón práctica presupone la existencia de prácticas sociales de contenido rico y dinámico en las que se darían y se exigirían razones.³⁵ En su interacción conjunta, las prácticas mencionadas constituyen esa realidad autónoma, estructurada institucionalmente de múltiples formas, que HEGEL denominó «*espíritu objetivo*».³⁶ Conforme a esta concepción, al igual que los juicios cognitivos, también las acciones «*se explican mediante razones, esto es, mediante la exposición de estados psíquicos, a cuya luz podemos reconocer en qué medida la acción explicada hubiera podido resultarle racional al agente*».³⁷ En esa medida, toda acción constituye un acto comunicativo con sentido, una auto-determinación discursiva:³⁸ «*así debe ser y eso puedo fundamentarlo si se me exige*».³⁹

Esto también rige para los hechos punibles. La comunidad en Derecho estatalmente institucionalizada exige a sus miembros, por medio del Derecho penal y en su estatus de *ciudadanos*, en su, con palabras de HEGEL, «*obligación contra lo sustancial*»,⁴⁰ lo general, y los ata a su responsabilidad como coportadores del estado de libertades existente.⁴¹ Ciertamente, el ciudadano individual no tiene responsabilidad directa por el bien común; dado que, a la vista de la complejidad de las sociedades modernas, tal responsabilidad sería literalmente inconmensurable, el ciudadano, simplemente, no podría cumplirla. Pero el ciudadano sí le debe a la comunidad política el cumplimiento externamente correcto de los deberes concretos que el

³¹ BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, p. 281.

³² BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, p. 23.

³³ BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, pp. 27 ss.; MC DOWELL, *Die Welt im Blick*, 2015, pp. 22, 109.

³⁴ PIPPIN, *Die Verwirklichung der Freiheit*, 2005, p. 178; MC DOWELL, *Die Welt im Blick*, 2015, p. 240.

³⁵ BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, p. 302; MC DOWELL, *Die Welt im Blick*, 2015, pp. 241 ss.; PIPPIN, *Die Verwirklichung der Freiheit*, 2005, pp. 43 s.

³⁶ BRANDOM, *Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, pp. 73, 302; PINKARD, «Innen, Außen und Lebensformen: Hegel und Wittgenstein», en HALBIG/QUANTE/SIEP (eds.), *Hegels Erbe*, 2004, pp. 276 ss.; PIPPIN, *Die Verwirklichung der Freiheit*, 2005, p. 124.

³⁷ MC DOWELL, *Wert und Wirklichkeit*, 2002, p. 95.

³⁸ Cfr. BRANDOM, *Expressive Vernunft*, 2000, p. 873.

³⁹ Con más detalle, PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, *passim*.

⁴⁰ HEGEL, «Grundlinien der Philosophie des Rechts», en MOLDENHAUER/MICHAEL (ed.), *Werke*, t. 7, 1986, § 261 A, p. 408.

⁴¹ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 105 ss.

ordenamiento jurídico le impone.⁴² En la medida en que cumple sus deberes, contribuye al mantenimiento del estado de libertades existente. Si actúa contra dichos deberes de un modo comunicativamente relevante, lesiona su deber de cooperación y comete un injusto criminal. Como afirma JAKOBS, desde esta óptica, el delito se presenta como un «discurso»,⁴³ a saber, como un «posicionamiento frente a la vigencia de la norma»,⁴⁴ con el contenido significativo de una contradicción a la norma: «¡esta sociedad no!»⁴⁵ A la contradicción del delincuente de la norma por él transgredida se contraponen por su parte el castigo y, en concreto, con una intensidad comparable con la lesión de aquella, esto es, infligiendo o, por lo menos, amenazando con infligir un menoscabo a sus bienes.⁴⁶

Según esto, para poder hablar de un injusto criminal se deben cumplir dos presupuestos. Por un lado, el contenido de la obligación que atañía al autor en el momento de la acción debe estar *definido* con suficiente exactitud. Dado que el sujeto no pertenece a “su” comunidad en Derecho literalmente en cuerpo y alma, sino que le adeuda solamente un grado limitado de lealtad, solamente pueden dar lugar a un castigo las obligaciones suficientemente definidas, esto es, las obligaciones limitadas; esta exigencia encuentra su reflejo jurídico-constitucional en el art. 103 párr. 2 de la Ley Fundamental. Por otra parte, para poder «dar soporte» a la imposición de pena en su inequívocidad comunicativa y física, la acción debe tener que interpretarse conforme a su sentido comunicativo como una sublevación inequívoca contra la pretensión de cooperación de la comunidad en Derecho. Si falta esa inequívocidad, el autor, ciertamente, ha mostrado ser un contemporáneo desconsiderado que está dispuesto a apurar hasta el extremo los límites de lo jurídicamente admisible, pero no ha cometido un injusto criminal.⁴⁷

