

Tesis Doctoral
Departamento de Derecho
Universitat Pompeu Fabra



LA DELIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD

Una aportación al estudio del error de prohibición

David Felip i Saborit

Director:

Prof. Dr. Jesús M^a Silva Sánchez

Catedrático de Derecho Penal

1997

D. La constatación de la falta de conocimiento de la antijuricidad

1. Introducción: conocimiento de la antijuricidad y presunción de inocencia

1. En el periplo por los distintos elementos que integran la problemática del error de prohibición, la doctrina científica suele cerrar a estas alturas el análisis del problema del conocimiento de la antijuricidad, para pasar al estudio de la problemática de la vencibilidad del error. Se suele partir de una realidad dada, de que el autor no era consciente de la antijuricidad de su conducta, obviando la cuestión de cuándo existe un error, puesto que ello es un mero problema de prueba. Sin embargo, en la aplicación práctica del Derecho, el principal escollo que afrontan los tribunales en materia de error de prohibición es precisamente cómo determinar el conocimiento o la ignorancia del autor. El TS ha ido desarrollando una serie de máximas de experiencia que casi han acabado por fundirse con los criterios dogmáticos materiales que delimitan el objeto de la prueba, el conocimiento de la antijuricidad. Sin embargo, antes de interesarnos por ellas es conveniente efectuar algunas precisiones.

2. Debe tenerse en cuenta que se ha estado analizando los contornos del concepto, el conocimiento de la antijuricidad, cuando en el proceso penal se discute básicamente lo contrario, la existencia de error. Una primera razón de ello sería que, en circunstancias normales, la propia realización de un acto delictivo comporta, en principio, que los hechos sólo sean concebibles a partir de determinadas premisas, entre ellas la conciencia de la antijuricidad del hecho realizado. Ello comporta que con la prueba de los elementos que integran el injusto prácticamente queda también acreditado de forma implícita el conocimiento de la antijuricidad. A falta de motivos concretos que nos puedan hacer creer lo contrario, lo lógico es llegar a la conclusión de que, en la mayoría de hechos, el sujeto normalmente es consciente de la antijuricidad, elemento que, por lo demás, suele exteriorizarse a través de la propia actitud del sujeto. Parece por tanto lógico que, habitualmente, el propio acusado deba ser quien presente elementos que induzcan a la duda y resquebrajen la apariencia de

conocimiento de la antijuricidad propia de una persona socializada y sin problemas de inimputabilidad que realiza una conducta típica. Todo ello podría condensarse en la idea de que quien se aleja de los patrones de racionalidad –como considerar lícitas conductas claramente delictivas– debe soportar sus costes, entre ellos el de desvirtuar la apariencia de conocimiento de la antijuricidad⁵⁴⁵. De todas formas, esta correlación regla-excepción debería irse invirtiendo conforme nos alejemos del núcleo del Derecho penal.

3. Sin embargo, el TS no se conforma con ello, da un paso más y considera que el conocimiento de la antijuricidad, como todo elemento que integra la culpabilidad, queda fuera del ámbito de la presunción de inocencia, lo que comporta que *corresponda siempre al acusado probar todo error alegado*⁵⁴⁶. En otras palabras, todo ciudadano es consciente de la antijuricidad de su obrar mientras no se demuestre lo contrario. La STS 9 febrero 1995 (Conde-Pumpido Ferreiro) compendia perfectamente este pensamiento:

“Es doctrina consolidada que el ámbito de la presunción de inocencia son los hechos presuntamente delictivos que se imputan al acusado y la ejecución del

⁵⁴⁵ *Vid.*, por ejemplo, STS 7 junio 1995 (Montero Fernández-Cid). La AP de Girona había condenado a un alcalde por fraude: su propio Ayuntamiento había adquirido mobiliario a una empresa de la que el edil era accionista principal. La secretaria de la corporación declaró que *no* había desaconsejado la operación pero la Audiencia se negó a dar credibilidad a tales manifestaciones. Adujo que, dada la formación de la secretaria y la incompatibilidad evidente del alcalde, la consulta debía haber sido resuelta en sentido contrario, por lo que el alcalde era perfectamente consciente de la ilicitud del hecho. El TS considera correcto el juicio efectuado por la Audiencia en la valoración de la prueba por ajustarse a la lógica y las máximas de experiencia.

⁵⁴⁶ Doctrina “pacíficamente reiterada”, como se indica en la STS 4 marzo 1994 (Hernández Hernández). *Vid.*, también, en el mismo sentido y con ulteriores referencias, SSTs 20 enero 1992 (De Vega Ruiz) –sobre este ponente, cfr. sin embargo, n. 548–, 7 julio 1994 (Martínez-Pereda Rodríguez) o 24 mayo 1996 (Montero Fernández-Cid). Este reparto de la carga de la prueba se ha relacionado también con el carácter imperativo de las normas penales –*vid.* SSTs 30 septiembre 1993 y 14 octubre 1994 (Conde-Pumpido Ferreiro)– lo que supondría, a mi juicio, una versión procesal del principio *error iuris nocet*, tal y como se reconoce en la STS 16 marzo 1991 (García Ancos). También se han utilizado argumentos político-criminales: por ejemplo, en materia de tráfico de drogas se ha entendido que negar que la carga de la prueba del error corresponde al acusado “sería abrir una peligrosa brecha de resultados incalculables en esa clase de delitos” –STS 27 abril 1994, (García Ancos)–. Críticos con estas posiciones, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 658 y s. y HUERTA TÓCILDO, *CDJ*, XVIII-XX, pp. 280 y s.

mismo por dicho acusado. Por el contrario, caen fuera de ese ámbito y pertenecen al de legalidad ordinaria tanto el juicio jurídico-penal sobre el elemento de la culpabilidad del delito –concepto distinto al anglosajón de «culpabilidad» como sinónimo de responsabilidad por el hecho y su participación en él– así, como los de determinación de los elementos del tipo o subsunción, que resultan ajenos a la presunción de inocencia (...). Está igualmente establecido que una cosa es el hecho negativo y otra distinta los hechos impeditivos, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega (...) ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el «onus probandi» de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos”⁵⁴⁷.

4. No obstante, una corriente jurisprudencial minoritaria se opone a este planteamiento y entiende que si el conocimiento de la antijuricidad –o la posibilidad del mismo– es un elemento esencial de la culpabilidad, la existencia de dicho conocimiento debe ser probada por la acusación como todo elemento que fundamente la punibilidad de acuerdo con el principio constitucional de presunción de inocencia. Tratar al error como una excepción cuya prueba corre a cargo de la defensa supone el empleo de elementos propios del proceso civil ajenos a la finalidad del proceso penal⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Entender el error como una excepción que debe alegar y probar la defensa y no, simplemente, la consecuencia de no haberse probado suficientemente la conciencia de la antijuricidad presenta algunos problemas inesperados. Recientemente se ha planteado la cuestión de si el juez puede apreciar *de oficio* –es decir, sin alegación expresa de la defensa– un error de prohibición (vencible o invencible), puesto que, se afirma, ello afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva (por indefensión) de la parte acusadora. Habiendo probado ésta todo lo que le correspondía, esto es, los elementos que fundamentan la antijuricidad del hecho, no habría tenido oportunidad de oponerse a un error no alegado. Al respecto, *vid.* STS 23 febrero 1996 (García Calvo y Montiel), en la que el tribunal de instancia había absuelto de un delito de detenciones ilegales a unos policías al apreciar un error de prohibición que no había sido aducido por las partes. Excepcionalmente en esta sentencia el TS acepta la apreciación de oficio del error de prohibición siempre que, en los hechos objeto de contradicción en el proceso que finalmente son considerados probados, exista base suficiente para la apreciación de dicha circunstancia.

⁵⁴⁸ *Vid.* la importante STS 26 diciembre 1996 (Bacigalupo Zapater); del mismo ponente, cfr. también SSTS 15 abril 1989 y 4 julio 1989. Dubitativas sobre este punto,

Según esta opinión, debe bastar con que el acusado alegue el error para que los jueces estén obligados a fundamentar el motivo de su rechazo, cosa que posibilita, además, un mejor control casacional de la decisión adoptada⁵⁴⁹. Por tanto, el error no debe quedar claramente acreditado, sino que es suficiente con que se cuestione la existencia de conocimiento.

5. En principio, la prueba del conocimiento de la antijuricidad o del error no debería tener mucha importancia en la jurisprudencia del TS, dada la naturaleza del recurso de casación, que veda el replanteamiento de los hechos probados. Ahora bien, ante la imposibilidad de probar directamente el “estado de la mente” del acusado, la conciencia de lo injusto del hecho (o la existencia de error) debe probarse por vía indirecta, a través de la denominada prueba de indicios. Sobre la base de ciertos hechos base o indicios, sólidamente probados, el juez, a través de un juicio de inferencia o proceso de inducción regido por las reglas de la lógica y la común experiencia, llega al convencimiento de un determinado estado de conciencia del procesado⁵⁵⁰. Y, a diferencia de los hechos probados, el proceso mencionado sí puede ser objeto de control casacional. En conclusión, la afirmación de la existencia de conocimiento de lo injusto no es un hecho probado propiamente dicho, sino un juicio de inferencia y, por tanto, susceptible de casación⁵⁵¹. Ésta es una tarea a menudo dificultosa puesto que, desgraciadamente, dicho juicio de inferencia no se expresa siempre con claridad en las sentencias recurridas, lo que obliga al TS a reconstruir juicios implícitos, incurriendo necesariamente en generalizaciones. De hecho, el Tribunal ha dedicado la mayoría de las energías empleadas en materia de error de prohibición a la reconstrucción y al análisis de estas apreciaciones

SSTS 10 julio 1992, 9 marzo 1993 y 11 octubre 1996 (De Vega Ruiz).

⁵⁴⁹ Cfr. STS 15 abril 1989 (Bacigalupo Zapater). Sin reconocerlo abiertamente en algunas sentencias de otros ponentes se observan algunos resquicios: cfr. STS 2 diciembre 1995 (Martín Pallín), en la que se casa la sentencia de instancia por incurrir en incongruencia omisiva al no efectuarse un análisis específico de la alegación de error de prohibición de un procesado por delito de violación a su esposa, o STS 27 mayo 1994 (Móner Muñoz), donde se admite la existencia de error en un caso de malversación impropia, por no constar en los hechos probados que el procesado tuviera conocimiento expreso de sus deberes de custodia sobre los bienes que le habían sido confiados.

⁵⁵⁰ Cfr., por todas, STS 22 noviembre 1990 (Delgado García).

⁵⁵¹ *Vid.*, por todas, STS 12 marzo 1992 (Martínez-Pereda Rodríguez).

2. *Elementos de determinación de la falta de conciencia de la antijuricidad*

1. Visto el sistema con el que se prueba el error de prohibición, veamos ahora qué elementos o indicios son tenidos en cuenta para establecer su existencia (o, en la lógica de la jurisprudencia mayoritaria, para rechazar su alegación). Dadas las peculiaridades de cada caso concreto, no puede afirmarse de forma concluyente que un determinado elemento excluye necesariamente la existencia de un error, pero sí pueden efectuarse algunas generalizaciones.

El núcleo de la doctrina del TS sobre el error de prohibición se condensa en la STS de 18 septiembre de 1991 (De Vega Ruiz), que recoge las aportaciones de la década anterior y que es repetida con profusión a partir de entonces:

“Ha de quedar claro que la consideración de ese error de prohibición, en su faceta de invencible, exige determinados pronunciamientos: 1.º) Su estudio y aplicación al supuesto concreto obliga al respeto del hecho probado asumido por la instancia; 2.º) Para excluir el error no se precisa que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad; 3.º) En todo caso debe ser probado por quien lo alegare si se pretende la exculpación; 4.º) Para llegar a esta exculpación, habrán de tenerse en cuenta los condicionantes psicológicos y culturales del agente, de un lado, mas también las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de la acción, de otro; y 5.º) Su invocación no es permisible en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada”.

En esta heterogénea amalgama de reglas prácticamente se compendian todas las pautas utilizadas por el TS en materia de conocimiento de la antijuricidad. Pese a que en la sentencia se haga mención al error invencible, en realidad la mayoría de criterios son condicionantes de la propia existencia

⁵⁵² El TS, en la inmensa mayoría de sentencias, simplemente se limita a constatar que la defensa no ha aportado ningún elemento o indicio sobre el que deducir el desconocimiento.

del error. Ello está claro en relación a los tres primeros, que hacen referencia a los límites del recurso de casación, al conocimiento eventual de la antijuricidad y a la carga de la prueba, respectivamente. Pero incluso los dos últimos criterios (los condicionamientos personales y la posibilidad de obtener información y la ilicitud notoria de la infracción) aparentemente destinados a la determinación de la vencibilidad del error, también son utilizados por la jurisprudencia en el establecimiento del error de prohibición en general⁵⁵³.

2. A partir de estas directrices y de las distintas decisiones del TS, los elementos que permiten inferir un error podrían reagruparse en torno a tres aspectos:

a) *La naturaleza del delito*. Según la clase de delito se es más propenso a admitir la posibilidad de un error. Criterios como la *ilicitud notoria* y evidente de un delito, en el sentido de su conocimiento generalizado, se convierten en decisivos a la hora de aceptar la posibilidad de un error. Dado que es el criterio más utilizado por la jurisprudencia y que más fácilmente puede ser generalizado y desligado de la situación concreta, será objeto de tratamiento específico en el epígrafe siguiente.

Asimismo, en alguna ocasión se ha valorado la naturaleza de la situación jurídica que contiene la pretendida creencia errónea del autor. Se efectúa una comparación entre la situación jurídica real y la situación jurídica supuestamente imaginada por el autor. A juicio del TS, si no existe simplemente una desviación frente a los principios que inspiran el ordenamiento jurídico real, sino una oposición abierta a los mismos, disminuye la credibilidad del error alegado.

STS 30 enero 1996 (Conde-Pumpido Tourón), sobre un delito de desobediencia cometido por los miembros de un consistorio mallorquín que se niegan reiteradamente a dar cumplimiento a una resolución judicial firme por entender que están legitimados por la voluntad popular, ya que los habitantes del

⁵⁵³ *Vid.*, por ejemplo, SSTS 28 marzo 1994 (De Vega Ruiz), 22 abril 1994 (Martínez-Pereda Rodríguez) o 1 marzo 1995 (Martín Canivell), donde se mencionan las condiciones psicológicas y culturales del infractor, de un lado, y las posibilidades de recibir instrucción o asesoramiento, de otro, como elementos determinantes de la concurrencia de cualquier error de prohibición.

municipio, de forma abrumadora, se oponen al contenido de la sentencia. Entre otros argumentos, el TS entiende que la pretendida causa de justificación alegada por los procesados choca frontalmente con el sometimiento del poder político al Derecho, base del sistema constitucional. Según el TS, tan radical incompatibilidad hace inverosímil el error y, por consiguiente, casa la sentencia de instancia en la que se había apreciado un *error de prohibición invencible*.

Sin embargo, no debe caerse en el extremo de rechazar la posible falta de conciencia de la antijuricidad simplemente porque la representación de lo lícito que postula el autor mediante su error supone la negación del carácter prohibido del hecho y, por ende, de esa clase de conductas. Ello sería incorrecto porque esta oposición genérica, propugnar la atipicidad o licitud de la conducta, es propia y característica de todo hecho antijurídico cometido en error de prohibición.

b) *Las circunstancias objetivas del hecho en concreto*, es decir, si la forma de presentarse los hechos hace concebible una realización de los mismos sin conocimiento de su antijuricidad. Así, por ejemplo, se ha tenido especialmente en cuenta el comportamiento del sujeto, su forma de operar, en particular la clandestinidad o la ocultación de la actuación⁵⁵⁴ o si se muestra dubitativo⁵⁵⁵. También resulta predeterminante si se alega un error en relación a un único hecho delictivo aislado o si se presenta una pluralidad de delitos y el error se invoca en relación a uno sólo de ellos⁵⁵⁶. Igualmente,

⁵⁵⁴ Como se indica en la STS 12 abril 1991 (Bacigalupo Zapater): “por regla general, el desconocimiento de la antijuricidad de un hecho, del cual el autor tuvo razones para considerarlo penalmente prohibido, no es de apreciar cuando el autor tomó precauciones que sólo son explicables a través de ese mismo conocimiento”. Cfr. otros ejemplos de ocultación en SSTS 11 abril 1990 (Delgado García), 13 junio 1992 (Ruiz Vadillo) o 1 marzo 1995 (Martín Canivell). Por otra parte, en la STS 7 junio 1995 (Montero Fernández-Cid) no es aceptada como máxima de experiencia el supuesto contrario, según el cual “quien obra de forma transparente no pueda tener conciencia de lo injusto”.

⁵⁵⁵ Vid. STS 20 abril 1990 (Carrero Ramos): un empresario, ante la ausencia de su socio sin cuya firma no puede librar cheques de la sociedad, efectúa un pago urgente a cargo de su patrimonio personal. Al cabo de unos días, imita la firma del socio ausente para poder hacerse el pago de la cantidad desembolsada en favor de la sociedad. Según el TS, el conocimiento de la irregularidad de este proceder explica que en un primer momento el autor librara un cheque contra su cuenta personal en lugar de falsificar la firma de su socio, por lo que, si en un primer momento el sujeto vaciló, no se explica que tras una cierta reflexión haya desaparecido esa conciencia.

⁵⁵⁶ Vid., por ejemplo, STS 14 diciembre 1985 (Soto Nieto), en la que resulta

tampoco se admite la falta de conocimiento de la antijuricidad cuando una cuestión ha sido sometida al órgano jurisdiccional competente y éste ha adoptado alguna resolución terminante al respecto⁵⁵⁷.

c) Los *condicionantes personales del autor*. Las cualidades específicas del sujeto, muy especialmente las de naturaleza cultural y profesional, determinan la verosimilitud del error.⁵⁵⁸ En este campo los análisis van basculando en cada caso desde ponderaciones subjetivamente muy individualizadas hasta baremos más generales y objetivos.

Así, en la STS 1 marzo 1994 (Soto Nieto), se fundamenta la presencia de un error de prohibición respecto a la tipicidad de la donación de drogas por tratarse de un joven recluso influenciado por la profusión de esa práctica en el medio penitenciario en el que se desenvuelve. En cambio, en la STS 12 marzo 1992 (Martínez-Pereda Rodríguez) se revoca la existencia de un error de prohibición en un delito de falsedad de placa de matrícula por conceder un mayor relieve a factores generales del conocimiento de la prohibición de tal hecho frente a otros aspectos de la personalidad del sujeto que habían sido más valorados por la Audiencia⁵⁵⁹.

decisivo para rechazar un error en un delito de tenencia ilícita de armas en un yate por parte de un extranjero el factor de que este hecho se enmarcaba en un acto de tráfico de drogas. En el fondo de este razonamiento latiría la idea de que, como queda probado con el delito de tráfico de drogas realizado, el conocimiento del Derecho no es un motivo que impulse la actuación del sujeto, con lo que no tiene sentido la invocación de un error por parte de quien no está dispuesto a respetar el Derecho. En otras palabras, puede aceptarse que una persona yerre aisladamente, pero si el posible error se presenta en conjunción con otros delitos, es decir, si ya existe una voluntad exteriorizada de infringir el Derecho, las posibilidades de que prospere la alegación de un error de prohibición son casi nulas. Con todo ello se estaría contradiciendo el carácter divisible de la conciencia de la antijuricidad.

⁵⁵⁷ *Vid.* SSTS 5 diciembre 1990 (Moyna Ménguez), 14 marzo 1994 (Carrero Ramos) y 11 octubre 1996 (De Vega Ruiz). No obstante, en la STS 2 julio 1994 (Martín Pallín), se acepta la posibilidad de error respecto a una resolución en materia social, cuando, a pesar de la claridad de la orden judicial, se siguen las instrucciones contrarias de un experto legal.

⁵⁵⁸ También se ha utilizado la existencia de antecedentes penales por hechos similares: *vid.* SSTS 8 abril 1986 (Vivas Marzal) y 30 enero 1989 (Bacigalupo Zapater). Se trata de casos en los que el autor tenía antecedentes por los mismos delitos o muy parecidos, por lo que no se está teniendo en cuenta la actitud pretérita del sujeto hacia el Derecho, sino los conocimientos que efectivamente posee a raíz de las experiencias pasadas.

⁵⁵⁹ En alguna sentencia se llega a indicar que el único factor personal que podría dar verosimilitud a un error sería alguna deficiencia psíquica: así STS 27 abril 1994 (García Ancos), respecto a una conducta de intermediación entre un vendedor de droga y sus

3. Así las cosas, en el contexto del proceso penal se hace difícil diferenciar los criterios para determinar la *existencia* de un error de prohibición y los utilizados para establecer la *vencibilidad* del mismo.

Salvo que aparezcan elementos muy singulares que permitan identificar claramente al error, la convicción del tribunal sobre la existencia del mismo debe construirse sobre juicios de razonabilidad. Los jueces pueden llegar a establecer aquello que es esperable o previsible que un ciudadano medio supiera o pensara sobre la antijuricidad de su conducta en el contexto de los condicionantes personales y circunstanciales del autor, todo ello, además, muy mediatizado por la inversión de la carga de la prueba. Ejemplos:

STS 22 noviembre 1990 (Delgado García). A la luz de la existencia de diversos expedientes contra el secretario de una corporación municipal que habían concluido con sanciones leves perfectamente compatibles con la reincorporación al puesto de trabajo, los concejales procesados por prevaricación habían de entender que era legalmente obligada la toma de posesión a la que se opusieron. En la sentencia se afirma: “Un razonamiento tan elemental no puede escapar al conocimiento de un *ciudadano normal*, aunque no sea experto en Derecho.”

STS 22 abril 1994 (Martínez-Pereda Rodríguez): “*No es concebible* que el acusado, interventor del Ayuntamiento, ignorara que tal desvío ilegítimo e ilegal, no estuviera teñido de antijuricidad y generara una malversación de caudales públicos”. En cambio, en la sentencia de la Audiencia recurrida por la acusación se había llegado precisamente a este convencimiento.⁵⁶⁰

Pues bien, un análisis muy parecido al de la existencia de error se produce de nuevo cuando se trata de establecer la *vencibilidad* del error de prohibición, o sea, si un ciudadano medio estaba en condiciones de no incurrir en el error que se ha considerado existente en el caso concreto. La determinación de la vencibilidad de un error se basa, en primer lugar, en el análisis de si existían *motivos* para continuar indagando sobre la licitud de la conducta que se iba a llevar a término. Pues bien, todos estos indicios

consumidores; según la STS 11 junio 1994 (García Ancos) tampoco puede incurrir en un error un ciudadano psíquicamente normal respecto de un delito de malversación impropia cuando el embargo ha sido correctamente trabado.

⁵⁶⁰ Vid. también un caso parecido en la STS 7 junio 1995 (Montero Fernández-Cid), reseñado *supra* n. 545.

objetivos de antijuricidad (por ejemplo, perjuicio evidente para terceros, la existencia de resoluciones administrativas o judiciales al respecto, la actuación en campos profesionales regulados por normativas específicas, la existencia de alguna duda, etc.) son elementos que ya se habrán utilizado para inferir la propia inexistencia del error. Así, no resulta extraño que, mientras que en algunas sentencias del TS se pasa de puntillas sobre la conclusión a la que ha llegado el tribunal de instancia y, por tanto, se utilizan todos estos elementos únicamente para ponderar la evitabilidad del error, en otras resoluciones, tales elementos se utilizan desde un principio para controlar el propio juicio de inferencia de la existencia de error.

4. En efecto, obsérvese cómo ha operado el TS . Veamos, por ejemplo la STS 16 marzo 1991 (García Ancos), en la que se revoca la apreciación de un error invencible de prohibición y se acaba condenando por unas detenciones ilegales con plena conciencia de la antijuricidad ordenadas por un alcalde. Todos los criterios que se utilizan podrían ser exactamente los mismos si lo que se estuviera dilucidando fuese la vencibilidad del error y no, como es el caso, la existencia del mismo.

“Pues bien, aplicando esas ideas al supuesto enjuiciado, nos parece claro que el concepto de error como exculpatorio del delito, no es en modo alguno aceptable, ya que, como hemos dicho, se trata de un Alcalde que actúa dentro de un área de actividad que se supone habría de serle perfectamente conocida, y, de no serlo, tenía la capacidad (y la obligación) de utilizar los mecanismos de información técnica que cualquier Ayuntamiento tiene a su alcance, como puede ser la consulta al Secretario, cuya misión, entre otras, es la de asesorar, tanto a la Corporación como órgano colegiado, como a su principal Regidor. Y es que, además y en definitiva, la capacidad de actuación dentro de la legalidad ha de entenderse siempre ínsita en aquellas personas que se someten al juicio de sus electores y que, por añadidura, amén de ser elegidas, se trata de personas que poseen estudios superiores (en este caso de Ingeniero Agrónomo)”.

Sin negar que en el caso concreto probablemente el rechazo del error fuera acertado, la aproximación de los dos planos –ausencia de conocimiento de la antijuricidad y evitabilidad del error– en la argumentación del TS es evidente.

Llama especialmente la atención la cuestión de las posibilidades de asesoramiento o instrucción, elemento que doctrinalmente suele asociarse al

análisis de la vencibilidad del error y que en la jurisprudencia del TS desempeña un papel importante para determinar cuándo concurre conocimiento de la antijuricidad. El Tribunal ha apreciado la existencia de conocimiento de la antijuricidad cuando se hace caso omiso de la información recibida de una fuente solvente⁵⁶¹ y, por el contrario, una información defectuosa facilitada por el órgano competente ha dado pie a la admisión de la existencia de un error de prohibición⁵⁶². Hasta aquí, no hay nada que objetar. Sin embargo, el hecho de no recabar información y asesoramiento cuando estaba a disposición del autor hacerlo también ha sido considerado un indicio de que el autor tenía fundadas sospechas (o la certeza) acerca de la antijuricidad de su actuación, criterio que asimismo se utiliza para establecer la vencibilidad del error de prohibición.

STS 5 marzo 1990 (Sierra Gil de la Cuesta), en un caso de exacciones ilegales y coacciones. “Pero es más, para calibrar los errores alegados habrá de tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del acusado, y las posibilidades que se le ofrecieron de instrucción y de asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia jurídica de su obra (...) y en base a lo anterior, hay que declarar paladinamente, que el acusado, dada su condición de Alcalde, que pudo ser asesorado por la Corporación municipal y por el Secretario de la misma, no podía actuar afectado invencible o venciblemente por una creencia errónea relativa a los elementos de los tipos legales por él cometidos ni a la ilicitud en general de su actuación, que en todo caso es reprochable socialmente”⁵⁶³.

⁵⁶¹ *Vid.*, por ejemplo, STS 20 febrero 1992 (Cotta y Márquez de Prado), en la que un alcalde no presta atención a las advertencias del secretario de la corporación. Cfr., también, STS 30 enero 1996 (Conde-Pumpido Tourón) respecto a unos concejales que desoyen los consejos de cumplir una resolución judicial.

⁵⁶² Cfr. STS 12 julio 1994 (Moyna Ménguez), en la que se admite que una deficiente instrucción sobre las responsabilidades penales hace admisible un error de prohibición en un delito de malversación impropia, y STS 31 mayo 1995 (Moyna Ménguez) que acepta la existencia de error en la imposición de una tasa municipal ilegal tras recabar asesoramiento jurídico.

⁵⁶³ La falta de consulta es precisamente el indicio de la conciencia de la antijuricidad en un delito monetario (STS 21 febrero 1986, Soto Nieto); la posibilidad de consulta del alcalde refuerza la inexistencia del error (STS 22 abril 1994, Martínez-Pereda Rodríguez); últimamente, *vid.*, también, STS 21 marzo 1997 (Martín Pallín). STS 21 noviembre 1991 (Moyna Ménguez), en la que, junto al nivel cultural de los infractores, se esgrime para rechazar el error las posibilidades de instrucción y asesoramiento que tenían los gestores de una cooperativa acusados de un delito de falsedades y una estafa a la seguridad social. En muchos de estos caos se está pensando que es muy probable que se

En algunos casos se produce tal aproximación entre los dos niveles (falta de conciencia y vencibilidad), que prácticamente se acaba reproduciendo la argumentación tanto para razonar la existencia de error como para fundamentar, posteriormente, su vencibilidad:

La STS 24 febrero 1993 (Ruiz Vadillo) –*vid. los hechos supra* p. 191– es una buena muestra de la inevitable reduplicación en la valoración de indicios. Junto a la falta de experiencia profesional, la consulta a una fuente de información escrita y la ausencia de dudas sobre la regularidad de la actuación son indicios adecuados según el TS para inferir la falta de conciencia de la antijuricidad en un delito de falsedades cometido por la secretaria interina de un juzgado de paz. Simultáneamente, el hecho de haber recabado información y la inexistencia de dudas fundamentan también la invencibilidad del mismo.

5. Pero lo que es un elemento circunstancial en un caso determinado que refuerza la prueba de la conciencia de la antijuricidad, puede convertirse en un criterio de efectos automáticos, en un baremo normativo, si no es adecuadamente contextualizado. Para evitarlo, en alguna sentencia se observa una distinción más clara entre un plano más individualizado y psicologizante (existencia de error) y otro más normativo (vencibilidad del mismo), como queda bien patente en la siguiente resolución:

STS 28 febrero 1992 (Bacigalupo Zapater). La Audiencia había rechazado un posible error en un delito de malversación impropia basándose en la existencia de motivos para sospechar sobre la ilicitud de la conducta y por existir la posibilidad de informarse. El TS casó la sentencia y admitió un error de prohibición –vencible– porque “las razones que la Audiencia ha dado para negar el error sobre la prohibición se refieren, en realidad, a un problema diferente, concretamente a la cuestión de la evitabilidad o vencibilidad de aquél”.

Estos esfuerzos delimitadores se ven facilitados si se parte de la base de que, al igual que cualquier elemento que fundamente la punibilidad, el conocimiento de la antijuricidad debe ser probado. Ello obliga a que los argumentos para rechazar una alegación de error de prohibición sean menos susceptibles de generalizaciones objetivizantes, puesto que no se trata simplemente de fundamentar por qué con tal alegación no está suficientemente probado el error de prohibición, sino de razonar por qué dicha alegación no introduce dudas al juzgador en su convencimiento de la

hubiese efectivamente consultado acerca de la juridicidad de la situación

existencia de conocimiento de la antijuricidad.

Ello se observa claramente en la STS 26 diciembre 1996 (Bacigalupo Zapater). Esta resolución trata del caso de un ciudadano portugués acusado de tenencia ilícita de un arma, que tenía debidamente documentada en su país de origen. El procesado alega creer que su licencia era válida para toda la Unión Europea. La AP de Zaragoza había rechazado la existencia de error a través de un baremo objetivizante-normativo: cualquier persona de cultura media debe saber que en todos los países rige un sistema propio de licencia de armas. En cambio, el TS entiende que la situación concreta planteada es lo suficientemente compleja como para que el único argumento de la Audiencia no pueda desvirtuar la presunción de inocencia y acepta, por tanto, la existencia de un error al no darse por probado el conocimiento de la antijuricidad. No obstante, en la STS se considera que el campo de las armas de fuego es un ámbito especial altamente regulado, de modo que cualquier ciudadano que las posea tiene motivos para cerciorarse de la situación jurídica real antes de introducir las en un país extranjero, lo que determina que el error de prohibición sea vencible. El motivo que había utilizado la Audiencia para rechazar el error sirve pues únicamente para establecer la vencibilidad del mismo.

3. Criterio de la *ilicitud notoria*

1. Como ya se ha indicado, uno de los baremos esenciales según el TS para determinar la existencia de un error de prohibición es la naturaleza del delito. En este contexto se ha desarrollado la doctrina de la *ilicitud notoria*. Proveniente de la jurisprudencia anterior a la reforma de 1983, se ha mantenido a lo largo de los años ochenta hasta la actualidad, y todavía hoy en día aparece muy a menudo en la jurisprudencia.

STS 11 octubre 1996 (De Vega Ruiz): “no es permisible su invocación [del error] en aquellas infracciones que sean de *ilicitud notoriamente evidente*, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca *ilicitud*”⁵⁶⁴.

A inicios de la pasada década estas menciones a la notoriedad de la

⁵⁶⁴ Vid., también, STS 31 mayo 1995 (Moyna Ménguez): “Ciertamente, que la doctrina jurisprudencial excluye el error de prohibición cuando hay motivos para estimar –lo que sucede normalmente– que el sujeto tiene plena seguridad de lo ilícito de su obrar o cuando es consciente, con alta probabilidad, de que su comportamiento es antijurídico, lo cual ha de ser resultado, por regla general, de un juicio de inferencia, salvo los casos de *ilicitud notoria, patente y clamorosa*”. Cfr., además, entre otras muchas, SSTS 18 noviembre 1991, 9 marzo 1993 (De Vega Ruiz).

ilicitud se habían presentado en conjunción con el carácter “natural” de ciertos delitos y con alguna referencia al resistente principio *ignorantia iuris non excusat*⁵⁶⁵. Sin embargo, poco a poco la regla se fue desprendiendo de estos acompañantes, hasta adquirir su forma actual en la que se enfoca la cuestión del conocimiento de la antijuricidad en delitos que integran el núcleo del Derecho penal a partir del nivel de conocimiento social de los mismos⁵⁶⁶.

2. El principal problema que se plantea es la ambigüedad de la regla ya que el TS es muy lacónico al respecto. No está del todo claro si, cuando el Tribunal invoca la “ilicitud notoria” para rechazar un error de prohibición, se está refiriendo básicamente a la *conducta concreta* que está juzgando o a toda esa clase de conductas típicas en general. En caso de que sea lo primero, lo que la jurisprudencia está afirmando con las menciones a la “ilicitud notoria” es que, de las circunstancias del hecho (entre ellas, que pertenece a una clase cuya prohibición penal es de dominio general), se deduce inmediata y diáfananamente que el autor era consciente de la antijuricidad de su actuación. El TS estaría simplemente reconstruyendo una conclusión implícita en el establecimiento de los hechos probados que permite rechazar una alegación de un error inexistente. Ahora bien, de ser ese el trasfondo del criterio de la “ilicitud notoria”, sería aconsejable que su invocación viniese

⁵⁶⁵ STS 21 octubre 1981 (Vivas Marzal): “sin que, por lo demás, se pueda ni siquiera conjeturar o presumir, tal error, en una infracción, como es la de robo, *de carácter natural y cuya ilicitud y antijuridicidad consta a todos*”. Cfr., también, SSTS 4 febrero 1987 (Gil Sáez) y 26 mayo 1987 (Móner Muñoz). Vinculándolo a la cuestión de la necesidad de probar el error, la invocación al principio “la ignorancia de la Ley no excusa” se mantiene en nuestra jurisprudencia hasta tiempos recientes: cfr. SSTS 18 enero 1988 (Morenilla Rodríguez), 28 abril 1988 (Huerta y Álvarez de Lara), 16 marzo 1991 (García Ancos) o ATS 10 enero 1991 (Móner Muñoz).

