

# **Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales**

Catedrática Derecho penal, Universidad Pública de Navarra, España. Patrona FICP.

## **~El error de prohibición~**

### **I. INTRODUCCIÓN**

#### **1. Premisas**

El presente trabajo se corresponde íntegramente con la ponencia impartida en Barcelona el 29 de mayo de 2015 en el congreso organizado por la FICP bajo el título de *Los retos actuales de la Teoría del delito*. El desarrollo más extenso de las ideas con un desarrollo más exhaustivo de la doctrina y de la jurisprudencia se puede consultar en la monografía que sobre el error de prohibición publiqué hace unos años<sup>1</sup>.

Se puede definir el error como aquella discrepancia existente entre el conocimiento del sujeto y la realidad. Esta falta de coincidencia puede deberse que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia) o a que tiene una representación equivocada de la realidad (equivocación).

#### **2. Regulación del error en el CP**

El art. 14 CP, heredero del anterior art. 6 CP 1973, regula el error:

“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

Salvo alguna excepción<sup>2</sup> que luego explicaré, se puede afirmar que la doctrina casi unánimemente acepta que en los párrafos 1 y 2 del art. 14 se recoge el error de tipo y en el párrafo 3 el error de prohibición. Se puede reconocer también como terminología asentada la del error de tipo y error de prohibición que viene a sustituir a la antigua de error de hecho y error de Derecho precisamente porque con esta no se acababa de aclarar bien alguna cuestión tal como por ejemplo el hecho de que algunos errores sobre

---

<sup>1</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2007.

<sup>2</sup> FAKHOURI, Yamila, *Delimitación entre el error de tipo y el error de prohibición, las remisiones normativas: un caso problemático*, Civitas, Madrid, 2009, 447 s.

elementos normativos provenían del desconocimiento del Derecho y sin embargo podrían calificarse como error de tipo y por otro lado, algunos errores sobre presupuestos objetivos de una causas de justificación, a pesar de ser errores fácticos, se consideraban (en mi opinión erróneamente) error de prohibición.

En cuanto al concepto de error de tipo se puede decir que es el desconocimiento de o la equivocación sobre la concurrencia en el hecho de aquellos elementos que pertenecen al tipo objetivo del delito y por tanto fundamentan la prohibición de la conducta. El sujeto desconoce un elemento que, con independencia de que él lo sepa o no aparece como constitutivo de un tipo penal. Efectos inmediatos: la exclusión del elemento intelectual o cognoscitivo del dolo. Si el error es invencible se excluye la imprudencia.

Parto, siguiendo a LUZÓN PEÑA<sup>3</sup>, entre otros, de la teoría de los elementos negativos del tipo. Esto es, entiendo que el sujeto debe conocer, para poderle imputar dolo, todos los elementos fundadores de la prohibición, tanto los positivos como los negativos (dolo objetivamente malo), porque si el sujeto desconoce la concurrencia en su hecho de alguno de los presupuestos de la prohibición o de la desvaloración lo que él se representa ya no es una conducta que esté desvalorada y prohibida por el Derecho, actuando sin dolo.

Cuando hay dolo se conocen todos los presupuestos de la prohibición y por tanto “el hombre medio ideal” desde el punto de vista del Derecho debería reconocer también la desvaloración y la prohibición jurídica. Esto no es siempre así. A veces por circunstancias personales del sujeto éste no llega a conocer la prohibición (error de prohibición) A veces también este desconocimiento de la prohibición proviene de la propia regulación (nefasta o compleja en algunos ámbitos) sobre ello volveré luego.

Se puede distinguir entre el error de prohibición razonable: aquel que proviene de un error de tipo y el error de prohibición no razonable: aquel que no proviene de un error de tipo y por tanto es inconsecuente con el conocimiento del sujeto de los presupuestos de la prohibición.

