

EL ERROR DE PROHIBICION EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Miguel Bajo Fernandez
Catedrático de Derecho penal
Universidad Autónoma
Madrid

Bibliografía: BACHMANN, Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht, Berlin, 1993. BACIGALUPO, E., “La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980”, La Ley 1981. BUSTOS, “El tratamiento del error en la reforma de 1983”, ADPCP 1985. CEREZO MIR, “La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”, ADPCP 1985, pág. 277 ss. COBOS GÓMEZ DE LINARES, Presupuestos del error sobre la prohibición, Madrid, 1987. DÍAZ Y GARCIA-CONLLEDO, El error sobre los elementos normativos del tipo penal, 1997. HUERTA TOCILDO, “El error de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980”, RFDUC monográfico nº 3, 1980; la misma, idem en CPC 12/1980. MAIWALD, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, Heidelberg, 1984. MAQUEDA, “Comentario a la STS 4 de octubre de 1982”, La Ley 1983. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico - Parte general, Valencia, 1998. MIR PUIG, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho penal Español”, La Ley 1991; el mismo, “La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho penal”, en El consentimiento. El error, Cuadernos del consejo General del poder Judicial, Madrid, 1993. MUÑOZ CONDE, El error en el derecho penal, Valencia, 1989; el mismo, “Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias”, La Ley, 1991. PUPPE, “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum”, GA 1990, 145. RODRÍGUEZ RAMOS, “Error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal”, La Ley, 1980. ROMEO CASABONA, “El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980”, ADPCP 1981. SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad”, ADPCP 1987. TERRADILLOS BASOCO, Derecho penal de la empresa, Madrid, 1995. TIEDEMANN, “Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, Tübingen 1969; el mismo, Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán), Barcelona, 1993; TORÍO LÓPEZ, “El error evitable de prohibición en el proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad”, en La Reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980. ZUGALDÍA ESPINAR, “El tratamiento jurídico penal del error en el art. 20 del proyecto de Ley Orgánica del Código penal español de 1980”, en CPC, 15/1981. WELZEL, “Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht”, NJW 1953, 486.

El art. 14 del Código penal español dispone que:

“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.”

La cuestión que nos interesa tratar aquí se refiere particularmente a la regulación del **error vencible de prohibición**¹ en el art. 14 del Código penal que dispone el castigo, sin excepciones, de los hechos cometidos bajo la influencia de esta clase de error, con la pena del dolo, aunque atenuada en uno o dos grados. En principio, esta disposición entraña una ruptura con lo que la jurisprudencia y la doctrina venían manteniendo hasta la introducción de la regulación del error en el Código penal (artículo 6 bis a) anterior Código penal), sin que la reforma de 1983 que la introdujo haya proporcionado ninguna explicación técnica, dogmática o político-criminal sobre la modificación. Con anterioridad a dicha modificación, el error vencible o evitable de prohibición sólo resultaba punible a título de imprudencia y únicamente en aquellos casos en que el delito cometido permitiera la comisión culposa, lo cual significaba la impunidad de la práctica totalidad de los delitos patrimoniales o económicos.

La regulación del error en el artículo 6 bis a) del anterior Código penal

¹ La Dogmática jurídico-penal actual utiliza la expresión “error de prohibición” para referirse a una materia que coincide en lo sustancial con lo que antes denominaba “error de derecho” por ser una fórmula más precisa y a la que, por ello, no renuncia ni doctrina ni jurisprudencia.

provocó la inmediata atención de la doctrina española y suscitó preocupaciones más desde la perspectiva dogmática (sobre la posible consagración de la llamada teoría del dolo o de la culpabilidad, de la posible desmembración del dolo natural y de la conciencia de antijuricidad, etc.) que sobre las cuestiones político-criminales que subyacen en el mismo. Sin embargo, la doctrina² ya había llamado claramente la atención sobre la importancia que la regulación del error vencible de prohibición tienen en el Derecho administrativo sancionador³ en su conjunto y el Derecho penal económico en particular.