⁵⁶⁶ No obstante, hasta la actualidad nos han llegado menciones al carácter natural de algunos delitos, reminiscencia de la distinción “*malum in se*” y “*mala prohibita*”. Vid. STS 27 junio 1991 (Puerta Luis) en la que “la *maldad natural de los actos* permiten rechazar cualquier atisbo de error en unos abusos deshonestos”; STS 25 noviembre 1991 (Carrero Ramos): “el error no es invocable en adultos normales cuando se trata de hechos que suponen la transgresión de normas elementales que atañen no sólo a la ley positiva penal sino a la *misma ley natural*”, respecto a un delito continuado de estupro incestuoso. En términos similares STS 8 julio 1991 (Carrero Ramos), para un delito de piratería aérea. También se denomina *infracción de carácter natural* cuya ilicitud es notoriamente evidente al subtipo agravado de difusión de drogas en centros militares en la STS 28 marzo 1994 (De Vega Ruiz).

acompañada de la indicación clara de los elementos concretos del hecho sobre los que se fundamenta el rechazo del error.

No obstante, con este criterio también podría tener un contenido distinto: algunas clases de delitos son notoriamente ilícitos, son conductas que toda persona normalmente socializada sabe –o tendría que saber– que están prohibidos, con lo cual la alegación de cualquier error en esa a clase de delitos no tiene ninguna posibilidad de introducir dudas al juzgador acerca del convencimiento de la existencia de conocimiento en el caso concreto. Se trataría de un espacio libre de error, en el que toda discusión al respecto en el caso concreto sería innecesaria desde un principio. Tal enfoque es mucho más criticable que el anterior. Si el problema consiste en que, normalmente, en estos delitos la defensa simplemente asevera un pretendido desconocimiento de la antijuricidad, sin aportar elemento alguno que pueda destruir la máxima de experiencia inicial (el conocimiento generalizado de que un determinado delito está prohibido), es mucho más sencillo hacer hincapié simplemente en la ausencia o insuficiencia de argumentos de la defensa⁵⁶⁷, en lugar de utilizar afirmaciones tan equívocas como que ante infracciones notoriamente ilícitas *no es admisible alegar* un error, porque ello puede convertirse en un expediente para rechazar todo posible error en categorías enteras de delitos. Si, por el contrario, el sentido de la máxima de la “ilicitud notoria” en estas sentencias es que, efectivamente, en ciertos delitos el desconocimiento de la antijuricidad *no debe excluir o atenuar la responsabilidad*, sería mejor que al menos se hicieran explícitos los fundamentos de esta doctrina para analizar su compatibilidad con la regulación legal. Por otra parte, debe tenerse en cuenta además que se han

⁵⁶⁷ Tal como se efectúa en la STS 29 junio 1996, si bien desde los parámetros mayoritarios en materia de prueba: "dado el general conocimiento de que las armas de fuego no pueden poseerse sin licencia, quien pretenda afirmar una creencia contraria a tal experiencia común, no puede limitarse a aseverarlo sino que ha de probar su afirmación de modo suficiente". *Vid.*, también, la motivación de la STS 5 abril 1996 (Bacigalupo Zapater): "por bajo que sea el nivel intelectual de los recurrentes, la prohibición de la estafa forma parte del núcleo culturalmente más básico del Derecho penal. Un error en normas de este ámbito no puede ser deducido sólo del bajo nivel cultural, pues una persona que actúa en el medio empresarial en el que operaban los recurrentes no puede presentar un déficit de socialización tan considerable como el que sería necesario para explicar el desconocimiento de la prohibición de la estafa".

declarado notoriamente ilícitos delitos cuya antijuricidad, cuando menos penal, no es tan evidente⁵⁶⁸. Asociado a una concepción laxa del objeto de la conciencia de la antijuricidad, este criterio puede suponer una resurrección del principio *error iuris nocet*.

3. Puede servir de ejemplo de esta problemática el delito de tráfico de drogas. Es de conocimiento general que esta actividad está penalmente perseguida. Así, por ejemplo, parece imposible que una compraventa de cantidades apreciables de estupefacientes pueda verse amparada por un error de prohibición, por lo que es razonable que con el establecimiento de la concurrencia de todos los elementos típicos de dicha conducta se deduzca sin más la conciencia de la antijuricidad. Ahora bien, del hecho de que la mayoría de casos subsumibles al delito de tráfico de drogas son manifiestamente ilícitos no se deduce forzosamente que *toda* conducta subsumible en el mismo también lo sea. Parece claro que ello no es así en supuestos tales como la donación, la adquisición para un tercero o el consumo compartido, ámbitos en los que el propio TS se ha mostrado dubitativo. Por tanto, el juzgador no puede conformarse con un pronunciamiento general sobre la ilicitud de esa clase de conductas, sino que es preciso determinar en el caso concreto esa conciencia de lo injusto con los datos específicos concurrentes⁵⁶⁹.

4. Otros criterios

1. Fenómenos parecidos al de la “ilicitud notoria” pueden observarse en relación a otras máximas referidas también a la naturaleza de la clase de hecho realizado. Así, cuando, para justificar la comisión de delitos de lesiones, coacciones, u otros comportamientos violentos, el autor invoca la

⁵⁶⁸ Así, se ha apelado a la ilicitud notoria del delito de desobediencia en la STS 11 octubre 1996 (De Vega Ruiz).

⁵⁶⁹ Sin embargo en la STS 18 enero 1988 (Morenilla Rodríguez) se afirma “que intercambiar drogas es una conducta sancionable es notoriamente evidente y de comprensión generalizada”. En cambio, pese a que “nadie ignora que transmitir drogas a terceros es un delito”, se admite un error de prohibición vencible en la STS 1 marzo 1994 (Soto Nieto).

existencia de supuestos errores sobre causas de justificación (tanto sobre sus presupuestos objetivos como sobre su existencia o sus límites), es frecuente que el rechazo de dicha alegación se exprese con siguiente fórmula: "*no existe error cuando se actúa empleando vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico penal*" o bien "*no puede invocarse error si se utilizan vías de hecho que todos saben y a todos constan que están prohibidas*"⁵⁷⁰.

Nuevamente no está claro si, en el fondo, se está negando la existencia efectiva de algún tipo de creencia o si se afirma que, aunque se llegara a producir, ésta es absolutamente irrelevante dada la naturaleza del hecho. En cualquier caso, creo que deben remarcarse dos aspectos. Lo que seguramente se intenta indicar mediante esas afirmaciones es que, en condiciones normales, si de las pruebas practicadas no se extrae ningún elemento anómalo, de la realización de conductas coactivas o violentas se deduce directamente el conocimiento de su ilegalidad. Pero obsérvese que el acusado está alegando precisamente esa excepcionalidad, esto es, que había utilizado las vías de hecho –que no son otra cosa que propias conductas típicas– creyendo que estaban justificadas. Con la argumentación del TS no se excluye, por tanto, que pueda haberse actuado en la creencia de estar legitimado para ello. Por tanto, el Tribunal debería indicar los auténticos motivos por los cuales considera que el error no se ha producido o que éste no es relevante, aunque sea precisamente por la ausencia de algún motivo que le pueda hacer creer lo contrario. Pero no debe presuponer que alguien es consciente de ilicitud de su acción precisamente por haber escogido una vía ilícita.

2. Algo parecido sucede con el argumento de la existencia de una

⁵⁷⁰ STS 1 febrero 1986 (Gil Sáez) y 23 marzo 1992 (Huerta y Álvarez de Lara), respectivamente. Algunos ejemplos: STS 28 abril 1988 (Huerta y Álvarez Lara) –caso de error sobre la existencia de una agresión ilegítima–; STS 6 mayo 1991 (Delgado García) –allanamiento de la morada de la esposa para recoger objetos personales–; STS 23 marzo 1992 (Huerta y Álvarez de Lara) –portero de discoteca que agrede a quien discute sobre la entrada al local, creyendo, dice, estar cumpliendo con su deber–. En la STS 3 octubre 1996 (De Vega Ruiz) –detención ilegal de una hermana, encerrándola varias horas en el maletero de un automóvil– se presenta esta máxima como un equivalente al criterio de la ilicitud notoria. Cfr. también SSTS 4 octubre 1983 (Gómez de Liaño y Cobaleda), 2 julio 1984 (García Miguel), 1 febrero 1986, 12 noviembre 1986 y 4 febrero 1987 (Gil Sáez), 18 noviembre 1987 (Móner Muñoz) y 12 julio 1991 (Martínez-Pereda Rodríguez).

reprobación social. La existencia de un reproche ético-social suele barajarse doctrinalmente como elemento para determinar la vencibilidad de un error, pero también ha sido utilizado en alguna ocasión por el TS para descartar la existencia de un error de prohibición de forma parecida a la "ilicitud manifiesta". Ha aparecido como argumento de refuerzo para rechazar la alegación de errores en particular por personas acusadas de delitos relativos a la prostitución que pretendían escudarse tras un cierta permisividad social de tales actividades. Normalmente se trata de casos en los que existe un conocimiento general o sospecha de ilicitud, sobre todo por parte de las personas que profesionalmente se dedican a tales actividades, todo ello reforzado por otros elementos como la ocultación de la actividad, la existencia de violencias, coacciones, etc. No obstante, en algunas decisiones, por lo demás razonables, se efectúan argumentaciones de carácter general sobre esa clase de conductas ("las actividades de explotación de la prostitución han sido y son *reprobadas*", "*la reprobación social* que excluye la existencia sobre la creencia errónea sobre la antijuridicidad, por lo demás horra de toda prueba en la causa")⁵⁷¹. Tales menciones también han aparecido en algún otro delito, con la consiguiente amenaza, por su automatismo, de no atender a las circunstancias concretas que en un caso determinado pueden explicar un error:

Así, según la STS 19 diciembre 1989 (Móner Muñoz) de la *reprobación social generalizada del tráfico de drogas* debe deducirse el conocimiento de su punibilidad, en un caso de adquisición de estupefacientes por cuenta de un tercero, pretendidamente consumidor⁵⁷².

5. Valoración

Debe reconocerse que estas afirmaciones jurisprudenciales se presentan, en la mayoría de ocasiones, en supuestos en los que se han dado

⁵⁷¹ SSTs 6 junio 1990 (Moyna Ménguez) y 26 julio 1993 (Montero Fernández-Cid) respectivamente, si bien hay que destacar que en esta última se trataba de un caso en el que existían violencias y coacciones.

⁵⁷² La reprochabilidad social es utilizada como argumento último en la STS 5 marzo 1990 (Sierra Gil de la Cuesta) para rechazar el error de un Alcalde en un caso de coacciones y exacciones ilegales.

como probados todos los elementos del delito, mientras que la defensa no ha aportado ninguna prueba para acreditar el error. Con todo ello, no tenemos muchos elementos de juicio para comprobar la auténtica naturaleza de la doctrina jurisprudencial. La idea de fondo es que en ciertos casos no es preciso argumentar por qué debe rechazarse un error que simplemente se ha alegado, pues de la propia naturaleza del mismo se extrae la imposibilidad del error y el TS, privado de la intermediación, tal vez se limite a indicar que la inferencia le parece razonable. El problema es que estos criterios muy condicionados por la naturaleza los límites del control casacional acaben convirtiéndose en el criterio primigenio de establecimiento del error en las instancias inferiores. Por ello, aunque no sea la auténtica *ratio decidendi* de la mayoría de sentencias, su presencia es perturbadora y la contundencia de su tenor literal alimenta una actitud restrictiva hacia la delimitación entre la conciencia de la antijuricidad y el error de prohibición.

En efecto, bajo el manto de una regla de inferencia lógica, se corre el riesgo de ocultar criterios materiales, es decir, pasar de la determinación de la existencia o ausencia de error en un caso concreto al establecimiento de ámbitos en los que el error es irrelevante o respecto al cual las reglas de error y conocimiento funcionan de forma más rígida, desplazándose sus límites psicológicos en perjuicio del autor. Este planteamiento podría ser aceptable –o al menos más controlable– si se construyera sobre la base de una interpretación fundamentada de la regulación sustantiva del error de prohibición. El problema es que ello se efectúe de forma casi inadvertida por vía procesal, es decir estableciendo subrepticamente presunciones *iuris et de iure*⁵⁷³, sin posibilidad de una clara discusión de los criterios materiales que subyacen. Si el TS ha manejado, hasta cierto punto, un *concepto flexible de error*, en el sentido de no admitir la posibilidad de error en ciertos delitos o, al menos, de modificar sensiblemente la delimitación entre conocimiento de la antijuricidad y error de prohibición según ciertos factores como la naturaleza del delito, la condición profesional del sujeto, la facilidad de cerciorarse de la calificación jurídica de los hechos, etc., en lugar de ocultarlo

⁵⁷³ STS 4 octubre 1982 (Gómez de Liaño y Cobaleda): “no debió tenerse en cuenta el error”, (luego éste había existido); STS 30 noviembre 1993 (Díaz Palos), donde se niega que un error sea relevante, a pesar de que pueda existir.

bajo los ropajes de la prueba indirecta y la inversión de la carga de la prueba sobre la existencia, sería mejor que hiciera explícitas las auténticas razones materiales que motivan el rechazo del error.

A todo ello deben unirse los efectos distorsionantes de la aplicación de un sistema que parte de la presunción del conocimiento de la antijuricidad sobre los criterios de vencibilidad del error— desde la reprochabilidad social hasta la posibilidad de consultar a fuentes fiables que acaban relegando a los auténticos criterios sustantivos de delimitación del conocimiento de la antijuricidad y del error. Bajo un aparente enfoque psicológico-forense subyace, casi imperceptiblemente, una normativización de los límites de la conciencia de lo injusto.

CAPÍTULO IV

ORDENAMIENTO PRACTICADO Y CONOCIMIENTO DE LA ANTI JURICIDAD: LA RESPONSABILIDAD PENAL POR LAS MUERTES EN LA FRONTERA INTERALEMANA

A. Introducción. B. La antijuricidad de la acción de disparar sobre los fugitivos. 1. Régimen fronterizo legal y real. 2. Tratamiento jurisprudencial de la actuación de los *Mauerschützen*. 3. Posiciones doctrinales. a) Concepción fáctica del Derecho de la RDA. b) Concepción formal del Derecho de la RDA como base interpretativa. c) Soluciones trascendentes al ordenamiento de la RDA: la fórmula de RADBRUCH. 4. La intervención del Tribunal Constitucional Federal. a) Contenido de la decisión del BVerfG. b) Observaciones a la sentencia del BVerfG. **C. Conocimiento de la antijuricidad.** 1. Introducción. 2. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal. a) El actuar en cumplimiento de una orden. b) El error de prohibición. c) La opinión doctrinal. 3. Valoración de la conciencia de la antijuricidad en el caso *Mauerschützen*. a) Cumplimiento de una orden. b) Clase de error de prohibición. c) Concepto de conciencia de lo injusto. d) Evitabilidad del error: motivos. e) Evitabilidad del error: fuentes de información fiables. f) Error de prohibición y aplicación retroactiva del Derecho penal.

A. Introducción

1. Al igual que los crímenes del nacionalsocialismo, la responsabilidad penal por hechos cometidos bajo el Régimen de la RDA suponen un interesante banco de pruebas para el conocimiento de la antijuricidad y el error de prohibición.

La RDA tuvo que enfrentarse durante toda su existencia al problema acuciante de la presión migratoria de sus habitantes, que, por razones políticas y económicas, intentaban desesperadamente huir hacia la RFA. Dada la prohibición casi absoluta de salir al exterior, los ciudadanos de la RDA optaban masivamente por la emigración ilegal, principalmente mediante el cruce clandestino de la frontera entre las dos Alemanias, ya desde antes de su fundación en 1949. Así, en apenas una docena de años habían escapado de la RDA 1,5 millones de personas, es decir, en torno al 15% de su población de entonces. Tan sólo en los primeros meses de 1961, más de 160,000 personas huyeron hacia Occidente. La catástrofe demográfica era de tal magnitud que la retención de la población en contra

de su voluntad se convirtió en una cuestión de supervivencia para la RDA. La violación de la frontera fue tipificada como delito y todo el aparato propagandístico, especialmente en el sistema educativo, pusieron especial énfasis en la presentación del fugitivo como un traidor a la causa socialista y como un delincuente dispuesto a protagonizar los más sangrientos actos con tal de conseguir sus objetivos. Asimismo las autoridades comunistas alemanas pusieron singular empeño en la impermeabilización de sus fronteras occidentales mediante la adopción de medidas de vigilancia y control cada vez más estrictas. Paradigma de esta política fue la construcción en verano de 1961 del famoso Muro de Berlín, que aisló completamente los sectores occidentales de la ciudad del sector soviético y de los territorios bajo soberanía de la RDA. A inicios de los años sesenta, toda la frontera interalemana estaba recorrida por un complejo de vallas, muros, alambradas, puestos de observación, zonas minadas y otras instalaciones similares. Este panorama se completó a principios de los años ochenta con el emplazamiento de aparatos de fuego automático, con lo que quedó prácticamente sellada la línea divisoria entre las dos Alemanias. Todas estas medidas lograron reducir drásticamente las huidas hacia Occidente, si bien a costa de un goteo constante de víctimas: como mínimo doscientos alemanes orientales perecieron en el intento de conseguir la libertad, produciéndose la última víctima mortal en febrero de 1989. A la postre, la vinculación del destino de la RDA a la inviolabilidad de su frontera quedó claramente constatada en el verano de dicho año. Bastó con la apertura de la frontera austro-húngara a los alemanes orientales para que, en apenas tres meses, se desmoronara estrepitosamente el régimen comunista aparentemente más sólido de toda Europa del Este.

Este formidable dispositivo fronterizo estaba guarnecido por un cuerpo específico del ejército de la RDA, la Guardia de Fronteras, cuyos soldados en Berlín eran apodados *Mauerschützen* ["tiradores del Muro"]. Si bien inicialmente el cuerpo estaba integrado únicamente por soldados profesionales, con posterioridad la tarea fue encomendada también a jóvenes que cumplían el servicio militar obligatorio cuidadosamente seleccionados. Su principal misión consistía en abortar cualquier intento de cruzar la demarcación fronteriza, disparando a matar si ello era preciso. La mayoría

de muertos y heridos habidos durante esos años fueron producto de los disparos de los miembros de este cuerpo.

2. Tras la reunificación se iniciaron varios procesos para determinar las posibles responsabilidades penales por tales sucesos. Los juicios, que se han saldado con diversas condenas por homicidio y asesinato, se dirigieron básicamente en dos direcciones. Por un lado, hacia la cúpula dirigente que adoptó las principales decisiones sobre el régimen fronterizo, singularmente las relativas al empleo de armas de fuego y de otros medios de naturaleza letal⁵⁷⁴. Por otro, hacia los guardias protagonistas de los incidentes concretos⁵⁷⁵. Me centraré en estos segundos por ser el supuesto que permite

⁵⁷⁴ *BGHSt* 40, pp. 241 y ss. (= *NJW*, 1994, pp. 2703 y ss.; *JZ* 1995, pp. 145 y ss., con anotación de ROXIN).

⁵⁷⁵ La cadena de condenas a los guardias de fronteras fue iniciada por la resolución del LG Berlin 20.1.1992 (*JZ*, 1992, pp. 691-696) y ha originado diversos pronunciamientos del BGH. Los más importantes serían, a mi juicio, las dos primeras resoluciones, *BGHSt* 39, pp. 1 y ss. -3.11.1992-. (= *NJW*, 1993, pp. 141-149; *JZ* 1993, pp. 199-206) y *BGHSt* 39, pp. 168 y ss. -25.3.1993- (= *NJW*, 1993, pp. 1932-1938; *NSStZ*, 1993, pp. 486 y s.) que han trazado el camino seguido por las sentencias posteriores, así como *BGHSt* 41, pp. 101 y ss. -20.3.1995- (= *NJW*, 1995, pp. 2728-2732; *NSStZ*, 1995, pp. 401-403), en la que se responde a las críticas doctrinales formuladas contra su jurisprudencia. *Vid.* también, *BGHSt* 39, pp. 168 y ss. -25.3.1993- (= *NJW*, 1993, pp. 1932 y ss.); BGH -8.6.1993-, *NSStZ*, 1993, pp. 488 y s.; *BGHSt* 39, pp. 353 y ss. -20.10.1993- (= *NJW*, 1994, 267-271); *BGHSt* 40, pp. 48 y ss. -18.1.1994- (= *NJW*, 1994, pp. 2237 y ss.); *BGHSt* 40, pp. 113 y ss. -19.4.1994- (= *NJW*, 1994, 2240); *BGHSt* 40, pp. 218 y ss. -26.7.1994 (= *NJW*, 1994, 2703); BGH -7.2.1995-, *NJW*, 1995, 1437; BGH -20.3.1995-, *NJW*, 1995, 2732; BGH Besch. -18.5.1995-; *NSStZ*, 1995, 497. En la mayoría de casos se condenó por homicidio por dolo eventual, consumado o intentado, si bien por distintas vías las penas (muchas de ellas penas juveniles, dada la edad de los guardias de fronteras en el momento de los hechos) eran atenuadas hasta niveles que permiten la suspensión de la ejecución. En muchas sentencias se ha tenido en cuenta que los acusados (soldados, suboficiales u oficiales de bajo rango) se encontraban en el seno de una relación fuertemente jerarquizada propia de un Estado totalitario, lo que permite considerar que se trata de “casos menos graves” de homicidio, atemperándose así notablemente la pena. Sirva a título de ejemplo, el auto del BGH de 18.5.1995, (*NSStZ*, 1995, p. 497), en el que se mantiene una pena juvenil de privación de libertad de 1 año y 3 meses (dejada en suspenso) por una tentativa de homicidio doloso cometidos en 1961 (¡hace 35 años!). AMELUNG, *JuS*, 1993, p. 643, crítico con muchos aspectos de estas sentencias, reconoce que, de acuerdo con la calificación jurisprudencial de los hechos, las penas pronunciadas son extraordinariamente leves. Más que las penas en sí, parece que el principal objetivo de los tribunales alemanes sea declarar el carácter de injusto de tales hechos, tanto por su valor simbólico como por facilitar el establecimiento de la responsabilidad por esos sucesos a los dirigentes de la RDA.

⁵⁷⁶ *Vid.*, *BGHSt* 40, pp. 218 y ss. -26.7.1994- (*NJW*, 1994, pp. 2703 y ss.). Este caso ha sido objeto de la sentencia *Mauerschützen* del BVerfG (*vid.* n. 644).

abordar con menor complejidad la intrincada problemática que se planteaba en estos procesos. Para ilustrar el tema puede servirnos de ejemplo el siguiente caso:

La noche del dos de febrero de 1972, dos *Mauerschützen* descubrieron a un joven que, con la intención de alcanzar el sector occidental de Berlín, estaba cruzando a nado el río Spree, que separa las dos zonas de la ciudad. Tras proferir la voz de alto y efectuar algunos disparos de advertencia que fueron desatendidos, los guardias dispararon varias ráfagas de fusil automático contra el fugitivo desde una distancia de unos 40 metros. Una de las balas alcanzó en la cabeza a la víctima, que acabó muriendo ahogada en el río. Los soldados fueron relevados esa misma noche y, con posterioridad, fueron condecorados y recompensados económicamente. Un mes más tarde se le comunicó a la viuda que su marido se había suicidado y que su cuerpo había sido incinerado. Dos décadas después, tras la caída de la RDA, ambos guardias fueron condenados en calidad de coautores de un homicidio a una pena de un año y diez meses de prisión, dejándose en suspensión condicional la ejecución de la misma⁵⁷⁶.

3. Las sentencias del BGH que confirman las condenas dictadas en esta clase de supuestos presentan, a grandes rasgos, la siguiente estructura. Primeramente, se rechaza la aplicación como causa de justificación de los diversos preceptos del ordenamiento jurídico de la RDA que, al menos formalmente, autorizaban el empleo de armas de fuego en esas condiciones. A continuación, una vez afirmada la antijuricidad penal de la causación de la muerte, se desestima también una posible exclusión de la culpabilidad, tanto por actuación en cumplimiento de órdenes, como por error de prohibición invencible. Algunas de estas decisiones han sido recurridas en amparo constitucional por posible vulneración de la prohibición de retroactividad de las leyes penales, o bien del principio de culpabilidad, argumentos que han sido rechazados en una trascendental sentencia del BVerfG.

4. Antes de entrar en el análisis de la problemática que se presenta en materia de error de prohibición, es necesario aclarar, como presupuesto previo, el fundamento de la antijuricidad penal de estas conductas. Dado el extraordinario interés que suscita este aspecto, tanto desde la perspectiva del propio concepto de Derecho como por la profunda afectación del principio de legalidad que puede comportar, resulta oportuno analizarlo con cierto detenimiento.

B. La antijuricidad de la acción de disparar sobre los fugitivos

1. La competencia de la jurisdicción penal de la RFA sobre los crímenes cometidos antes de la reunificación dependía de que los hechos fueran considerados delitos también por el Derecho de la RDA⁵⁷⁷. De no ser así, la condena de los autores de tales conductas comportaría una vulneración de distintas facetas del principio de legalidad, en especial la prohibición de retroactividad de las leyes penales⁵⁷⁸. La respuesta a si las muertes ocasionadas por disparos de los guardias fronterizos eran homicidios punibles según el ordenamiento jurídico de la RDA está condicionada por dos problemas previos⁵⁷⁹: la cuestión del método de interpretación y el de la vigencia de las normas de la RDA.

Respecto al primero de ellos, hay que tener en cuenta que, en los Estados marxista-leninistas, tanto los principios materiales como los cánones interpretativos eran sensiblemente distintos a los aplicados en los Estados de Derecho democráticos occidentales. Así, por ejemplo, imperaba el principio de “legalidad socialista”⁵⁸⁰, que propugnaba una interpretación y aplicación partidista del Derecho con absoluta subordinación del mismo a los objetivos

⁵⁷⁷ Según la doctrina mayoritaria, ello es consecuencia de que, con la implantación de la jurisdicción de la RFA en el territorio de la antigua RDA se produce un supuesto de sucesión de normas (regulado expresamente en el art. 315 de la Ley de introducción del StGB de 1990 -EG StGB-). El mismo requisito sería exigible si se plantea la cuestión como un caso de aplicación extraterritorial de la ley penal de la RFA por tratarse de hechos a los que ya les era aplicable el Derecho penal de la RFA antes de la reunificación (art. 315.4 EG StGB y §§ 5-7 StGB); en el caso de los *Mauerschützen*, la aplicación directa del StGB se basaría en el principio de personalidad pasiva (§ 7.1 StGB), cuya aplicación también depende en última instancia de que el hecho sea punible también en el lugar de comisión.

⁵⁷⁸ Art. 103 II GG: Un hecho sólo puede ser castigado penalmente si la punibilidad estaba prevista legalmente en el momento de su comisión. § 2 StGB: (1) La pena y sus consecuencias accesorias se determinan según la ley vigente en el momento del hecho. (2) Si la ley vigente en el momento de la consumación del hecho es modificada antes de la resolución judicial, se aplicará la ley más favorable.

⁵⁷⁹ En lo que sigue me ciño a la introducción al problema efectuado por AMELUNG, *GA*, 1996, pp. 53-54.

⁵⁸⁰ Cfr. AMELUNG, *JuS*, 1993, pp. 641-642 y HERRMANN, *NStZ*, 1993, p. 119.

políticos de construcción del socialismo establecidos monopolísticamente por el Partido Comunista⁵⁸¹. Por lo tanto, el juez de la RFA se enfrentaba a la disyuntiva de aproximarse a un ordenamiento jurídico extraño aceptándolo según sus propios cánones interpretativos o bien proceder a su reinterpretación para depurarlo de aquellos elementos objetables desde la perspectiva de un Estado de Derecho.

Por lo que se refiere al problema de la vigencia auténtica del ordenamiento de la RDA, es decir, cuál era el contenido real de sus normas, existen dudas acerca de si debía entenderse que el contenido de las mismas provenía –aunque fuera tímidamente– del sentido posible de los textos legales, o bien primaba la actuación cotidiana de tribunales y órganos oficiales de la RDA, a pesar de que se violara muy a menudo el tenor literal de los enunciados⁵⁸². Veamos cómo se refleja esta cuestión en relación con la regulación de la actuación de las fuerzas de seguridad en la zona fronteriza.

1. Régimen fronterizo legal y real

1. Al igual que en el caso descrito anteriormente como ilustración del problema⁵⁸³, en la mayoría de juicios sólo se ha conseguido probar que los cuerpos de seguridad disparaban contra los fugitivos sin ánimo de matar pero aceptando la posibilidad de la muerte de víctima⁵⁸⁴. Admitamos, pues,

⁵⁸¹ *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands* (SED) en el caso germano-oriental.

⁵⁸² En el momento de determinar si se estaban vulnerando las normas escritas de la RDA, debería poderse efectuar una distinción entre lo que sería una interpretación socialista de los preceptos legales escritos (así, por ejemplo, el concepto de proporcionalidad cuando están en conflicto intereses estatales e individuales funcionaría de forma inversa a la occidental), y lo que sería una violación flagrante, arbitraria, de esta legalidad escrita socialista (así, la falta de asistencia médica a un fugitivo gravemente herido o la tortura). Cuestión distinta es si el Derecho en un Estado comunista estaba delimitado básicamente por esos preceptos legales escritos (interpretados según principios socialistas) o bien se considera, desde un positivismo sociológico radical, que en esas sociedades “lo jurídico” estaba determinado exclusivamente por lo cotidiano, por aquello que sistemáticamente se considera permitido, obligatorio o prohibido por la práctica estatal diaria.

⁵⁸³ *Vid. supra* p. 247.

⁵⁸⁴ Es bastante difícil probar situaciones de dolo directo de primer grado o en las que no se ha respetado el principio de necesidad en el empleo y forma de uso de las armas. Ello es resultado del largo periodo de tiempo transcurrido en muchos casos, a que la

como hipótesis de trabajo, que *el comportamiento estándar* de los *Mauerschützen* realiza el tipo de homicidio por dolo eventual⁵⁸⁵. Por consiguiente, la cuestión decisiva que se plantea es determinar si una conducta de esta naturaleza estaba amparada por alguna causa de justificación.

2. El empleo de armas de fuego en la zona fronteriza estuvo disciplinada desde 1961 por distintas normas, si bien hasta 1982 no fue regulada por ley, concretamente la Ley de Fronteras (GrenzG-DDR), que restringió notablemente la normativa que la había precedido⁵⁸⁶. La GrenzG-DDR establecía el uso gradual de las medidas coactivas destinadas a proteger la frontera. Como supuesto extremo, su § 27 permitía el uso de armas de fuego para evitar la comisión inmediata de un *delito grave*, siempre que su empleo fuera el único medio idóneo para ello y hubiesen fracasado otras medidas menos lesivas o éstas se mostraran claramente inútiles. De todas formas, la ley disponía también que la vida de las personas no debía preservarse en cualquier caso, sino solamente que debía ser preservada “en lo posible” dada la situación⁵⁸⁷. En definitiva, según la regulación legal, regía el

víctima no solía sobrevivir y a que, muy a menudo, el principal material probatorio son los propios documentos de la Guardia de Fronteras, que presentaban siempre un comedido uso de la fuerza. Es probable que en algunas de las opiniones en contra de toda posibilidad de justificación de esas conductas subyazca el convencimiento extraprocesal de que en la frontera se disparaba sistemáticamente a matar sin previo aviso.

⁵⁸⁵ Tanto consumado como en grado de tentativa. En algún supuesto se apreció simplemente dolo de lesionar, cosa que ha posibilitado la exculpación (*vid.* n. 672). Se ha cuestionado si en el establecimiento de las limitaciones a la causa de justificación que permite el empleo de armas contra las personas tienen alguna transcendencia criterios subjetivos (como la distinción entre dolo eventual y culpa consciente, tal como es concebida mayoritariamente) o bien si tales limitaciones deben estructurarse exclusivamente en torno al riesgo objetivo de la conducta. Cfr. AMELUNG, *JuS*, 1993, p. 639 y MIEHE, *Gitter-FS*, p. 662.

⁵⁸⁶ Cfr. una panorámica de dicha normativa en el FJ A.I de la S. BVerfG 24.11.1996 (n.644) y en FJ II 1 S. BGH 2.11.92 (n. 575) y en KUHLEN-GRAMMINGER, *JuS*, 1993, pp. 33 y s. Una circular interna de 1967, que continuó rigiendo incluso tras la ley de 1982, se aproxima bastante a la práctica real. Según esta circular, el uso de armas de fuego era preceptivo para proceder a la detención de las personas que no acataran las ordenes del puesto fronterizo tras aviso oral o disparo de advertencia. Cuando no existiera ninguna otra posibilidad para evitar la huida, los disparos debían tender, si era posible, a la inmovilización del sujeto para proceder a su detención.

⁵⁸⁷ STARCK, *JZ*, 1997, p. 148, considera que estos preceptos tenían una función puramente propagandística y encubridora de la práctica real y que carecían de toda

principio de necesidad, mas no el de proporcionalidad⁵⁸⁸, al menos tal como se entendía en occidente. El círculo quedaba cerrado por el Código penal de la RDA (StGB-DDR), en el que se tipificaban la mayoría de las modalidades de cruce ilegal de frontera como delitos graves o, por lo menos, así era interpretado constantemente por los jueces de la RDA cuando castigaban a los fugitivos que habían fracasado en su intento de huida⁵⁸⁹.

3. La actuación real del Estado⁵⁹⁰ era menos estricta que la prevista en la regulación legal formal. A través de circulares internas, instrucciones, órdenes, etc., las instancias estatales dejaron siempre bien claro que la indemnidad de la frontera debía mantenerse a cualquier precio, “eliminando” (*vernichten*) a los transgresores si no existiera otro medio para evitar la fuga. A este fin, los soldados eran reunidos cada vez que entraban de servicio y se les daba la consigna de impedir todo intento de cruce de frontera, a costa, si era necesario, de la muerte del fugitivo. Los soldados eran conscientes, además, de que toda fuga consumada era cuidadosamente investigada, mientras que las muertes de los fugitivos nunca eran objeto de indagación judicial sino justo lo contrario, eran motivo de premio. Esta situación, nunca contradicha por ninguna instancia pública y que se resumiría en la absoluta prevalencia de la protección de la frontera frente a

vocación rectora o determinante de la actuación del Estado. AMELUNG, *GA*, 1996, p. 56 sin llegar a este extremo, considera que la existencia de la GrenzG-DDR, respondió a las dificultades de las autoridades para admitir abiertamente la orden de “eliminación” de los fugitivos, ante el creciente rechazo de la población.

⁵⁸⁸ Vid. MIEHE, *Gitter-FS*, p. 651.

⁵⁸⁹ Vid. AMELUNG, *JuS*, 1993, p. 639 y MIEHE, *Gitter-FS*, p. 652. Según el § 213 DDR-StGB, los casos graves eran la comisión del hecho junto a otras personas, la puesta en peligro de la salud de las personas, la utilización de medios o métodos subrepticios o peligrosos y la inutilización de medidas de seguridad o cuando el hecho se ejecutase con especial “intensidad” (vid. ARNOLD-KÜHL, *JuS*, 1992, p. 994 y KÜHLEN-GRAMMINGER, *JuS*, 1993, p. 34). En realidad los supuestos cualificados se acababan convirtiendo en la regla general puesto que era casi imposible cruzar la frontera si no era mediante alguna de las modalidades descritas (cfr., al respecto, SCHROEDER, *JR*, 1993, p. 45, que denuncia la calculada ambigüedad de la legislación de la RDA). La propia aplicación de este delito de “fuga de la República” por parte de los jueces de la RDA ha dado pie a algunos procesos por prevaricación (vid., sobre ello, AMELUNG, *GA*, 1996, pp. 60 y ss. y SPENDEL, *MDR*, 1996, pp. 177 y ss.).