Como se puede deducir, el error de tipo medido con parámetros objetivos afecta al injusto típico y no a la culpabilidad. El error objetivamente vencible conduce a la

---

<sup>3</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Curso de Derecho Penal. Parte General I, Universitas, Madrid, 1996, 473 s.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 160s; 281 s.

imprudencia punible o no según esté o no tipificado el delito en su modalidad imprudente. Si se trata de un error objetivamente invencible nos encontramos ante un caso fortuito (causa de justificación que excluye el desvalor de acción). ¿Qué consecuencias se derivan de esto? Excluye la responsabilidad civil por delitos; aunque ponga en peligro bienes jurídicos ajenos no constituye una agresión ilegítima por lo que no cabe frente a ella legítima defensa; cabe sin embargo (al no excluir el desvalor del resultado) una autoría mediata. No cabe la participación si el error es invencible y si es vencible el hecho es imprudente y la participación imprudente no es punible (sí que cabría la participación dolosa en un hecho imprudente, aunque frecuentemente en estos casos se tratará de una autoría mediata).

## **II. EL ERROR DE PROHIBICIÓN**

El error de prohibición se produce cuando el sujeto, pese a conocer todos los presupuestos positivos y negativos de la prohibición, que llevarían al hombre medio ideal a reconocer tal prohibición, sin embargo, por circunstancias particulares suyas, desconoce tal prohibición.

### **1. Efectos y ubicación del error de prohibición: teoría del dolo/teoría de a culpabilidad**

#### **a) Teoría del dolo**

No me detendré demasiado en explicar las distintas teorías que tratan de ubicar dentro de la teoría del delito el error de prohibición. Como todos sabemos son básicamente dos. La teoría del dolo, de origen causalista, según la cual, el error de prohibición excluye el dolo (*dolus malus*). Si el error es invencible quedará excluida la imprudencia, mientras que esta subsistirá (como *imprudencia iuris*) si el error es vencible. Frente a la teoría estricta del dolo, que excluye el dolo siempre que no hay conocimiento actual de la antijuridicidad, surge la teoría restringida del dolo que se conforma con una conciencia no exacta, sino aproximada y actualizable sin precisar que sea actual, sin excluir la conciencia de la antijuridicidad en los supuestos de error por ceguera jurídica y hostilidad al Derecho.

Más allá de otras posibles objeciones, considero que la teoría del dolo es difícilmente compatible con la regulación legal, art. 14.3, según la cual el error de prohibición vencible no da lugar a la imprudencia, sino que se castiga en su forma dolosa, pero atenuada. Algunos autores partidarios de la teoría del dolo tratando de

compatibilizar la teoría del dolo con la regulación legal hablan de la culpa o *imprudencia iuris*<sup>4</sup>. En este punto destaca la particular interpretación de FAKHOURI sobre lo que recoge el art. 14.1 CP. Esta autora entiende que cuando el art. 14.1 habla de “hechos constitutivos de la infracción penal” no se refiere sólo a las circunstancias fácticas, sino también a aquellos elementos que designan hechos sociales de relevancia jurídica. El conocimiento de tales elementos lleva aparejado, por regla general, el conocimiento del injusto, por lo que permite exigir la concurrencia de *dolus malus* para afirmar la responsabilidad dolosa. Sin embargo, en aquellos casos en los que la perturbación social no resulta evidente, el componente valorativo decaería, identificándose el conocimiento de la prohibición, exclusivamente con el conocimiento de la antijuridicidad formal. En estos casos “el hecho de la prohibición” adquiriría respecto de estos tipos penales, entidad propia, y debería ser abarcado por el dolo para considerar que el autor comprende el sentido social de su conducta. De este modo, el error acerca del “hecho de la prohibición” encontraría cabida en el art. 14.1 CP. Consecuencia: la prohibición debe ser conocida por el autor y el desconocimiento de la misma llevaría a la exclusión del tipo doloso. El art. 14.3 quedaría reservado para aquellos supuestos en los que el sujeto, si bien conoce el carácter antijurídico de su conducta, yerra acerca del carácter penal de la prohibición<sup>5</sup>. Probablemente esta idea esté relacionada con la idea que reconocen muchos autores, incluso defensores de la teoría de la culpabilidad, acerca de que en algunos ámbitos del Derecho penal, del derecho penal accesorio se castigan conductas cuya desvaloración jurídica no son reconocibles por la generalidad de las personas con el mero conocimiento de la concurrencia de los elementos típicos, sino sólo con el conocimiento efectivo de la prohibición, por lo que en estos casos el dolo exigiría el conocimiento efectivo de la antijuridicidad (resurrección de la teoría del dolo en estos ámbitos)<sup>6</sup>.