-III-

Según la interpretación defendida por PUPPE, en casos de contextos legales no aclarados ya no se cumple la primera de las exigencias anteriormente mencionadas. Para fundamentar esta tesis, PUPPE apela a la afianzada perspectiva de la nueva teoría jurídica del método, a saber, el enunciado del carácter creativo de la interpretación jurídica.⁴⁸ Según este, la interpretación de normas jurídicas no solo constituye el descubrimiento de un Derecho que ya existía objetivamente, sino la creación de un nuevo Derecho.⁴⁹ ¿No debe inferirse de ello que, mientras en la praxis jurídica no se haya impuesto ninguna de las lecturas posibles (que compiten entre ellas) del contenido de una obligación, falta entonces un deber suficientemente definido, de manera que el autor que se guía por una de las interpretaciones defendibles de la norma de

⁴² HEGEL, *Vorlesungen über die Ästhetik I*, en MOLDENHAUER/MICHAEL (ed.), *Werke*, t. 13, 1986, p. 241.

⁴³ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 13.

⁴⁴ JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 34.

⁴⁵ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, p. 111.

⁴⁶ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, p. 112.

⁴⁷ En esta medida igual que en el presente texto GAEDE, *HRRS*, 2013, p. 462.

⁴⁸ Resumiendo, MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, 11a ed., 2013, p. 185 ss.; SEELMANN/DEMKO, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2014, § 6 nm. 29 ss.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 2015, nm. 677 ss.

⁴⁹ PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, § 19/7; LA MISMA, en RODALL *et al* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 231 s.

comportamiento, ya objetivamente, no realiza injusto alguno⁵⁰ Por mucho que esta vía argumentativa parezca muy atractiva a primera vista, requiere una modificación que tenga en cuenta la estructura profunda de la argumentación racional descubierta de modo decisivo por NEUMANN.

Todo científico del Derecho que se enfrenta a una cuestión jurídica controvertida considera que la interpretación que finalmente hace propia, está fundamentada de modo más convincente que todas las demás lecturas posibles que entran en consideración (o al menos debe aparentarlo).⁵¹ Ni siquiera quien se ha apartado de la idea conforme a la cual la interpretación de normas es un acto cognitivo, el conocimiento de un contenido que siempre ha estado oculto, no reclama para sí un espacio de decisión que sea independiente de las consideraciones que ha formulado en el curso de su ponderación previa de los argumentos en pro y en contra relevantes, sino que decide solamente del modo en que lo hace porque se considera vinculado a su propia valoración previa. Desde el punto de vista lógico-argumentativo, la importancia de su decisión se agota en, por así decirlo, ratificar el resultado de esta valoración, en hacerlo visible hacia afuera.

Sin embargo, quien argumenta jurídicamente no se limita a afirmar que a él, personalmente, esta o aquella interpretación de la ley le parece mejor fundamentada que cualquier otra. Como pone de relieve NEUMANN, las argumentaciones jurídicas tienen la pretensión de poseer fuerza de convicción material, esto es, independiente de preferencias individuales, intereses y visiones del mundo.⁵² «Sin esta aspiración a un poder de convicción indiferente respecto al destinatario, esto es, pretensión de corrección material, no sería imaginable la vinculación argumentativa entre los diversos tribunales, la praxis del Derecho y la ciencia del Derecho, entre la Fiscalía y los abogados defensores». ⁵³ Ahora bien, precisamente por ello, un científico del Derecho concreto no puede esperar al momento de su decisión para otorgar superioridad de contenido a las razones para él decisivas y a la interpretación basada en ellas. Conforme al poder de convicción *material* que reclama para ellas, debe afirmar la superioridad de estas para todo el espacio de tiempo en el que la «cosa» en forma de las condiciones marco jurídicas (texto de la norma y cultura de interpretación) ya existían del mismo modo en que estaban configuradas en el momento de pronunciar su juicio.