⁵⁹⁰ Cfr., al respecto, S. BVerfG, 24.11.1996, FJ A. I. a) dd) (nota 644) o S. BGH 18.1.1994, *NJW*, 1994, p. 2238. Vid., también, AMELUNG, *NStZ*, 1995, pp. 29-30.

la vida, ha sido denominada por el BGH *praxis estatal*⁵⁹¹. Finalmente este dispositivo estaba muy a menudo reforzado por actuaciones más informales como la práctica, bastante extendida, de no asistir médicamente con presteza a los fugitivos heridos⁵⁹² o incluso, llegándose al asesinato de alguna persona una vez capturada⁵⁹³.

2. Tratamiento jurisprudencial de la actuación de los Mauerschützen

1. El BGH ha rechazado que tales conductas estuvieran justificadas jurídico-penalmente⁵⁹⁴. Según éste, en principio podría aceptarse que la *praxis estatal* ya mencionada tenía carácter jurídico, es decir, era una forma de aplicación de la legislación fronteriza conforme a unos patrones socialistas concebidos muy ampliamente. Ahora bien, puesto que asimismo era posible efectuar una interpretación favorable a los derechos humanos (*menchsfreundliche Auslegung*) de las normas escritas de la RDA que dejase sin cobertura legal la orden de disparar⁵⁹⁵, esta *praxis* no estaba

⁵⁹¹ *Vid.*, por todos, S. BGH 3.11.1992 (*NJW*, 1993, pp. 143-144). Así, a pesar de que, seguramente, abrir fuego automático con dolo eventual de matar no sería posible según una interpretación formal de la GrenzG-DDR, esta conducta quedaría cubierta por la aplicación socialista de dicha norma expresada en la *praxis estatal*. Puesto que, como se verá, el BGH recurre posteriormente a principios supralegales para invalidar esta práctica, el TS alemán no tiene demasiados reparos en configurar la misma de forma bastante amplia, incluyendo situaciones en las que no sólo no se respeta el principio de proporcionalidad sino incluso el de necesidad.

⁵⁹² Así, en el caso de la S. BGH 3.11.1992, la víctima de los disparos tardó cuarenta y cinco minutos en ser evacuada y fue trasladada al hospital de la Policía Popular, a más de dos horas de distancia del centro de Berlín, lugar donde habían sucedido los hechos. La vida del fugitivo se hubiese podido salvar caso de haber recibido asistencia inmediata (*vid. NJW*, 1993, pp. 141 y 144).

⁵⁹³ Así, en el caso S. BGH, *NStZ*, 1994, p. 125.

⁵⁹⁴ Cfr., especialmente, las SS. BGH 3.11.1992 y 25.3.1992, que trazaron la línea seguida posteriormente por todas las decisiones y, en especial, la S. BGH 20.3.1995, donde se responde a las críticas de la doctrina (*vid. n. 575*). Cfr. también la ya mencionada S. BGH 26.7.1994 (n. 576). *Vid.*, también, el resumen jurisprudencial de AMELUNG, *GA*, 1996, pp. 54-59.

⁵⁹⁵ En sus primeras sentencias el BGH utiliza una combinación de distintos argumentos para rechazar la justificación de las conductas de los guardias de fronteras, pero esforzándose en mantener las soluciones en el seno del Derecho interno de la RDA; *vid.* un análisis crítico de esta heterogeneidad de criterios en SCHROEDER, *JR*, 1993, pp. 47-50. Así, en un primer momento, el BGH ensayó una vía más positivista al intentar integrar, por vías muy cuestionables, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

jurídicamente justificada. En otras palabras, existe una interpretación “socialista” correcta, alternativa a la oficial que invalidaría a esta última. Para ello se utilizan diversos preceptos de la Constitución de la RDA que darían entrada al principio de proporcionalidad⁵⁹⁶.

2. Paralelamente a esta argumentación, el Tribunal Supremo alemán afirma también que el empleo letal de armas de fuego contra simples fugitivos vulnera derechos humanos reconocidos internacionalmente, cosa que, con independencia de la posible transposición de los mismos al Derecho interno de la RDA, provocaría la invalidez de las pretendidas causas de justificación. Poco a poco, conforme se ha ido haciendo más complicada la aplicación de soluciones internas como las mencionadas en el punto anterior, al ser cada vez más antiguos los casos que van llegando a los tribunales, el recurso a elementos de raíz iusnaturalista ajenos al ordenamiento jurídico germano-oriental se ha consolidado como argumento central de la jurisprudencia para rechazar la justificación de la conducta de abrir fuego con dolo eventual de matar sobre un fugitivo.

3. Llegados a este punto, al no existir causas de justificación para tales hechos, el BGH considera que no queda sino aplicar las correspondientes formas de homicidio del StGB-DDR. En definitiva, para la jurisprudencia alemana las normas que justificaban el uso de fuerza mortal y que estuvieron fácticamente vigentes durante todos esos años eran inválidas *ab initio* y, en consecuencia, las conductas ya eran penalmente antijurídicas según el ordenamiento de la propia RDA desde el momento mismo de su comisión. Ello posibilita, por tanto, castigar esos hechos sin que se vea afectada la prohibición de aplicación retroactiva de leyes penales desfavorables.

Políticos en el ordenamiento interno de la RDA. Sin embargo, con la aparición de casos anteriores a la fecha del ingreso de la RDA en las Naciones Unidas (1974), esta vía debió abandonarse, y se apeló directamente a la propia constitución de la RDA. No obstante, conforme se fueron juzgando casos más antiguos en los que el ordenamiento jurídico de la RDA de aquellos momentos ofrecía cada vez menos resquicios interpretativos, el BGH va trasladando el centro de gravedad de su argumentación a fórmulas supralegales de invalidación del Derecho de la RDA, que, como argumento secundario, habían estado presentes desde el primer momento.

⁵⁹⁶ S. BGH 26.7.1994, *NJW*, 1994, p. 2710. *Vid.*, también, MIEHE, *Gitter-FS*, pp. 652 y s.

3. Posiciones doctrinales

Veamos cómo encaja este planteamiento en el panorama doctrinal alemán. La doctrina científica se ha mostrado muy dividida ante la pregunta de si el comportamiento de los guardias fronterizos estaba jurídicamente justificado en el momento de su comisión. Pese a sus múltiples matizaciones, el elevado número de opiniones expresadas al respecto puede agruparse en torno a los siguientes polos⁵⁹⁷ :

a) Concepción fáctica del Derecho de la RDA

1. Según esta perspectiva, que tiene a JAKOBS como principal valedor⁵⁹⁸, existía en la RDA un conjunto de reglas reales y efectivas, situadas por encima del Derecho escrito, no publicadas formalmente pero que constituían el auténtico ordenamiento jurídico. En todo Estado totalitario, los textos legales no delimitan lo jurídico de lo antijurídico, sino que son las decisiones de las instancias que poseen realmente el poder (el *Führer*, el Partido, etc.) las auténticas fuentes del Derecho. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico real es aquello que es practicado sistemáticamente por el Estado, como lo prueba el hecho de que los componentes de estas sociedades actúan considerando que tales directivas, más o menos explícitas, son vinculantes. Todo ello con independencia de su correspondencia con los textos legales escritos, que acaban siendo simples borradores de lo auténticamente normativo o, incluso, mera propaganda. Por tanto, en el supuesto concreto de los *Mauerschützen*, el *modus operandi* existente en la frontera sistemáticamente apoyado por todas las instituciones del Estado era conforme a Derecho porque precisamente eso era *el Derecho*. En definitiva, no puede considerarse prohibido aquello que en la realidad jamás será

⁵⁹⁷ Centrado básicamente en la penalística.

⁵⁹⁸ Cfr. JAKOBS, *ADPCP*, 1994, pp. 140-145 y *el mismo*, *GA*, 1994, pp. 5-10. En sentido parecido, PAWLK, *GA*, 1994, pp. 472 y ss. Crítico LÜDERSSEN, *ZStW* (104), 1992, pp. 741 y ss. y SCHROEDER, *JZ*, 1992, pp. 990 y ss. Otros autores coinciden igualmente en esta visión de lo que era auténticamente el Derecho para la RDA y en el rechazo a una vinculación formal a los textos escritos, sin perjuicio de recurrir posteriormente a elementos supraleales para rechazar la posible licitud de la conducta: así FROMMEL, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 83-85 o HRUSCHKA, *JZ*, 1992, p. 669.

perseguido ni castigado por el poder público⁵⁹⁹.

2. La crítica más importante dirigida contra este planteamiento es que, aún aceptando que no puede ser considerado Derecho aquello que no es llevado a la práctica o, al menos, que no tiene ninguna posibilidad de ser aplicado por los operadores jurídicos, ello no comporta que la pura facticidad pueda adquirir naturaleza jurídica⁶⁰⁰. Por otra parte, otra objeción importante sería que, si se rompe completamente todo vínculo con los textos legales escritos, cualquier clase de exceso brutal (por ejemplo la tortura) acabaría justificándose jurídicamente por el simple hecho de que estuviera regularmente respaldada por el poder coactivo del Estado.

b) Concepción formal del Derecho de la RDA

1. La mayoría de autores parten de la existencia de un ordenamiento jurídico de la RDA creado a través de fuentes formales más o menos semejantes a las de un Estado de Derecho. Entienden que los textos legales escritos (así, por ejemplo, la GrenzG-DDR) configuran el único marco jurídico válido para enjuiciar los hechos objeto de debate y que éstos constituyen la base y el límite de cualquier reflexión. Hasta aquí los puntos de coincidencia. Las discrepancias aparecen cuando se trata de determinar las consecuencias de este planteamiento.

2. Para un primer grupo de autores, el uso de armas de fuego contra fugitivos desarmados *podría estar justificado*. El fundamento de ello reside en que las normas de Derecho escrito de la RDA sólo pueden ser interpretadas en el contexto y conforme a los métodos que les eran propios, aunque el resultado sea un Derecho materialmente pervertido⁶⁰¹. En el proceso de

⁵⁹⁹ No se refiere a que por el simple hecho de no ser perseguida una conducta concreta, ésta no sea constitutiva de delito, sino sólo si sistemáticamente tales conductas no son objeto de persecución alguna. Es entonces cuando lo impune deja de ser punible.

⁶⁰⁰ *Vid.*, por todos, SCHROEDER, *JZ*, 1992, pp. 990 y s. y STARCK, *JZ*, 1997, p. 147.

⁶⁰¹ “Existe una necesidad constitucional de observar exclusivamente el Derecho «pervertido» de la RDA” (DANNECKER-STOFFERS, *JZ*, 1996, p. 493). *Vid.*, también en ese sentido, DANNECKER, *Jura*, 1994, pp. 588 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN en MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar zum GG*, Art. 103, Abs. II, Nm. 255, p. 63; MIEHE, *Gitter-FS*, p. 650. El propio BGH consideró que, al no estar la praxis estatal en la frontera desautorizada por los

obtención de ese Derecho debe evitarse la introducción de elementos ajenos al ordenamiento de la RDA, tanto de tipo material –por ejemplo, el principio de proporcionalidad–, como formal –por ejemplo, el principio de jerarquía normativa–, puesto que durante el periodo de existencia de la RDA, la utilización de tales principios y métodos no era una alternativa real, ni siquiera en potencia y, por tanto, no podían tener ninguna pretensión de vigencia. A partir de esa premisa, existe coincidencia entre estos autores en que el *caso Mauerschützen estándar* estaría justificado por el Derecho de la RDA⁶⁰². No obstante, y a diferencia del positivismo sociológico descrito en el apartado anterior, desde esta postura se entiende que los textos legales ofrecen una base normativa diferenciable de la mera facticidad por lo que sería posible distinguir en los sucesos fronterizos entre los supuestos acordes con la situación *jurídica* vigente en la RDA y otras prácticas regulares ampliamente extendidas pero ilegales, es decir, los *excesos*⁶⁰³. Éstos consistirían básicamente en no tener en cuenta la necesidad concreta del medio lesivo empleado como, por ejemplo, abrir fuego automático desde un primer momento cuando todavía existen posibilidades de intentar abortar la fuga de forma menos drástica.

De todas formas, estos autores difieren en sus resultados según el grado de pureza metodológica que están dispuestos adoptar. Así, mientras que algunos exploran las posibilidades interpretativas propias de la “legalidad socialista” y consideran justificadas un elenco considerable de conductas⁶⁰⁴,

tribunales ni por las autoridades competentes, la misma podía ser fruto de una *interpretación jurídica* de las normas de la RDA, si bien dicha interpretación era rechazable por los motivos que posteriormente se indicarán.

⁶⁰² *Vid.*, en este sentido, el análisis del tenor § 27 GrenG-DDR que efectúa MIEHE, *Gitter-FS*, pp. 651-653. También KÜHLEN-GRAMMINGER, *JuS*, 1993, p. 36. También, para ALEXY, *Mauerschützen*, p. 21. –partidario de la soluciones suprapositivas– desde la perspectiva del Derecho positivo interno de la RDA el caso estándar de los *Mauerschützen* estaba justificado.

⁶⁰³ En cambio, para JAKOBS, *GA*, 1994, pp. 9 y s., es completamente irrelevante si un determinado supuesto es incluíble o no dentro del tenor literal de un precepto permisivo. Lo decisivo es simplemente si tales hechos estaban siendo castigados en la RDA. Sólo los excesos privados podrían ser verdaderos excesos.

⁶⁰⁴ *Vid.* MIEHE, *Gitter-FS*, pp. 651-653 o HERRMANN, *NStZ*, 1993, p. 487. El propio BGH, cuando llega a la conclusión de que según la praxis jurídica de la RDA, en última instancia el empleo de armas siempre estaba justificado (cfr. S. BGH 20.3.1995, *NJW*, p. 2729).

otros limitan su positivismo simplemente a evitar contaminaciones valorativas propias de la RFA, pero efectúan una interpretación formal – gramatical y sistemática– de los textos escritos, con lo que se aproximan bastante a las posiciones restrictivas que se describirán a continuación y acaban considerando justificados un grupo mucho más reducido de supuestos⁶⁰⁵.

3. Una segunda posición, más restrictiva, la constituyen quienes, también a partir del propio ordenamiento jurídico formal de la RDA, entienden que *no estaba permitido disparar*, ni siquiera en el caso estándar descrito, por cuanto una correcta interpretación de las normas autorizantes y de otros preceptos de rango superior dejaban fuera de la ley a la *praxis estatal*. Desde estas posturas se considera que el hecho de que las autoridades y tribunales de la RDA no persiguieran tales conductas no significaba que no estuvieran prohibidas, sino simplemente que existía un divorcio absoluto entre lo que hacían los operadores jurídicos y el ordenamiento jurídico genuinamente válido. El Derecho escrito de la RDA no debía ser visto sólo como un instrumento maleable al servicio de los objetivos políticos del SED sino que, precisamente por ser Derecho, también podía ser utilizado como límite a los mismos. Probablemente al régimen comunista sólo le interesaban los textos legales para tejer una tupida malla encubridora de la

⁶⁰⁵ Así LÜDDERSEN, *ZStW* (104), 1992, p. 748 y su proposición de tomar sus leyes simplemente según sus propias palabras. En sentido parecido, DREIER, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 66-68. Según éste último, el § 27 GrenzG-DDR es cuestionable ético-jurídicamente pero su contenido normativo no constituye un “injusto extremo” y debe ser considerado Derecho vigente. Por tanto, debería distinguirse el uso conforme al principio de proporcionalidad de las armas de fuego –que abarcaría las lesiones y ciertos peligros de muerte– y los excesos –disparar a matar y ciertos casos de imprudencia muy grave–, que darían pie a responsabilidad penal de los soldados. Cuestión distinta es que tales excesos fueran sistematizados e institucionalizados por una *praxis estatal* mantenida en secreto que entra en abierta contradicción con el contenido literal de la norma escrita, lo que fundamentaría en tales supuestos la responsabilidad penal de los dirigentes de la RDA. A mi juicio, el problema de esta postura radicaría en si este uso proporcionado de las armas deriva simplemente del principio de uso menos lesivo posible de las armas ya expresado en la legislación de la RDA (*vid supra* p. 250), o si supone en realidad, como parece, una restricción “occidental” en la ponderación de los intereses en juego. Por lo demás, como todas las posiciones intermedias, supone caer en una trampa positivista, puesto que sus restricciones literalistas precisan del apoyo de textos legales inexistentes en los años más duros del régimen comunista, con lo que sólo serían antijurídicos los homicidios más recientes.

situación real, pero esos mismos mimbres jurídicos pueden servir ahora para trenzar la red con la que atraparlos. Las vías por las que se llega a esta conclusión son diversas.

El BGH patrocina la ya mencionada “interpretación favorable a los derechos humanos”. Su planteamiento parte de la base de que existen principios materiales reconocidos en el propio Derecho interno de la RDA que invalidan la *praxis estatal* y que obligan a una interpretación más restrictiva de las normas que dieron cobertura a la misma. En concreto, la solución se encuentra en una interpretación de las causas de justificación del empleo de las armas de fuego a la luz de la Constitución de la RDA en conexión con los pactos internacionales en materia de Derechos humanos⁶⁰⁶. Según esto, el derecho a la vida y el principio de proporcionalidad ocupan un lugar lo suficientemente preeminente en el ordenamiento jurídico de la RDA como para invalidar cualquier norma o aplicación de la misma que autorizara el homicidio doloso de una persona que intentara simplemente cruzar la frontera. El BGH admite que el ordenamiento de la RDA nunca fue interpretado de la forma que él propone, pero considera que las potencialidades interpretativas que ahora

⁶⁰⁶ *Vid. supra* p. 252. Ténganse presentes, sin embargo, los problemas indicados en la n. 595 referentes al mantenimiento de esta postura conforme se van juzgando casos más antiguos con un entorno legal cada vez más hostil, si bien esta interpretación se ha ensayado incluso tomando como apoyo la antigua Constitución de la RDA de 1949, antes de que la misma subscribiera cualquier tratado internacional sobre derechos humanos. A mi entender, en la jurisprudencia del BGH (*vid.*, por todas, S. BGH 20.3.1995, *NJW*, pp. 2729 y s.) se observa una cierta contradicción. Por un lado se rechaza toda interpretación externa occidentalizada del ordenamiento jurídico de la RDA y se admite que no es posible un manejo de dicho ordenamiento según los cánones formales de un Estado de Derecho: así, por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán entiende que no es admisible la interpretación efectuada por algún tribunal inferior en el sentido de que las acciones anteriores a la entrada en vigor de la *GrenG-DDR* no podrían estar justificadas, porque las normas que supuestamente las amparaban, en tanto que limitadoras de derechos, debían adoptar la forma de ley, por cuanto la división de poderes, el concepto de legislador y el principio de legalidad en la RDA estaban completamente alterados. Este respeto al carácter distinto del Derecho socialista lo mantiene el BGH incluso en el momento de la interpretación de los propios preceptos escritos de la RDA, al admitir como jurídica la *praxis estatal* en la frontera, pese a que admite que iba más allá de su tenor literal. Sin embargo, acto seguido, cuando analiza las garantías materiales de la constitución de la RDA, el BGH admite la posibilidad de una interpretación favorable a los derechos humanos, con lo que acaba admitiendo una interpretación *materialmente* orientada hacia un Estado de Derecho.

pueden ser plenamente explotadas estuvieron presentes en todo momento, hasta el punto de que, en los últimos años de existencia de la RDA, posibilitaron ya algunas tímidas limitaciones en otros ámbitos⁶⁰⁷. Aunque el BGH no ha llegado a plantearlo abiertamente, en su argumentación subyace la idea se trata simplemente de un cambio en la interpretación jurisprudencial de una norma, *invalidante* de la interpretación que dominaba con anterioridad y no sujeta al principio de irretroactividad, puesto la nueva interpretación se funda en las normas jurídicas vigentes en el momento de los hechos.

En esta misma línea de negar la justificación desde una perspectiva interna al Derecho de la RDA, se sitúan algunos autores que mantienen postulados más restrictivos que el propio BGH. En primer lugar, rechazan toda interpretación “socialista” o invocación sociológica que pudiera juridificar la praxis estatal. Si la RDA no se había molestado en dar cobertura legal clara a la actuación en la frontera tal como se estaba llevando a la práctica, la jurisprudencia de la RFA no está obligada a reconocer causas de justificación que la propia jerarquía de la RDA no se había atrevido a adoptar abiertamente. Es más, deben aprovecharse todas las posibilidades que ofrecen esas normas escritas para restringir al máximo la impunidad⁶⁰⁸. Por tanto, el conjunto de instrucciones, circulares, ordenes orales etc. que integran dicha práctica, no cumple los requisitos formales necesarios que caracterizan a una norma integrante de un ordenamiento jurídico, por lo que, más allá del tenor literal del § 27 GrenzG-DDR, no rigió en el país ninguna otra causa de justificación⁶⁰⁹. Acto seguido, proceden a una

⁶⁰⁷ S. BGH 3.11.1992, *N/W*, 1993, pp. 146-147.

⁶⁰⁸ SCHROEDER, *JR*, 1993, p. 47. La idea consiste en utilizar la apariencia formal de Derecho en un sentido doble. Por una parte, sólo debe ser reconocido como Derecho aquello que el Estado esté dispuesto a admitir a la luz del día. Por otra, los textos con apariencia de norma según los cánones de un Estado de Derecho se utilizan como una “trampa” donde atrapar a quienes sólo los han utilizado con fines propagandistas. Este es un argumento que se debilita conforme nos remontamos a los momentos más duros del Régimen, cuando casi no tenía pudor en reconocer tales barbaridades. Por otra parte, por esta vía la conclusión lógica es simplemente que en la RDA no existía el Derecho, ya que las normas reales no eran jurídicas y las aparentemente jurídicas eran simplemente propaganda.

⁶⁰⁹ *Vid.* STARCK, *JZ*, 1997, p. 148. Según este autor, sólo puede ser Derecho aquello que un Estado es capaz de reconocer públicamente como obligatorio y la RDA se

interpretación formal y muy restrictiva de los preceptos escritos de la RDA, explotando las posibilidades de otros preceptos que, pese a no ser utilizados por los órganos jurisdiccionales de la RDA, hubiesen permitido establecer también la antijuricidad de tales prácticas⁶¹⁰. Sirva de ejemplo el planteamiento de STARCK en relación con el § 27 GrenG-DDR⁶¹¹. Como ya se ha indicado, según este precepto, el presupuesto para la utilización de las armas de fuego era la comisión de un delito grave, consideración que dependía de la pena prevista para cada infracción penal. Según su marco penal, el delito de fuga podía ser tanto un delito grave como un delito leve, por lo que todo quedaba a expensas de la valoración concreta que el juez efectuara del hecho⁶¹². Pues bien, según este autor, dado que no era previsible *ex ante* que un delito de fuga fuera constitutivo de delito grave, la orden que establecía disparar *siempre* para evitar una fuga debería haber sido considerada contraria a la ley⁶¹³.

4. En tanto que interpretación triunfante en la jurisprudencia, el intento de vincular el contenido del Derecho de la RDA al tenor literal de sus leyes e interpretar las mismas restrictivamente ha sido objeto de

negó a reconocer sus atrocidades mediante su integración en los componentes formales de su ordenamiento jurídico. Cuanto menos, se me ocurren un par de observaciones al respecto. En primer lugar, si algo tenía claro el conjunto de la población de la RDA es que serían “eliminados” en cuanto intentaran cruzar la frontera. Y si las normas escritas son una pura coartada propagandística, sin ninguna pretensión de vigencia real, no parece coherente que adquieran carácter jurídico súbitamente para poder castigar a sus impulsores.

⁶¹⁰ Cfr. por ejemplo, SCHROEDER, *JZ*, 1992, pp. 990 y ss., que utiliza el § 95 StGB-DDR, según el cual, la vulneración de los derechos humanos descarta la invocación de cualquier ley. También rechaza toda posible justificación HERZOG, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 47. *Vid.* un resumen de estas posturas en MIEHE, *Gitter-FS*, pp. 653-654.

⁶¹¹ *Vid.* STARCK, *JZ*, 1997, pp. 147-149.

⁶¹² Delitos graves eran aquellos hechos sancionados con una pena superior a los dos años de prisión. Los supuestos agravados de cruce ilegal de fronteras tenían prevista una pena de uno a diez años, con lo que hasta que no se producía una sentencia condenatoria no se podría establecer la categoría del delito.

⁶¹³ Sin embargo, desde esta perspectiva no podría cuestionarse que un soldado que actuara ante un hecho que, “según las circunstancias pareciera un delito grave”, lo haría justificadamente. Al fin y al cabo, en un Estado de Derecho estas cláusulas también existen. Por otra parte, en muchos casos si se disparara primero y se comprobara después si realmente se presentaba un delito grave se plantearía un supuesto de falta de elemento subjetivo de la causa de justificación.

múltiples críticas, todas ellas aplicables también a las posturas extremas que se acaban de describir. La principal objeción que se dirige contra estos planteamientos es que no se trata de una simple interpretación de sus normas sino de una reconstrucción de una normatividad que *nunca llegó a existir*, una reelaboración del contenido del ordenamiento de la RDA⁶¹⁴. Se trata de interpretaciones que no sólo no se produjeron sino que ni tan sólo eran *posibles*. En efecto, difícilmente podía ser acorde al sistema jurídico de la RDA una interpretación de sus normas que consagrara la primacía de los derechos individuales a costa de comprometer las “posibilidades de la construcción del socialismo en la RDA”⁶¹⁵. Aceptar tal eventualidad como alternativa posible, simplemente porque lo admite el sentido literal de los textos escritos, supone entender que la RDA era un Estado de Derecho.

En última instancia, estas propuestas de fundamentar la antijuricidad de las muertes habidas en la frontera interalemana desde una perspectiva positivista interna de la RDA, responden a un intento de evitar problemas con el principio de legalidad, especialmente con el de retroactividad, que se producirían con la invalidación de la praxis estatal mediante principios fundados en Derecho suprapositivo. Es dudoso, sin embargo, que logren eludir la cuestión. Ciertamente, el razonamiento del BGH parece superar *formalmente* los problemas con la prohibición de retroactividad⁶¹⁶, toda vez que se sigue invocando al Derecho vigente en el momento del hecho. Pero ello se realiza gracias a una alteración *material* de dicho concepto. Derecho vigente deja de ser el Derecho tal y como es reconocido y practicado, para pasar a ser el Derecho tal y como *debería* ser reconocido y practicado conforme a una concepción *correcta* del mismo (es decir, germano-

⁶¹⁴ Vid. FROMMEL, *Arthur Kaufmann-FS*, 1993, p. 84. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 5, Nm. 28 o MIEHE, *Gitter-FS*, pp. 654 y s. La crítica de JAKOBS es más amplia puesto que va dirigida a quienes otorgan cualquier carácter vinculante para el Estado a los textos legales, aunque sea a partir de una interpretación socialista, puesto que entiende que ello supone confundir la fachada externa de la RDA con lo que realmente era, un Estado para el que dichos textos no eran vinculantes (*vid.* JAKOBS, *GA*, 1996, p. 15).

⁶¹⁵ Vid., HERRMANN, *NStZ*, 1993, p. 120 y *el mismo*, *NStZ*, 1993, p. 487. El propio concepto de proporcionalidad era interpretado al estilo occidental y se obviaba que la inviolabilidad de la frontera de la RDA constituía un bien jurídico constitucional en el art. 1 de su Constitución.

⁶¹⁶ Así lo reconoce AMELUNG en *NStZ*, 1993, p. 642 y *GA*, 1996, p. 56.

occidental)⁶¹⁷.

Pese al alud de críticas recibidas, el BGH se ha reafirmado en sus posiciones⁶¹⁸. Considera que no se produce una retroactividad encubierta, que no se han defraudado las expectativas fundamentadas en la situación legal existente, sino simplemente que se ve afectada la confianza en el mantenimiento de una forma de interpretar el Derecho de la RDA y de aplicarlo a tal situación de forma contraria a los derechos humanos⁶¹⁹. Sin embargo, el propio BGH reconoce que en última instancia (así, por ejemplo, cuando la situación jurídica esté tan pervertida que no quepa ninguna posibilidad de efectuar una interpretación favorable a los Derechos humanos) toda la construcción depende del recurso a criterios de invalidación externos al ordenamiento jurídico del Estado totalitario, como la fórmula de RADBRUCH, que se verá a continuación. No en vano, desde su primera sentencia, esta fórmula ha estado presente, siquiera en un segundo plano, en la fundamentación del BGH.

Ciertamente, puede defenderse que la simple efectividad social no es suficiente para otorgar carácter jurídico a una actuación regular del Estado, pero cuesta aceptar que se otorgue carácter jurídico a una norma prescindiendo completamente no sólo de dicha efectividad, sino también de cualquier posibilidad de vigencia efectiva. Pretender que sólo las normas correctas, esto es, las que no estén opuestas frontalmente a los derechos humanos, puedan ser Derecho no comporta que cualquier proposición correcta deba ser considerada jurídica. En el planteamiento del BGH, la corrección pasa de ser condición necesaria de la validez de una norma jurídica a condición suficiente de la misma. Indefectiblemente este planteamiento sólo es posible a través de la invalidación de las normas de la

⁶¹⁷ Vid. SCHLINK, *Humboldt Forum Recht*, 1996-1, p. 4. También DANNECKER-STOFFERS, *JZ*, 1996, p. 492. Se trataría pues de una *retroactividad encubierta*.

⁶¹⁸ Vid S. BGH 20.3.1995, *NJW*, 1995, p. 2730.

⁶¹⁹ En realidad el problema está íntimamente conectado con la cuestión de si la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales está disciplinada por el principio de legalidad. Lo esencial no sería tanto en qué situación se deposita la confianza, como si la situación legal existente en el momento del hecho permitía la interpretación alternativa. El BGH no llega sólo a la conclusión de que era posible una interpretación alternativa, sino que en realidad era la única posible.

RDA por vías externas a su ordenamiento jurídico y, aún así, se presentan problemas inevitables con el principio de retroactividad, algo que, como se verá, ha sido reconocido por el propio BVerfG.

c) Soluciones trascendentes al ordenamiento de la RDA: la fórmula de RADBRUCH⁶²⁰

1. En este apartado se agrupan los partidarios de resolver el problema mediante elementos externos al ordenamiento de la RDA que permitan corregir normativamente una situación jurídica interna, real pero inaceptable. La idea básica consiste en que toda norma jurídica debe poseer un *fundamento material de validez* de origen suprapositivo –o, al menos, supralegal– relacionado con un respeto mínimo a los derechos humanos fundamentales. Se trata de planteamientos de raíces iusnaturalistas – al menos en su sentido más laxo⁶²¹ – que intentan evitar que ningún régimen totalitario o dictatorial, por perverso y sólido que sea, pueda asegurarse la impunidad escudándose tras un positivismo extremo mediante la legalización de sus atrocidades⁶²². Este sería el caso de los preceptos de la RDA que permiten disparar contra seres desarmados que intentan huir de su país con la mera pretensión de ser libres y a los que, previamente, se les ha negado cualquier posibilidad de hacerlo legalmente. Según esta perspectiva, con independencia de que la pretendida justificación derive del Derecho

⁶²⁰ Entre las soluciones no inmanentes al ordenamiento jurídico de la RDA cabría incluir algunos intentos realizados por los tribunales inferiores alemanes de interpretación aislada de las normas de la RDA conforme a los principios propios de un Estado de Derecho. Según este enfoque, los textos legales de la RDA deben ser aplicados por los jueces como si fueran una norma más del ordenamiento de la RFA, por lo que, por ejemplo, debe introducirse directamente el principio de proporcionalidad en la ponderación entre los derechos humanos afectados y los intereses estatales protegidos de acuerdo con la GG y el CEDH. *Vid.*, por ejemplo, S. LG Berlín 5.2.1992, *NStZ*, 1992, pp. 492 y ss. Estos enfoques han sido siempre rechazados por el BGH: *vid* S. BGH 3.11.1992, *NJW*, 1993, pp. 143 y s. y S. BGH 20.3.1995, *NJW*, 1995, p. 2729 y s. (*vid.* también *supra*, n. 606).

⁶²¹ *Vid.* las matizaciones sobre el iusnaturalismo de RADBRUCH, de Arthur KAUFMANN, *NJW*, 1995, pp. 85-86, que entiende que no se trata exactamente de encontrar la respuesta en el Derecho *suprapositivo*, en el sentido de la antigua idea del Derecho natural supranacional e intemporal, sino simplemente de un Derecho supra o metalegal.

⁶²² *Vid.* HRUSCHKA, *JZ*, 1992, p. 667.

escrito de la RDA, de su interpretación extensiva *à la* socialista o del carácter jurídico de la pura facticidad, los casos analizados serían homicidios punibles porque las normas que les ofrecen cobertura no pueden ser consideradas jurídicas al no reunir los requisitos universales mínimos para ser Derecho⁶²³.

2. En la tradición jurídica germana este planteamiento, se ha vehiculado a través de la *fórmula de RADBRUCH*⁶²⁴. Tras la caída del nazismo, los tribunales alemanes se enfrentaron al problema de decidir si las leyes injustas promulgadas durante esos años –así, por ejemplo, las leyes raciales– tenían efectos vinculantes durante el periodo de su pretendida vigencia o si, por el contrario, eran nulas desde un principio. La vía para fundamentar esta segunda salida la ofreció Gustav RADBRUCH a través la fórmula que puede resumirse con la expresión *extremes Unrecht ist kein Recht* [el injusto extremo no es Derecho]⁶²⁵. Según ésta, en principio la vigencia del Derecho

⁶²³ De hecho, la aplicación de la fórmula de RADBRUCH presupone la positividad de la causa de justificación que luego se pasa a invalidar. Por ese motivo, los partidarios de la invalidez interna reprochan a los defensores de esta posición trascendente, especialmente al BGH, haber dado innecesariamente la condición de Derecho positivo a la práctica estatal en la frontera, porque con ello se abre la puerta al problema de la retroactividad (Vid. STARCK, *JZ*, 1997, p. 149).

⁶²⁴ Vid. sin embargo el planteamiento de HRUSCHKA, *JZ*, 1992, pp. 665 y ss. que reivindica y conecta con la maltrecha tradición histórica alemana en materia de Derechos humanos. Según HRUSCHKA (*op. cit.*, p. 669-670) en los Estados puramente coactivos o criminales existe un estrato de su regulación destinado únicamente a legitimar la práctica criminal del Estado, como serían los mandatos que establecen la eliminación de los críticos al régimen o las reglas que exoneran de pena dichas conductas. En este ámbito el poder coactivo del Estado no se encuentra en modo alguno sometido al Derecho penal sino que se desenvuelve libremente. Por tanto, en relación a este estrato superior libre de regulación, un Estado injusto, es equiparable a la corteza de hielo que cubre el Polo Norte, no existe un poder jurídico-penal propio que regule ese ámbito. Ello haría factible que el Derecho de la RFA (§ 7 StGB) fuera directamente aplicable.