Se critica también las posibles lagunas de punibilidad que podrían producirse dado el sistema de *numerus clausus* de la imprudencia. Frente a esta crítica también se han ofrecido algunas posibles soluciones (incrementar el número de supuestos en los que se sancione la conducta imprudente o volver al sistema de *numerus apertus*)<sup>7</sup>. O

---

<sup>4</sup> SCHRÖDER, Horst, Der Irrtumsrechtsprechung des BGH, en: ZsTW (65) 1953, 199 ss.

<sup>5</sup> FAKHOURI, Yamila, Delimitación entre el error de tipo y el error de prohibición, 2009, 474 ss.

<sup>6</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, El error de prohibición en el Derecho Penal Económico, en: Derecho de sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, vol. 5, 2002, 5489 ss.

<sup>7</sup> FAKHOURI, Delimitación entre el error de tipo y de prohibición, 2009, 480.

como se ha visto se acepta la posibilidad de castigar con la pena atenuada que indica el art. 14.3, entendiendo que ello es una *imprudencia iuris* y como tal castigar.

**b) Teoría de la culpabilidad**

La teoría de la culpabilidad, de origen finalista, encaja mejor en la regulación legal actual. Sostiene que el error de prohibición no afecta al dolo, sino a la culpabilidad, que queda excluida cuando el error es invencible y atenuada cuando el error es vencible, por ello el art. 14.3 no sanciona la conducta amparada por un error de prohibición vencible como imprudente, sino que ordena (de manera obligatoria a diferencia del parágrafo 17 StGB) la rebaja de la pena en uno o dos grados.

Dentro de la teoría de la culpabilidad se distinguen también dos líneas según se apoye una posición u otra sobre el error sobre causas de justificación. La teoría estricta de la culpabilidad se basa en la concepción del dolo como dolo natural o dolo neutro para el que basta el conocimiento de los elementos objetivos del tipo en sentido estricto. Para ellos todo error sobre una causa de justificación será error de prohibición. La teoría limitada de la culpabilidad sostiene que el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación constituye un error de tipo o al menos, debe tratarse como un error de tipo. Así conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo, el tipo es un tipo global de injusto que contiene todos los presupuestos que fundamentan la específica y definitiva desvaloración y prohibición de la conducta<sup>8</sup> Conforme a la teoría de la analogía, MIR PUIG defiende que aunque el error sobre los presupuestos de una causa de justificación no sea un error de tipo sí que es un error sobre un elemento de la “infracción penal”, concepto que englobaría el tipo en sentido estricto más la ausencia de las causas de justificación. Sin embargo el error sobre los límites o la existencia misma de una causa de justificación sería un error de prohibición, en estos casos el sujeto no se representa circunstancias objetivas que de concurrir serían efectivamente presupuestos de una causa de justificación, sino sobre la prohibición o valoración misma<sup>9</sup>.

En mi opinión el distinto tratamiento que reciben el error e tipo y el error de prohibición es que en el primero de ser realidad lo que el sujeto erróneamente percibe, su conducta sería perfectamente conforme a Derecho. Y ello ocurre tanto cuando el

---

<sup>8</sup> LUZÓN PEÑA, Curso I, 1996, 473; Lecciones, 2ª, 2012, 160 s; 281 s.

<sup>9</sup> MIR PUIG, Santiago, Manual de Derecho penal. Parte General, 9ª, Reppertor, Barcelona, 2011, 563 s.

sujeto desconoce un elemento del tipo en sentido estricto como cuando se equivoca sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación.

Esta consideración del dolo como dolo objetivamente malo trae por otro lado como consecuencia que para que se castigue la conducta como dolosa sea necesario que el sujeto tenga un conocimiento de todos los presupuestos (positivos y negativos) que conforman la prohibición, por lo que la función de llamada será mayor que con la sola exigencia del dolo neutro (en respuesta a los defensores de la teoría del dolo).