Por tanto, la lógica de la argumentación normativa vincula a los jueces que resuelven a la idea de que el comportamiento del acusado o bien se separó de las indicaciones de la correspondiente norma de prohibición *tanto* en el momento del hecho *como* en el de la sentencia, o bien que dicho comportamiento se ajustaba a dichas indicaciones en los *dos* momentos. Por consiguiente, quien siga una interpretación jurídica discrepante comete, desde su perspectiva, un error, con independencia de si se trata de un acusado en el momento de su hecho o de un científico del Derecho que, después, somete a dicho hecho a una valoración. Lo

⁵⁰ En este sentido, PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, § 19/8; LA MISMA, en RODALL *et al* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 231 s.; DEHNE-NIEMANN, *wistra*, (10), 2008, p. 366; NAUKE, en SCHÜNEMANN (ed.), *FS-Roxin I*, 2001, pp. 516 s.

⁵¹ NEUMANN, «Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft», en KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8ª ed., 2011, p. 342, EL MISMO, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 90.

⁵² Esto coincide con la posición general en el marco de la teoría del método; cfr. solo KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2ª ed., 2011, pp. 421 ss.; MAHLMANN, *Konkrete Gerechtigkeit*, 2015, § 7, nm. 45; REIMER, *Juristische Methoden Lehre*, 2016, nm. 704.

⁵³ NEUMANN, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 80.

correcto en el presente –no en tanto «salvador» pero sí en tanto «*fundamentado de la mejor manera posible*»⁵⁴– también fue correcto en el pasado y lo que es incorrecto en el presente también lo fue entonces; en ello no hay un fundamentalismo premoderno, sino el presupuesto de sentido de toda argumentación.

Por ello, no está en manos del juez hacer al imputado la concesión de que en el momento de su hecho aún no existía la necesaria norma de conducta,⁵⁵ sino que el juez se debe *a sí mismo*, en cuanto sentenciador racional, la afirmación de que al momento del comportamiento del autor el límite entre Derecho e ilícito ya estaba definido de manera suficientemente inequívoca. Sin embargo, NEUMANN destaca acertadamente que, desde la perspectiva de la protección de la confianza, el convencimiento por parte del juez de la corrección de la decisión resulta irrelevante.⁵⁶ Por tanto, con la constatación de que el autor actuó en contra de la norma de comportamiento, entendida esta en el sentido del tribunal sentenciador, no se ha decidido en absoluto si él *infringió su deber de cooperación*. Condición necesaria para esto último es que su comportamiento tenga el significado de *negativa inequívoca* del merecimiento de observancia de tal deber. La justificación de tal interpretación es algo que debe determinarse a partir del fundamento de legitimación del deber de cooperación.

Este deber se puede imponer al ciudadano porque es necesario para el mantenimiento del estado de libertades existente.⁵⁷ Un estado de la libertad se caracteriza por la existencia de un marco normativo de orientación y valoración que no constituye solo un constructo ideal –por muy bien fundamentado que esté–, sino que es también *posibilitador de realidad (wirklichkeitsmächtig)*, en el que, por tanto, los ciudadanos pueden confiar efectivamente a la hora de planificar su vida. Solo en la medida en que la interpretación de la norma de comportamiento que el juez ha tomado como base, resulta parte, en el momento del hecho, de este marco normativo realmente orientador, la infracción de aquella por el autor posee el significado objetivo de una infracción del deber de cooperación. En cambio, si en el momento del hecho la interpretación del juez constituye solamente una propuesta de interpretación entre muchas, de modo que aquella interpretación se encontraba todavía en el estadio previo de lo real, de lo que configura la vida y, por tanto, en el ámbito de lo (meramente) posible, entonces lo que posibilitaba la realidad no era la específica interpretación de la norma reconocida por el juez, sino «la norma» en su versión abstracta como quintaesencia de todas las posibilidades de interpretación que entraban seriamente en consideración. En la medida en que el comportamiento del autor fue conforme a por lo menos una de estas lecturas, le falta la cualidad de ser una negación inequívoca del ordenamiento jurídico, de manera que dicho comportamiento no constituye, ya por su configuración objetiva, una infracción del deber de cooperación.⁵⁸

Esto rige con más razón en aquellos casos en los que el comportamiento del autor se ajustaba, *en el momento del hecho*, con la interpretación de la norma decisiva desde el punto de vista práctico de la vida, pero dicha interpretación ha sido objeto de un endurecimiento con la

⁵⁴ NEUMANN, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, pp. 89 s., p. 159.