⁶²⁵ ALEXY, *Mauerschützen*, p. 4. RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht”, p. 89: “El conflicto entre la Justicia y la seguridad jurídica, debería ser solucionado de la siguiente manera: el Derecho positivo (...) tiene la primacía incluso cuando su contenido es injusto y no adecuado a finalidad alguna, *salvo que la contradicción Derecho positivo con la Justicia alcance una medida tan intolerable que la ley, en tanto que unrichtiges Recht deba ceder ante la Justicia*. Es imposible trazar una línea clara que separe los casos de injusto legal y las leyes vigentes pese a su contenido incorrecto. Sin embargo puede trazarse con toda claridad otra frontera. Ahí donde la Justicia no es deseada, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la Justicia, es negada conscientemente mediante la instauración del Derecho positivo, ahí donde la ley no es simplemente Derecho incorrecto, sino que carezca en absoluto de naturaleza jurídica...”. Cfr. también, *Introducción a la filosofía del Derecho*, pp. 31 y ss, 51-52, y 178-180.

positivo debe prevalecer por regla general aún cuando entre en conflicto con principios de justicia material. Sin embargo, cuando esta contradicción alcanza *límites intolerables*, la norma en cuestión deja de ser simplemente Derecho positivo incorrecto y pierde su naturaleza y vigencia jurídica para pasar a ser un *injusto legal* sin efecto vinculante alguno.

RADBRUCH partió de la consideración de que el fundamento de validez del Derecho radica en última instancia en la pretensión de Justicia. La propia seguridad jurídica constituiría una parte importante de la misma y, de entrada, los conflictos entre la seguridad jurídica y otros principios integrantes de la idea de Justicia deben solventarse en favor de la primera. Ahora bien, en casos extremadamente graves, cuando mediante la instauración de una ley positiva se estuviera persiguiendo precisamente la lesión consciente del núcleo esencial de la Justicia, esto es, la igualdad, la seguridad que aporta la norma en cuestión perdería todo valor y ya no podría ser considerada jurídica. Así por ejemplo, no son Derecho sino injusto legal las leyes que consideran a las personas “*infrahombres*” o las que, persiguiendo una situación de terror penal, imponen penas severísimas sin tener en cuenta en absoluto la gravedad intrínseca de las conductas. La fórmula de RADBRUCH ha sido aceptada por la jurisprudencia y probablemente sea mayoritaria entre la doctrina alemana.

3. El BGH ha adoptado también este planteamiento de forma expresa para considerar que la praxis estatal de la RDA en la frontera interalemana era inválida. En dicha práctica, se afirma, no estaba presente ningún criterio de proporcionalidad, de tal forma que se amparaba el homicidio doloso (eventual o directo) de personas que, desarmadas y sin peligro para terceros, intentaban simplemente cruzar la frontera, con lo que se producía una gravísima limitación de los derechos a la vida y a salir libremente del país. Por consiguiente, una causa de justificación de esta clase no debe ser tomada en cuenta “... al tratarse de una vulneración manifiesta e intolerable del más elemental mandato de Justicia y de los derechos humanos protegidos por el Derecho internacional. La vulneración es en este caso tan grave que lesiona las convicciones jurídicas relativas al valor y la dignidad humanas de todos

los pueblos”⁶²⁶. En otras palabras, la jurisprudencia entiende que el núcleo esencial de los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional condicionan la validez de las normas del ordenamiento jurídico de cualquier país, con independencia del grado de reconocimiento interno que tales derechos hubiesen conseguido. Con ello el BGH prácticamente acaba concediendo a los derechos humanos mencionados el *status* del Derecho natural⁶²⁷. Ahora bien, dejando a un lado el problema del fundamento teórico de la fórmula de RADBRUCH (que nos llevaría al problema del concepto de Derecho), para que la misma pueda ser aplicada al caso de los *Mauerschützen* debe responderse a dos cuestiones. En primer lugar si auténticamente éste es un caso de injusto extremo. En segundo, si no se estará vulnerando el principio de legalidad penal.

4. Por lo que a la primera cuestión se refiere, el BGH ha intentado solventar las objeciones a la vaguedad de la expresión originaria “contradicción insoportable con la justicia”⁶²⁸ mediante el recurso a los derechos humanos reconocidos en las declaraciones y tratados internacionales. Ciertamente con ello se avanza en la concreción de los criterios para establecer la validez de una norma. Sin embargo, también se corre el riesgo de acabar confundiendo la vulneración gravísima, extrema, del núcleo esencial de los derechos humanos con cualquier afectación de dichos derechos según su tipificación en Derecho internacional⁶²⁹. No debe olvidarse que, en el caso de un injusto extremo, no se trata de una situación similar a la determinación de la simple incompatibilidad de un precepto con

⁶²⁶ Vid. S. BGH 26.7.1994, *NJW*, 1994, p. 2709 y S. BGH, 20.3.95, *NJW*, 1995, p. 2730.

⁶²⁷ AMELUNG, *NSTZ*, 1993, p. 642.

⁶²⁸ El propio RADBRUCH intentó reducir al mínimo los costes de su fórmula para la seguridad jurídica: una cosa es la casi imposible diferenciación nítida entre las leyes justas e injustas –todas ellas Derecho– y otra los casos extremadamente injustos. Para Arthur KAUFMANN, *NJW*, 1995, p. 83, la fórmula es practicable pese a la vaguedad: dado que es mucho más seguro falsar que verificar una tesis, puede determinarse el injusto absoluto sin un concepto muy preciso de Justicia, simplemente con una cierta vinculación a la idea de igualdad. Un injusto extremo es un injusto evidente. Vid. al respecto también ALEXY, *Mauerschützen*, p. 37.

⁶²⁹ Vid. ALEXY, *Mauerschützen*, p. 27: la invocación de la vulneración de algunos preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es suficiente para fundamentar la existencia de un injusto extremo.

derechos fundamentales reconocidos en una Constitución democrática o en normas internacionales, sino de situaciones absolutamente excepcionales, de violaciones *cualificadas*⁶³⁰.

No obstante, pese a haberse conseguido una mayor concreción, existen discrepancias respecto a si el caso *Mauerschützen*, esto es, la seria limitación del derecho a la vida en relación con la práctica eliminación del derecho de emigración en favor de los intereses estatales, es verdaderamente un supuesto de injusto extremo. De entrada, se reconoce que los crímenes del SED no son equiparables al terror nazi⁶³¹ –punto de referencia por excelencia en esta materia –ni constituyen delitos contra la humanidad. Sin embargo, según algunas opiniones, ello no impide que puedan presentarse también situaciones de injusto legal en la RDA: el hecho de que existan injustos más extremos no libera a un injusto extremo de su condición⁶³². Así, el BGH afirma que, sin obviar el interés de la RDA en evitar los efectos desestabilizantes de una emigración masiva, la situación superó el límite de lo aceptable si se valora globalmente, es decir, teniendo en cuenta no sólo la postergación del derecho a la vida de los fugitivos sino también los motivos que les impulsaban a huir y la situación real de las medidas en la frontera, condensada en la expresión “muro, alambradas, línea de la muerte y orden

⁶³⁰ Esta diferenciación se complica cuando se hace referencia al derecho a la vida. En efecto, dada la irreversibilidad de la destrucción de su substrato biológico, se corre el riesgo de absolutizar toda privación injusta del derecho a la vida y acabar instalados en la sistemática calificación de injusto extremo de tales supuestos, cuando si se atiende al grado de protección normativa es posible efectuar distinciones. Así, por ejemplo, entre la ley que prevé la pena de muerte para ciertas actividades contra un Estado dictatorial tras un proceso judicial y la norma que permite la ejecución de rehenes.

⁶³¹ El propio BGH niega tal equiparación: *vid.* S. BGH 3.11.1992, *NJW*, 1993, p. 145. Sin embargo, pese a las diferencias, existe acuerdo en que, al igual que el Tercer *Reich*, la RDA era un *Unrechtsstaat* por la absoluta falta de todos los elementos que caracterizan un Estado de Derecho (cfr. DREIER, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 58-59): garantía efectiva de los derechos humanos y civiles, separación de poderes, legalidad de la Administración, independencia de los jueces y calculabilidad y previsibilidad en el ejercicio del poder estatal. Sin embargo, ello no supone que en tales Estados no hubiese existido ninguna forma de Derecho.

⁶³² *Vid.*, por todos, Arthur KAUFMANN, *NJW*, 1995, p. 84. Admite, sin embargo, que en el caso de los *Mauerschützen* existen dudas entre los hechos intolerables y los injustos todavía tolerables.

de disparar”⁶³³. En cambio algunos autores consideran que tales limitaciones podían ser duras, injustas e incluso odiosas, pero que es cuestionable que contradigan de forma tan intolerable los principios jurídicos de los pueblos civilizados, puesto que no se trata de una privación arbitraria o absolutamente desmesurada de la vida, sino que la limitación de los derechos fundamentales está conectada inmediatamente a objetivos básicos para la supervivencia del Régimen⁶³⁴.

Ciertamente, lo que hace especialmente odiosa la praxis estatal no es tanto la puesta en peligro de la vida de las personas (al fin y al cabo en un Estado de Derecho también aceptamos situaciones en las que en defensa del interés colectivo pueden ponerse hasta cierto punto en peligro la vida de las personas) sino su conexión con la prohibición casi absoluta de emigrar, que reducía al disidente o al descontento a la condición de prisionero en su propio país. Ahora bien, por más que se discrepe en la subordinación del individuo a la razón de Estado, el interés concreto de la RDA en evitar la emigración me parece lo suficientemente básico como para abrigar dudas respecto al carácter absolutamente extremo de la vulneración, al menos en los casos estándar.

5. Respecto a la segunda cuestión, el problema de la contradicción con la prohibición de retroactividad, debe tenerse en cuenta que se acepta comúnmente que, desde la perspectiva del principio de legalidad penal, la eliminación de una causa de justificación equivale a la instauración de un nuevo supuesto de hecho penalmente prohibido. Según muchas opiniones, con la aplicación de la fórmula de RADBRUCH se infringiría el principio de legalidad penal puesto que se estaría suprimiendo retroactivamente una

⁶³³ S. BGH 20.3.1995, *NJW*, 1995, p. 2731. Para ALEXY, *Mauerschützen*, p. 29, el injusto extremo no se deriva de las medidas en sí mismas sino de que éstas suponen la culminación de una sociedad no discursiva, en la que existe imposibilidad de discrepar y de obligación de conducir la vida y, simultáneamente, se prohíbe todo alejamiento de dicha sociedad ofreciendo la muerte como ú alternativa.

⁶³⁴ MIEHE, *Gitter-FS*, pp. 660-663, siempre en relación a disparar con dolo eventual de matar para impedir una fuga como último recurso. En el fondo de las discrepancias subyace también la cuestión de si se tiene como punto de referencia la presumible situación real, la frontera o la situación tal como ha podido quedar probada en los procesos.

causa de justificación o, en el mejor de los casos, como consecuencia de la invalidación de la misma se produciría un *vacío normativo* que sólo podría superarse, si se quieren castigar las muertes producidas, mediante el incumplimiento de la exigencia de *lex scripta*⁶³⁵.

La respuesta inmediata a estas críticas consiste en negar la existencia del problema. Así el BGH afirma que la pretendida permisión queda invalidada por un criterio –la vulneración de principios humanitarios elementales– que ha existido en todo momento y, por lo tanto, la pretendida causa de justificación que permitía disparar no había llegado a adquirir nunca vigencia jurídica. No se trataría de una invalidación *ex post facto*, puesto que los hechos eran penalmente antijurídicos desde el instante mismo de su comisión y, en consecuencia, no se ha producido un fenómeno de retroactividad cuando años después se castigan tales conductas. Dado que, incluso en la RDA, el homicidio era concebido como un hecho generalmente típico y antijurídico, salvo que concurriera excepcionalmente una causa de justificación, si esta última era nula *ab initio*, aflora inmediatamente la antijuricidad genérica del homicidio. No se trata, por tanto, de alterar retroactivamente una situación jurídica sino de constatar cuál era la situación jurídica real existente en el momento del hecho⁶³⁶. La apariencia de legalidad de la pretendida causa de justificación es una cuestión a tener en cuenta, si acaso, en sede de culpabilidad. A este planteamiento se le ha reprochado que se desliguen completamente las ideas de validez y de vigencia efectiva⁶³⁷ y que se mantenga una estricta separación entre tipicidad y antijuricidad. Dicha separación es discutible desde la perspectiva del Derecho penal y no se corresponde con el principio de legalidad reconocida en el art. 103.II GG⁶³⁸, que no se fundamenta en categorías penales sino en

⁶³⁵ Vid. una referencia crítica en ALEXY, *Mauerschützen*, p. 31, n. 71. Para muchos positivistas el problema no es tanto que no se puedan castigar retroactivamente supuestos de injusto extremo cuanto que no se reconozca abiertamente que esta es la única vía de castigo. Cfr. la discusión en ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, pp. 64 y ss.

⁶³⁶ ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, p. 66.

⁶³⁷ Vid. *supra* p. 260 las mismas críticas dirigidas a la interpretación del Derecho de la RDA de forma favorable a los derechos humanos.

⁶³⁸ Vid. *supra* en n. 578 el texto del artículo.

la idea de punibilidad del hecho determinado por la ley⁶³⁹.

6. Por otra parte, también se ha objetado que incluso aceptando que se pudiera salvar el problema de la *lex praevia* mediante este planteamiento formalista de la idea de vigencia, faltaría sortear todavía el obstáculo del principio de *lex scripta*. En efecto, una restricción en perjuicio del reo de una causa de justificación a través de una norma no escrita vulneraría la exigencia de que la punibilidad debe estar *legalmente* establecida en el momento de la comisión del hecho⁶⁴⁰. La mera declaración de invalidez de una norma a través de la fórmula de RADBRUCH no sería pues suficiente para reconstruir automáticamente una nueva situación legal⁶⁴¹, por cuanto una vez eliminada la causa de justificación mediante dicha fórmula, faltaría todavía reconstruir legalmente la antijuricidad penal legal del injusto extremo. Desde posturas críticas se afirma que la norma prohibitiva no se amplía o reinstaura naturalmente sino que ello sólo es posible a través de una decisión del legislador⁶⁴². De ser cierto que las prohibiciones penales no se recomponen

⁶³⁹ DANNECKER-STOFFERS, *JZ*, 1996, p. 493.

⁶⁴⁰ KÜHLEN-GRAMMINGER, *JuS*, 1993, p. 37. El propio ALEXY, *Mauerschützen*, pp. 34-36, partidario de la fórmula de RADBRUCH, admite la existencia de este conflicto si bien entiende que puede superarse mediante una interpretación teleológica restrictiva del principio *lex scripta* de forma parecida a lo que hará el BVerfG respecto a la prohibición de retroactividad.

⁶⁴¹ Arthur KAUFMANN, *NJW*, 1995, p. 82. Según éste, deben distinguirse claramente dos fases: la constatación de que se trata de un injusto legal (*falsación o negación*) y en una segunda, la determinación del Derecho supralegal que debe ocupar el lugar de la ley injusta (*verificación*). Pues bien, la fórmula de RADBRUCH por sí sola no ofrecería suficientes elementos para colmar la laguna normativa producida, atendiendo a las limitaciones que imponen el mandato de determinación y la prohibición de retroactividad en materia penal (Arthur KAUFMANN, *op. cit.*, p. 86). *Vid.* también JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 5, Nm. 29: "Un ordenamiento normativo resulta falseado si de su conjunto se tachan normas aisladas, modificando así el contenido de las normas restantes; las normas alteradas ya no son las del Estado respectivo"

⁶⁴² *Vid.* JAKOBS, *GA*, 1994, pp. 11-14. Este autor (*op. cit.*, p. 12) lo ilustra con el siguiente ejemplo. Si una persona excluye a un descendiente de su herencia basándose en un motivo contrario a las buenas costumbres, el descendiente mantiene su condición de heredero porque el acto de disposición en cuestión no tiene ningún valor, es decir, que no acaba heredando en virtud de la voluntad del causante sino en virtud del poder regulativo del Derecho general de sucesiones. De la misma forma, cuando el Derecho positivo excluye la punibilidad de una conducta basándose en causas contrarias al Derecho penal, la conducta debe ser penada porque la decisión es contraria al Derecho natural; es decir, la punición no es producto de la voluntad de quien establece el Derecho positivo, sino del poder regulativo del Derecho natural.

por sí solas, con la condena de los *Mauerschützen* no sólo se estaría *limitando* el Derecho positivo mediante fórmulas supraleales, sino que se produciría además su *substitución*, se estaría construyendo un nuevo supuesto de hecho punible con base *supraleal*. Ello comportaría una colisión con la prohibición constitucional de imposición de penas no determinadas por una ley positiva.

En respuesta a estas afirmaciones, el BGH ha admitido que la distinción entre los elementos que integran la tipicidad y la antijuricidad tal vez no esté tan marcada en otros delitos, en los que la eliminación de una causa de justificación sea equivalente a la instauración de un nuevo tipo. Sin embargo la prohibición del homicidio doloso forma parte de la base elemental de todas las culturas civilizadas, por lo que la solución no sería en absoluto artificiosa. Si la causa de justificación es inválida, el hecho constituye automáticamente un homicidio antijurídico según el propio StGB-DDR⁶⁴³.

4. *La intervención del Tribunal Constitucional Federal*

Finalmente el Tribunal Constitucional alemán ha terciado en la polémica y se ha pronunciado en favor del BGH al desestimar los recursos interpuestos por varios miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA y dos guardias de fronteras en los que se alegaba una vulneración de la prohibición de retroactividad⁶⁴⁴. En una trascendental sentencia, el BVerfG ha admitido abiertamente que el principio constitucional de legalidad penal admita excepciones, recogiendo la idea de que la prohibición de retroactividad no rige frente a los Estados injustos: los autores de tales crímenes ya sabían lo que hacían sin necesidad de leyes⁶⁴⁵.

⁶⁴³ S. BGH 20.3.1995, *NJW*, 1995, p. 2732. También AMELUNG, *GA*, p. 56. Sin embargo, esto valdrá por lo que se refiere a la privación arbitraria de la vida de las personas pero no en situaciones de contraposición de intereses: la legítima defensa, la posibilidad de la pena de muerte o del uso de armas de fuego para evitar conductas consideradas socialmente graves forman parte también de este substrato común.

⁶⁴⁴ S. BVerfG 24.11.1996 (= <http://www.uni-wuerzburg.de/glaw/indxbv95.html>); *JZ*, 1997, pp. 142 ss.; *NJW*, 1997, pp. 933 y ss.).

⁶⁴⁵ DARNSTÄT, *Der Spiegel*, 1996 (51), p. 40.

a) *Contenido de la decisión del BVerfG*

1. El BVerfG entiende que, efectivamente, la prohibición constitucional de retroactividad de las leyes penales desfavorables no se refiere únicamente al supuesto de hecho típico en sentido estricto sino que se extiende al ámbito de las causas de justificación, por lo que tiene sentido plantearse tal problema en el caso *Mauerschützen*.

2. Ahora bien, tal prohibición *puede admitir excepciones*. Para ello, traslada al seno de la Constitución el planteamiento de la fórmula de RADBRUCH y la presenta como un conflicto entre el principio de legalidad penal y el principio de justicia material⁶⁴⁶. Se afirma que en condiciones normales el primero de ellos debe prevalecer, dada su especial caracterización constitucional –estricta formalización, carácter absoluto–, especialmente acusada en el caso de la prohibición de retroactividad. Esta supremacía no es únicamente consecuencia de la función de garantía del principio de culpabilidad y de seguridad jurídica que desempeña dicha prohibición, sino también se debe a que, además, la irretroactividad se pregona de un Derecho penal elaborado por un Estado democrático, con lo que se presupone que siempre están asegurados unos ciertos contenidos materiales. En efecto, las decisiones del legislador penal en un momento determinado deben ajustarse a las exigencias democráticas –como la división de poderes o la vinculación a los derechos fundamentales– por lo que la justicia material estará siempre mínimamente garantizada. Dadas estas condiciones, la protección de la confianza del ciudadano en el mantenimiento de una determinada situación jurídica que cumpla tales exigencias puede ser *absoluta* aun cuando posteriormente ese mismo legislador realice una valoración jurídico-penal distinta.

Sin embargo, la situación es completamente diferente cuando se trata de normas que no provienen de un legislador democrático, supuesto en el que una protección absoluta de la confianza puede afectar seriamente a algunas premisas básicas del Estado de Derecho. Este es el caso del *injusto estatal extremo*, la cobertura mediante leyes de vulneraciones graves de

⁶⁴⁶ Vid. S. BVerfG 24.10.1996, FJ C II 1 a) y b).

derechos humanos, reconocidos de forma general por el Derecho internacional, supuesto únicamente imaginable en caso de incorporación de normas extrañas al ordenamiento de la RFA. La aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales alemanes de causas de justificación de este tipo supondría una grave vulneración del principio de justicia material, que incorpora en su seno el respeto de dichos derechos fundamentales. Si se plantea un conflicto en estos términos, la estricta protección a la confianza debe decaer en beneficio del principio de justicia material⁶⁴⁷.

Trasladados estos argumentos al objeto concreto del recurso, el BVerfG entiende⁶⁴⁸ que el caso *Mauerschützen* es uno de estos supuestos de *injusto estatal extremo*, puesto que las condiciones reales en las que se podían llevar a la práctica las previsiones legales de la RDA no ofrecían ninguna posibilidad de un empleo proporcionado de las armas de fuego, de tal forma que se producía un total sometimiento del derecho a la vida de las personas a las conveniencias políticas del Estado⁶⁴⁹.

3. Parece pues que el Tribunal Constitucional alemán prefiere diseñar un “paraguas” argumental apto para justificar la punición de los homicidios cualquiera que sea el concepto auténtico Derecho de la RDA que se mantenga sin necesidad de asumir –ni rechazar– los aspectos iusnaturalistas del planteamiento del BGH⁶⁵⁰. Aparentemente, el BVerfG no se pronuncia

⁶⁴⁷ En la argumentación del BVerfG está implícito, a mi juicio, que no sólo se produce una tensión entre el principio de justicia material y la prohibición de retroactividad imaginable en condiciones normales sino que, además, se produce un notable debilitamiento de la función de garantía encomendada a la prohibición de retroactividad: el injusto extremo es tan evidente y excepcional que la posibilidad de un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* está razonablemente limitada y el sujeto tiene suficientes elementos para orientar responsablemente su conducta. *Vid.* la argumentación paralela respecto al principio de *lex scripta* de ALEXY, *Mauerschützen*, pp. 34-36.

⁶⁴⁸ *Vid.* S. BVerfG 24.10.1996, FJ C II 2c).

⁶⁴⁹ Bien es verdad que el BVerfG indica simplemente que la praxis estatal genérica era un injusto extremo, sin entrar en si algunos casos concretos pudieran caer en parte no extrema del injusto legal, cuestión que compete a la jurisdicción penal. De todas formas el caso objeto del recurso (*vid. supra* p. 247) refleja claramente lo que sería el caso estándar.

⁶⁵⁰ En ningún momento se habla de la invalidez o nulidad de los preceptos en cuestión sino simplemente de la no aplicación de los mismos: queda prohibido a los ciudadanos sometidos a la jurisdicción penal alemana invocar tal causa de justificación (S. BVerfG 24.10.1996, FJ C.II.1.b).bb). Algo similar sucede con el BGH, que suele hablar de ineficacia pero no de nulidad.

sobre el problema central de si los hechos eran o no homicidios antijurídicos según el Derecho de la RDA. Opta simplemente por considerar que, incluso en la hipótesis de que hubiesen estado jurídicamente permitidos, el mantenimiento de la causa de justificación por los órganos jurisdiccionales de la nueva Alemania supondría una negación de los principios que inspiran la RFA, por lo que debe exceptuarse la aplicación del principio de irretroactividad. La idea de injusto extremo no se utiliza pues para establecer los límites del Derecho de la RDA sino para interpretar las propias garantías constitucionales de la RFA. En definitiva, no importa demasiado la posición que se adopte respecto a cuál era la auténtica situación jurídica en el momento de los hechos puesto que, en último extremo, aun cuando pudiera plantearse una vulneración del principio de retroactividad, ésta sería perfectamente aceptable. De esta forma, se reduce el grado de intensidad del conflicto desatado, que deja de ser una confrontación abierta entre distintas concepciones del Derecho, y pasa a localizarse en una determinada concepción del contenido de las garantías formales del principio de legalidad penal.

4. Sin embargo, creo que este enfoque general quiebra cuando en la parte final de la argumentación, el Tribunal Constitucional alemán responde muy escuetamente a la objeción del *vacío normativo*⁶⁵¹. El BVerfG considera que con el simple rechazo a la aplicación de cualquier causa de justificación de las conductas de los *Mauerschützen* no se deja sin resolver la cuestión de cuál es la base legal de la punibilidad de tales hechos. Entiende que será aplicable el tipo de homicidio según el StGB-RDA, al igual que el BGH.

De este pasaje se extrae que ya no se trata simplemente de que la causa de justificación no deba ser aplicada en la actualidad por los jueces, sino que tampoco regía cuando se efectuaron los disparos, con lo que el BVerfG, casi inadvertidamente, devuelve la discusión al problema del Derecho vigente en el momento de los hechos y acaba alineándose completamente con el BGH. Hasta este momento, en la sentencia se había afirmado únicamente que

⁶⁵¹ S. BVerfG, 24.10.1996, FJ C.II.2.d). STARCK, *JZ*, 1997, p. 149, advierte también esta oscilación.

considerar inválido *ex post* un injusto legal extremo es un caso de retroactividad admisible⁶⁵². Sin embargo, como queda demostrado con esa afirmación final, la situación del vacío normativo no se resuelve completamente mediante una declaración *ex nunc* de la invalidez, sino que ésta debe ser declarada *ex tunc*. Necesariamente debe aceptarse como premisa que las normas aplicadas realmente por la RDA *nunca* han sido Derecho vigente. En mi opinión, a partir de ese momento las tesis del BVerfG dejan de ser una propuesta de solución global del problema y se convierten simplemente en una respuesta sectorial a las críticas dirigidas contra el BGH en el sentido de que su visión formalista de cuál era el Derecho vigente en el momento de los hechos comporta una vulneración material encubierta de la prohibición de retroactividad⁶⁵³.

b) Observaciones a la sentencia del BVerfG

1. Las consideraciones del BVerfG contienen algunos puntos problemáticos. La admisión de una excepción a la prohibición de retroactividad de las leyes penales se sustenta a través de la *materialización* (es decir, analizando si concurren sus fundamentos últimos en un caso concreto) de una garantía básicamente formal. Sin embargo, por esta vía se desdibuja la frontera que separa el principio de *lex praevia* en Derecho penal de la limitación genérica de las actuaciones retroactivas del Estado en cualquier ámbito, inherente al principio de Estado de Derecho. Esta segunda garantía está continuamente condicionada por las ponderaciones con otros principios e intereses, de tal manera que sus límites son mucho más variables⁶⁵⁴. Por contra –y esto sería lo específico del Derecho penal– la

⁶⁵² Así, por ejemplo, la argumentación del TC alemán sería apta para confirmar la constitucionalidad de una ley del Parlamento de la RFA que hubiese declarado la aplicación (retroactiva) del StGB a los crímenes de la RDA.

⁶⁵³ Además, no olvidemos que la cuestión de la punibilidad del hecho según el Derecho vigente en el momento de comisión no era en este caso sólo un problema del ámbito de vigencia temporal de las normas sino también de vigencia espacial, por lo que se produce una doble vulneración del principio de legalidad. Por otra parte, la teoría de la excepción a la retroactividad en estado puro debería conllevar la aplicación del Derecho de la RFA.

⁶⁵⁴ SCHLINK, *Humboldt Forum Recht*, 1996-1, pp. 7-8. Respecto a las diferencias entre ambos principios, cfr. BVerfGE 25, 269 (=NJW, 1969, p. 1059; *vid.* un extracto de la

prohibición de retroactividad penal se distinguiría por ser una garantía formal, objetiva e incondicionada que no admite ser descompuesta materialmente para ser sometida a ponderaciones posteriores. Cualquier alteración de sus límites sólo sería admisible a través de una reforma constitucional de la prohibición⁶⁵⁵.

Esta devaluación se produce, en mi opinión, no tanto por el hecho de admitir algún caso extraordinariamente extremo, un excepcional estado de necesidad constitucional no previsto en el plan del constituyente cuando instauró el principio de legalidad penal, sino por entender que el caso *Mauerschützen* es realmente un supuesto tan extremo. En efecto, el esfuerzo argumentativo que es preciso efectuar es de tal calibre que se entra directamente en una materialización absoluta del principio *lex praevia* bastante más peligroso que el planteamiento del injusto extremo en sí mismo.

2. Por otra parte, en mi opinión, resulta importante que el BVerfG haya concebido el problema como *una excepción* a la aplicación de la prohibición fruto de la colisión externa con el principio de justicia material y no como una interpretación restrictiva del contenido exacto de dicha prohibición. De esta forma puede evitarse el posible desmoronamiento de la prohibición de retroactividad a la que conduciría un examen sistemático caso por caso de las bases materiales de la misma (previsibilidad al servicio del principio de culpabilidad y la prohibición de arbitrariedad). Debe evitarse el riesgo de que la *evidencia* de la lesividad de un hecho acabe substituyendo al *carácter de injusto extremo* del mismo como excepción a la

misma en ESER-BURKHARDT, *Cuestiones fundamentales*, pp. 47 y ss.. En un caso de prolongación *ex post facto* de los plazos de prescripción para el delito de asesinato cometido durante el periodo nacionalsocialista, resultó decisivo que no se tratase de un supuesto amparado por el principio de legalidad penal sino simplemente por el principio de seguridad jurídica y, por tanto, susceptible de ponderación directa con el principio de justicia material.

⁶⁵⁵ Por cierto que el art. 7 CEDH consagra la prohibición de retroactividad en su ap. 1, pero en su ap. 2 establece que “El presente artículo no impedirá el juicio y castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Pues bien, la RFA formuló una reserva al art. 7.2 del CEDH, dada la terrible experiencia en la zona de ocupación soviética como consecuencia de la ruptura del principio de irretroactividad. Cfr. DARNSTÄDT, *Der Spiegel*, 1996 (51), p. 41.

retroactividad, cuando en realidad la primera sólo debe interesar si es consecuencia del segundo. Así, por ejemplo, en caso de un error absurdo del legislador democrático en la elaboración de una nueva ley penal por la que queda sin incriminar un supuesto delictivo elemental, una ponderación material de las bases del principio de legalidad debería conducir a obviar la existencia de la laguna.

Por otra parte, la aceptación, aunque sea sólo en caso de injusto extremo legalizado, de excepciones a los límites formales del *ius puniendi* sitúa a la jurisdicción penal alemana al borde de una pendiente deslizante al imponer que la consecución de la justicia material no puede detenerse ante las barreras formales de un Estado de Derecho. Ciertamente, la limitación a supuestos de importación de situaciones jurídicas anómalas constituye una restricción importante, pero considérese el siguiente ejemplo:

Durante una estancia en Irán, país de origen de su marido, una mujer alemana comete adulterio. Tras ser denunciada a las autoridades por su esposo iraní, es lapidada en castigo por ese hecho. Días después el marido regresa a la RFA para recoger a sus hijos, siendo detenido y acusado de asesinato. Puesto que, sin duda, las normas que sancionan el adulterio con la pena de muerte son *extremes Unrecht*, los tribunales alemanes deberían castigar al súbdito iraní. Las limitaciones al ámbito de aplicación de las leyes penales alemanas –en este caso § 7(1) StGB que exige que el hecho también esté conminado con pena en el lugar de comisión – no deberían ser tenidas en cuenta puesto que conduciría a una abierta contradicción con el principio de justicia material.

Si para el castigo de ciertos supuestos de injusto extremo resultan insuficientes la aplicación del Derecho penal internacional y del principio de extraterritorialidad en la persecución de determinados delitos (desde el genocidio hasta la trata de blancas), la pregunta es: ¿dónde debe detenerse el Derecho penal de la RFA en el castigo de la infamia cuando el mantenimiento de cualquier límite al poder punitivo del Estado en esta clase de delitos produce resultados materialmente injustos?.

3. Por otra parte, aún aceptando que la prohibición de retroactividad puede permanecer abierta a ciertas ponderaciones, no está del todo claro por qué el conflicto debe resolverse en favor del principio de justicia material⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ SCHLINK, *Humboldt Forum Recht*, 1996-1, p. 8, en el sentido de que la Justicia

Especialmente si se tienen en cuenta los términos en que se plantea el conflicto en concreto, puesto que no resulta evidente cuál es la auténtica afectación del principio de justicia material que se produciría si los tribunales alemanes consideraran justificada la conducta de los *Mauerschützen* hasta el extremo de obligar a alterar algunos límites al *ius puniendi*⁶⁵⁷.

Adviértase que el BVerfG no afirma que se vulnerarían directamente derechos fundamentales reconocidos en la GG si los tribunales de la RFA aplicaran la causa de justificación de la RDA, sino que se afectaría al principio de justicia material, que incluye la observancia de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. En efecto, con la constatación de que el Derecho vigente en la RDA en 1972 permitía matar a personas indefensas no se lesiona el derecho a la vida reconocido en la GG, salvo que el derecho a la vida *ex GG* gozara de vigencia universal. Por lo tanto, debe analizarse cuidadosamente la clase de vulneración del derecho fundamental supranacional que estarían cometiendo los órganos jurisdiccionales de la RFA si dictasen una sentencia absolutoria, de tal manera que atacara las bases del principio de justicia material. No se trata de una lesión directa al derecho a la vida o a la libertad de emigración, como lo sería la adopción de las normas que autorizan la vulneración directa del Derecho –la orden de matar o la prohibición de emigrar– o la efectiva privación del mismo a

debe realizarse en el seno del Estado de Derecho y que las limitaciones que el mismo impone a la Justicia son plenamente aceptables, puesto que el Estado de Derecho es el único instrumento de realización de esta última. Sólo la revolución, la “hora cero”, puede alterar las limitaciones del Estado de Derecho.

⁶⁵⁷ Por otra parte, si bien el BVerfG no ha hecho mención a ello, no es extraño encontrar intentos de aminorar el peso del valor protegido en este caso concreto a través de la prohibición de retroactividad. A este respecto, se ha indicado que con la prohibición de retroactividad se estaría protegiendo simplemente la confianza en el mantenimiento de una perversión jurídica, en la persistencia de la dictadura (*vid.*, por ejemplo, STARK, *JZ*, 1997, p. 148). Seguramente estas reflexiones serían correctas en caso de situaciones de mera impunidad fáctica: la confianza del torturador en que sus atrocidades –antijurídicas incluso según el Derecho de la dictadura– no van a ser objeto de persecución. Efectivamente en tales casos si sería correcto entender que no se trata de una confianza depositada en el ordenamiento jurídico sino en la supervivencia del Régimen. Pero en tales supuestos el hecho no es jurídico ni en apariencia por lo que ya no tiene sentido analizar si la confianza sobre la legalidad debe ser objeto de una evaluación conforme a su contenido material. No parece, por tanto, que sea el modelo adecuado para analizar el caso de los *Mauerschützen*.

través de actos del Estado, como cuando sus funcionarios hacen efectivas tales órdenes o prohibiciones. En el caso de los órganos jurisdiccionales de la RFA se trataría únicamente del incumplimiento de un deber de protección, de tutela, de intervención en favor del derecho fundamental frente a vulneraciones provenientes de terceros (en este caso, de un Estado), incumplimiento que se concretaría mediante el reconocimiento judicial de la validez de una situación jurídica lesiva para el derecho en cuestión. Y, además, la situación queda matizada por el hecho de que la decisión del juez no supone el mantenimiento de la vigencia de una situación jurídica lesiva *presente*, con el efecto adicional de que la decisión de los jueces sea motivo de una reproducción de comportamientos lesivos semejantes al no considerarlos prohibidos, sino simplemente de una situación *pretérita*, sin efectos directos sobre los derechos fundamentales en cuestión⁶⁵⁸. Por todo ello, no parece que la afectación al principio de justicia material sea tan radical e insoportable.