En efecto, en el **Derecho penal económico** en el que generalmente la conciencia de la antijuricidad está dependiendo -de hecho- del conocimiento exacto de la norma jurídica por parte del infractor (en normas penales en blanco o normas

² WELZEL, “Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht”, págs. 486 s. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, págs. 837 ss. CEREZO, “La regulación del error de prohibición en el Código penal español y sus trascendencia en los delitos monetarios”, pág. 284. TORÍO LÓPEZ, “El error evitable de prohibición en el proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad”, págs. 263 ss. MUÑOZ CONDE, “El error en el delito de defraudación tributaria del art. 349 del CP”, págs. 93 ss.; BACHMANN, Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht, págs. 145 ss. En sentido contrario (especialmente a la tesis de Welzel), MAIWALD, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, págs. 42 ss.

³ El Derecho administrativo sancionador tradicional no admitía la atenuación de la sanción en casos de error. Sobre la situación actual de la culpabilidad y su relevancia, vid. “Derecho penal económico” en prensa; En *Derecho comparado*, el § 11 OwiG alemán, prevé la exclusión del dolo en caso de error sobre los elementos esenciales de la infracción independientemente de la existencia de culpa; en el caso de error de prohibición inevitable se excluye la culpabilidad (§ 11.2 OwiG); por otra parte, el error evitable de prohibición no está regulado en el ordenamiento alemán, pero se reconoce que puede conducir a una atenuación de la sanción. Decreto-Ley nº 433/82 portugués, prevé en su art. 32 la aplicación subsidiaria de las normas del CP (arts. 16 y 17). art.3.2 de la Ley nº 689 italiana, estipula que el autor no es responsable si actúa bajo un error de hecho del que no tiene culpa; cfr. TIEDEMANN, Lecciones de Derecho penal económico, págs. 90 ss.

con especial tendencia a contener elementos normativos), la extensión del castigo a los supuestos del error vencible de prohibición, sin excepciones, no satisface las más elementales exigencias político-criminales.

El exacto entendimiento de la cuestión exige una exposición de las cuatro teorías que sobre la regulación del error en general y del error vencible de prohibición en particular, se han elaborado desde hace algunas décadas. Se distingue entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad con una doble variante en cada una de ellas. La **teoría del dolo** parte de la tesis de que éste incluye el conocimiento de la antijuricidad y, como *dolus malus*, se ubica en la culpabilidad. La **teoría de la culpabilidad** divide el dolo de modo que el dolo natural queda incluido en el ámbito de lo injusto, mientras que el conocimiento de la antijuricidad forma parte de la culpabilidad.

Pues bien, la **teoría estricta del dolo** entiende que el error invencible de prohibición, al excluir el conocimiento de la antijuricidad, excluye el dolo -y, por lo tanto, la responsabilidad criminal- mientras que el error vencible de prohibición, aunque excluye igualmente el dolo al eliminarse la conciencia *actual* de la antijuricidad, la omisión del deber de cuidado dirigido al conocimiento de la antijuricidad del hecho, permite el castigo por imprudencia (culpa jurídica) en los casos en que el delito correspondiente fuera susceptible de castigo en su forma culposa.

La observación de que conforme a esta teoría se producen **lagunas inadmisibles** en el castigo del hecho ya que no todos los delitos son punibles a título de imprudencia, ha provocado correcciones de la teoría del dolo incluso entre quienes conciben el dolo como elemento o forma de la culpabilidad. Así la teoría **limitada del dolo**, partiendo de la base de que el conocimiento de la antijuricidad no necesita ser *actual*, sino que basta con la *posibilidad* de dicho conocimiento, entiende que en el error vencible de prohibición, cuando el desconocimiento procede de una absoluta

despreocupación por el mandato jurídico (ceguera jurídica o enemistad hacia el Derecho) no se podría excluir el dolo, castigando el hecho, por lo tanto, con la pena correspondiente a éste. La teoría limitada del dolo que carece hoy prácticamente de partidarios, acentúa una *concepción caracteriológica* de la culpabilidad unánimemente rechazada, ya que, en efecto, el reproche de culpabilidad estaría basado en la conducta de vida derivada de la relación del sujeto con el Derecho.