⁵⁵ Coincidiendo en los resultados CORNELIUS, GA (162-2), 2015, pp. 113 s.

⁵⁶ NEUMANN, ZStW (103), 1991, p. 342.

⁵⁷ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 99 ss.

⁵⁸ En los resultados, ampliamente coincidente con lo aquí expuesto NEUMANN, «§ 17», NK, nm. 51, EL MISMO, JuS, 1993, pp. 798 s. Más referencias en PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 327, n. 433.

consecuencia de que el comportamiento del autor, según el criterio del «ordenamiento jurídico practicado»⁵⁹ en el momento de la sentencia, estaba prohibido. En contra de lo que sostiene una opinión defendida por algunos, el castigo del acusado no fracasa aquí por su contrariedad a la prohibición jurídico-constitucional de retroactividad.⁶⁰ La alusión al art. 103 párr. 2 de la Ley Fundamental ignoraría las diferencias entre la actividad de decisión parlamentaria y la del Tribunal Federal.⁶¹ Los tribunales son suficientemente instruidos mediante su deber de fundamentar las sentencias de tal manera que se incorpore la ciencia jurídica existente hasta el momento y se satisfagan los estándares de argumentación de la ciencia jurídica de su tiempo. En cambio, la política jurídica no está obligada a la unidad axiológica (y tampoco puede estarlo): el elemento de la política que media en todo es el compromiso.⁶² El recurso a la prohibición de retroactividad no solo elimina lo diferenciador, sino que es, además, superfluo, pues a la conclusión de que un acusado que actuó todavía bajo el anterior régimen interpretativo ha de quedar impune, también se puede llegar basándose en una argumentación puramente jurídico-penal teórica. Conforme a lo que se ha dicho hasta aquí, la fundamentación es evidente: en una configuración del caso de tales características, el actuar del acusado no tenía el significado objetivo de ser una infracción de un deber de cooperación.⁶³

Un ciudadano cuyo comportamiento se encuentra en sintonía con la praxis jurídica del momento ha hecho todo lo que la comunidad en Derecho puede exigir de él. Por ello, es indiferente si el respectivo ciudadano conocía esa praxis o si ha acertado con lo que ella considera correcto de modo más o menos casual. También en caso de que dicho ciudadano haya infringido su incumbencia de informarse,⁶⁴ disfruta de una exoneración de responsabilidad jurídico-penal siempre que al final su aportación sea igual a la que podría haber realizado el ciudadano adecuadamente informado sobre el ordenamiento. Por ello, hay que concordar con la opinión de NEUMANN y de la jurisprudencia más reciente: dado que en este caso la lesión de tal incumbencia no tuvo consecuencias, falta una prerrogativa para reprochar dicha infracción al autor.⁶⁵

Tampoco es relevante si el propio ciudadano consideró que su comportamiento era, posible o incluso probablemente, conforme a Derecho. Un autor que, pese a la existencia de una praxis jurídica que aprueba su comportamiento, parte, en el momento del hecho, de la contrariedad a la ley de su conducta, tampoco posee una conciencia del injusto normativamente relevante si después el tribunal que sentencia su conducta llega a la conclusión de que su actuación fue,

⁵⁹ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 19/25.

⁶⁰ Así, por ejemplo, PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, § 19/32; CORNELIUS, *GA* (162-2), 2015, pp. 114 ss.; DEHNE-NIEMANN, *wistra* (10), 2008, p. 366.

⁶¹ Sobre ello JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 4/81 con más bibliografía; fundamentalmente de acuerdo NEUMANN, *ZStW* (103), 1991, p. 343.

⁶² GERHARDT, *Partizipation: Das Prinzip der Politik*, 2007, p. 426.

⁶³ A favor del tratamiento como error de prohibición inevitable se pronuncian NEUMANN, «§ 17», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 68; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 17», en SCHÖNKE/SCHROEDER, *SK*, 29ª ed., 2014, nm. 20; también con la reserva de una ponderación vinculada al caso concreto VOGEL, «§ 17», *LK*, 12ª ed., 2007, nm. 63; JOECKS, «§ 17», *MK*, 3ª ed., 2017, nm. 50.