4. En definitiva, a mi juicio se está produciendo una doble afectación o remodelación del principio de legalidad. En primer lugar, a la prohibición de retroactividad, es decir, la ya señalada aplicación por parte de un juez de una decisión del legislador posterior a la comisión del hecho. Y, en segundo lugar, la afectación al principio de ley escrita. En efecto, incluso si se admitiera una excepción al principio de retroactividad, los otros aspectos del principio de legalidad siguen rigiendo, por lo que la decisión de ampliar el ámbito de la tipicidad (determinado no sólo materialmente sino teniendo en cuenta las coordenadas espacio-temporales de vigencia) corresponde al legislador, no al juez⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ La situación recuerda a la necesidad de ajusticiar al último condenado antes de disolver una sociedad insular en la parábola de KANT.

⁶⁵⁹ *Vid.* DANNEKER-STOFFERS, *JZ*, 1996, p. 494, con su denuncia de la irrogación de competencias legislativas por parte del BGH.

C. Conocimiento de la antijuricidad

1. Introducción

1. Los tribunales alemanes han considerado que las muertes acaecidas en la frontera de la RDA eran penalmente antijurídicas, por lo que la discusión se ha prolongado también hasta el campo del error de prohibición. Se trata de determinar si los soldados eran conscientes de que al abrir fuego sobre los fugitivos estaban realizando una conducta penalmente antijurídica. Respecto a esta cuestión, el BGH ha entendido que no debe excluirse la culpabilidad de los guardias fronterizos, si bien en muchos casos se ha aceptado la existencia de un error de prohibición *evitable*⁶⁶⁰. Pese a las discrepancias doctrinales que ello ha ocasionado, en su reciente sentencia sobre los *Mauerschützen*, el BVerfG ha confirmado que la opinión del BGH se ajusta al principio constitucional de culpabilidad.

Sin obviar que el problema de los *Mauerschützen* es un caso límite y que se parte de un defecto de origen, como es la discutida figura del injusto extremo y de su concreta aplicación a este caso, el mismo puede servir de ejemplo de las graves dificultades con que tropieza un enfoque psicologicista en materia de error de prohibición para hacer frente a esta clase de problemas.

2. Antes de entrar en los pormenores de la situación, debe señalarse que la problemática de estos casos no está delimitada únicamente por la regulación del ya conocido § 17 StGB. Dado que los acusados actuaban en el seno de una organización estatal jerarquizada, buena parte de los problemas de error se dilucidan conforme al *actuar en cumplimiento de órdenes*, causa de exclusión de la culpabilidad prevista expresamente en la legislación alemana y que presenta importantes singularidades frente al régimen general del error de prohibición. En el caso concreto de los soldados, cuando se obedecen órdenes la responsabilidad penal está modelada por el § 5.1 del Código penal

⁶⁶⁰ En este sentido se diferencian las actuaciones ajustadas formalmente al tenor literal de los preceptos legales y los excesos, en los que no se ha aceptado error alguno (*vid.*, por ejemplo, S. BGH 20.10.1993, *NJW*, 1994, p. 267 o S. BGH 20.3.1995, *NJW*, 1995, p. 2732).

militar alemán (WStGB)⁶⁶¹. En este precepto se establece que sólo puede hacerse culpable al soldado que actúa en cumplimiento de una orden “si el autor reconoce que se trata de un hecho antijurídico o si ello es manifiesto a tenor de las circunstancias conocidas por él”⁶⁶². Según doctrina y jurisprudencia, la antijuricidad del hecho será manifiesta *cuando ello esté más allá de toda duda*, cuando sea reconocible para cualquiera sin ulterior reflexión⁶⁶³. Por tanto, según este específico régimen legal, si un soldado no puede resolver inmediatamente sus dudas acerca de una orden, la misma debe ser seguida, sin que exista ningún deber de comprobar su hipotética antijuricidad⁶⁶⁴. Por otra parte, doctrina y jurisprudencia mayoritaria han interpretado que, en el § 5.1 WStGB, “hecho antijurídico” significa “hecho que realiza el supuesto previsto en una ley penal”⁶⁶⁵.

Como puede observarse, en Derecho alemán el error de un militar sobre el carácter antijurídico de una conducta ordenada es tratado de forma menos severa que en un caso de error de prohibición ordinario⁶⁶⁶. Efectivamente, en primer lugar, el *objeto* de la conciencia de lo injusto en tales supuestos es mucho más *concreto*, puesto que deja de ser el carácter prohibido del hecho en general para pasar a ser la vulneración de una ley

⁶⁶¹ La regulación existente en la RDA era muy parecida.

⁶⁶² Si bien un sector de la doctrina alemana, probablemente mayoritario, y la jurisprudencia entienden que se trata de una regulación especial del error de prohibición (*vid.*, por todos, en NEUMANN, NK, § 17, Nm. 98), otro importante sector (*vid.*, por todos, JESCHECK-WEIGEND, AT, 5ª ed., § 46, I 4) considera que es una causa de exculpación *autónoma* con fundamento diverso al del error de prohibición. En cualquier caso, puesto que los elementos que determinan el carácter manifiesto de la antijuricidad de la orden inciden en las consideraciones que se efectúan acerca de la conciencia de lo injusto y la vencibilidad de un posible error de prohibición, las discrepancias no resultan esenciales para lo que aquí interesa.

⁶⁶³ JESCHECK-WEIGEND, AT, 5ª ed., § 46, II 3 b).

⁶⁶⁴ *Vid.*, por todos, S. BGH 25.3.1993, NStZ, 1993, p. 487. Este es un requisito para aplicar la exculpación por cumplimiento de órdenes, pero no altera el concepto de conciencia de la antijuricidad: si el sujeto tiene dudas en un caso de antijuricidad manifiesta, podría afirmarse normalmente la conciencia eventual de lo injusto. Sería distinto si se entendiera que el § 5.1 WStGB substituye completamente el concepto ordinario de conciencia de lo injusto. En tal caso, el sujeto concreto siempre se encontraría en error si no supiera con seguridad que el hecho es penalmente antijurídico.

⁶⁶⁵ Tal como es definido en el § 11.1.5 StGB; *vid.* MIEHE, *Gitter-FS*, p. 667, n. 131.

⁶⁶⁶ *Vid.*, en lo que sigue, MIEHE, *Gitter-FS*, p. 667.

penal. En segundo lugar, los límites de la conciencia de la antijuricidad (penal) del hecho cometido en cumplimiento de órdenes se contraen alrededor del *conocimiento seguro*, de tal manera que las dudas juegan en favor del autor y, si no pueden disiparse inmediatamente, la orden debe ser cumplida, sin que se incurra en responsabilidad alguna por ello. En cambio, según el régimen ordinario, la existencia de dudas es motivo suficiente para apreciar la evitabilidad del error e, incluso, la existencia de una conciencia eventual del injusto. Y, en tercer lugar, el art. 5.1 WStGB amplía los requisitos mínimos necesarios para poder hacer responsable al sujeto por un hecho cuando se desconoce el carácter penalmente prohibido del mismo. Efectivamente, el militar que actúa cumpliendo órdenes cuya antijuricidad penal *no es evidente* queda exento de *toda pena*, sin necesidad de que su error llegue al extremo de ser *inevitable*, como sucede en el régimen general. En definitiva, el error en este ámbito sólo puede originar responsabilidad cuando sea razonable considerar que el carácter penalmente prohibido del hecho era fácilmente accesible para el soldado medio con los elementos disponibles en el momento de actuar, sin necesidad de ulteriores reflexiones ni obtención de información adicional. Por tanto cuando se cumplan órdenes, sólo se es responsable cuando se *sabe positivamente* que se comete un delito o cuando se incurre en un *error burdo*⁶⁶⁷.

2. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal

a) El actuar en cumplimiento de una orden

1. De acuerdo con el régimen legal que se acaba de describir, cuando se ha planteado la falta de conciencia de lo injusto por parte de los *Mauerschützen*, el BGH⁶⁶⁸ ha analizado en primer lugar una posible exculpación con base en el § 5.1 WStGB. Como ya se ha visto, el Tribunal Supremo alemán entiende que las ordenes que recibían los soldados de sus

⁶⁶⁷ Desconocimiento debido a hostilidad o indiferencia hacia el Derecho; cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 54 y JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 46, II 3 b).

⁶⁶⁸ *Vid.* los principios establecidos en la S. BGH 3.11.1992, *NJW*, 1993, p. 149 y S. BGH 25.3.1993, *NJW*, 1993, pp. 1936-37.

superiores –que incluían el abrir fuego con dolo (eventual) de matar sobre los fugitivos– eran antijurídicas. Pues bien, la jurisprudencia *ha rechazado* toda alegación exculpatoria fundamentada en el actuar en cumplimiento de ordenes, por entender que, aun cuando fuera posible que los soldados procesados no fueran conscientes de la antijuricidad de las órdenes recibidas, tal antijuricidad era *manifiesta*, es decir, estaba al alcance del guardia fronterizo ordinario más allá de toda duda, sin necesidad de reflexiones o consultas adicionales.

2. Los elementos sobre los que se fundamenta esta conclusión son diversos⁶⁶⁹. Por un lado, encontramos la clase de hechos sobre los que versaban las órdenes –el carácter elemental de la prohibición del homicidio, sobradamente conocida por todos– y las circunstancias concretas, especialmente el hecho de tratarse de personas desarmadas sin que existiera peligro para los soldados o para terceros. Por otro lado, cabe mencionar el rechazo generalizado que tales prácticas despertaban entre la población de la RDA, hasta el punto de que entre la misma tropa estaba bastante extendido el propósito de licenciarse con los “guantes blancos”, es decir, sin haber dado muerte a nadie. Finalmente, es importante destacar una política oficial de secretismo y silencio –de la que participaban los propios soldados– que llegaba a negar públicamente la existencia de la orden de disparar a matar y ocultaba y falseaba la existencia de cada incidente concreto, fenómenos que demostrarían tanto la mala conciencia de quienes dictaban las órdenes como el perfecto conocimiento de la reprobación popular hacia tales medidas⁶⁷⁰. Según la jurisprudencia, si se tienen en cuenta todos estos factores, debía resultar evidente para el soldado medio que, con la ejecución de tales órdenes, se estaba produciendo una grave conculcación del derecho a la vida en una situación de absoluta desproporción y que, por esa razón, ninguna causa de justificación razonable podía ofrecer cobertura jurídica a su comportamiento.

3. El BGH no desconoce la existencia de algunos elementos que

⁶⁶⁹ Vid. la descripción de estas condiciones en HERZOG, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 57-62 y en la S. LG Berlin 20.1.1992, *JZ*, 1992, p. 695.

⁶⁷⁰ Vid. S. BGH 3.11.1992, *NJW*, 1993, p. 141.

podrían contrarrestar el efecto de los anteriores e introducir dudas sobre la manifiesta antijuricidad de las órdenes⁶⁷¹. Por un lado, cabe tener en cuenta la profunda indoctrinación de muchos jóvenes criados en los valores del socialismo real, donde se ponía especial énfasis en el valor de la defensa de la frontera y en la traición a la patria que cometían los fugitivos. Igualmente, es digna de consideración la legitimación institucional de la práctica (formas legales, órdenes escritas, persecución de las actitudes tibias en el empleo de las armas, recompensas y reconocimiento oficial para quienes cumplieran las órdenes, ausencia de reacciones administrativas y judiciales investigadoras, etc.) o la pervivencia a lo largo de décadas de un mismo régimen fronterizo sin consecuencias ni cambios apreciables. A pesar de todo ello, el TS alemán considera que estos factores no son lo suficientemente relevantes para alterar la evidencia de la antijuricidad de las muertes producidas.

4. De todas formas, el BGH ha establecido el umbral mínimo de ese carácter manifiesto de la antijuricidad. Así, se ha admitido en alguna sentencia que la orden no constituía una infracción evidente de las leyes penales cuando tuviese por objeto únicamente *lesionar* al fugitivo y se excluyera el dolo eventual de matar. Por consiguiente, quienes para impedir una huida hirieron, incluso gravemente, a alguna persona han sido absueltos por actuar en cumplimiento de una orden no manifiestamente antijurídica⁶⁷². De estas últimas sentencias, que no han llamado mucho la atención, se derivan algunas conclusiones interesantes. Las agresiones dolosas contra la integridad física de las personas para evitar que huyeran del país son también consideradas conductas no justificadas, es decir, *extremes*

⁶⁷¹ Vid. ESER, *Walter Odersky-FS*, pp. 342-343. La jurisprudencia también ha rechazado la aplicación de un estado de necesidad exculpante basado en el miedo a la reacción oficial en caso de no acatarse las órdenes. No obstante todos estos elementos son tenidos en cuenta en la determinación de la pena.

⁶⁷² Vid. S. BGH, 8.6.1993, *NStZ*, 1993, pp. 488-489. Se trataba de un caso de disparos a las piernas desde una distancia de unos 60 metros. Personalmente me parece difícil creer que los hechos no fueran constitutivos de una tentativa de homicidio por dolo eventual. Piénsese cuál hubiese sido la calificación del suceso en esa misma situación si los disparos hubiesen producido un resultado de muerte. Es dudoso que fuera considerado un homicidio imprudente. También es exculpante el fallo de la S. BGH 7.2.1995, *NStZ*, 1995, pp. 282-284. En este caso, se había excluido por desistimiento la tentativa por homicidio doloso al haberse logrado evitar la muerte de la víctima gracias a la rápida asistencia de los propios autores, produciéndose sólo unas lesiones de las que son exculpados.

Unrecht, si bien quedan exculpadas porque el límite de la infracción manifiesta, al menos por lo que a militares jóvenes y adoctrinados se refiere, se sitúa en la acción de disparar aceptando el riesgo de matar. De todo ello se infiere que *existen injustos legales extremos cuya antijuricidad no es manifiesta* o evidente para cualquier persona penalmente imputable.

b) El error de prohibición

1. Descartada la exculpación basada en la regulación especial del error de prohibición en el ámbito castrense, queda por analizar la posible concurrencia de un error de prohibición ordinario. El carácter evidente de la vulneración de la ley penal cuando se dispara sobre un fugitivo desarmado es un dato *normativo* que permite rechazar la exculpación por actuar en cumplimiento de órdenes, pero ello no excluye la posibilidad de que, a pesar de todo, el sujeto no fuera realmente consciente de la antijuricidad de su hecho. De producirse tal situación, ello se traduciría en un error de prohibición, concretamente un error sobre la existencia de una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico⁶⁷³. En la mayoría de casos, los tribunales inferiores alemanes han admitido en los *Mauerschützen* la concurrencia de un error de esta clase, basándose, escuetamente, en que “la alegación [de la *ignorantia iuris*] efectuada por el acusado no puede ser refutada según los hechos probados”⁶⁷⁴, constatación que ha sido asumida necesariamente en casación.

⁶⁷³ Las representaciones alternativas a la “correcta interpretación conforme a los derechos humanos” de la situación jurídica que se presentaba podían ser múltiples. Desde quien se ajusta a una interpretación básicamente formal de la GrenzG-DDR o de las normas escritas que le precedieron (disparar aceptando la posibilidad de ocasionar la muerte del fugitivo cuando no exista ningún otro medio para impedir la fuga y siempre que se trate de un supuesto de delito grave, etc.), pasando por quien creía que eran Derecho las instrucciones orales que se facilitaban sistemáticamente (todo intento de fuga debe ser evitado, sea como sea) hasta quien considera autorizada cualquier situación practicada asiduamente, excesos según las perspectivas anteriores (así, los retrasos en las asistencias a los heridos, los malos tratos y las torturas). Normalmente los casos jurisprudenciales se han movido en torno a hechos probados cercanos al primer supuesto.

⁶⁷⁴ S. LG Berlín 20.1.1992, *JZ*, 1992, p. 694. En cualquier caso, en todas las sentencias, el problema que se ha analizado en sede de actuación en cumplimiento de una orden ha sido si la antijuricidad penal de la conducta era manifiesta o no, lo que implícitamente presupone aceptar el desconocimiento de la misma.

2. Normalmente se ha entendido que el error se producía en el sentido de que los guardias fronterizos creían que los preceptos y órdenes dirigidos a impedir por cualquier medio la vulneración de la frontera eran válidos a pesar de advertir la absoluta falta de proporcionalidad en su afectación al derecho a la vida de los fugitivos. Sin embargo, en otros casos, el error ha sido apreciado por los tribunales de forma algo distinta: se ha considerado que el error de los guardias consistía en el convencimiento de que una orden es siempre vinculante, incluso cuando sea claramente antijurídica⁶⁷⁵. Tanto en uno como en otro caso, dichos errores de prohibición han sido considerados siempre *vencibles* puesto que se entiende que existían sobrados *motivos* para dudar de la validez de la orden recibida. Las mismas razones que sirven para afirmar el carácter manifiesto de la antijuricidad del hecho (naturaleza, circunstancias, secretismo, etc.) conducen necesariamente a la *evitabilidad* del error de prohibición. Basándose en esta argumentación, el BGH acaba confirmando pues las condenas por homicidio en error de prohibición vencible dictadas en instancia, sin llegar, según creo, a hacer uso de la facultad de no atenuar la pena prevista en el § 17.2 StGB⁶⁷⁶.

3. Como dato menor cabe mencionar que el tratamiento del error de prohibición según el Derecho de la RDA resultaba más beneficioso al reo que el de la RFA. En efecto, sin regulación específica al respecto, la doctrina mayoritaria de la RDA era partidaria de la teoría del dolo, con lo que las muertes ocurridas en la frontera interalemana serían calificadas como homicidios imprudentes. El BGH ha rechazado tal posibilidad por cuanto

⁶⁷⁵ *Vid.*, en este sentido la S. BGH 3.11.1992, *NJW*, 1993, pp. 148 y s. (así lo interpreta AMELUNG, *JuS*, 1993, p. 642). Este planteamiento –órdenes son órdenes– ya había sido rechazado como causa de exculpación en los crímenes del nacionalsocialismo. Seguramente la clase de error más habitual consistiría en el contenido materialmente injusto de la orden –la desproporcionalidad– pero no la antijuricidad formal –contrariedad a las normas de la RDA– de la orden. La otra posibilidad sería creer que toda la responsabilidad por el contenido de esas órdenes correspondía exclusivamente a quien las impartía. Pero de ser ello así no hubiese sido preciso discutir si el carácter penalmente antijurídico del hecho era manifiesto o no a efectos de actuar en cumplimiento de una orden, sino que se debería haber afirmado directamente que los soldados sabían que la orden era penalmente antijurídica.

⁶⁷⁶ *Vid.* NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 101.

también existían en la RDA opiniones partidarias de la teoría de la culpabilidad y se trataría, por tanto, de un simple cambio de jurisprudencia en favor de una interpretación posible en el propio momento de comisión de los hechos. Ello ha despertado algunas reticencias doctrinales por considerar que sería contrario a la prohibición de retroactividad.⁶⁷⁷

c) *La opinión doctrinal*

1. La mayoría de las opiniones doctrinales expresadas al respecto se inclinan por rechazar la culpabilidad en el caso *Mauerschützen* estándar. Ello resulta casi forzoso entre quienes ya cuestionan que tales conductas no estuviesen realmente justificadas, pero, incluso entre quienes consideran que las muertes en el muro eran homicidios antijurídicos, suele aceptarse que la orden no constituía una infracción manifiesta de las leyes penales en el sentido del § 5.1 WStG, por lo que resultaría procedente la exculpación en los niveles inferiores del aparato estatal⁶⁷⁸. Igualmente, si bien de forma no tan unánime, se considera que, incluso si se analiza este error desde la perspectiva del régimen general del § 17 StGB, debería concluirse que el error era inevitable⁶⁷⁹.

2. La primera cuestión que se subraya es que la jurisprudencia está predeterminada por la previa constatación de la antijuricidad de los homicidios efectuada a través de la fórmula de RADBRUCH⁶⁸⁰. Expresándolo

⁶⁷⁷ Vid. S. BGH 25.3.1993, *NJW*, 1993, p. 1937. En este punto el BGH puede tener algo más de razón, puesto que en este caso sí se trata de un simple cambio en la interpretación jurisprudencial que, además, no afecta a la esencia de lo injusto del hecho sino simplemente al tratamiento de la culpabilidad. Para DANNECKER, *Jura*, 1994, p. 594, en este punto se vulnera nuevamente la prohibición de retroactividad. En el mismo sentido ESER, *Walter Odersky-FS*, p. 344. En cambio, MIEHE, *Gitter-FS*, p. 664, n. 115 considera convincente la argumentación del BGH.

⁶⁷⁸ ARNOLD-KÜHL, *JuS*, 1992, p. 996; AMELUNG, *JuS* 1993, p. 642; DANNEKER, *Jura* 1994, p. 594; ESER, *Walter Odersky-FS*, pp. 343 y 345; FROMMEL, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 91-92; MIEHE, *Gitter-FS*, pp. 664 y 667; NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 101. En contra HERZOG, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 68-69. Las posiciones ya no son tan unánimes cuando se trata de un error de prohibición *invencible*.

⁶⁷⁹ En este punto discrepa también NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 102, para quien la inmoralidad y dañosidad social del comportamiento son indicios de la evitabilidad del error. Vid., también, SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 19.

⁶⁸⁰ Vid. las referencias en ESER, *Walter Odersky-FS*, p. 341, n. 25.

en palabras de NEUMANN, “ ... una vez llegado a la conclusión de que objetivamente existe un caso de injusto legal –y en el caso de la RDA existen buenas razones para cuestionarlo– apenas queda margen de maniobra para la exculpación”⁶⁸¹. En efecto, si la muerte de los ciudadanos germano-orientales que intentaban huir es realmente un *injusto extremo*, una *vulneración insoportable* de los más elementales mandatos de la justicia, parece claro que debe quedar descartada, *per definitionem*, toda posibilidad de error relevante⁶⁸². Si se tienen en mente las brutalidades del nazismo, tal conclusión parece obvia: el injusto era tan craso y burdo que ni siquiera el epíteto “legal” podía llevar a engaño al autor. Esta podría ser la principal razón por la que el BGH da poco valor a los factores que contrarrestaban la evidente lesividad de las conductas ordenadas.

3. Por el contrario, buena parte de la doctrina duda de que muchos guardias –precisamente los que llegaban a disparar– fueran realmente capaces de una decisión en conciencia acerca de lo injusto del hecho recurriendo a principios supraleales que desautorizarían la práctica oficial. La fortísima sublimación de la protección de la frontera que se hacía desde instancias oficiales hizo que el carácter delictivo de las conductas de los *Mauerschützen* no fuera reconocible inmediatamente por la generalidad y que, probablemente, los guardias no estuviesen en condiciones individuales de superar su error de prohibición⁶⁸³.

Como ya se ha indicado, para los autores que ya cuestionaban la propia antijuricidad de los hechos, esta conclusión es obvia. Sin embargo, resultan particularmente interesantes opiniones como las de ALEXY que, a pesar de ser un partidario de la fórmula de RADBRUCH, abriga serias dudas

⁶⁸¹ NEUMANN en NK, § 17, Nm. 102.

⁶⁸² Coherente con esta lógica interna, HERZOG, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 68-69 rechaza la posibilidad de cualquier exculpación e incluso la existencia de error de prohibición: el rechazo popular y el secreto oficial en torno al régimen fronterizo y las propias dudas entre los soldados serían la constatación de que ni siquiera un régimen totalitario puede erradicar las convicciones jurídicas generalizadas acerca de un núcleo inviolable del Derecho y de la Justicia.

⁶⁸³ Así AMELUNG, GA, 1996, p. 57 afirma que lo ha podido comprobar personalmente con estudiantes que sirvieron en la frontera. *Vid.* también AMELUNG, JuS, 1993, p. 441, n. 56.

sobre la culpabilidad de los guardias fronterizos. Para no llegar a las mismas conclusiones que la jurisprudencia, este autor intenta desligar el concepto de *injusto extremo* de la idea de *injusto evidente* y universalmente reconocible⁶⁸⁴. Así, con el objeto de hacer admisible la posibilidad de un error de prohibición invencible (o, al menos, la simple exclusión del conocimiento de la antijuricidad) en un supuesto de injusto extremo, acepta la existencia de situaciones de “ceguera moral” motivada por ofuscaciones ideológicas, tradiciones encostradas o fanatismos. En tal estado debían estar sumidos muchos jóvenes soldados de la RDA, que, a diferencia del caso de la mayoría de criminales nacionalsocialistas, se habían criado y adoctrinado toda su vida bajo la égida de un Estado organizado sobre la mentira, de tal forma que pese a entrar en contacto con todos los elementos que positivamente deben conducir, en condiciones mínimamente normales, a la conciencia de lo injusto extremo del hecho, esto no se producía como consecuencia de su estado de ceguera moral.

5. El rechazo doctrinal generalizado al carácter manifiesto de la antijuricidad de los homicidios ordenados e, incluso, la aceptación por parte de la jurisprudencia de un error de prohibición (falta de conciencia efectiva de lo injusto) siembra, esta vez *ex post*, nuevas dudas acerca del carácter de *injusto extremo* de tales hechos. Creo que el recurso a la ceguera moral no acaba de resolver completamente el problema, puesto que en este caso no se pretende únicamente explicar la existencia del desconocimiento como *fenómeno individual* sino que acaba adquiriendo un *carácter generalizado* impropio de la imputación personal. En efecto, no se trata de un caso de “socialización exótica”, de aislamiento individual excepcional frente a los valores de la comunidad – así, por ejemplo, el caso de extranjeros–, supuestos que permiten aceptar excepcionalmente el error de prohibición en el núcleo del Derecho penal⁶⁸⁵, sino que se presenta como un fenómeno de *socialización masiva anormal* (si es que ello no es ya una contradicción en sus propios términos). El paso de la ceguera moral desde un problema individual –que en una sociedad democrática probablemente estaría mejor acomodado

⁶⁸⁴ ALEXY, *Mauerschützen*, pp. 24-25 y 37-38.

⁶⁸⁵ *Vid.* JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 7.

en la inimputabilidad, a menudo en el espinoso campo de las personalidades psicopáticas- a un fenómeno social extendido para poder mantener así la existencia de un *injusto extremo sin culpabilidad*, acaba debilitando la propia doctrina del injusto extremo o, al menos, le priva de la amplia operatividad que se le confiere cuando quiere aplicarse a casos como el de los *Mauerschützen*. Aceptar la existencia de un injusto extremo y, simultáneamente, admitir que buena parte de la sociedad y el poder establecido están imbuidos de un orden de valores que no les permite advertir ese injusto extremo como tal, indica que en esa sociedad tales valores ya no pueden conformar un Derecho suprapositivo como producto histórico y contingente de cada civilización sino, en todo caso, un Derecho natural *externo* a esa sociedad. Probablemente en el caso de la RDA no se había llegado a este punto de embrutecimiento, por lo que si amplias capas de la población eran incapaces de advertir dicho injusto es porque *no era* un injusto extremo.

3. El conocimiento de la antijuricidad en el caso Mauerschützen

a) Cumplimiento de una orden

1. Como se verá más detalladamente en la cuestión del error de prohibición, resulta difícil admitir que la antijuricidad penal del caso *Mauerschützen* estándar fuera evidente y que se rechace por ello la aplicación del § 5.1 WStGB⁶⁸⁶. El propio BVerfG abriga alguna duda sobre la posibilidad de reconocer inmediatamente la infracción penal, ya que la aparente causa de justificación estaba respaldada por la autoridad estatal de los dirigentes de la RDA y como tal había sido transmitida a los soldados⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ MIEHE, *Gitter-FS*, p. 667 n. 133 deja pendiente la cuestión de si el § 5.1 WStGB supone la inaplicación de los preceptos generales sobre error de prohibición o si (como se hace en la S. BGH 25.3.1993, *NJW*, 1993, p. 1932) pueden ser ambos utilizados sucesivamente. *Vid.*, al respecto, SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 55.

⁶⁸⁷ Cfr. S. BVerfG 24.10.1996, FJ C III 2. En cualquier caso, el TC alemán considera que el criterio de análisis de la culpabilidad empleado por la jurisdicción penal –razonabilidad según el soldado medio atendidas las circunstancias especiales del hecho y las personales– supone tener en cuenta suficientemente el principio de culpabilidad desde la

Realmente la jurisprudencia adopta una posición compleja y contradictoria. No se atreve a asegurar la existencia de plena conciencia de lo injusto en el caso *Mauerschützen* estándar pero, por otra parte, se ve obligada a afirmar la antijuricidad *manifiesta* del hecho, tanto para ser coherente con su tesis del injusto extremo, como para poder excluir la aplicación del actuar en cumplimiento de una orden del § 5 WStGB, ya que este precepto conduce siempre a la *absolución* salvo en caso de errores burdos. Esta “finta”, realizada para escapar de la exculpación plena sin renunciar a la existencia de un error de prohibición vencible, hipotecará la solución adoptada por la jurisprudencia.

2. Por otra parte, a mi juicio, en la argumentación de los tribunales alemanes se está produciendo una cierta confusión entre la *gravedad* de lo injusto del hecho (efectivamente, se trata de un homicidio cometido contra seres desarmados) y la *evidencia* de la antijuricidad del mismo⁶⁸⁸, aspectos próximos pero no necesariamente coincidentes. Precisamente, pese a que el tipo de homicidio está ubicado en el corazón del denominado Derecho penal nuclear, lugar en el que apenas es imaginable el error de prohibición directo, la posible concurrencia de causas de justificación desplaza esa clase de hechos hacia los márgenes del Derecho penal, haciendo mucho más aceptable la presencia de errores⁶⁸⁹. Ciertamente, en este caso concreto existe un elemento decisivo para colegir la invalidez de la orden recibida como es la falta de proporcionalidad. Sin embargo, ya se ha indicado que tal desproporción absoluta no era tan clara⁶⁹⁰ y que la idea de proporcionalidad según el orden de valores del socialismo real no se correspondía en absoluto con la de un Estado democrático.

3. En cambio, llama la atención que, a pesar de que el BGH afirme el carácter evidente de la antijuricidad penal del hecho, ello no haya tenido como consecuencia que los errores de prohibición admitidos no hayan sido

perspectiva constitucional, dejando la cuestión de la concreta ponderación en manos de los tribunales ordinarios.

⁶⁸⁸ Cfr. MIR PUIG, *PG*, Lec. 18, Nm. 67-68 en relación a la obediencia debida.

⁶⁸⁹ *Vid.* JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 21 .

⁶⁹⁰ Como demuestra la jurisprudencia en caso de lesiones dolosas; *vid. supra*, n. 672.

considerados *burdos*, es decir, errores sólo explicables por la absoluta ceguera jurídica o falta de actitud o enemistad con el Derecho –“correctamente” concebido– y no se haya renunciado a la atenuación de la pena. De ser un caso tan diáfano de injusto extremo seguramente ésta hubiese debido ser la conclusión lógica.

b) Clase de error de prohibición

1. En principio, el error de los soldados que abrieron fuego consistiría en un error sobre la existencia de una causa de justificación, más concretamente respecto a la validez de la misma. Ahora bien, si se acepta el planteamiento del BGH en el sentido de que la base material de la antijuricidad de dichas conductas era evidente y manifiesta, los soldados incurren en un error sobre el concepto *injusto*: en lugar de establecerlo según la lesividad y la proporcionalidad de la conducta, datos conocidos por los autores pero de los que no atinan a derivar un juicio de desvalor *jurídico*, los soldados identifican Derecho con *formalidad legal*, con la manera en que es llevado a la práctica un ordenamiento jurídico *por el Estado* o con la *ausencia sistemática de reacción* contra determinados hechos. Como podrá advertirse, si realmente el error ha sido motivado por estos factores, el problema estriba en cómo puede haberse afirmado previamente que la antijuricidad penal de la conducta es manifiesta, a efectos de rechazar la exculpación por actuar en cumplimiento de órdenes. Una posible solución podría ser entender que, dadas las circunstancias, los guardias se habían representado de todas formas el desvalor jurídico de sus conductas y tenían simplemente una expectativa de impunidad. Sin embargo, en tal caso no tendría sentido plantearse la existencia de un error de prohibición puesto que el sujeto habría incurrido, en el mejor de los casos, en un error irrelevante – según jurisprudencia y doctrina mayoritaria– acerca de la punibilidad de su conducta.

2. Así las cosas, no es de extrañar que en algún caso se haya planteado la situación de distinta manera, introduciendo un nuevo elemento a efectos de sostener con mayor comodidad la existencia de error sin que ello incida en el carácter evidentemente antijurídico de la conducta ordenada: la creencia en la existencia de una causa de justificación *distinta*, concretamente

considerar vinculantes las órdenes pese a que su carácter penalmente antijurídico sea manifiesto. En efecto, como ya se ha indicado, en alguna sentencia⁶⁹¹ se ha considerado que el error de los soldados consistía en pensar que toda actuación en cumplimiento de una orden era siempre – incluso cuando tenía por objeto la comisión de homicidios– de obligatorio cumplimiento, esto es, que cualquier conducta, por el simple hecho de ser ordenada, no sería antijurídica⁶⁹².

3. Sin embargo, obsérvese que si se concibe el error de prohibición en los términos mencionados se está realizando una substitución de las auténticas representaciones del sujeto. En efecto, se introduce un juicio provisional pretendidamente realizado por el sujeto acerca de la antijuricidad penal de la conducta que probablemente nunca se ha producido: “mi conducta *constituye un delito* pero está justificada por el hecho de haber sido ordenada”, en lugar de la creencia “mi conducta no es delictiva porque actúo cumpliendo órdenes ajustadas al ordenamiento jurídico”. Evidentemente, plantear el desconocimiento de la antijuricidad a través de la creencia “órdenes son órdenes”, predispone al rechazo del error o, en el mejor de los casos, a que el mismo sea evitable, y facilita el mantenimiento de la evidencia de la antijuricidad y el carácter extremo del injusto cometido a pesar del error. Pero, en realidad esta creencia, si se produce en algún caso, es más bien propia de los *excesos* en sentido estricto. Así, por ejemplo, invocaría un error de prohibición por ese motivo quien obedeciera a la orden de rematar a un herido o a un detenido. Pero en la mayoría de casos enjuiciados, los *Mauerschützen* no creían que sus conductas estaban justificadas únicamente por el hecho de estar amparadas por el mandato de un superior jerárquico, sino porque dicha orden se circunscribía

⁶⁹¹ *Vid. supra* n. 671.

⁶⁹² Es decir, entender que la orden es claramente contraria a Derecho, pero que ello es competencia exclusiva de quien la imparte a quien corresponde todo el mérito o demérito de las consecuencias de sus órdenes. Cuestión distinta sería entender que la orden va más allá de las fuentes legales escritas, pero, atendiendo a las “especificidades” de los sistemas jurídicos socialistas, considerara que tales órdenes e instrucciones pueden reconfigurar el ámbito de lo jurídicos (así, por ejemplo, S. BGH 18.1.1994, *NJW*, 1994, p. 2237). Probablemente quien creyera esto último no incurría en un error sino que se representaba cabalmente el funcionamiento de la normativa de la RDA. *Vid. también supra* p. 286 y n. 675.

estrictamente a los límites de la legalidad establecida por el Estado de la RDA, con lo que los problemas de coherencia con el carácter manifiesto y evidente de la antijuricidad permanecen abiertos.

c) Concepto de conciencia de lo injusto

1. En todo lo referente a conciencia y error de prohibición por parte de los guardias de fronteras hay que intentar evitar una confusión de planos entre el conocimiento de las bases materiales que fundamentan la existencia de un injusto extremo y el conocimiento de la antijuricidad, puesto que sólo este último actúa como punto de referencia tanto de la culpabilidad plena como del error de prohibición vencible. En efecto, una cuestión es el conocimiento de la inmoralidad, la reprobabilidad ético-social, la inhumanidad y la absoluta desproporcionalidad de la conducta que se está llevando a cabo y otra distinta es saber que, a causa de estos factores, las normas u órdenes aparentemente jurídicas que le dan cobertura son inválidas. Sólo entonces puede hablarse de conciencia de lo injusto, de conocimiento del carácter *antijurídico* de la infracción⁶⁹³. Para actuar con conocimiento de la antijuricidad no es suficiente con ser consciente de los elementos que presuponen la aplicación de la fórmula de RADBRUCH, sino que es necesaria la representación de las consecuencias de la misma, esto es, la invalidez del Derecho de la RDA tal como era practicado.