La crítica más importante que se ha vertido sobre la teoría de la culpabilidad ha sido de carácter político-criminal. Así afirma TORÍO LÓPEZ que la teoría de la culpabilidad presenta implicaciones ideológicas y sociales criticables, puesto que sanciona con pena de dolo todo caso de error de prohibición vencible convirtiéndose en la heredera de la doctrina de *error iuris criminales nocet*, puesto que coopera al fortalecimiento del principio de inexcusabilidad de la ignorancia de la ley haciendo predominar sobre el valor de la justicia el valor lógico de la certeza y el valor pragmático de la utilidad. En consecuencia, la teoría de la culpabilidad obliga al ciudadano a estar en permanente alerta jurídica. Probablemente la teoría de la culpabilidad parte de la escasa probabilidad de un error de prohibición en delitos tradicionales en los que la conciencia de la antijuridicidad forma parte del conjunto de las reglas éticas que conforman el comportamiento ordinario del sujeto. Pero en otros ámbitos del Derecho el conocimiento de la antijuridicidad depende exclusivamente del conocimiento de la norma y la extensión de la pena a todo error de prohibición vencible supone una violación del principio de intervención mínima, supone un abuso del *ius puniendi* y un retroceso histórico que lleva a una acentuación de la represión criminal sin justificación alguna<sup>10</sup>.

Desde el ámbito del Derecho penal económico autores como BAJO FERNÁNDEZ<sup>11</sup> proponían la siguiente regla interpretativa: El error de prohibición es invencible cuando se desconoce la norma jurídica y el conocimiento de la antijuridicidad (conocimiento de la prohibición jurídica) no puede derivarse de las reglas ético-sociales que rigen el comportamiento en comunidad.

---

<sup>10</sup> TORÍO LÓPEZ, Ángel, El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal, en: La Reforma Penal y Penitenciaria, 1980, 250 ss.

<sup>11</sup> BAJO FERNÁNDEZ, LH-Sánchez Calero, 2002, 5491 s.

c) *Opinión personal*

Creo que el problema central está en determinar si con el conocimiento por parte del sujeto de los presupuestos de la prohibición se produce o no un efecto llamada que al hombre medio ideal le haría saber que la conducta está prohibida.

Parece que este efecto llamada se producirá con mayor facilidad en unos ámbitos que en otros del Derecho penal, pero sí quiero hacer algunas observaciones.

Comparto con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que me parece exagerado en relación con algunos ejemplos que se citan, la idea de que en estos ámbitos el dolo exija el conocimiento de la antijuridicidad. Precisamente estos sectores se incorporan al Derecho penal después de una concienciación social previa (medios de comunicación, iniciativas ciudadanas, trabajo de Organizaciones), provienen las conductas de una intervención extrapenal previa, esto es se trata de conductas que en muchas ocasiones ya constituían ilícitos previos<sup>12</sup>. Además, en muchos de estos ámbitos, hay profesionales del Derecho, auténticos expertos en las materias con labores de asesoramiento, todo ello hace posible que la generalidad reconozca como desvalorada y prohibida una conducta a partir del conocimiento de la concurrencia de los elementos típicos.

Puede haber casos, incluso dentro del D penal más tradicional, en los que el conocimiento de la concurrencia de los elementos típicos no implique para la generalidad el conocimiento de la prohibición. Siguiendo a DÍAZ y García Conlledo, entiendo que esta situación puede deberse a dos razones: o la conducta descrita por el tipo no contiene la antijuridicidad material suficiente, o bien el legislador no ha acertado a describirla correctamente. En el primer caso lo que habría de promoverse es la despenalización de la conducta y en el segundo caso o bien también la reformulación del tipo o tratar de solucionarlo mediante la interpretación cuando sea posible.

En todo caso, creo que buena parte de estos problemas se arreglan con la teoría de la culpabilidad más elástica propuesta por ROXIN<sup>13</sup> y a la que ya adelanto que me adhiero. Para este autor “en sentido jurídico un error de prohibición no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa

---

<sup>12</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, El error sobre elementos normativos del tipo penal, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2008, 152 ss.

sanción, a pesar de que tuviera dudas sobre la antijuridicidad del hecho<sup>14</sup>. Cuando se analice la vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición se pondrá de manifiesto la mayor extensión que con esta teoría se produce del error invencible, generándose en la practica un claro acercamiento a la teoría del dolo en cuanto a resultados, pero sin abandonar la idea de que el conocimiento de la antijuridicidad se mantiene en la culpabilidad, lo que dogmáticamente me parece más correcto y además más acorde con la regulación positiva.