⁶⁴ Más próximo sobre ello, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 329 ss.

⁶⁵ BGHSt. 37, 55, 67 s.; BayObLG, *NJW* 1989, 1744, 1745; KG, *NStZ* 1990, 185, 186; NEUMANN, «§ 17», *NK*, nm. 81; EL MISMO, *JuS*, 1993, p. 798. Más bibliografía en PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 329 nm. 441.

efectivamente, antijurídica.⁶⁶ Al igual que el ciudadano particular no *debe* conocer más que la praxis vivida de su comunidad en Derecho, tampoco *necesita* conocerla más que dicha comunidad cuando busca definir su ámbito jurídico de actuación. Lo mismo rige en los casos en que, en el momento del comportamiento del autor, la situación jurídica era ambigua. Ni siquiera el pesimista, anteriormente mencionado, que parte de que los tribunales calificarán su comportamiento como antijurídico, merece un reproche jurídico-penal cuando dicho comportamiento, conforme a su significado objetivo en el momento de su realización, no aparecía como negación inequívoca de la exigencia de cooperación que atañía a dicho autor. Antes de adentrarse en lo que el autor se representó, debe determinarse lo que su comportamiento significa objetivamente. La regulación legal del error de prohibición es, concebida en estos términos, incompleta: ella irrumpe después de que ya se haya realizado gran parte del trabajo hermenéutico.

-IV-

¿Bajo qué presupuestos puede afirmarse que una interpretación es posibilitadora de realidad, esto es, que ofrece orientación para la vida práctica, orientación que va claramente más allá de la que surge de una propuesta interpretativa cualquiera? Es obvio que esta pregunta no se puede responder con exactitud casi matemática –una exigencia que, en cualquier caso, no opera en el área de las prácticas sociales–. En cambio, sí es posible y, para los fines de una dogmática segura que no teme la realización de valoraciones propias, también suficiente la elaboración de clases de casos.

En primer lugar, es orientadora en el sentido expuesto la jurisprudencia.⁶⁷ Su función consiste en superar la inseguridad que surge de la coexistencia de interpretaciones jurídicas igualmente atendibles.⁶⁸ Ciertamente, las resoluciones jurisprudenciales generan, por regla general, efectos jurídicos directos solamente *inter partes*; sin embargo, como afirma NEUMANN, la capacidad orientadora que se desprende de ellas va mucho más allá.⁶⁹ La confianza fundamental del ciudadano en que los demás sujetos en Derecho se orientarán, como él, conforme a la misma instancia de interpretación autoritativa-independiente posibilita al ciudadano concreto un cierto grado de estabilidad de la expectativa que se corresponde de la mejor manera posible con la pretensión del ordenamiento jurídico de fundar un orden de libertad real. Si los tribunales

⁶⁶ En términos semejantes MANSO PORTO, *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*, 2009, p. 113; DEHNE-NIEMANN, *wistra* (10), 2008, p. 366; distinto ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 21/14.

⁶⁷ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 326 con más bibliografía. Esto se corresponde también con la pretensión de los tribunales. Clara por ejemplo BGHSt 15, pp. 155, 158: como las leyes penales no tienen vida propia, son determinantes su interpretación y praxis aplicativa permanente por medio de los tribunales llamados a ello.

⁶⁸ En la filosofía política de la Edad Moderna esto se reconoce unánimemente; cfr. solo LOCKE, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, 5ª ed., 1992, § 87, p. 253; KANT, *Metaphysik der Sitten*, AA, t. 6, 1907, § 44, p. 312.

⁶⁹ NEUMANN, *ZStW* (103), 1991, p. 350; EL MISMO, *Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 156; LEPSIUS, «Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung Besprechung von BVerfG, Beschluss v. 17. 12. 2013 – 1 BvL 5/08», *JZ* (10), 2014, p. 491. Este “efecto lejano” encuentra su expresión jurídico-positiva en el instituto del deber de presentación (§§ 121 párr. 2, 132 párr. 2 GVG) (NEUMANN, *ZStW* (103), 1991, p. 349). Que este efecto no es de naturaleza contingente, sino que es querido, se confirma mediante la práctica de la publicación de todas las sentencias de los tribunales que son relevantes en alguna medida.

han logrado una práctica interpretativa suficientemente estable, el ciudadano concreto debe orientarse según esa práctica para poder exonerarse de responsabilidad penal.