2. Parece que este planteamiento es respetado por la jurisprudencia alemana ya que admite la posibilidad de que los guardias de fronteras realmente desconocieran la antijuricidad de sus conductas y acepta la *existencia* de un error de prohibición. Sin embargo, no está tan claro que siga esas mismas pautas cuando afirma el *carácter evidente* de la antijuricidad del hecho (a efectos de rechazar la exculpación por actuar en cumplimiento de órdenes) o cuando establece la *evitabilidad* del error.

Así, resulta extraño que los tribunales acepten la existencia de un error de prohibición, siquiera vencible, cuando previamente se ha señalado

⁶⁹³ MIEHE, *Gitter-FS*, p. 664, considera que ello sólo es posible si le exige al sujeto prever que el Estado dejará algún día de reconocer dichas normas o, lo que es lo mismo, la futura desaparición del régimen.

que se estaban ordenando conductas *manifiestamente antijurídicas* (es decir, que el carácter delictivo era algo absolutamente evidente para el soldado medio). Especialmente si se tienen en cuenta dos factores adicionales. En primer lugar, la jurisprudencia y doctrina dominantes en Alemania suelen manejar un concepto bastante amplio de objeto de conciencia de lo injusto (la simple contrariedad con el valor jurídico), siendo suficiente además la conciencia eventual de dicha contrariedad. En segundo lugar, que se mantiene habitualmente una postura restrictiva en materia procesal para aceptar la existencia de un error: los elementos que permiten considerar probado a efectos de error de prohibición que el sujeto *desconocía* lo injusto del hecho (esto es, la apariencia de legalidad por ser una conducta ordenada y respaldada por el poder estatal, incluso mediante normas escritas) no se ajustan con la afirmación previa de que la antijuricidad *penal* del hecho era *manifiesta* para el soldado medio a efectos de rechazar cumplimiento de una orden ni con la posterior consideración de que, a ese soldado en concreto le era exigible jurídico-penalmente haber adquirido la conciencia correcta, es decir, que su error de *prohibición* era *evitable*. Téngase en cuenta además, que en las sentencias no se invocan razones de índole estrictamente particular que pudiesen explicar la existencia de una creencia errónea en un caso determinado, sino que se admite tal desconocimiento de forma generalizada entre quienes dispararon con dolo eventual de matar sin cometer otros excesos.

3. La explicación de ello tal vez sea que en este punto concreto –la constatación del desconocimiento– se estaría manejando un concepto ortodoxo de conocimiento de la antijuricidad, vinculado a la idea de contrariedad formal a prohibiciones o mandatos jurídico-penales positivos, próximo incluso a la idea de sancionabilidad penal. En tal caso es razonable suponer *de forma general* que muchos soldados creyeran que lo que hacían, juicios morales al margen, no estaba prohibido por el Derecho de la RDA, precisamente basándose en que hacían no estaba castigado sino que, por el contrario, estaba promocionado por el poder público. Sin embargo, cuando se trata de rechazar el actuar en cumplimiento de órdenes o de afirmar la evitabilidad de este error de prohibición (la posibilidad de adquirir el conocimiento de la antijuricidad), el punto de referencia parece ser en

cambio las bases materiales de la fórmula de RADBRUCH: la conciencia de la grave lesividad y de la desproporción del hecho, una especie de conciencia material, de mera contrariedad al valor sin conocimiento de la prohibición formal.

d) Evitabilidad del error: motivos

1. En principio el método de determinación de la evitabilidad del error empleado por el BGH se ajusta a los cánones habituales⁶⁹⁴. Como ya se ha señalado, se esgrime la existencia de *motivos* sobrados para dudar de la juridicidad de la actuación que deberían haber impulsado a la reflexión y a recabar información que hubiese permitido eliminar el error: el lugar preeminente que ocupa la vida entre los bienes jurídicos penalmente protegidos, el conocimiento de la desaprobación por parte de la mayoría de población de tales prácticas, así como las enseñanzas recibidas en el sentido de que las órdenes contra la humanidad no deben ser seguidas⁶⁹⁵. Motivos que no estarían lo suficientemente desdibujados por otros factores de naturaleza social (el adoctrinamiento y el estado de opinión “oficial” presentando a los fugitivos como delincuentes y traidores) o jurídica (la forma “legal” con que se presentaba el injusto extremo, el respaldo institucional sistemático y organizado de tales prácticas, fomento premial de las mismas, sanciones en caso de incumplimiento, etc.).

Como ya se ha indicado, voces autorizadas se han alzado considerando que no se han tenido suficientemente en cuenta las características individuales (edad, condición profesional –a menudo militares profesionales–, educacional –indoctrinación, a menudo militantes del SED–, etc.) y que se ha utilizado un baremo excesivamente objetivizante⁶⁹⁶,

⁶⁹⁴ Es decir: constatación de la existencia de *motivos* para sospechar la antijuricidad de la conducta, *examen* de la situación y búsqueda de información. Vid., por todos, ROXIN, *ATI*, 3ª ed., Nm. 51 y ss.

⁶⁹⁵ Vid. S. BGH 26.7.1994, *NJW*, 1994, p. 2703. Vid. también *supra* p. 283 los argumentos esgrimidos para rechazar la exculpación por actuar obedeciendo órdenes.

⁶⁹⁶ Crítico también ROXIN *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 66-67 y ESER, *Odersky-FS*, p. 345. La jurisprudencia considera que los soldados deberían haber valorado por sí mismos la falta de fiabilidad de las fuentes oficiales y deberían haber recurrido a fuentes no oficiales (cfr., en ese sentido S. BGH 23.3.1993, *NJW*, 1993, p. 1932).

especialmente si se tiene en cuenta, además, que la vía casi exclusiva de que disponían los guardias de frontera para acceder a partir de estos motivos al conocimiento de la antijuricidad sería la reflexión o el "esfuerzo de conciencia" individual⁶⁹⁷.

2. Si se analiza la estructura del juicio de evitabilidad en estas situaciones se observará que en el caso *Mauerschützen* estándar, se acaba imputando al soldado – es decir, definiendo como tarea que compete a él y haciéndolo responsable de ello– tanto la correcta identificación y valoración de las bases materiales del injusto extremo como la traducción de estos elementos en la antijuricidad formal de la conducta. En efecto, el error del sujeto puede referirse a dos momentos distintos:

Primer supuesto: El guardia de fronteras es un joven *pionero* convencido de las bondades del socialismo real. A pesar de conocer todas las circunstancias de la situación, incluida la reprobación de amplias capas de la población, no considera que la medida sea desproporcionada en absoluto, sino que está convencido de que evitar actos de traición como la violación de la frontera es imprescindible para la supervivencia de la RDA y la realización del socialismo. En este caso faltaría incluso una conciencia del injusto material del hecho.

Segundo supuesto: El guardia de fronteras es un joven acomodaticio y sin muchas convicciones y es perfectamente consciente de la desmesura de disparar sobre un simple fugitivo, tiene la vaga idea de que lo que está haciendo "no está bien". Sin embargo, puesto que ello está ordenado "legalmente" por el Estado, tal factor debe primar por encima de cualquier otra consideración: "la ley es la ley". En este caso faltaría la conciencia de la antijuricidad formal del hecho.

3. Partiendo de estos modelos, la discusión acerca de la evitabilidad de estos errores por existir motivos *suficientes* para conocer la antijuricidad se concentra en distintos puntos.

a) Las discrepancias pueden producirse en la constatación empírica de la existencia e importancia real de los motivos que debían despertar dudas.

⁶⁹⁷ En primer lugar porque ésta es la única vía de acceso al conocimiento de la antijuricidad cuando se trata del cumplimiento de una orden. En efecto, puesto que previamente se ha establecido que la antijuricidad de la infracción era manifiesta, es decir, accesible inmediatamente, podemos decir que la segunda alternativa, el recurso a fuentes de información fiables como vía subsidiaria al "esfuerzo de conciencia", no resulta relevante a efectos de la aplicación del actuar en cumplimiento de una orden.

En efecto, antes de establecer el peso que se debe *otorgar* a todos los elementos que concurren en la situación a efectos de determinar la evitabilidad del error, es preciso fijar con claridad todas las cuestiones de hecho. Así, tal vez simplemente se discrepe sobre el dato empírico de la mayor o menor incidencia en los soldados de elementos como la apariencia de legalidad, el ambiente de rechazo popular o la ocultación de la existencia de los hechos⁶⁹⁸. Es decir, simplemente no se está de acuerdo sobre cuál era la situación *real* que existía en la RDA. Se trata de un aspecto de poco interés dogmático si bien resulta crucial para la solución del caso concreto.

b) Realización del juicio objetivo (intersubjetivo) de evitabilidad del error una vez establecidos todos los elementos de hecho, es decir, establecer la *suficiencia* de los motivos para originar dudas e incitar a la reflexión e información⁶⁹⁹. En este punto resulta especialmente problemática la selección de los factores y circunstancias concretas que deben ser transferidos al modelo del soldado medio como baremo para establecer la evitabilidad. Así, por ejemplo, resulta crucial la inclusión o no de la ideología o la educación del sujeto concreto en ese modelo. En definitiva, se trata del problema de qué límites deben introducirse al perfil biográfico del autor.

c) Realización de un juicio subjetivo de evitabilidad⁷⁰⁰. Si se llega a la conclusión de que, intersubjetivamente concurrían indicios suficientes de antijuricidad, se plantea el problema de si es pertinente, y hasta qué punto, tener en cuenta la existencia de una capacidad personal del soldado concreto

⁶⁹⁸ *Vid. supra* n. 695. Todo ello dejando en el tintero otras consideraciones como la de si realmente el ocultamiento de los intentos de fuga era realmente una expresión de la actitud vergonzante del régimen comunista hacia el interior o si respondía únicamente a necesidades de política exterior; o la cuestión de si realmente existían o no capas relativamente amplias de la sociedad que compartían realmente los valores de la RDA hasta el punto de ser impermeables al descontento (o la disidencia) de otros sectores.

⁶⁹⁹ O la "evidencia" de la infracción en el caso del cumplimiento de órdenes.

⁷⁰⁰ En realidad la distinción entre ambos juicios de evitabilidad del error de prohibición es básicamente procedimental, puesto que, a diferencia de la imprudencia, en este caso no existen problemas respecto a la ubicación sistemática de uno y otro. Al final se trata simplemente de establecer las barreras definitivas de la individualización del juicio de evitabilidad.

inferior a la normal en la determinación de la evitabilidad del error⁷⁰¹. Así, por ejemplo, se plantea si en la determinación de la evitabilidad debe tenerse en cuenta la incapacidad personal de colegir a partir de los datos existentes y conocidos la inhumanidad o absoluta desproporcionalidad del hecho por fanatismo ideológico o degradación moral. Más que de un problema de admitir cierta subjetivización en el seno de la evitabilidad del error de prohibición, se trata de un problema de *grado*, es decir, de establecer qué elementos personales que han originado el desconocimiento del sujeto corren de cuenta del sujeto –error evitable– y cuáles no –error inevitable–. En materia de imprudencia suele solucionarse la cuestión contraponiendo la falta de voluntad –desconsideración, indiferencia o falta de atención– a la falta de capacidad –menor inteligencia, de experiencia o saber–⁷⁰². A favor de la máxima subjetivización estaría el carácter individual del juicio de culpabilidad o de imputación personal. Pero, por otra parte, no olvidemos que estamos hablando de culpabilidad por hechos dolosos, en los que la exigencia de atención al Derecho se incrementa de tal forma que el hecho podría atribuirse –normativamente– al sujeto, una vez confirmado el juicio intersubjetivo de vencibilidad, quedando reservada a la inimputabilidad la cuestión del resto de incapacidades. En cualquier caso debe existir siempre un límite a la subjetivización, puesto que, de lo contrario, todos los errores serían inevitables: la mejor prueba de la inevitabilidad personal del error es que en el supuesto concreto efectivamente se ha producido un error.

4. Pues bien, parece que en la ponderación de los factores para determinar la evidencia de la antijuricidad del hecho, la jurisprudencia maneja un baremo bastante abstracto: el hecho de que existiera rechazo entre la población, incluso entre la propia tropa, no sólo es un elemento cuyo conocimiento por parte de los acusados constituía una información esencial en el momento de decidir sobre la rectitud de su actuación, sino que

⁷⁰¹ De forma parecida a la que se efectúa en el caso de los delitos por imprudencia de hecho, en los que, tradicionalmente, se distingue entre la infracción del deber objetivo de cuidado, como elemento del injusto, y la capacidad individual de advertir y cumplir el deber objetivo, como elemento de la culpabilidad o de la imputación personal.

⁷⁰² *Vid.* JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 57, II 1 y 2 y ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 24, Nm. 107 y ss, especialmente 114.

era la prueba palpable de que el *soldado medio* era capaz de conocer lo injusto de tales conductas. Si el soldado concreto no fue capaz de llegar a tal conclusión, es decir, si se produce un error, éste es un déficit que debe achacarse, al menos en parte, a ese soldado determinado y, por esa razón, el contenido antijurídico de la orden es manifiesto y el error de prohibición *vencible*. En cambio, para defender la impunidad de los soldados es preciso un baremo mucho más *concreto*: otros soldados podían haber llegado a la conclusión acertada, pero el error de quienes no lo lograron no se explica por su falta de predisposición hacia el Derecho sino que se atribuye a las estructuras estatales que les embrutecieron moralmente y les mantuvieron en su incapacidad y ofuscación mediante una presión continuada.

Debo admitir que el problema de la valoración de aquello que podían o debían representarse unos soldados determinados es una cuestión que difícilmente puede dilucidarse cuando se carece de un conocimiento detallado de los condicionamientos psicosociales realmente presentes en la RDA a lo largo de su existencia. No obstante, llama poderosamente la atención que la atribución subjetiva del hecho se mueva en los mismos parámetros para sucesos acaecidos en 1962, 1972 o 1989, elemento que abunda en la idea de una estandarización, de una capacidad atribuida normativamente a todo sujeto cuando se trata de un injusto legal extremo.

5. Antes de entrar en el juicio de evitabilidad *concreto*, esto es, el tránsito desde la presencia objetiva de indicios de antijuricidad a la atribución del hecho al sujeto en ese caso determinado, es preciso un juicio de evitabilidad *abstracto*, es decir, la relación genérica entre los que suelen considerarse motivos suficientes y la obtención del conocimiento del injusto. Esta relación permite fundamentar un *deber de evitación de la conducta* en las situaciones de error de prohibición vencible equiparable a las situaciones de conocimiento pleno. Así, en circunstancias normales, motivos como, por ejemplo, la dañosidad o la reprochabilidad ético-social del hecho permiten la atribución –por error vencible– del hecho antijurídico a su autor. Cuando concurren tales indicios, esta atribución está fundamentada en la correlación (como realidad sociológica y como factor legitimante) entre daño o reprobación social y prohibición jurídico-penal. Así, cuando se presentan estos elementos y mientras no se aclare la auténtica naturaleza

jurídica de la situación, le es exigible al sujeto la *evitación* de la conducta, al igual que si supiese que el hecho estuviese realmente prohibido. Sin embargo, el conocimiento de estos indicios o motivos no puede substituir plenamente al conocimiento de lo injusto –no se estaría hablando entonces de error–, ni su función de base para la imputación personal del hecho persiste una vez el sujeto ha contrastado la situación jurídica real.

Pues bien, en el caso *Mauerschützen* la jurisprudencia considera que es un *motivo* suficiente en abstracto, es decir, un elemento que normalmente conduce al conocimiento de la antijuricidad, la absoluta desproporción entre la medida (disparar con claro peligro de muerte) y la clase de hechos que con ella se evitan (el cruce ilegal de fronteras), desproporción existente según un juicio heterónimo de desvalor *en abierta contradicción* con la valoración oficial del Estado. Sin embargo, ello comporta una seria desviación de los patrones ordinarios para acceder al conocimiento del Derecho propios de *esa sociedad*, máxime si se tiene en cuenta que en un Estado totalitario las discrepancias entre desvalor ético-social y Derecho son mucho más numerosas que en nuestras democracias, con lo que no debería extrañar que el conocimiento de la contradicción entre dicho desvalor y lo que aparentemente son normas jurídicas debiera solucionarse en favor de estas últimas. Por consiguiente la aceptación como *motivo* de tales factores supone una fortísima *normativización* de la conexión entre motivo y conciencia de lo injusto al apartarse de los patrones ordinarios de imputación en esa sociedad. En efecto, para poder hacer exigible este paso a cualquier ciudadano de la RDA y considerar *vencible* su error, hace falta fundamentar la relación entre el conocimiento de las bases materiales del injusto extremo y la conciencia de la antijuricidad, explicando por qué estaba al alcance de las capacidades del hombre medio de esa sociedad comprender que, con la concurrencia de tales motivos, cualquier norma, a pesar de su formalidad legal, es necesariamente inválida,. En cambio, el BGH se da por satisfecho con el conocimiento -o la posibilidad de conocimiento- de la grave y desproporcionada afectación del derecho a la vida, dando por supuesto (o ignorando) el paso siguiente hacia el conocimiento (o posibilidad de conocimiento) de la antijuricidad propiamente dicha. Dado que esta relación entre tales indicios y la

antijuricidad no puede extraerse del ordenamiento jurídico de la RDA, debe construirse una culpabilidad *iusnatural*, una especie de capacidad de conectar estos indicios con el carácter prohibido del hecho inherente a la propia condición humana.

6. El BGH sólo fundamenta el juicio de evitabilidad concreto, en relación a las bases materiales del injusto extremo. En este punto debe destacarse que, para no caer en situaciones absurdas, beneficiando al fanático en perjuicio del pusilánime, de las sentencias condenatorias se extrae implícitamente que la objetiva existencia de motivos de antijuricidad "suficientes" determinará obrar en error de prohibición evitable incluso en el caso de que dichos motivos no hayan sido interpretados como tales por parte del guardia de fronteras es decir, a pesar de que el juicio de desproporción o inhumanidad no haya sido efectuado por el sujeto⁷⁰³. En efecto, el BGH considera que existen elementos suficientes para entender que se *debían* tener serias sospechas de la desproporción e inhumanidad de la medida, es decir, para llegar a la misma conclusión que la mayoría de la población: disparar sobre un fugitivo es un hecho execrable (y, a partir de ahí, remontarse hasta la antijuricidad del hecho, cosa que como ya se ha visto queda por aclarar). Por tanto, al guardia de fronteras se le hace responsable (error de prohibición *evitable*) incluso de su incapacidad de valorar correctamente los hechos, aún cuando personalmente no se fuera

⁷⁰³ El fenómeno es parecido al del autor por convicción o por razones de conciencia, supuesto que mayoritariamente no se considera un caso de error de prohibición (*vid.*, por ejemplo, RUDOLPHI, *Das virtuelle Unrechtsbewußtsein*, p. 1 y ss. o JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 24; admite en parte la posibilidad de error de prohibición para estos supuestos MUÑOZ CONDE, *El error*, p. 689 y ss.) Cuando éste es conocedor de la norma jurídica que infringe – mejor dicho, sabe que sus convicciones no coinciden con la forma actual de aplicar el ordenamiento jurídico– se entiende que no obra en error de prohibición, puesto que ha recibido suficiente instrucción normativa, "sabe lo bastante". No parece importar si juridifica sus creencias: si, pese a reconocer cuál es el ordenamiento practicado, considera que el mismo no es válido. Así, por ejemplo, el "okupa" entiende que es inconstitucional la penalización de la ocupación de inmuebles o el activista que considera justificadas sus amenazas y coacciones a la puerta de una clínica donde se practican abortos por entender que toda interrupción voluntaria del embarazo es contraria al art. 15 CE "correctamente" interpretado. La ausencia de error no se determinará con base en su convencimiento, sino del conocimiento de lo que se considera –teniendo en cuenta factores personales objetivables– suficiente para estar satisfactoriamente motivado, en cuyo caso la efectiva motivación en tales condiciones corre de su cuenta. Parece que para los *Mauerschützen* se utilizan parámetros parecidos.

partícipe de los valores que le hubiesen permitido llegar a tal conclusión. Ello permite equiparar la situación del soldado fuertemente indoctrinado a la del soldado acomodaticio que reconoce las bases materiales del injusto extremo pero que no atina a dar sentido jurídico a las mismas⁷⁰⁴. Con todo ello, en mi opinión, queda demostrado que el paso de la constatación de elementos objetivos indiciarios de la antijuricidad a la imputación del hecho mediante el juicio de evitabilidad o de suficiencia de los motivos no tiene una base exclusivamente psicológica, no tiene por objeto los conocimientos y capacidades psíquicas del autor no utilizadas en la situación concreta, sino que es una decisión normativa de lo que *debe exigirse* en casos extremos intolerales.

e) Evitabilidad del error: fuentes de información fiables

1. Aunque se constate que el sujeto no se ha informado (o no se ha esforzado lo suficiente) acerca de su actuación, el error será inevitable si, de haberse utilizado fuentes de información fiables, la conclusión hubiese sido igualmente errónea⁷⁰⁵. Según esta máxima, el error de los *Mauerschützen* sería invencible. Pues bien, el BGH evita el problema desautorizando la consulta a lo que usualmente son fuentes fiables de información⁷⁰⁶: textos legales, superiores jerárquicos, autoridades competentes, jurisprudencia, la mayoría de asesores legales, opiniones doctrinales, etc. Según esto, casi no existían fuentes de información dignas de confianza en la RDA, con lo que la responsabilidad de llegar a la conclusión correcta, una vez advertidos los indicios de antijuricidad, competía exclusivamente al propio afectado por las dudas, siendo fidedignas únicamente las fuentes populares no oficiales⁷⁰⁷.

En mi opinión, este planteamiento comporta una petición de

⁷⁰⁴ En este sentido me parece aceptable la normativización del criterio puesto que de lo contrario se acaba por beneficiar al fanático en comparación con el pusilánime.

⁷⁰⁵ Cfr., por todos, ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 68 y NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 81-82.

⁷⁰⁶ Admite la necesidad de la renuncia NEUMANN en *NK*, § 17, p. 101, siempre sobre la base de tratarse de auténticas violaciones flagrantes de los derechos humanos.

⁷⁰⁷ *Vid.* S. BGH 25.3.1993, *NJW*, 1993, p. 1932. ROXIN, *AT*, I, 3ª ed., § 21, Nm. 64 a, considera esta conclusión una ampliación inadmisibles de la punibilidad.

principio: el sujeto sólo puede ser responsable de su error por no elegir una fuente de información fiable si es consciente de que la RDA era un *Unrechtsstaat*, conclusión a la que se llegará sólo cuando se es consciente de la vulneración sistemática del núcleo central de los derechos humanos por parte del régimen, cuando precisamente eso es lo que se trata de averiguar. Por otra parte, el conocimiento del sentimiento popular podría orientar al sujeto acerca de la reprochabilidad ético-social del hecho, podría haberle ofrecido elementos nuevos en la ponderación de los intereses en conflicto más favorables a los derechos del individuo frente al Estado, pero probablemente la mayoría de las fuentes populares no podrían informarle de que las leyes injustas no eran Derecho o al menos, que tal interpretación tuviera posibilidades de realización en ese momento.

2. Por otra parte, imaginemos el caso de quien desobedece la orden de disparar haciendo caso de las recomendaciones de una fuente independiente. ¿Poseía realmente el *status* de fuente fiable, es decir, suponía para el sujeto dicho consejo la exoneración de la carga de obtener el conocimiento del Derecho y del riesgo de error? ¿Eximiría por error de prohibición invencible al soldado que desobedeciera las órdenes? Construir un concepto de Derecho y de culpabilidad jurídica de espaldas al Estado comporta construir un sistema paralelo de imputación.

f) Error de prohibición y aplicación retroactiva del Derecho penal

1. La solución ecléctica del caso *Mauerschützen* ofrecida por el BVerfG, intentando centrar la cuestión en un simple problema de retroactividad y escapando en parte de la discusión sobre la validez del Derecho de la RDA, crea un nuevo problema respecto a cuál debe ser el objeto de la conciencia de la antijuricidad si se acepta una aplicación retroactiva de una disposición penal. Como ya se ha visto, la mayoría de posiciones en pro de la antijuricidad de los disparos en la frontera partían de la base de que tales actuaciones no eran Derecho en el momento de la comisión del hecho, por lo que en la culpabilidad se trataría de establecer si el militar estaba en condiciones de detectar la invalidez o el carácter no jurídico de las normas u órdenes recibidas. Es decir, se trataba de establecer si la desvaloración jurídica de la conducta era un motivo que había sido

desatendido por el autor. Inmoralidad, desproporción, desaprobación social, etc. eran únicamente *vías de acceso* a la antijuricidad. Ahora bien, si el problema de las actuaciones en la frontera interalemana se aborda como una cuestión de aplicación retroactiva de un precepto –o de falta de ultraactividad de una causa de justificación– el hecho según el ordenamiento de la RDA estaba justificado en el momento de la comisión y no era antijurídico. Por tanto, el sujeto no podía ser consciente de la significación antijurídica de su hecho, porque éste no lo era. Y mucho menos podía ser manifiesta la infracción de normas penales puesto que la infracción en ese momento no se producía, cosa que comportaría, indefectiblemente la aplicación de la eximente de actuación en cumplimiento de órdenes o el error de prohibición invencible.

De nuevo se hace imprescindible, para sostener la construcción, una alteración del objeto de la conciencia de lo injusto: bien se identifica la vulneración grave de derechos fundamentales en sí mismos, con lo que la culpabilidad pierde toda referencia a la norma jurídico-penal como orientadora de conductas⁷⁰⁸ o bien se convierte en la conciencia de la posibilidad de que en el futuro un juez valorara como infracción penal aquello que no lo era en el momento de su comisión (conciencia de lo *injusto futuro*)⁷⁰⁹. En definitiva, en mi opinión, queda de nuevo patente que la argumentación del BVerfG sólo se sustenta si, en última instancia, se acepta la premisa de que la causa de justificación *no regía en el momento del hecho*.

⁷⁰⁸ Puede mantenerse un objeto de la conciencia de lo injusto vinculado simplemente a los valores materiales *recogidos* en la norma, pero en tal caso continuará teniendo en última instancia a la ley penal como punto de referencia. Ahora bien, en caso de *retroactividad*, tendríamos como punto de referencia el desvalor material *per se*.

⁷⁰⁹ Cfr. *supra* n. 693.

CONCLUSIONES

A. Conclusiones

1. Capítulo I

1. En el análisis de la evolución histórica del problema del error de prohibición en Alemania se observa que, una vez consolidado mediante su reconocimiento por el Derecho positivo, las discusiones estrictamente sistemáticas decrecen y el debate se dirige hacia la concreción de los conceptos *conciencia de lo injusto* y *error de prohibición*. A este respecto, si bien la teoría de la culpabilidad se ha impuesto sin paliativos en el tratamiento del error de prohibición vencible, la delimitación entre conciencia de lo injusto y error sigue siendo abordada como una cuestión básicamente psicológica, tanto por el StGB como por la doctrina mayoritaria, sin que se otorgue un destino claro a la figura de los errores de prohibición no susceptibles de atenuación.

2. El progresivo reconocimiento del error de prohibición en Italia demuestra la imposibilidad de mantener la absoluta falta de trascendencia del desconocimiento del carácter prohibido del hecho en un ordenamiento donde se reconozca el principio de culpabilidad. Sin embargo este mismo proceso pone en evidencia también que la subjetivización exigida por dicho principio está sometida a serias limitaciones, al menos en su vertiente constitucional. En efecto, lo esencial para la responsabilidad penal no es la efectiva representación de la prohibición de una conducta sino la valoración del comportamiento del sujeto en su tarea de obtener motivación proveniente de normas jurídicas. La versión *liberal* de esta perspectiva consiste en determinar una distribución equitativa de tales tareas, en la que el Estado esté comprometido en facilitar la motivación normativa a sus ciudadanos más allá de la mera publicación de las normas. Con ello se evita que los supuestos de desconocimiento de la antijuricidad disculpable queden reducidos a la concurrencia de circunstancias absolutamente excepcionales

en casos muy singulares.

3. La discusión doctrinal de la problemática del conocimiento de la antijuricidad y del error de prohibición en España ha discurrido por dos fases. Durante la primera, hasta 1980, los esfuerzos se dirigían a conseguir el reconocimiento de la relevancia del error, proceso que culminará con la reforma de 1983. Durante la segunda, producida a lo largo de la década de los ochenta, se produce una agotadora discusión sobre la naturaleza dogmática del error de prohibición y, especialmente, sobre la compatibilidad de la regulación positiva del mismo con las teorías de la culpabilidad o del dolo. El resultado de todo ello ha sido que, sin estar proscrita por el CP, desde la teoría del dolo no se ha profundizado lo suficiente en las hipotéticas ventajas sistemáticas y prácticas que supondría considerar todo delito cometido en error de prohibición (vencible) como una forma de imprudencia. Ante la falta de diferencias decisivas en el aspecto práctico, poco a poco el peso del tenor literal del art. 6 bis a) III ACP y art. 14 CP están decantando tanto a la doctrina como a la jurisprudencia mayoritaria hacia la teoría de la culpabilidad en la versión hispana de la atenuación obligatoria. Sin embargo, centrado en aspectos básicamente estructurales y en modelos desligados del Derecho positivo español, el debate apenas ha contribuido a la delimitación entre las situaciones de conocimiento de la antijuricidad y error.

2. Capítulo II

1. Las discrepancias de la dogmática jurídico-penal en la configuración de la conciencia de la antijuricidad son estimuladas por el tratamiento sectorial y específico de cada uno de sus aspectos (objeto, forma, grado), de tal manera que se exacerban diferenciaciones teóricas apenas perceptibles en la práctica. Desde la doctrina dominante tanto en Alemania como en España, este análisis parcial de cada uno de los aspectos que conforman la conciencia de la antijuricidad ha desembocado en una configuración muy amplia de la misma: para ser consciente de lo injusto del hecho basta una representación, siquiera de forma co-consciente, de la posibilidad de que la conducta pueda estar prohibida por el Derecho, siendo para ello suficiente la

percepción de la contrariedad de la conducta a un interés que goza de protección jurídica. El hecho de vincular de forma rígida la responsabilidad penal plena a un determinado estado psíquico, el conocimiento de la antijuricidad, acentúa esta tendencia expansiva en la conformación de los límites de tal conocimiento con la finalidad de evitar posibles lagunas. Todo ello tiene como efecto secundario una notable ampliación del ámbito del error de prohibición vencible en detrimento del invencible, por cuanto el concepto de conciencia de la antijuricidad actúa como objeto de referencia de la evitabilidad del error. Por consiguiente, resulta preferible determinar claramente las condiciones óptimas de motivación desde una perspectiva psicológica, para establecer a continuación cuándo otras situaciones psicológicamente distintas podrían ser valorativamente equiparables.

2. De acuerdo con lo afirmado en el párrafo anterior, el objeto de la conciencia de la antijuricidad debe incluir el carácter penal de la prohibición del hecho. De esta forma, se asegura una distribución de la tarea de obtener orientación no excesivamente gravosa para la esfera de libertad del ciudadano, especialmente en aquellos ámbitos en los que la conducta antijurídica no es directamente lesiva para intereses individuales y en los cuales el Estado actúa con cierta desidia o ambigüedad calculada. Por otro lado, con ello se asegura también que la exigencia de responsabilidad penal tenga como punto de referencia la significación social plena del hecho, significación que no puede desligarse de su condición de infracción penal. Finalmente, el riesgo de lagunas de punibilidad (o de menor punición) que comporta la perspectiva aquí mantenida es mínimo, ya que con la determinación del objeto de conocimiento de la antijuricidad no se han definido plenamente los límites del mismo, puesto que todavía falta por establecer el grado de certeza que debe poseerse acerca de la pretendida antijuricidad penal del hecho. Ello, sin perjuicio de que, además, pueda procederse a una flexibilización normativa de los límites del conocimiento de la antijuricidad (*vid. infra epílogo*). Asimismo, una definición restrictiva del objeto del conocimiento de la antijuricidad en torno al carácter penal de la prohibición del hecho incide en la limitación de la vencibilidad del error, especialmente al asegurar la posibilidad de que un error de prohibición invencible verse sobre la prohibición penal del hecho.

3. Sometidos a continuas matizaciones, los conceptos puramente psicológicos del conocimiento eventual de la antijuricidad acaban perdiendo la seguridad conceptual que ofrecían inicialmente. Esclavos de su rigidez frente al dato psicológico del conocimiento, se acaba basando la imputación en la existencia de una duda, con lo que el error de prohibición se ve condenado prácticamente a la extinción. Se ha comprobado también cómo los planteamientos más restrictivos acaban vinculando la imputación personal del hecho a sensaciones o pronósticos irracionales del sujeto, casi imposibles de trasladar a la práctica procesal. Partiendo de la base de que sólo la certeza o el conocimiento de la muy alta probabilidad de la antijuricidad de la acción supone una perfecta orientación normativa del sujeto, la zona de transición entre conocimiento eventual y error debe delimitarse normativamente: valorando la responsabilidad del sujeto por el estado de duda como fenómeno psíquico, de acuerdo con los criterios de determinación de la evitabilidad del error, es decir, estableciendo si el sujeto es el responsable de la situación de duda. De esta forma, estados psíquicamente idénticos pueden ser definidos como conocimiento o desconocimiento de la antijuricidad del hecho, en el sentido de plena imputación o error. En el caso de las dudas irresolubles acerca de la antijuricidad del hecho, la determinación de a quién compete la responsabilidad por la situación de duda permitirá explicar por qué en ciertas situaciones la misma debe ser equiparada al conocimiento seguro y por qué en otros casos no debe producirse tal equiparación, definiéndose esta segunda situación como error.

4. El problema del conocimiento actual de la antijuricidad ha quedado muy limitado en los últimos tiempos a la cuestión de la determinación de las situaciones en las que se produce una incidencia motivacional mínima de la norma a partir de la cual puede descartarse la existencia de error de prohibición. Vinculado a la lucha de escuelas de los años cincuenta y sesenta, no deben confundirse conceptualmente el conocimiento de la antijuricidad, como representación psicológica real y efectiva de lo injusto del hecho, y el conocimiento potencial de la antijuricidad, que no es sino la ausencia (vencible) de conocimiento de la antijuricidad, y con el conocimiento inactual, término que hace referencia a una serie de situaciones en las que no

llegan a hacerse conscientes unos conocimientos que realmente se poseen. En la doctrina alemana actual, a la luz del § 17 StGB, conocimiento potencial y conocimiento inactual son casos insertos dentro de la categoría del error. En España se han producido algunas confusiones al respecto al mezclar dichos conceptos con el conocimiento de la antijuricidad propiamente dicho.