## **2. Contenido**

Otra cuestión discutida es el contenido que debe otorgarse al conocimiento de antijuridicidad. En España la discusión se ha planteado básicamente en torno a si dicho contenido se refiere a la prohibición general de la conducta si el sujeto debe conocer el carácter de prohibición penal, pudiéndose por tanto apreciar error de prohibición cuando el sujeto sólo conozca la prohibición extrapenal.

La mayoría de la doctrina en España comparte la opinión de que basta con el conocimiento de la prohibición general sin que tenga ninguna relevancia el que el sujeto no conozca la prohibición penal.

Otro sector doctrinal<sup>15</sup> afirma que el contenido del conocimiento debe identificarse con el conocimiento de la prohibición penal porque sólo entonces habrá conocido plenamente el significado antijurídico del mismo. Desde una perspectiva motivacional no está igualmente motivado un sujeto que conoce la prohibición penal que aquel que sólo conoce la prohibición general.

En mi opinión deben hacerse algunas consideraciones previas. En la mayoría de las ocasiones en las que un sujeto conoce la prohibición general de a conducta, se planteará al menos eventualmente la prohibición penal. En la practica suelen ser más habituales los casos en los que un sujeto amplía los casos de prohibición penal que los que los reduce. En todo caso si el sujeto conoce la prohibición general, entiendo que ello ya supondrá un motivo para informarse, por lo que si no lo hace podremos como mucho estar ante un error de prohibición vencible.

---

<sup>14</sup> ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3ª, München, 1997, § 21, 811 s. (Traducción y notas a la 2ª edición de 1994, LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, Derecho Penal. Parte General, 1997, 865 s.)

<sup>15</sup> MIR PUIG, PG, 9ª, 2011, 559; FELIP Y SABORIT, David, Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal, Atelier, Barcelona, 2000, 153 ss.

Se puede afirmar que desde el punto de vista de la regulación, el art. 14 “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal” es menos riguroso que el anterior art. 6 bis CP 1973 que exigía “creencia errónea de estar obrando lícitamente”, aunque desde un punto de vista literal sigue siendo más lógico interpretar que el error debe recaer sobre la ilicitud del hecho. Infracción penal será el adjetivo de hecho, pero no el objeto sobre el que recae la prohibición.

Ahora bien, sí que creo que la motivación es diferente según se trate de normas penales o de otro tipo de normas y ello, en la medida en que afecta a la culpabilidad del sujeto deberá tenerse en cuenta. Pero también entiendo que, en la medida en que el sujeto conoce la prohibición, su motivación por las normas no desaparece del todo. Por ello me sumo a la propuesta de LUZÓN PEÑA con la matización de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en el sentido de que debe tenerse en cuenta esa menor culpabilidad cuando la hubiera pero a través de una atenuante analógica al error de prohibición incluso muy cualificada<sup>16</sup>.

### **3. Vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición**

Siguiendo a ROXIN<sup>17</sup> y su teoría más elástica de la culpabilidad creo que este apartado puedo resumirlo así: el error de prohibición es invencible para el Derecho no sólo cuando fuera imposible la formación de dudas, sino también, cuando a pesar de las dudas, el sujeto posea razones sensatas para creer que su conducta está permitida y por tanto con su conducta demuestre una actitud de respeto hacia el Derecho.

Los medios para evitar un error de prohibición son la reflexión o la información, ahora bien, para juzgar sobre la vencibilidad o invencibilidad del error se pueden señalar tres requisitos:

- a) Que el sujeto tenga un motivo para informarse. El motivo puede provenir: 1) de dudas del propio sujeto (bien espontáneas o bien por terceros)/ 2) bien porque, aun no teniendo dudas, el sujeto sabe que está actuando en un ámbito específicamente regulado/ 3) bien cuando sabe que con su conducta daña a un tercero o a la colectividad. En este sentido, el dolo de una conducta normalmente hará que el sujeto reconozca la dañosidad social de la conducta y ello supondrá un motivo para informarse. Ahora bien, son pensables casos, tanto en el Derecho penal

---

<sup>16</sup> LUZÓN PEÑA, Curso I, 1996, 463 Lecciones, 2ª, 2012, 273; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre los elementos normativos, 2008, 163 s.