En la medida en que los tribunales no hayan disuelto las ambivalencias de tenor de la ley en favor de una determinada interpretación, se amplía, según lo expuesto, el área de lo que posibilita la realidad a todas las variantes posibles que presentan aproximadamente las mismas posibilidades de imponerse. Si, por ejemplo, tribunales del mismo rango sostienen interpretaciones contradictorias de una misma norma legal, el autor estará libre de responsabilidad penal aunque solamente *una* de aquellas interpretaciones le exoneraría.⁷⁰ Cualquier otra valoración expondría al Estado a la sospecha del *venire contra factum proprium*, «ya que, si quiere punir, contradiría el actuar de sus propios órganos, a saber, el fallo del juez».⁷¹ Si, en cambio, se tratara de la decisión de órganos sentenciadores de diferentes instancias, el autor tiene que comportarse en sintonía con el tribunal de mayor rango. El planteamiento aquí sostenido no concede al autor un cheque en blanco para escoger, a discreción, lo que más le convenga.⁷²

¿Qué ocurre con los grupos de casos en los que los tribunales aún no se han pronunciado porque, por ejemplo, la norma correspondiente ha sido promulgada hace poco tiempo? Tampoco en esta situación de un comienzo relativamente nuevo tienen el mismo valor todas las posibles interpretaciones defendibles de alguna manera, sino que el ciudadano debe estar a la interpretación que posea, según el estado de cosas, la mayor autoridad. Al respecto, debe tenerse en cuenta que solo en contados casos un precepto legal constituye una *creatio ex nihilo*, pues la mayoría de las veces dicho precepto se introduce como una piedra adicional en un edificio normativo existente. Esto sucede, de manera reconocible para los ciudadanos, normalmente asumiendo que la praxis interpretativa que la jurisprudencia ha desarrollado en ámbitos aledaños, también se extenderá a la nueva norma. La realización correcta de esta asunción incumbe a la dogmática. Quien actúa debe orientar su actuar a aquella interpretación dogmática que, según la opinión de la mayoría de los participantes en la discusión, haga mejor justicia a aquella asunción.⁷³ Solo cuando no sea posible identificar con suficiente seguridad una opinión mayoritaria, el sujeto es libre para elegir, entre las distintas propuestas interpretativas en pugna, la que más se adecúe a las finalidades de su acción.

¿Pero qué sucede con el autor que hace propia una interpretación jurídica ciertamente defendible pero no posibilitadora de realidad en el sentido anteriormente expuesto? ¿Merece la

⁷⁰ NEUMANN, «§ 17», NK, 4ª ed., 2013, nm. 72; FISCHER, «§ 17», StGB, 63ª ed., 2016, nm. 8; HEGER, en SINN (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht*, 2013, pp. 94 s. consideran, en este caso, un error de prohibición inevitable. Otras posiciones (OLG Stuttgart, NJW 2008, 243; VOGEL, «§ 17», LK, 12ª ed., 2007, nm. 69; JOEKS, «§ 17», MK, 3ª ed., 2017, § 17, nm. 53; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 17», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, SK, 29ª ed., 2014, nm. 21; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, § 19, nm. 44) colocan a este resultado bajo la reserva de la prueba de la exigibilidad en el caso concreto. A favor de la evitabilidad del error de prohibición se pronuncian RUDOLPHI, «§ 17», SK, 7ª ed., 2014, nm. 38 y ROXIN, AT, 4ª ed., 2006, § 21/65.

⁷¹ KÜCHENHOFF, «Die staatsrechtliche Bedeutung des Verbotsirrtums», en SPENDEL (ed.), *FS-Stock*, 1966, p. 85.

⁷² Va aún más lejos en sus conclusiones WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 319: cada sentencia de los tribunales, en el sentido del autor que no presente errores graves priva a un error de prohibición de su reprochabilidad.