3. Capítulo III

1. La falta de conocimiento de la significación antijurídica del hecho es un supuesto poco frecuente en la jurisprudencia española, que ha digerido con bastantes dificultades la lucha entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad y las repercusiones dogmáticas de la misma. En este sentido, es de destacar la –lenta– penetración, a caballo de la interpretación dominante del art. 6 bis a III ACP, de la teoría de la culpabilidad en la jurisprudencia, sin venir acompañada de la adopción de posiciones sistemáticas claras en torno a la estructuración de los elementos del delito.

2. Los criterios que suelen utilizar los tribunales para determinar la existencia de conocimiento de la antijuricidad son muy similares, cuando no idénticos, a los criterios utilizados para determinar la vencibilidad del mismo. Por ello, muy frecuentemente el reconocimiento de la existencia de un error de prohibición como hecho probado lleva aparejada la invencibilidad del mismo, mientras que los criterios para rechazar la invencibilidad de un error sirven simultáneamente para fundamentar la propia existencia de conocimiento de la antijuricidad. Se ha detectado también el poco peso que tienen los criterios materiales en la delimitación del conocimiento de la antijuricidad en la jurisprudencia española. Ciertos vaivenes que se producen en materia del tratamiento de las situaciones de duda y de conocimiento del carácter penal de la prohibición apenas tienen transcendencia, puesto que la cuestión sigue asfixiada por los problemas de prueba. Se ha observado, en cambio, una alteración de los límites psicológicos entre conocimiento de la significación antijurídica del hecho y error efectuada por vía procesal, tanto a través de la inversión de la carga de la prueba, como con la utilización de máximas de experiencia en el juicio de

inferencia para deducir la existencia de conocimiento de la antijuricidad, criterios apenas diferenciables de los criterios de vencibilidad del error. En definitiva, la renuncia de la jurisprudencia a un enfoque más sustantivo de la problemática del conocimiento de la antijuricidad desemboca en una reducción esquematizada y empobrecedor de las situaciones reales y en una normativización *encubierta e inconsciente* de sus límites con el error.

4. Capítulo IV

1. El caso *Mauerschützen*, de reciente aparición en el escenario jurisprudencial alemán sirve para contrastar que el problema del concepto de conciencia de la antijuricidad sigue estando presente incluso cuando se trata de establecer la evitabilidad o inevitabilidad de un error de prohibición, puesto que se trata de dilucidar la posibilidad de haber adquirido dicho conocimiento, con lo que el mismo actúa como punto de referencia del juicio de vencibilidad. En este caso concreto se observa como, mientras en la determinación de la falta de conocimiento de la antijuricidad se utiliza un concepto positivista-formal, en el establecimiento de la evitabilidad del error se produce un desplazamiento del concepto de conciencia de lo injusto como punto de referencia hacia las bases de la antijuricidad material del hecho con independencia de su antijuricidad formal, cosa que facilita la afirmación de la evitabilidad del posible error. De esta forma, se intenta obviar que el juicio de evitabilidad del error de prohibición muy a menudo no se plantea como un análisis de capacidades personales, sino como una cuestión de exigibilidad del conocimiento del Derecho dadas unas circunstancias objetivas.

Respecto a la problemática específica de la antijuricidad de las conductas de los guardias de fronteras de la DDR, se han contrastado las grandes dificultades del positivismo para perseguir los crímenes de los Estados totalitarios cuando éstos juridifican excesos que caen fuera del ámbito de los delitos contra la humanidad. Sin embargo la auténtica voluntad de perseguir dichos delitos no se expresa mediante la disolución *ad hoc* de las garantías formales de un Estado de Derecho sino a través de la perfecta tipificación de tales hechos en Derecho penal internacional. Si, por razones de conveniencia política, se es incapaz de ello, se hace difícil admitir el recurso a cláusulas de Derecho suprallegal que oculten dichas deficiencias en un caso concreto.

Debe destacarse que el proceso de debilitación de los límites al *ius puniendi* que se observa en la actualidad ha llegado en el caso *Mauerschützen* hasta el núcleo de las garantías formales a través de la materialización de los principios de *lex praevia* y *lex scripta* con el objeto de posibilitar una aplicación restrictiva de los mismos y que tal práctica ha sido sancionada por el propio Tribunal Constitucional alemán. El principal defecto de este proceder no consiste tanto en admitir la eventual promulgación de una legislación penal extraordinaria de carácter retroactivo para casos de injusto extremo, sino en que sea el poder judicial quien pueda proceder a conferir este carácter excepcional a las leyes penales ordinarias.

2. En definitiva, el principal problema en la delimitación entre conocimiento y error de prohibición no es tanto el de su normativización, como el ocultamiento de dicho fenómeno (y con ello, su falta de fundamentación) mediante la expansión de los límites psicológicos del conocimiento de la antijuricidad, así como mediante el traslado al ámbito procesal de problemas de Derecho penal sustantivo. La existencia de un error de prohibición es algo más que un mero problema de prueba.

B. Epílogo. Una propuesta de interpretación del art. 14 CP: la ausencia de error

1. Para concluir este trabajo, veamos cómo podrían trasladarse estas propuestas de flexibilización de los límites de la conciencia de la antijuricidad a nuestro Derecho positivo. Como ya hemos visto, el modelo alemán de tratamiento legal del error de prohibición se ordena aparentemente en torno a la conciencia de lo injusto, pero depende en realidad del término evitabilidad⁷¹⁰. El primer modelo español se ordenaba aparentemente en torno al concepto de *error* pero dependía en realidad de la conciencia positiva de la antijuricidad⁷¹¹. Se ha señalado también que el nuevo CP es susceptible de ser interpretado en esta misma clave psicologicista⁷¹². Sin embargo, el nuevo modelo legislativo español pivota auténticamente en torno a la noción de *error*, de tal manera que el resto de conceptos se conforman secundariamente sobre esta base.

⁷¹⁰ *Vid. supra* pp. 111 y ss.

⁷¹¹ *Vid. supra* pp. 117 y s.

⁷¹² *Vid. supra* pp. 120 y s.

Art. 14 III CP: "El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

Tal como puede advertirse, en el art. 14 III CP se traza una clara línea de separación entre las situaciones definidas por la ley como error y aquellas que, a falta de una caracterización legal específica, podemos denominar como *ausencia de error*. A las primeras les corresponde una pena menor o, incluso, la impunidad, mientras que las segundas no tienen efecto alguno sobre la responsabilidad penal. En un primer momento podría caerse en la tentación de equiparar esta cesura con la distinción psicológica entre la comprensión de lo injusto y su defecto (error de prohibición) realizada por el § 17 StGB o, en términos parecidos, el art. 6 bis a III. Sin embargo existen diferencias importantes:

a) en el art. 14 III CP no se efectúa mención alguna a conciencia de lo injusto, conocimiento de la antijuricidad, creencia sobre la licitud o cualquier otra representación o dato psicológico que predetermine directamente el concepto de error. El legislador español no establece expresamente que la efectiva comprensión de la antijuricidad sea un requisito que fundamente la responsabilidad plena del sujeto. A diferencia del StGB, el error de prohibición no se presenta como el aspecto negativo, como el reverso de la conciencia de lo injusto. Legalmente, error es un concepto primario.

b) la distinción efectuada en el CP español en torno al error es *rígida*, es decir, a todo error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal se le asigna forzosamente una pena inferior. Por consiguiente, según la regulación española en el concepto de error no puede incluirse ninguna situación de plena responsabilidad por cuanto una vez afirmada la existencia de error no cabe aplicar excepción alguna a la atenuación de la pena. Precisamente la previsión contraria establecida en el StGB neutralizaba los efectos de una configuración psicológica del error que previamente había efectuado el propio § 17.

c) al igual que en el ACP, sigue sin establecerse si la existencia de error de prohibición determina una *barrera cualitativa*, esto es, si se responde por un título de imputación distinto o *simplemente*

cuantitativa, es decir, que error vencible y su ausencia fundamentan por igual la categoría de la culpabilidad, si bien en grado distinto.

2. Ya se ha señalado que el nuevo precepto puede adaptarse sin fisuras a una concepción psicologista del error de prohibición⁷¹³. A primera vista, en cambio, el panorama legislativo español seguiría sin ser favorable a los planteamientos más normativistas del error de prohibición, según los cuales el factor decisivo no es la creencia del sujeto acerca de la naturaleza jurídica de su hecho, sino la ponderación de los motivos que han determinado esa creencia, de tal forma que el desconocimiento no puede ser invocado siempre en descargo, siquiera parcial, del autor. En principio esta postura parece incompatible con la regulación española vigente puesto que, como ya se ha visto, en ella no se contempla la existencia de *errores no atenuables*. No obstante, esta conclusión es correcta siempre que se acepte como premisa que el término “error” utilizado en el art. 14 III CP debe entenderse necesariamente como toda falta de conciencia sobre una situación jurídica determinada.

3. Ahora bien, ésta no es la única interpretación posible del precepto. Ya se ha señalado que en el art. 14 CP español no se describe directamente el conocimiento de la antijuricidad como un estado mental empíricamente constatable ni, a continuación, se define al error como toda ausencia de dicho estado; no se establece una relación alternativa entre el error y conciencia sobre la ilicitud, de tal forma que las dos únicas valoraciones posibles de un hecho fueran o bien conciencia o bien error. En el nuevo precepto, únicamente se afirma que el error, sea lo que sea, es motivo de atenuación o exclusión de la responsabilidad y que, *a contrario sensu*, a la situación opuesta, la ausencia de error, le corresponde la responsabilidad penal plena. Este será el caso, ciertamente, del conocimiento de la antijuricidad, pero también de aquellos supuestos de desconocimiento que no sean definibles como error, en cuyo caso tampoco podrían acogerse al régimen más benigno previsto para aquél. En resumen, en el Código penal español, todo error sobre la ilicitud, pero no toda falta de conciencia, merece una atenuación.

⁷¹³ *Vid. supra* pp. 120 y s.

4. Puesto que no es simplemente desconocimiento, ¿qué debería entenderse entonces por error? Dependerá del concepto de culpabilidad (o injusto) que se sustente, cuestión que desborda el objeto de este trabajo. Resulta sugerente y útil desde distintas concepciones, la idea de que el concepto de error, la equivocación, pese a la falta de diligencia, presupone interés⁷¹⁴. Quien no sabe por carecer de interés alguno en conocer, por rechazo o indiferencia o, incluso, por falta intencional de adquisición del conocimiento no se encuentra en error. En efecto, si se analiza el conocimiento de la norma jurídica es porque se presupone que el Derecho (penal) es un elemento orientador de la conducta de sujeto. El sentido de plantearse el desconocimiento del Derecho como factor de valoración de un comportamiento depende de que su autor esté mínimamente dispuesto a ser motivado. En tal caso, aceptamos que el desconocimiento del contenido de la norma sea el elemento que, al menos en parte, explique lo acontecido, cosa que no sucede cuando, por el contrario el hecho expresa únicamente la absoluta falta de interés del sujeto en conocer. El desconocimiento debe ser factor determinante de la desatención a las directrices del ordenamiento para que el hecho sea definido como un error. Estas situaciones de desinterés absoluto, ubicadas entre la infracción consciente y abierta de la norma y la falta de atención hacia la misma, psicológicamente son más cercanas al error pero, si atendemos a su contenido de sentido y al grado de intensidad de oposición al ordenamiento jurídico, están mucho más próximas a la conciencia actual de la antijuricidad. En definitiva, “obrar por ignorancia parece cosa distinta del obrar con ignorancia”⁷¹⁵.

5. Sea este u otro el contenido material del error, la interpretación que posibilita el art. 14 III CP es enriquecedora puesto que no se trata de establecer hasta dónde llega la conciencia sino hasta dónde llega el error, es decir, si concurren los motivos que determinan la atenuación o la exclusión de la pena. La utilidad de este planteamiento no se reduce a los discutidos

⁷¹⁴ *Vid.*, en lo que sigue, JAKOBS, *ADPCP*, 1992, pp. 230-232 y *ADPCP*, 1992, pp. 1065-1069.

⁷¹⁵ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea.*, 1110b 30, (p. 181). La invocación a este filósofo en la distinción entre indiferencia y error la efectúa JAKOBS, *ADPCP*, 1992, p. 1066.

casos de enemistad con el Derecho, sino que incide en la delimitación entre el error y la plena imputación. Se facilitaría la normativización de los límites de la conciencia de la antijuricidad, especialmente respecto a la actualidad y el grado de dicha conciencia, así como los contornos del conocimiento eventual. El resultado no es necesariamente una ampliación del ámbito de la responsabilidad plena sino una redefinición de sus límites, extendiéndolos unas veces, restringiéndolos otras, puesto que la determinación de la presencia de una situación excluyente del error no dependerá sólo de criterios cognoscitivos sino también valorativos.

En realidad, la mayor o menor restricción de la punibilidad estará vinculada también a la resolución de otras cuestiones. Algunas, externas, especialmente la determinación del objeto del dolo natural y su incidencia en la delimitación entre error de tipo y error de prohibición. Otras, internas, como el objeto de la conciencia de la antijuricidad. Así, por ejemplo, una conciencia actual del injusto que se conforme simplemente con la posibilidad de que la conducta sea contraria a los valores inspiradores del ordenamiento jurídico no parece mucho más garantista que un modelo desligado ocasionalmente del dato del conocimiento pero que considere motivo atendible el desconocimiento del carácter penalmente prohibido del hecho y que no tienda a cargar la confusión normativa al ciudadano sino al Estado.

6. En este trabajo ya se ha visto que, cuando se ha tratado de lo contrario, de fundamentar la imputación en zonas fronterizas, se suele optar por tensar, más o menos acertadamente, los límites de la irrenunciable base psicológica del conocimiento de la antijuricidad, como sucede en las situaciones de co-consciencia, en la reducción del conocimiento eventual del injusto a poco más que una mera duda, en la difuminación de su objeto de conocimiento, en la simplificación de los problemas de prueba, etc.. Soluciones que, si bien pueden producir resultados satisfactorios en algunos casos concretos, encierran también el riesgo de acabar devaluando la propia función de la conciencia de la antijuricidad como límite a la pena. En última instancia pues, el modelo normativista muchas veces simplemente explica aquello que ya se está haciendo realmente.

7. Volviendo a la concreta regulación del art. 14 CP, si bien en él se

deja entreabierto una puerta a que ciertos desconocimientos no sean considerados error, éste encierra menos riesgos prácticos que el empleo de una cláusula de atenuación facultativa de la pena en caso de error. En primer lugar, en el marco del art. 14 III, siempre que exista una mínima predisposición hacia el Derecho, es decir, error, ha de disminuir obligatoriamente la pena, con lo que se asegura que se tenga en cuenta la disponibilidad subjetiva del autor para obtener motivación normativa. En segundo lugar, si un juez considera que cierto desconocimiento es merecedor de la pena sin reducción alguna, deberá establecer claramente qué elementos le conducen a excluir la concurrencia de error. En un sistema de atenuación facultativa, el problema se traslada directamente al campo de la determinación de la pena, ámbito en el que, pese a los avances de los últimos tiempos, la experiencia española demuestra que las posibilidades de control efectivo de la discrecionalidad judicial son bastante modestas. Finalmente, con la renuncia a una cláusula general de atenuación facultativa se evita que ésta pueda ser utilizada de forma indiscriminada por tribunales reticentes a otorgar relevancia a muchos casos de error de prohibición propiamente dichos. Por otra parte, la utilización de la vía interpretativa apuntada podría conducir a que saliesen a la luz los auténticos motivos por los que no se considera procedente atenuar la pena, y paliar la tendencia a imputar de forma encubierta conciencias psicológicamente inexistentes.

8. Recapitulando, la equiparación, en clave psicológica, entre toda falta de conciencia y error puede responder a razones sistemáticas como, por ejemplo, la incardinación del conocimiento de la significación antijurídica del hecho en el dolo, siempre que en éste tampoco se admitan flexibilizaciones normativas; a razones valorativas, como cuando, por ejemplo, se entiende que, conforme a determinados criterios de atribución de la responsabilidad, un hecho cometido con pleno conocimiento del injusto denota siempre un grado de culpabilidad sensiblemente superior a cualquier hecho realizado sin esa conciencia; o bien a razones gramaticales, como es el caso de la contraposición entre comprensión del injusto y error efectuada en el § 17 del StGB. Pero, en cualquier caso, creo que dicha equiparación no viene impuesta por la regulación establecida en el CP español puesto que éste carece de un concepto legal del conocimiento de la

antijuricidad como presupuesto de la responsabilidad penal plena. Sobre esta base, puede entenderse tanto que la conciencia del injusto en cuanto dato psicológico no es un elemento imprescindible para la plena responsabilidad, como lo contrario, que el error exige la conciencia de la antijuricidad como contrapunto conceptual.

9. Quedaría, como último escollo, determinar si la pretendida neutralidad del art. 14. III en la cuestión del conocimiento es compatible con la configuración constitucional del principio de culpabilidad en el sentido de que la pena ha de ajustarse a la gravedad de la responsabilidad subjetiva del autor. En las experiencias concretas observables en el Derecho comparado se detecta un rechazo a proyectar constitucionalmente dicho principio más allá de la exigencia del reconocimiento de la relevancia del error de prohibición invencible. En mi opinión, no creo que sea factible descender a niveles inferiores hasta el extremo de vincular férreamente la medida de la responsabilidad a una determinada representación de la ilicitud del hecho. Si eso es correcto, la tensión entre los aspectos normativos y psicológicos de la imputación subjetiva en el seno del art. 14 III queda reducida a un problema dogmático y político-criminal a dilucidar por la doctrina y jurisprudencia ordinaria.

10. Por todo lo visto, creo que la nueva regulación española del error de prohibición puede enjuiciarse muy positivamente. Su predecesora ya destacó por ofrecer un hábitat menos hostil a la teoría del dolo que la regulación alemana y por no terciar abiertamente en la cuestión del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. El nuevo precepto sigue sin tomar partido en estas discusiones dogmáticas y ofrece, además, un marco de actuación muy apto para abordar nuevos problemas. Los planteamientos psicologicistas no se ven lastrados por atenuaciones facultativas del error y las posturas normativistas no se encuentran atadas por un concepto de error nacido a la sombra de la conciencia psicológica de lo injusto. Un marco en el que puede encontrarse cómodo desde el subjetivismo más acérrimo hasta el funcionalismo más radical.



BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert.

- *Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993.
- *El concepto y la validez del Derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, Gedisa, 1994.

AMELUNG, Knut.

- "Strafbarkeit von «Mauerschützen» – BGH, NJW, 1993, 141". *JuS*, 1993, pp. 637-643.
- "Anotación a la sentencia BGH 26.7.1994". *NStZ*, 1995, pp. 29-30.
- "Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz. Ein Zwischenbericht" *GA*, 1996, pp. 51-71.

ANTÓN ONECA, José.

- *Derecho Penal*. 2ª ed. Anotada y puesta al día por J.J. HERNÁNDEZ GUJJARRO y L. BENEYTEZ MERINO. Madrid, Akal, 1986.

ARISTÓTELES.

- *Ética Nicomáquea*. Trad. y notas por Julio PALLÍ BONET. Madrid, Gredos, 1988.

ARNOLD, Jörg / Martin KÜHL.

- "Forum: Problem der Strafbarkeit von «Mauerschützen»". *JuS*, 1992, pp. 991-997.

ARZT, Günther.

- "The Problem of Mistake of Law" en ESER/FLETCHER: *Rechtfertigung und Entschuldigung /Justification and Excuse*, T. II, Freiburg i. Br., pp. 1025-1055.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.

- "El error sobre las excusas absolutorias". *CPC*, 1978 (6), pp. 3-22.
- "La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto CP 1980". *La Ley*, 1981-1, pp. 919-923.
- "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición" en COBO DEL ROSAL, Manuel: *Comentarios a la legislación penal*, V, v. 1º. Madrid, Edersa, 1985. pp. 53-89.
- *Principios de Derecho penal. Parte General*. 2ª ed., Madrid, Akal, 1990.
- "La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición", *CDJ*, XVIII-XX (El consentimiento. El error), 1993, pp. 215-236.
- "Problemas del error", *La Ley*, 1996-3, pp. 1429-30.
- "Comentario al art. 14 CP" en CONDE-PUMPIDO (dir): *Código Penal*, t. I., pp. 480-509.

BERGMANN, Alfred.

- "Der Verbotsirrtum und der Irrtum im Bereich der Schuld", *JuS (Lernbogen)*, 1/1990, pp. L 17-19.

BINDING, Karl.

- *Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Reimpresión Scientia Verlag Aalen, 1975 (reimpresión ed. 1913).

BOCKELMANN, Paul / Klaus VOLK.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª ed., Munich, Beck, 1987.

BRUNELLI, David.

- "L'ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell'art. 39 c.p. mil. pace: Nuovi spazi per l'imputazione dolosa della «culpa iuris»? Nota a la sentenza 61/1995 de la Corte costituzionale". *Foro it.*, 1995, I, pp. 2054-2068.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan.

- "El principio de culpabilidad en el anteproyecto de Código penal", *Documentación jurídica*, n° 37/40 (monográfico dedicado al Anteproyecto de 1983), 1985, vol. 1, pp. 81-94.
- "El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a)". *ADPCP*, 1985, pp. 703-719.
- *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed. (aumentada, corregida y puesta al día por Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE). Barcelona, PPU, 1994.

CALABRIA, Ariadna.

- "Ignorantia legis e parere erroneo del consulente legale". *RIDPP*, 1992 (1), pp. 149-178.

CEREZO MIR, José.

- *Notas a WELZEL, El nuevo sistema*, Ariel, 1964.
- "La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español". *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1964 (166), pp. 450 y ss. (también en *Problemas fundamentales del Derecho penal*. Madrid, Tecnos, 1982, pp. 74-89).
- "Observaciones a la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal". *Documentación Jurídica*, 37-40, monográfico dedicado a la PANCP, 1983, vol. 1, pp. 49 y ss.
- "La regulación del error de prohibición el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios". *ADPCP*, 1985, pp. 277-286. (También en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*. Madrid, Tecnos, 1993, pp. 73-82.)
- "Principales reformas del Código penal español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad". *La Ley*, 1988-1, pp. 1013-1025
- "La regulación del error de prohibición en el Código penal español" en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*. Madrid, Tecnos, 1993, pp. 109-121.
- *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción Teoría jurídica del delito /1*. 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1994.
- *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*. 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1997.
- *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito /1*. 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1997.

COBO DEL ROSAL, Manuel / Tomás S. VIVES ANTÓN.

- *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed. (adecuada al Código penal de 1995 por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ). Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel.

- *Presupuestos del error sobre la prohibición*. Madrid, Edersa, 1987.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir).

- *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid, Trivium, 1997.

CÓRDOBA RODA, Juan.

- *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1962.

COSTA, Joaquín.

- *El problema de la ignorancia del Derecho*. Barcelona, Manuel Soler Editor, 1901.

CRAMER, Peter.

- "Anotación al § 17 StGB" en SCHÖNKE, Adolf / Hörst SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25ª ed., Múnich, Beck, 1997.

- CRESPI, Alberto / Federico STELLA / Giuseppe ZUCCALÀ.
 - *Commentario breve al Codice Penale*. 3ª ed. Padua, Cedam, 1992.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín.
 - "La teoría de la culpabilidad y el error de prohibición". *CPC*, 1987 (32), pp. 273 y ss.
- DANNECKER, Gerhard.
 - "Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung". *Jura*, 1994, pp. 585-595.
- DANNERCKER, Gerhard / Kristian F. STOFFERS.
 - "Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze". *JZ*, 1996, pp. 490-494.
- DARNSTÄDT, Thomas.
 - "Zurück nach Nürnberg". *Der Spiegel*, 1996 (51), pp. 40-42.
- DÍAZ PITA, Mª del Mar.
 - *El dolo eventual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel.
 - "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error". Trabajo inédito, pp. 1-43.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis.
 - *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- DIMAKIS, Alexandros.
 - *Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat*. Berlín, Duncker & Humblot, 1992.
- DOHNA, Alexander Graf zu.
 - *La estructura de la teoría del delito*. (trad. de Carlos FONTÁN BALESTRA). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958.
- DREHER, Eduard / Herbert TRÖNDLE.
 - *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 46 ed., Munich, Beck, 1993.
- DREIER, Ralf.
 - "Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes". *Arthur Kaufmann-FS*, 1993, pp. 57-70.
- ESER, Albin.
 - "Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlsgebern". *Walter Odersky-FS*, 1996, pp. 337-349.
- ESER, Albin / Björn BURKHARDT.
 - *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*. (Trad. Silvina BACIGALUPO y Manuel CANCIO). Madrid, Colex, 1995.
- ESER, Albin / Enrique GIMBERNAT / Walter PERRON (eds.).
 - *Justificación y exculpación en Derecho penal*. Madrid, Centro de Estudios Judiciales - Universidad Complutense Madrid, 1995.
- FERRER SAMA, Antonio.
 - *El error en Derecho penal*. Murcia, Sucesores de Nogués, 1941.

FIADANCA, Giovanni.

- "Principio de colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «primera lectura» della sentenza n. 364/88". *Foro it.*, 1988, I, pp. 1385-1412.

FIADANCA, Giovanni / Enzo MUSCO.

- *Diritto Penale. Parte Generale*. 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1995.

FIEDLER, Wilfried.

- "Anotación a la sentencia BGH 3.11.1993". *JZ*, 1993, pp. 206-208.

FLETCHER, George P.

- "The Individualisation of Excusing Conditions", 47 *Southern California Law Review* (1974), pp. 1269-1309. También en MORAWETZ, Thomas: *Criminal Law. The international Library of Essays in Law & Legal Theory*. Aldershot (UK). 1991. pp. 335-376.

FLORA, G.

- "Art. 5" y "Art. 47" en ZUCCALÀ, *Complemento Giurisprudenziale*.

FRANK, Reinhard.

- *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18ª ed., Tübingen, C.B. Mohr, 1931 (reimpresión s/f).

FRISCH, Wolfgang.

- "Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss im deutschen Strafrecht" en ESER, Albin / Walter PERRON (eds.): *Rechtfertigung und Entschuldigung*. T. III. 1991, pp. 217 y ss. Versión en español, con pequeñas modificaciones, "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán". Trad de Manuel CANCIO y Enrique PEÑARANDA en ESER / GIMBERNAT / PERRON (eds.): *Justificación y exculpación*, pp. 157-216.

FROMMEL, Monika.

- "Die Mauerschützenprozesse –eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formen". *Arthur Kaufmann-FS*, 1993, pp. 81-92.

GARCÍA ARÁN, Mercedes / Diego LÓPEZ GARRIDO.

- *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid. Closas-Arcoyen, 1996.

GARCÍA PÉREZ, Octavio.

- *La punibilidad en la teoría jurídica del delito*. Tesis doctoral inédita. Málaga, 1996.

GARCÍA VITORIA, Aurora.

- "Tratamiento del error en el Código Penal español: Algunas observaciones al respecto". *Estudios penales y criminológicos*, XII. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 1989, pp. 149-186.

GEERDS, Detlev.

- "Der vorsatzauschließende Irrtum" *Jura*, 1990, pp. 421-431.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.

- "Recensión a HORN, Eckhard «Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit» («Error de prohibición y reprochabilidad»)", *ADPCP*, 1970, p. 740.
- "El sistema de Derecho penal en la actualidad" en *Estudios de Derecho penal*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 162-181.
- *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*. Madrid, Universidad Complutense, 1979.
- "Diatriba del nuevo Código penal", *La Ley*, 1996-3, p. 1336 y ss.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel.

- *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General.* Madrid, Civitas, 1984.

GRACIA MARTÍN, Luis.

- "Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)". *APen* 1994 -2, pp. 345-379.

GROTEGUTH, Thomas.

- *Norm- und Verbots-un-kenntnis § 17 Satz 2 StGB.* Berlín, Duncker & Humblot, 1993.

HASSEMER, Winfried.

- "Los elementos característicos del dolo". (Trad. de M^a del Mar DÍAZ PITA). *ADPCP*, 1990, pp. 909 y ss. ("Kennzeichen des Vorsatzes". *Armin Kaufmann-GS*, pp. 289 y ss.).

HERRMANN, Joachim.

- "Menschrechtsfeindliche und menschsrechtsfreundliche Auslegung des § 27 des Grenzgesetzes der DDR". *NStZ*, 1993, pp. 118-121.
- "Anotación a la sentencia BGH 25.3.1993". *NStZ*, 1993, pp. 487-488.

HERZOG, Felix (Hrsg.).

- *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze.* Heidelberg, C.F. Müller, 1993.

HIPPEL, Robert v.

- *Lehrbuch des Strafrechts.* Berlín, Springer, 1932.

HIRSCH, Hans Joachim.

- "Hauptproblem des dogmatischen Teils der deutschen Strafrechtsreform" en HIRSCH, Hans Joachim (eds.): *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium.* Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 47-80.

HORN, Eckhard.

- *Verbsirrtum und Vorwerfbarkeit Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie.* Berlín, Duncker & Humblot, 1969.

HRUSCHKA, Joachim.

- "Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht". *JZ*, 1992, pp. 665-670.

HUERTA TOCILDO, Susana.

- "El error invencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980". *RFUDC*, n^o monográfico 3, 1980, pp. 75-96. (También en *CPC*, 1980 (12), pp. 23 y ss.).
- "Problemática del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación". *CDJ*, XVIII-XX (El consentimiento. El error), 1993, pp. 249-275.

JAKOBS, Günther.

- *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.* 2^a ed., Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1991.
- "Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas" Trad. de M^a del Mar. DÍAZ PITA. *ADPCP*, 1992, pp. 213 -232.
- "El principio de culpabilidad". Trad. de Manuel CANCIO. *ADPCP*, 1992, pp. 1050-1083.
- "¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?". Trad. de Patricia ZIFFER. *ADPCP*, 1994 (II), pp. 137-158. ["Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?" en ISENSEE (Hrgs.): *Vergangenheitsbewältigung durch Recht- Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem*, Berlín, 1992].
- "Untaten des Staates- Unrecht im Staat.- Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?". *GA*, 1994, pp. 1-19.

- *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. 2ª ed. alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Madrid, Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich / Thomas WEIGEND.

- *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5ª ed., Berlín, Duncker & Humblot. 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich.

- *Tratado de Derecho penal, parte general*. Trad. 4ª ed. alemana por José Luis MANZANARES SAMANIEGO. Granada, Comares, 1993.
- *Tratado de Derecho penal, parte general*. Trad. 3ª ed. alemana y adiciones de Derecho español por Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981.
- "L'errore de diritto nel diritto penale tedesco e italiano". *L'Indice Penale*, 1988, pp. 185-204.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.

- *Tratado de Derecho penal*, t. VI, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1962.

JOSHI JUBERT, Ujala.

- "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo". *ADPCP*, 1987, pp. 697-720.
- *La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal*. Barcelona, J.Mª Bosch, 1992.

KAUFMANN, Armin.

- "Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum". *Eberhard Schmidt-FS*. Tübingen, Scientia Verlag Aalen, 1961, pp. 319-332.
- "Der dolus eventualis im Deliktsaufbau". *ZStW* (70), 1958, pp 64 y ss. ["El dolo eventual en la estructura del delito. Trad de SUAREZ MONTES. *ADPCP*, 1960, pp. 185 y ss.].

KAUFMANN, Arthur.

- *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*. Scientia Verlag Aalen, 1985 (reimpresión ed. 1949).
- "Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962". *ZStW* (76), 1964, pp. 543-581.
- "Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum" en *Karl Lackner-FS*. Berlín.Nueva York, Walter De Gruyter, 1987, pp. 185-197.
- "Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht". *NJW*, 1995, pp. 81-86.

KORIATH, Heinz.

- "Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre", *Jura*, 1996, pp. 113-127.

KRAMER, Wolfgang / Manfred TRITTEL.

- "Zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB". *JZ*, 1980, pp. 393-396.

KRAUSS, Detlef.

- "Das Unrechtsbewußtsein. Studie an zwei Gerichtsurteilen" en BÖNNER, K.H / W DE BOOR: *Unrechtsbewußtsein, aus der Sicht des Täters, aus der Sicht des Richters*. Basilea, Karger, 1982, pp. 30-58.

KÜHL, Kristian.

- *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Munich, Franz Vahlen, 1994.

KÜHLEN, Lothar / Thomas GRAMMINGER.

- "Der Mauerschütze und der Denunziant"- Ein Bericht über eine strafrechtliche Hausarbeit". *JuS*, 1993, pp. 32-37.

KÜPPER, Georg.

- *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Berlín, Duncker & Humblot, 1992.

LACKNER, Karl / Kristian KÜHL.

- *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 21 ed., Munich, Beck, 1995.

LARENZ, Karl.

- *Metodología de la Ciencia del Derecho*. (Trad. de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO). Barcelona, Ariel, 1994.

LESCH, Heiko.

- "Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums". *JA*, 1996, pp. 346-352.
- "Unrechtseinsicht und Erscheinungsformen des Verbotsirrtums". *JA*, 1996, pp. 504-509.
- "Die Vermiedbarkeit des Verbotsirrtums". *JA*, 1996, pp. 607-612.
- "Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición". (Trad. de los tres anteriores trabajos de Roberto Javier CADENAS). *PJ*, 1997 (45), pp. 139-182

LISZT, Franz von.

- *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Trad. 20ª ed. (1914) por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. Madrid, Reus, 19??.

LOOS, Fritz.

- "Bemerkungen zur «historischen Auslegung»" en *Rudolf Wassermann-FS*. Neuwied, 1985, pp. 123-133.

LÜDERSSEN, Klaus.

- "Kontinuität und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips bei grundsätzlichem Wandel der politischen Verhältnisse". *ZStW* (104), 1992, pp. 736-784.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.

- "Error de tipo y error de prohibición" en MONTROYA MELGAR, Alfredo (dir): *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. II. Madrid, Civitas, 1995, pp. 2838-2845.
- *Curso de Derecho Penal. Parte General, I*. Madrid, Universitas, 1996.

MANTOVANI, Ferrando.

- *Diritto Penale. Parte Generale*. 3ª ed., Milán, Cedam, 1992.

MAQUEDA ABREU, Mª Luisa.

- "El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983". *CPC*, 1987 (31), pp. 185-261.

MAURACH, Reinhart / Heinz ZIPF.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 8ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1992.
- *Derecho penal. Parte general*. Trad. 7ª ed. (1987) por J. BOFILL GENZSCH y E. AIMONE GIBSON. Buenos Aires, Astrea, 1994.

MAURACH, Reinhart.

- *Tratado de Derecho Penal*. Trad. 2ª ed. (1958) y notas de Derecho español por Juan CÓRDOBA RODA. Barcelona, Ariel, 1963.

MEZGER, Edmund.

- *Tratado de Derecho Penal*. Trad. 2ª ed. (1933) y notas de Derecho español por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ. Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1946 (T. I)-1949 (T. II).

- "Rechtsirrtum und Rechtsblindheit" en *Koblausch-FS*, Berlín, Walter de Gruyter, 1944, pp. 180-198.

MIEHE, Olaf.

- "Rechtfertigung und Verbotsirrtum - Zum Stand der Diskussion über die Strafbarkeit der Todesschützen an Berliner Mauer und innerdeutscher Grenze". *Wolfgang Gitter-FS*. Wiesbaden, Chmierzlorz, 1995, pp. 647-688.