<sup>17</sup> ROXIN, AT I, 3ª, 1997, § 21, 816 ss (PG I, 1997, 885 s.)

accesorio, como incluso en el Derecho penal nuclear (relaciones sexuales con menores de 13 años en supuestos de sujetos educados en otras culturas más permisivas al respecto) en el que no sea tan evidente dicho reconocimiento de la dañosidad. Si no hay motivo, el error será invencible.

- b) Existiendo el motivo, el ciudadano deberá consultar a una persona versada en Derecho (abogado, juez, catedrático, instancia oficial, consultando la jurisprudencia, o incluso, en algunos casos, intentando aclararlo él por sí mismo).
- c) Incluso existiendo motivo y no realizando suficientes esfuerzos, el error seguirá siendo vencible si se confirma que una persona versada en derecho al sujeto le hubieran confirmado su conformidad con el Derecho.

Habrá error de prohibición invencible cuando la normativa es confusa o poco clara o cuando desde instancias fiables se le da una información equivocada al ciudadano que pregunta. También será invencible aquel error en los que el sujeto recibe informaciones contradictorias desde instancias del mismo rango, puesto que se trataría de un supuesto de duda irresoluble causada por una situación no imputable al sujeto. No podemos exigir más al sujeto que se informa exhaustivamente y descubre que hay informaciones contradictorias, que al sujeto menos exhaustivo que sólo consulta a un experto (fiable)

Una interpretación así, más la atenuación obligatoria en caso de error vencible permite una aplicación amplia del error de prohibición y a mi modo de ver soluciones satisfactorias en el denominado ámbito del Derecho penal accesorio.

#### **4. Los supuestos de conciencia eventual de la antijuridicidad**

Habrá ocasiones en que el sujeto no tenga clara la situación jurídica: considera probable que su conducta esté permitida, pero también cuenta con la posibilidad de que esté prohibida. Es lo que denominamos conciencia eventual de la antijuridicidad.

Tradicional el BGH y el TS han afirmado que para excluir el error no basta con un conocimiento cierto y seguro, sino que basta con que el sujeto considere altamente probable el carácter prohibido de la conducta.

Ante la duda abstención: se equipara el conocimiento seguro al conocimiento eventual (de forma paralela al dolo directo dolo eventual) y se rechaza la posibilidad de cualquier error de prohibición.

Sin embargo creo que esta posición debe matizarse, distinguiendo tres grupos de casos:

- 1) El sujeto tiene dudas y decide no informarse, actuando a pesar de las dudas. La falta de conocimiento le es achacable completamente al sujeto y desde mi punto de vista esta situación de duda es equiparable al conocimiento seguro. Los factores como la menor importancia del bien jurídico, la falta de dañosidad social pueden servirle al sujeto para disipar las dudas y pensar razonablemente que la conducta está permitida, pero en la medida en que actúe con dudas y no las disipe equivaldrá al conocimiento seguro.
- 2) El sujeto actúa con dudas pero objetivamente irresolubles: error de prohibición (invencible). El sujeto aunque se hubiera informado exhaustivamente no habría podido disipar las dudas.
- 3) Supuesto de dudas subjetivamente irresolubles: por razones de decisión rápida el sujeto no puede informarse. Si se abstiene de actuar la conducta le puede generar perjuicios. Por ejemplo el caso de un joyero al que le entran a robar en su joyería y decide mantener encerrado al ladrón hasta que llegue la policía. No sabe si puede hacerlo, pero si deja salir al ladrón perderá sus joyas. En los casos de importantes perjuicios se puede entender la posibilidad de apreciar analógicamente un error de prohibición. El otro supuesto es aquel en el que el sujeto duda ante dos posibilidades y piensa que ambas pueden ser ilícitas y en el momento no puede informarse, pero debería haberse informado previamente. Por ejemplo un policía que no sabe si puede usar la fuerza o qué cantidad de fuerza frente a un delincuente. La cuestión variará según esa situación de incertidumbre sea imputable a una falta de diligencia previa del propio sujeto (caso del policía, por su profesión, porque la situación era previsible, etc.) en este caso no habrá posibilidad de atenuación.