⁷³ ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 21/65. Detrás de ello se esconde una simple reflexión sobre la probabilidad: aquella posición que, hasta ahora, ha convencido a la mayoría de los participantes en la discusión jurídica, tiene, en caso de duda, las mejores chances de imponerse también ante el tribunal.

pena completa quien apela a una sentencia de un tribunal de un Estado federado, aunque un tribunal superior ha fallado en otro sentido o quien sigue una interpretación minoritaria que todavía no ha logrado imponerse? Plantear la pregunta en estos términos implica responderla negativamente. Quien se comporta de un modo considerado admisible por una parte de la praxis jurídica o por algunas voces de la teoría del Derecho que deben tomarse en serio, su comportamiento se diferencia, según su contenido comunicativo, profundamente del comportamiento de quien se mueve en el ámbito de lo indiscutiblemente antijurídico. Aquel sujeto simplemente se ha apartado de la interpretación jurídica dominante del momento, pero no del Derecho en tanto ámbito discursivo de posibilidades que se encuentra en constante movimiento. Por ello, a la menor intensidad de la infracción de su deber de cooperación le corresponde una pena atenuada conforme al § 17 apdo. 2 StGB.

Ahora bien, la concepción psicologísta dominante del error se muestra, en este contexto, nuevamente como incorrecta, pues también aquí el fundamento de la atenuación de pena radica en el significado *objetivo* específico del hecho. Por tanto, de nuevo, lo relevante no puede ser la valoración *subjetiva* del autor. Expulsar estos casos del ámbito de aplicación del § 17 StGB resultaría poco convincente, ya que ello desembocaría más en un ocultamiento del conflicto valorativo y no en su superación sistemáticamente convincente. Por ello, la mejor salida consiste en la normativización coherente del elemento del error. Según esto, en caso de responsabilidad objetivamente reducida del autor, su percepción errónea debe ser tratada *per se* como error en sentido jurídico, independientemente de lo que él haya pensado en realidad.

-V-

NEUMANN afirma que actualmente falta el instrumental conceptual para dar una solución dogmática adecuada a la problemática del error de prohibición en caso de situación jurídica confusa.⁷⁴ El intento aquí expuesto de mejorar esta mala situación puede, en algunos pasajes, resultar poco usual y, por ello, difícil.⁷⁵ Pero, en verdad, aquí no se hace más que actualizar la interpretación del § 17 StGB a la luz del nuevo desarrollo de la teoría de la pena y de la teoría de la imputación. Si en ello radica revolución, entonces ha sido urgentemente tardía. ¿Lo verá de este modo también ULFRID NEUMANN?

Bibliografía

BINDING (1919), *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, W. Englemann, Leipzig.

BRANDOM (2015), *Wiedererinnerter Idealismus*, Suhrkamp, Berlín.

——— (2000), *Expressive Vernunft*, Suhrkamp, Darmstadt.

BRINGEWAT (2003), *Grundbegriffe des Strafrechts*, Nomos, Baden-Baden.

CORNELIUS (2015), «Die Verbotsirrtumslösung zur Bewältigung unklarer Rechtslagen - ein dogmatischer Irrweg», *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (162-2), pp. 101 ss.

⁷⁴ NEUMANN, «§ 17», *NK*, 4^a ed., 2013, nm. 52.

⁷⁵ WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 29.

DEHNE-NIEMANN (2008), «Zusammenfassung von "Alea iacta est" -Straflosigkeit der Vermittlung privater Sportwetten? (zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 16.08.2007, Az.: 4 StR 62/07)», *wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (10), pp. 361 ss.

FISCHER (2016), *Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen*, 63^a ed., C.H. Beck, München.

FREUND (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Springer, Berlin.

FRISTER (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7^a ed., Beck, München.

GAEDE (2013), «Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers - eine Chimäre?» *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, pp. 450 ss.

GERHARDT (2007), *Partizipation: Das Prinzip der Politik*, Beck, München.

HEGEL (1986), «Grundlinien der Philosophie des Rechts», en Moldenhauer/Michael (eds.), *Werke*, t. 7, Suhrkamp, Frankfurt del Meno.

——— (1986), «Vorlesungen über die Ästhetik I», en Moldenhauer/Michael (eds.), *Werke*, t. 13, Suhrkamp, Frankfurt del Meno.

HEGER (2013), «Geschichte und Gegenwart des Verbotsirrtums im deutschen Strafrecht», en Sinn (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht*, V&R Unipress, Gotinga, pp. 77 ss.

JAKOBS (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Frankfurt del Meno.