MIR PUIG, Santiago / Francisco MUÑOZ CONDE.

- "Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal". *CPC* 1982 (18), pp. 609-650.

MIR PUIG, Santiago.

- *Adiciones a JESCHECK, Tratado de Derecho penal, parte general*. Barcelona. Bosch Casa Editorial, 1981.
- "Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform" en HIRSCH, Hans Joachim (Hrsg.): *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*. Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 21-46.
- "Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983". *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*. 1989 (7), pp. 97-122.
- *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*. 3ª ed., Barcelona, PPU, 1990.
- "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español". *La Ley*, 1991-1, pp. 1030-1039.
- "La distinción entre error de tipo y error de prohibición en Derecho penal". *CDJ*, XVIII-XX (El consentimiento. El error), 1993, pp. 197-215.
- "Antijuricidad objetiva y antinormatividad en el Derecho penal" en MIR PUIG: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, Ariel, 1994, pp. 225-248.
- "Función de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho" en MIR PUIG: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, Ariel, 1994, pp. 29-91.
- *Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996.
- "Comentarios al Capítulo primero del Título Primero del Libro Primero del nuevo Código penal". *RJCat*, 1997 (2), pp. 9-35.

MORALES PRATS, Fermín.

- "Comentario al art. 14 CP" en QUINTERO (dir.): *Comentarios*, pp. 101-108.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo.

- "La culpabilidad en la reforma del Código penal" . *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1984 (4), pp. 81 y ss.

MUCCIARELLI, Francesco.

- "Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988". *RIDPP*, 1996 (1), pp. 222-285.

MUÑOZ CONDE, Francisco.

- *Derecho Penal. Parte Especiall*. 2ª ed., Sevilla, Universidad. 1976.
- *El error en Derecho penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989. [Capítulo I publicado también en "La creencia errónea de estar obrando lícitamente" en *Estudios penales y criminológicos*, X. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 1987, pp. 1,040 y ss.; capítulo II en "El error en el delito de defraudación tributaria del art. 349 del Código", *ADPCP*, 1986, pp. 379 y ss.; capítulo III en "Bases para una teoría del error orientado a las consecuencias". *La Ley*, 1991-1, pp. 1040-1052].

MUÑOZ CONDE, Francisco / Mercedes GARCÍA ARÁN.

- *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

NEUMANN, Ulfrid.

- "Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)", *JuS*, 1993, pp. 793-799.
- "Anotación al § 17 StGB" en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Vol I. Baden-Baden, Nomos. 1995.

NOWAKOWSKI, Friedrich.

- "Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz". *ZStW*, (65), 1953, pp. 378-402.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / Susana HUERTA TOCILDO.

- *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. 2ª ed., Madrid, Ed. Rafael Castellanos, 1986.

OTTO, Harro.

- "Der Verbotsirrtum". *Jura*, 1990, pp. 645-650.
- *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 5ª ed., Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1996.

PAGLIARO, Antonio.

- *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*. 5ª ed., Milán, Guiffrè, 1996.

PALAZZO, Francesco C.

- "Ignorantia legis: Vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza". *RIDPP*, 1988, pp. 920-962.
- "Ignoranza della legge penale". *Digesto delle Discipline Penalistiche*. vol VI, 4ª ed., Turín, UTET, 1992, pp. 122-145.

PAWLIK, Michael.

- "Strafrecht und Staatsunrecht: zur Strafbarkeit der «Mauerschützen»". *GA*, 1994, p. 472-483.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan.

- "La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". *ADPCP*, 1995, pp. 71-88.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos.

- *Conciencia y Derecho penal*. Granada, Comares, 1994.
- "La prueba del error en el proceso penal". *Revista de Derecho Procesal*, 1994 (2), pp. 413-429.

PÉREZ MANZANO, Mercedes.

- *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en las fundamentaciones de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid, Universidad Autónoma, 1990.

PULITANÒ, Domenico.

- "Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza". *RIDPP*, 1988, pp. 686-731.
- "Commentario al art. 5 CP" y "Commentario al art. 47 CP" en CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ: *Commentario breve*.

PUPPE, Ingeborg.

- "Error de hecho, error de Derecho, error de subsunción". Trad. de Manuel CANCIO. *CPC*, 1992 (47), pp. 349-392. ("Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum", *GA*, 1990, p.145 y ss.).

QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J.

- "El dolo y el conocimiento de la antijuricidad". *CDJ*, XXIII (Elementos subjetivos de los tipos penales), 1994, pp. 37-52.

QUINTANAR, Manuel.

- "Vencibilidad e invencibilidad del error sobre la prohibición". *CPC*, 1994 (54), pp. 1407-1421.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.

- *Curso de Derecho Penal. Parte General.* (con la colaboración de Fermín MORALES PRATS y Miguel PRATS CANUT). Barcelona, Cedecs, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.).

- *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Pamplona, Aranzadi, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / Francisco MUÑOZ CONDE.

- *La reforma penal de 1983.* Barcelona, Destino, 1983. (Cap. III, "La cuestión del error en derecho penal y el nuevo artículo 6 bis a", pp. 38-55, a cargo de QUINTERO OLIVARES).

RADBRUCH, Gustav.

- "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" (1946). *Gustav Radbruch Gesamtausgabe.* T. III. 1990, p. 83-93.
- *Introducción a la filosofía del Derecho.* Trad. Wenceslao ROCES. Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1974.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María.

- *Derecho penal español. Parte General.* 7ª ed., Madrid, el autor, 1979.
- "Nullum crimen sine culpa en la reforma del Código penal" en *Jescheck-FS.* Berlín, Duncker & Humblot, 1985, p. 201-221 (también en *RFDUC*, 1983 (6), pp. 581 y ss.)

RODRÍGUEZ DEVESA, José María / Alfonso SERRANO GÓMEZ.

- *Derecho penal español. Parte General.* 16ª ed., Madrid, Dykinson, 1993.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo.

- "La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal", *ADPCP*, 1963, pp. 656 y ss.
- *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo.* Madrid, Civitas, 1976.
- *Derecho Penal. Parte General.* Madrid, Civitas, 1978.
- "Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el proyecto de CP español" en FERNÁNDEZ ALBOR (ed.) *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 1980, pp. 15 y ss..

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo.

- *Notas a MEZGER, Tratado.*

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis.

- "Sobre el error de tipo y el error de prohibición en el Proyecto de CP", *La Ley*, 1980-1, pp. 1072-1074.

ROMANO, Mario.

- *Commentario sistematico del Codice Penale.* 3 vol. Milán, Guiffè, 1987.

ROMEO CASABONA, Carlos Mª.

- "El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980". *ADPCP*, 1980, pp. 739-767.

ROXIN, Claus.

- "Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962", *ZStW* (76), 1964, pp. 583-618.
- "Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum" en HIRSCH, Hans Joachim (Hrsg.): *Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium.* Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 81-88.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre.* 3ª ed., Múnich, Beck, 1997.

- *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.* Traducción de la 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier de VICENTE REMESAL. Madrid, Civitas, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim.

- *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums.* Göttingen, Otto Schwartz, 1969.
- "Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention" en BÖNNER, K.H / W DE BOOR: *Unrechtsbewußtsein, aus der Sicht des Täters, aus der Sicht des Richters.* Basilea, Karger, 1982, pp. 1-29.
- "§ 17 StGB" en RUDOLPHI, Hans-Joachim (dir.): *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* 6ª ed., Neuwied, Luchterhand, 1995.

SAINZ CANTERO, José A.

- "Reflexiones de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código Penal". *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, pp. 395-448.

SCHLINK, Bernhard.

- "Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit". *Humboldt Forum Recht*, 1996-1 (<http://www.rewi.hu-berlin.de/HFR/1-1996/>).

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard.

- "Anotación al Art. 103. II GG" en MAUNZ, Theodor / Günter DÜRIG, *Kommentar zum Grundgesetz.* Múnich, C.H. Beck, 1992.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard.

- "Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins" en *Hellmuth Mayer FS.* Berlín, Duncker & Humblot, 1966, pp. 317-338.
- "Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB)", *JZ*, 1979, pp. 361-369.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch.* 2ª ed., Tübingen, C.B. Mohr, 1984.

SCHROEDER, Friedrich-Christian.

- "Anotación al § 17 StGB" en JÄHNKE Burkhard / Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE / Walter ODERSKY (Hrsg.): *StGB. Leipziger Kommentar.* 11ª ed., Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1992.
- "Zur Strafbarkeit von Tötungen in staatlichem Auftrag". *JZ*, 1992, pp. 990-993.
- "Die Rechtswidrigkeit der Flüchtlingserschießungen zwischen Transzendenz und Immanenz". *JR*, 1993, pp. 45-51.

SCHÜNEMANN, Bernd (comp.).

- *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales.* (Trad. de Jesus Mª SILVA SÁNCHEZ). Madrid, Tecnos, 1991.
- "La función de delimitación de injusto y culpabilidad" en SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos de un sistema europeo.* 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª.

- "Sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad". *ADPCP*, 1987, pp. 647-663.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* Barcelona, J.Mª Bosch, 1992.
- *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales.* Barcelona. J.Mª Bosch, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª (ed.).

- *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin.* Barcelona, J.Mª Bosch, 1995.

SPENDEL, Günther.

- "Das Unrechtsbewußtsein in der Verbrechenssystematik" en *Tröndle-FS*. Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1989, pp. 89-105.
- "DDR-Unrechtsurteile in der neueren BGH-Judikatur – eine Bilanz". *MDR*, 1996, pp. 177-185.

STARCK, Christian.

- "Anotación a la sentencia BVerfG 24.10.1996". *JZ*, 1997, p. 142, pp. 147-149.

STRATENWERTH, Günther.

- *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat*. 3ª ed., Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, Carl Heymanns, 1981.
- *Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible*. Trad. de la 2ª ed. (1976) por Gladys ROMERO. Madrid, Edersa, 1982.

STRIEN, Andrea.

- *Einflüsse des deutschen Strafrechts auf die jüngere Strafrechtsreformbewegung in Spanien*. Berlín, Duncker & Humblot, 1992.

TIMPE, Gerhard.

- *Strafmilderung des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*. Berlín, Duncker & Humblot, 1983.
- "Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums". *GA*, 1984, pp. 51-70.

TORIO LÓPEZ, Ángel.

- "El «error iuris». Perspectivas materiales y sistemáticas". *ADPCP*, 1975, pp. 25-39. (También en *III Jornadas de profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 1976, pp. 313 y ss.)
- "El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal" en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 1980, pp. 249-269.
- "Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal", en BERISTAIN, Antonio (ed.): *Reformas penales en el mundo de hoy*. Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1984, pp 95-114.

TORRE, Giovanna.

- "Errore sul precepto e *Verbotsirrtum*: un'uguale disciplina? (Analisi dell'errore sul divieto nel codice penale tedesco)". *Ind. pen.*, 1996 (I), pp. 186-219.

VENTURA PÜSCHEL, Arturo.

- "Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales". *PJ*, 1993 (26), pp. 161-178.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador.

- "Comentario al art. 14 CP" en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 92-96.

WARDA, Günther.

- "Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums". *ZStW* (71), 1959, pp. 252-280.
- "Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein" en *Welzel-FS*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1974, pp. 499-532.

WEBER, Hellmuth von.

- "Sobre el «Error iuris» en las más modernas tendencias jurídicas alemanas". Trad. de Antonio QUINTANO RIPOLLÉS. *ADPCP*, 1953, pp. 9-23.

WELZEL, Hans.

- "Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns" (1948) en Hans WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1975, pp. 250-257.
- "Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit". *MDR*, 1951, pp. 65-67.
- "Nochmals der Verbotsirrtum", *NJW*, 1951, pp. 577-579.
- "Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem". *ZStW* (67), 1955, pp. 196-228.
- *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Versión castellana y notas por José CEREZO MIR. Barcelona, Ariel, 1964.
- "Diskussionsbemerkungen zum Thema «Die Irrtumsregelung im Entwurf»", *ZStW* (76), 1964, 619-632.
- *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª ed., Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1969.
- *Derecho penal alemán*. Trad. de la 11ª de alemana por Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZACZYK, Rainer.

- "Der verschuldete Verbotsirrtum". *JuS*, 1990, pp. 889-895.

ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel.

- "El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica de CP de 1980". *CPC*, 1981 (15), pp. 511-521.
- "Breve reseña de la reciente doctrina del TS acerca del error de prohibición: la aplicación del art. 6 bis a) del Código Penal". *APen*, 1988-2, pp. 1565-1570.
- "Comentario al art. 6 bis a) del Código Penal" en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS (coord.): *Código penal comentado*. Madrid, Akal, 1990, pp. 23-32.
- "Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del Código penal (La regulación del error de tipo y del error de prohibición)" *CDJ*, XVIII-XX (El consentimiento. El error), 1993, pp. 169-196.



JURISPRUDENCIA

30 enero 1979	Gómez de Liaño y Cobaleda	A 1979\277	6 julio 1987	Móner Muñoz	A 1987\5281
21 abril 1980	Castro Pérez	A 1980\1459	7 julio 1987	Moyna Ménguez	A 1987\5286
14 noviembre 1980	Moyna Ménguez	A 1980\4486	18 septiembre 1987	Móner Muñoz	A 1987\6478
26 febrero 1981	Hijas Palacios	A 1981\787	2 noviembre 1987	Móner Muñoz	A 1987\8432
16 junio 1981	Gómez de Liaño y Cobaleda	A 1981\2748	3 noviembre 1987	Cotta y Márquez de Prado	A 1987\8438
21 octubre 1981	Vivas Marzal	A 1981\3863	25 noviembre 1987	Díaz Palos	A 1987\8606
24 octubre 1981	Gómez de Liaño y Cobaleda	A 1981\3877	4 diciembre 1987	Montero Fernández-Cid	A 1987\9535
24 febrero 1982	Vivas Marzal	A 1982\677	28 diciembre 1987	Manzanares Samaniego	A 1987\9891
26 febrero 1982	García Miguel	A 1982\851	18 enero 1988	Morenilla Rodríguez	A 1988\302
16 junio 1982	García Miguel	A 1982\3541	26 enero 1988	Ruiz Vadillo	A 1988\474
4 octubre 1982	Gómez de Liaño y Cobaleda	A 1982\5588	5 febrero 1988	Cotta y Márquez de Prado	<i>Colex</i>
26 octubre 1982	Vivas Marzal	A 1982\5692	29 febrero 1988	Bacigalupo Zapater	A 1988\1343
7 mayo 1983	Castro Pérez	A 1983\2656	2 marzo 1988	Moyna Ménguez	A 1988\1520
1 julio 1983	Gil Saez	A 1983\4012	5 marzo 1988	Ruiz Vadillo	A 1988\1563
3 noviembre 1983	Castro Pérez	A 1983\5448	24 marzo 1988	Jiménez Villarejo	A 1988\2088
26 enero 1984	Vivas Marzal	A 1984\418	28 abril 1988	Huerta y Álvarez de Lara	A 1988\2898
1 febrero 1984	Rodríguez López	A 1984\700	29 abril 1988	Soto Nieto	A 1988\2906
9 marzo 1984	Gómez de Liaño y Cobaleda	A 1984\1725	29 abril 1988	García Ancos	A 1988\2917
24 mayo 1984	Gómez de Liaño y Cobaleda	A 1984\2678	3 junio 1988	Ruiz Vadillo	A 1988\4420
2 julio 1984	García Miguel	A 1984\3769	10 junio 1988	Cotta y Márquez de Prado	A 1988\4591
18 septiembre 1984	De Vega Ruiz	A 1984\4269	20 junio 1988	Vivas Marzal	A 1988\5050
3 enero 1985	De Vega Ruiz	A 1985\260	5 julio 1988	Soto Nieto	A 1988\6491
13 febrero 1985	De Vega Ruiz	A 1985\954	28 octubre 1988	Carrero Ramos	A 1988\8247
1 marzo 1985	Cotta y Márquez de Prado	A 1985\1569	11 noviembre 1988	Díaz Palos	A 1988\9157
24 abril 1985	Vivas Marzal	A 1985\2128	3 diciembre 1988	García Miguel	A 1988\9360
29 mayo 1985	Vivas Marzal	A 1985\2555	30 enero 1989	Puerta Luis	A 1989\1324
29 junio 1985	Vivas Marzal	A 1985\3085	30 enero 1989	Bacigalupo Zapater	A 1989\602
18 octubre 1985	De Vega Ruiz	A 1985\5003	2 febrero 1989	Bacigalupo Zapater	A 1989\1338
18 noviembre 1985	Latour Brotons	A 1985\5423	10 febrero 1989	Ruiz Vadillo	A 1989\1531
14 diciembre 1985	Soto Nieto	A 1985\6264	14 febrero 1989	Montero Fernández-Cid	A 1989\1559
1 febrero 1986	Gil Saez	A 1986\552	13 marzo 1989	Carrero Ramos	A 1989\2620
21 febrero 1986	Soto Nieto	A 1986\845	10 abril 1989	Ruiz Vadillo	A 1989\3091
15 marzo 1986	Huerta y Álvarez de Lara	A 1986\1645	10 abril 1989	Bacigalupo Zapater	A 1989\3089
15 marzo 1986	Gil Saez	A 1986\1646	12 abril 1989	Díaz Palos	A 1989\3182
22 marzo 1986	Moyna Ménguez	A 1986\1683	15 abril 1989	Bacigalupo Zapater	A 1989\3355
8 abril 1986	Vivas Marzal	A 1986\1946	29 abril 1989	Carrero Ramos	A 1989\3575
10 abril 1986	Soto Nieto	A 1986\1955	3 mayo 1989	Soto Nieto	A 1989\4047
21 abril 1986	Rodríguez López	A 1986\2082	10 mayo 1989	Díaz Palos	A 1989\4161
4 julio 1986	Vivas Marzal	A 1986\3885	26 mayo 1989	Puerta Luis	A 1989\4262
23 septiembre 1986	Rodríguez López	A 1986\4694	13 junio 1989	Soto Nieto	A 1989\5102
3 noviembre 1986	Vivas Marzal	A 1986\6237	14 junio 1989	Sierra Gil de la Cuesta	A 1989\5113
12 noviembre 1986	Huerta y Álvarez de Lara	A 1986\6943	17 junio 1989	Carrero Ramos	A 1989\5146
12 noviembre 1986	Gil Saez	A 1986\6941	19 junio 1989	Manzanares Samaniego	A 1989\8418
4 febrero 1987	Gil Saez	A 1987\1190	4 julio 1989	Bacigalupo Zapater	A 1989\6060
13 marzo 1987	Ruiz Vadillo	A 1987\2155	12 julio 1989	Delgado García	A 1989\6203
3 abril 1987	Jiménez Villarejo	A 1987\2442	13 septiembre 1989	Montero Fernández-Cid	<i>APen</i> 1989, R.818
26 mayo 1987	Móner Muñoz	A 1987\3131	14 septiembre 1989	Montero Fernández-Cid	A 1989\6642
30 junio 1987	Morenilla Rodríguez	A 1987\5139	29 septiembre 1989	Carrero Ramos	A 1989\6812

3 octubre 1989	Vivas Marzal	<i>Colex</i>	12 abril 1991	Bacigalupo Zapater	A 1991\2704
6 octubre 1989	García Pérez	A 1989\7633	6 mayo 1991	Delgado García	A 1991\3549
13 octubre 1989	Vivas Marzal	A 1989\7674	29 mayo 1991	Ruiz Vadillo	<i>Compuley</i>
13 noviembre 1989	Ruiz Vadillo	A 1989\8618	27 junio 1991	Puerta Luis	A 1991\4831
20 noviembre 1989	Delgado García	A 1989\8683	8 julio 1991	Carrero Ramos	A 1991\5643
22 noviembre 1989	García Pérez	A 1989\8700	9 julio 1991	Díaz Palos	A 1992\7079
4 diciembre 1989	Soto Nieto	A 1989\9420	10 julio 1991	Martín Pallín	A 1991\5777
14 diciembre 1989	Moyna Ménguez	A 1989\9579	11 julio 1991	De Vega Ruiz	A 1991\5808
16 diciembre 1989	Martín Pallín	A 1990\1917	12 julio 1991	Martínez-Pereda Rodríguez	A 1991\5888
19 diciembre 1989	Móner Muñoz	A 1989\9631	24 septiembre 1991	Huet García	A 1991\6567
20 diciembre 1989	Moyna Ménguez	A 1989\9729	17 octubre 1991	Móner Muñoz	A 1991\7290
9 febrero 1990	Barbero Santos	A 1990\1370	23 octubre 1991	Móner Muñoz	A 1991\9723
14 febrero 1990	García Pérez	A 1990\1501	25 octubre 1991	Ruiz Vadillo	A 1991\7383
15 febrero 1990	Sierra Gil de la Cuesta	A 1990\1547	18 noviembre 1991	De Vega Ruiz	A 1991\9448
5 marzo 1990	Sierra Gil de la Cuesta	A 1990\2384	18 noviembre 1991	Bacigalupo Zapater	A 1991\8323
12 marzo 1990	Delgado García	A 1990\2989	20 noviembre 1991	Martínez-Pereda Rodríguez	A 1991\8599
19 marzo 1990	Delgado García	A 1990\2557	21 noviembre 1991	Moyna Ménguez	A 1991\9147
5 abril 1990	Manzanares Samaniego	A 1990\3176	25 noviembre 1991	Carrero Ramos	A 1991\8543
6 abril 1990	Martín Pallín	A 1990\3189	10 diciembre 1991	Montero Fernández-Cid	A 1991\9121
11 abril 1990	Delgado García	A 1990\3237	12 diciembre 1991	De Vega Ruiz	A 1991\9297
20 abril 1990	Carrero Ramos	A 1990\3290	20 enero 1992	De Vega Ruiz	A 1992\244
27 abril 1990	Delgado García	A 1990\3353	14 febrero 1992	Martín Pallín	A 1992\1227
21 mayo 1990	García Miguel	A 1990\4204	20 febrero 1992	Cotta y Márquez de Prado	A 1992\1218
25 mayo 1990	Díaz Palos	A 1990\4441	24 febrero 1992	García Ancos	A 1992\1372
28 mayo 1990	Manzanares Samaniego	A 1990\4468	27 febrero 1992	Soto Nieto	A 1992\1384
6 junio 1990	Moyna Ménguez	A 1990\5150	28 febrero 1992	Bacigalupo Zapater	A 1992\1401
8 junio 1990	Manzanares Samaniego	A 1990\5239	28 febrero 1992	Cotta y Márquez de Prado	A 1992\1399
13 junio 1990	Ruiz Vadillo	A 1990\5291	10 marzo 1992	Puerta Luis	<i>APen</i> 1992, R.407
13 junio 1990	García Pérez	<i>APen</i> 1990, R.634	12 marzo 1992	Martínez-Pereda Rodríguez	A 1992\ 1981
15 junio 1990	Huerta y Álvarez de Lara	A 1990\5318	23 marzo 1992	Huerta y Álvarez de Lara	A 1992\2458
19 julio 1990	García Miguel	A 1990\6790	24 marzo 1992	García Miguel	A 1992\2423
21 julio 1990	Montero Fernández-Cid	A 1990\6810	26 marzo 1992	Móner Muñoz	A 1992\2475
7 septiembre 1990	Estévez Fernández	A 1990\6922	10 abril 1992	García Ancos	A 1992\2945
14 septiembre 1990	Soto Nieto	A 1990\7319	23 abril 1992	Díaz Palos	<i>Compuley</i>
20 septiembre 1990	Soto Nieto	A 1990\7353	24 abril 1992	Montero Fernández-Cid	A 1992\3451
5 octubre 1990	Moyna Ménguez	A 1990\7678	6 mayo 1992	Puerta Luis	<i>Colex</i>
11 octubre 1990	Martín Pallín	A 1990\7955	13 mayo 1992	Díaz Palos	A 1992\4018
16 octubre 1990	Barbero Santos	A 1990\8152	25 mayo 1992	Hernández Hernández	A 1992\4332
22 octubre 1990	Montero Fernández-Cid	A 1990\8195	28 mayo 1992	De Vega Ruiz	A 1992\4398
6 noviembre 1990	Montero Fernández-Cid	A 1990\8677	10 junio 1992	Martín Pallín	A 1992\4899
20 noviembre 1990	Soto Nieto	A 1990\9061	13 junio 1992	Ruiz Vadillo	A 1992\5489
22 noviembre 1990	Delgado García	A 1990\9081	21 junio 1992	García Miguel	A 1993\5170
5 diciembre 1990	Moyna Ménguez	A 1990\9428	24 junio 1992	Puerta Luis	A 1992\5877
10 enero 1991	Móner Muñoz	A 1991\77	30 junio 1992	García Miguel	A 1992\5701
22 enero 1991	García Ancos	A 1991\244	10 julio 1992	De Vega Ruiz	A 1992\6382
30 enero 1991	De Vega Ruiz	A 1991\464	14 septiembre 1992	Montero Fernández-Cid	A 1992\7133
8 febrero 1991	Moyna Ménguez	A 1991\974	24 septiembre 1992	Soto Nieto	A 1992\7255
21 febrero 1991	Moyna Ménguez	A 1991\1313	24 septiembre 1992	Ruiz Vadillo	A 1992\7254
25 febrero 1991	Barbero Santos	A 1991\1427	29 septiembre 1992	Martínez-Pereda Rodríguez	<i>APen</i> 1992, R.772
4 marzo 1991	Delgado García	A 1991\1745	7 octubre 1992	Martín Pallín	A 1992\7819
9 marzo 1991	García Ancos	A 1991\1956	31 octubre 1992	Ruiz Vadillo	A 1992\8628
16 marzo 1991	García Ancos	A 1991\2168	31 octubre 1992	Bacigalupo Zapater	<i>APen</i> 1993, R.57
25 marzo 1991	García Miguel	A 1991\2373	3 noviembre 1992	De Vega Ruiz	A 1992\8875

13 noviembre 1992	Delgado García	A 1992\9657	28 marzo 1994	De Vega Ruiz	A 1994\2607
16 noviembre 1992	Bacigalupo Zapater	A 1992\9641	14 abril 1994	Moyna Ménguez	A 1994\3286
17 noviembre 1992	Cotta y Márquez de Prado	<i>APen</i> 1993, R.49	22 abril 1994	Martínez-Pereda Rodríguez	A 1994\3153
2 diciembre 1992	Ruiz Vadillo	A 1992\9905	26 abril 1994	Granados Pérez	A 1994\3357
22 diciembre 1992	Díaz Palos	A 1992\10473	27 abril 1994	García Ancos	A 1994\3443
30 diciembre 1992	Hernández Hernández	A 1992\10543	2 mayo 1994	García Ancos	A 1994\3634
5 febrero 1993	Cotta y Márquez de Prado	A 1993\871	9 mayo 1994	Carrero Ramos	A 1994\3628
24 febrero 1993	Ruiz Vadillo	A 1993\1539	12 mayo 1994	Puerta Luis	A 1994\4046
24 febrero 1993	García Miguel	A 1993\1528	13 mayo 1994	Soto Nieto	A 1994\3695
1 marzo 1993	Delgado García	A 1993\1880	24 mayo 1994	García Ancos	<i>Colex</i>
3 marzo 1993	Móner Muñoz	A 1993\1901	27 mayo 1994	De Vega Ruiz	A 1994\9345
9 marzo 1993	De Vega Ruiz	A 1993\2163	27 mayo 1994	Móner Muñoz	A 1994\4404
15 marzo 1993	Hernández Hernández	A 1993\2386	1 junio 1994	Díaz Palos	A 1994\4509
23 marzo 1993	Moyna Ménguez	A 1993\2499	2 junio 1994	Granados Pérez	A 1994\6003
25 marzo 1993	Martín Pallín	A 1993\2459	8 junio 1994	Montero Fernández-Cid	A 1994\4546
30 marzo 1993	Soto Nieto	A 1993\2939	8 junio 1994	Móner Muñoz	A 1994\4548
15 abril 1993	Martín Pallín	A 1993\3273	11 junio 1994	García Ancos	A 1994\4944
6 mayo 1993	Ruiz Vadillo	<i>APen</i> 1993, R.564	15 junio 1994	Ruiz Vadillo	A 1994\4614
26 mayo 1993	Martínez-Pereda Rodríguez	A 1993\4322	29 junio 1994	Conde-Pumpido Ferreiro	A 1994\5163
26 mayo 1993	Ruiz Vadillo	A 1993\4256	2 julio 1994	Martín Pallín	A 1994\5560
4 junio 1993	Martín Canivell	A 1993\4821	7 julio 1994	Martínez-Pereda Rodríguez	<i>APen</i> 1994, R.637
30 junio 1993	Soto Nieto	A 1993\5321	7 julio 1994	Martínez-Pereda Rodríguez	A 1994\5880
26 julio 1993	Montero Fernández-Cid	A 1993\6435	9 julio 1994	García Ancos	A 1994\5703
23 septiembre 1993	De Vega Ruiz	A 1993\6777	11 julio 1994	García Ancos	A 1994\5887
25 septiembre 1993	Hernández Hernández	A 1993\6990	12 julio 1994	Moyna Ménguez	A 1994\6364
28 septiembre 1993	Martín Pallín	A 1993\7007	24 septiembre 1994	Bacigalupo Zapater	A 1994\7185
29 septiembre 1993	Ruiz Vadillo	A 1993\7016	24 septiembre 1994	Bacigalupo Zapater	A 1994\7185
30 septiembre 1993	Conde-Pumpido Ferreiro	A 1993\7098	27 septiembre 1994	Martín Pallín	A 1994\7227
30 septiembre 1993	Granados Pérez	A 1993\7020	13 octubre 1994	Moyna Ménguez	A 1994\7909
2 octubre 1993	Bacigalupo Zapater	A 1993\7472	14 octubre 1994	Conde-Pumpido Ferreiro	<i>APen</i> 1994, R.791
6 octubre 1993	Díaz Palos	A 1993\7284	14 octubre 1994	Conde-Pumpido Ferreiro	A 1994\7912
8 octubre 1993	Cotta y Márquez de Prado	A 1993\7681	17 octubre 1994	Bacigalupo Zapater	A 1994\8014
13 octubre 1993	Conde-Pumpido Ferreiro	A 1993\7710	19 octubre 1994	Martín Canivell	A 1994\8323
13 octubre 1993	Montero Fernández-Cid	A 1993\7378	3 noviembre 1994	Martín Canivell	A 1994\8394
15 octubre 1993	Puerta Luis	A 1993\7717	3 noviembre 1994	Martínez-Pereda Rodríguez	A 1994\8393
27 octubre 1993	Bacigalupo Zapater	A 1993\7871	29 noviembre 1994	Soto Nieto	A 1994\9151
23 noviembre 1993	Móner Muñoz	A 1993\8714	9 diciembre 1994	Moyna Ménguez	A 1994\9803
30 noviembre 1993	Díaz Palos	A 1993\9057	14 diciembre 1994	Soto Nieto	A 1994\9810
2 diciembre 1993	Cotta y Márquez de Prado	A 1993\9231	27 diciembre 1994	Conde-Pumpido Ferreiro	A 1994\10315
16 diciembre 1993	Bacigalupo Zapater	A 1993\9476	2 febrero 1995	Bacigalupo Zapater	<i>Compuley</i>
24 enero 1994	Soto Nieto	A 1994\273	2 febrero 1995	Bacigalupo Zapater	A 1995\825
26 enero 1994	Moyna Ménguez	A 1994\117	9 febrero 1995	Conde-Pumpido Ferreiro	A 1995\803
27 enero 1994	Díaz Palos	A 1994\119	10 febrero 1995	García Miguel	<i>Compuley</i>
7 febrero 1994	Cotta y Márquez de Prado	A 1994\714	15 febrero 1995	Conde-Pumpido Ferreiro	A 1995\1416
8 febrero 1994	Díaz Palos	A 1994\677	1 marzo 1995	Martín Canivell	A 1995\1899
14 febrero 1994	Martín Pallín	A 1994\775	7 marzo 1995	Soto Nieto	A 1995\1814
23 febrero 1994	De Vega Ruiz	A 1994\1561	13 marzo 1995	Cotta y Márquez de Prado	A 1995\1842
1 marzo 1994	Soto Nieto	A 1994\2083	17 abril 1995	Martín Pallín	A 1995\2891
4 marzo 1994	Hernández Hernández	A 1994\1695	20 mayo 1995	Bacigalupo Zapater	A 1995\4500
14 marzo 1994	Carrero Ramos	A 1994\2153	31 mayo 1995	Moyna Ménguez	A 1995\4508
16 marzo 1994	Díaz Palos	A 1994\2319	7 junio 1995	Montero Fernández-Cid	A 1995\4555
17 marzo 1994	Conde-Pumpido Ferreiro	A 1994\2331	9 junio 1995	Cotta y Márquez de Prado	A 1995\4554
18 marzo 1994	Granados Pérez	A 1994\2335	16 junio 1995	Conde-Pumpido Tourón	A 1995\4576

22 junio 1995	Delgado García	A 1995\4842
6 octubre 1995	Delgado García	A 1995\7042
17 octubre 1995	Conde-Pumpido Tourón	A 1995\7611
18 octubre 1995	Soto Nieto	A 1995\7531
26 octubre 1995	Puerta Luis	A 1995\7910
31 octubre 1995	Martínez-Pereda Rodríguez	A 1995\7919
21 noviembre 1995	Montero Fernández-Cid	A 1995\8317
21 noviembre 1995	Delgado García	A 1995\8318
22 noviembre 1995	Martínez-Pereda Rodríguez	A 1995\8206
2 diciembre 1995	Martín Pallín	A 1995\8971
22 enero 1996	Conde-Pumpido Tourón	A 1996\47
29 enero 1996	Martín Pallín	A 1996\55
30 enero 1996	Conde-Pumpido Tourón	A 1996\190
7 febrero 1996	Montero Fernández-Cid	A 1996\804
8 febrero 1996	Conde-Pumpido Tourón	A 1996\829
23 febrero 1996	García-Calvo y Montiel	A 1996\1051
8 marzo 1996	Montero Fernández-Cid	A 1996\2015
16 marzo 1996	Montero Fernández-Cid	A 1996\1914
3 abril 1996	Cotta y Márquez de Prado	A 1996\2870
3 abril 1996	Bacigalupo Zapater	A 1996\2871
15 abril 1996	Soto Nieto	A 1996\3705
20 abril 1996	Martín Pallín	A 1996\2993
25 abril 1996	García-Calvo y Montiel	A 1996\4076
8 mayo 1996	Móner Muñoz	A 1996\3847
24 mayo 1996	Montero Fernández-Cid	A 1996\4089
11 septiembre 1996	Puerta Luis	A 1996\6514
3 octubre 1996	De Vega Ruiz	A 1996\7046
11 octubre 1996	De Vega Ruiz	A 1996\7457
15 octubre 1996	Manzanares Samaniego	A 1996\7031
21 octubre 1996	Cotta y Márquez de Prado	A 1996\7566
21 octubre 1996	Puerta Luis	A 1996\7570
7 diciembre 1996	Delgado García	A 1996\8925
10 diciembre 1996	Areal Álvarez	A 1996\8899
26 diciembre 1996	Bacigalupo Zapater	A 1996\9242
11 febrero 1997	Delgado García	A 1997\723
5 marzo 1997	Móner Muñoz	A 1997\2352
21 marzo 1997	Martín Pallín	A 1997\2336
21 abril 1997	Granados Pérez	A 1997\3034
29 abril 1997	Conde-Pumpido Tourón	A 1997\3380