——— (2008), *Norm, Person, Gesellschaft*, 3^a ed., Duncker & Humblot, Berlín.

——— (1992), *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Beck, München.

——— (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2^a ed., De Gruyter, Berlín.

JESCHECK/WEIGEND (1995), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Duncker & Humblot, Berlín.

JOECKS (2017), «§ 16» y «§ 17», *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3^a ed., C.H. Beck München.

KÄHLER (2011), *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2^a ed., Nomos, Baden-Baden.

KANT (1974), *Metaphysik der Sitten*, Vigilantius, Akademieausgabe, t. 27/2, De Gruyter, Berlín.

——— (1974), *Praktische Philosophie*, Powalski, Akademieausgabe, t. 27/1, De Gruyter Berlín.

KINDHÄUSER (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Nomos, Baden-Baden.

KÖHLER (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin.

KÜCHENHOFF (1966), «Die staatsrechtliche Bedeutung des Verbotsirrtums», en Spindel (ed.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966*, Holzner, Würzburg, pp. 75 ss.

KÜHL (2008), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Vahlen, München.

LEITE (2012), «Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (159-11), pp. 688 ss.

LEPSIUS (2014), «Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung Besprechung von BVerfG, Beschluss v. 17. 12. 2013 – 1 BvL 5/08», *Juristen Zeitung* (10), pp. 488 ss.

LOCKE (1992), *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, 5^a ed., Suhrkamp, Frankfurt del Meno.

LÜDERSSEN (1983), «Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum», *Wistra* (6), pp. 223 ss.

MAHLMANN (2015), *Konkrete Gerechtigkeit*, Nomos, Baden-Baden.

MC DOWELL (2015), *Die Welt im Blick*, Suhrkamp, Berlin.

——— (2002), *Wert und Wirklichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno.

MÜLLER/CHRISTENSEN (2013), *Juristische Methodik*, 11^a ed., Duncker & Humblot, Berlin.

NAUKE (2001), «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen – Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision“», en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, de Gruyter, Berlin, pp. 421 ss.

NEUMANN (2013), «§ 17», *Nomos Kommentar zum StGB*, t. I, 4^a ed. Nomos, Baden-Baden.

——— (2011), «Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft», en KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8^a ed., Müller, Heidelberg y München, pp. 385 ss.

——— (2008), *Recht als Struktur und Argumentation*, Nomos, Baden-Baden.

——— (1993), «Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)», *Juristische Schulung*, pp. 793 ss.

——— (1991), «Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (103), pp. 957 ss.

PAWLIK (2017), *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Nomos, Baden-Baden.

- (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübinga.
- PIPPIN (2005), *Die Verwirklichung der Freiheit*, Campus, Frankfurt del Meno.
- PINKARD (2004), «Innen, Außen und Lebensformen: Hegel und Wittgenstein», en HALBIG/QUANTE/SIEP (eds.), *Hegels Erben*, pp. 254 ss.
- PUPPE (2013) «§ 16», *Nomos Kommentar zum StGB*, t. I, 4^a ed. Nomos, Baden-Baden.
- (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Nomos, Baden-Baden.
- (2004), en ROGALL *et. al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied.
- REIMER (2016), *Juristische Methoden Lehre*, Nomos, Baden-Baden.
- RENGIER (2013), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Beck, München.
- RODENBECK (2012), *Die Bestrafung auf einen Verbotsirrtum als Schutzbehauptung*, Nomos, Baden-Baden.
- ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, 4^a ed., Beck, München.
- RUDOLPHI (2014), «§ 17», *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7^a ed., Carl Heymanns. Colonia.
- RÜTHERS/FISCHER/BIRK (2015), *Rechtsphilosophie*, 8^a ed., Beck, München.
- STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER (2014), «§ 17», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29^a ed., Beck, München.
- SEELMANN/DEMKO (2014), *Rechtsphilosophie*, 6^a ed., Beck, München.
- STUCKENBERG (2007), *Vorstudien zum Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, de Gruyter, Berlin.
- WALTER (2006), *Der Kern des Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tübinga.
- VELTEN (2002), *Normkenntnis und Normverständnis*, Nomos, Baden-Baden.
- VOGEL (2007), «§ 17», *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 12^a ed., de Gruyter, Berlin.
- WELZEL (1949), *Um die finale Handlungslehre*, Mohr, Tübinga.