Para la **teoría de la culpabilidad** en su versión **estricta**, el error de prohibición no elimina el dolo que se concibe como dolo simple o dolo natural formando parte del tipo de injusto, sino el conocimiento de la antijuricidad. De modo que si el error es invencible excluye la culpabilidad y si es vencible disminuye el grado de ésta en función del principio del *poder actuar de otro modo*. El artículo 14 del Código penal adopta esta solución, con la única observación de que en el error vencible de prohibición el precepto obliga *siempre* a atenuar la pena en uno o dos grados, mientras que para la teoría estricta de la culpabilidad, esta reducción no tiene por qué ser necesariamente obligatoria cuando la vencibilidad del error puede ser muy fácilmente corregible⁴. Una variante de la teoría de la culpabilidad es aquella que, partiendo de la teoría de los elementos negativos del tipo, concibe siempre como error de tipo el que recae sobre los elementos objetivos de una causa de justificación (**teoría limitada de la culpabilidad**). En la medida en que las causas de justificación son elementos, aunque negativos, del tipo de injusto, un error sobre cualquiera de los presupuestos objetivos de la misma constituye siempre otro error de tipo.

Aunque la regulación del error del artículo 14 del Código penal coincide con la llamada teoría estricta de la culpabilidad⁵, esto no significa que del citado precepto

⁴ CERÉZO, “La regulación del error de prohibición en el Código penal español y sus trascendencia en los delitos monetarios”, pág. 279.

⁵ TORÍO, “Error evitable de prohibición en el proyecto de Código penal”, pág. 249 s. BACIGALUPO, E., “La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980”, pág. 1.

se tenga que derivar necesariamente una determinada concepción dogmática del delito, o, dicho de otra forma, la ubicación sistemática del dolo en el tipo de injusto o en la culpabilidad o la desmembración entre conocimiento de la antijuricidad y dolo simple. La doctrina ha reconocido claramente que la regulación del error permite tanto la concepción causal como la concepción final desde el punto de vista dogmático, sin constituir pie forzado en favor o en contra por ninguna de dichas posiciones teóricas⁶. Mientras que algún autor reconoce que la adopción por parte del art. 14 (anterior artículo 6 bis a) de las soluciones propuestas por la teoría estricta de la culpabilidad, implica el reconocimiento de la desmembración dolo y conocimiento de la antijuricidad -de modo que el dolo simple forma parte del injusto mientras que el conocimiento de la antijuricidad se ubica en la culpabilidad⁷- otro sector doctrinal entiende que en la medida en que la reducción de la pena en el error vencible de prohibición es obligada, sin permitir la graduación de las posibilidades de vencer el error y sin posibilidad de castigar con la misma pena que el delito doloso, el art. 14 (6 bis a), del Código anterior) respondía a la teoría del dolo, incluyendo el *dolus malus* en la culpabilidad juntamente con la conciencia de antijuricidad, [de modo que la referencia al anterior artículo 66 no es más que una **regla de determinación de la**

HUERTA TOCILDO, "El error vencible de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980", págs. 35 ss. ZUGALDÍA, "El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 1980", pág. 511 ss. ROMEO CASABONA, "El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980", págs.740 ss. MAQUEDA, "Comentario a la STS 4 de octubre de 1982", pág. 3. GÓMEZ BENITEZ, Teoría jurídica del delito, pág. 486. LUZÓN, Curso de Derecho penal - Parte General, pág. 467.

⁶ HUERTA TOCILDO, "El error vencible de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980", págs. 28 ss.

⁷ BACIGALUPO, E., "La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980", págs. 1 ss. RODRÍGUEZ RAMOS, "Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal", págs. 1 ss. ZUGALDÍA, "El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 1980", pág. 511 ss.

pena de la imprudencia de derecho o culpa jurídica⁸].

Por otra parte, téngase en cuenta que el **Tribunal Supremo**, pese a la regulación del artículo 14 (6 bis a) del Código derogado) seguía considerando que la conciencia de antijuricidad es un elemento del dolo y que forma parte de la culpabilidad⁹.

Entre la solución adoptada con anterioridad a 1983 en doctrina y jurisprudencia (teoría estricta del dolo) -según la cual el error vencible de prohibición sólo era punible a título de imprudencia cuando la ley hubiera previsto el castigo culposo del correspondiente delito- y la adoptada en el anterior artículo 6 bis a) como en el actual 14 (teoría estricta de la culpabilidad) -según la cual el error vencible de prohibición es punible en todo caso con la pena del dolo, aunque atenuada-, existen mutuas acusaciones de ser **soluciones insatisfactorias** desde el punto de vista político-criminal. A la solución tradicional de la teoría estricta del dolo se reprocha la **laguna de impunidad** que se deriva del escaso número de figuras delictivas que se castigan a título de imprudencia¹⁰. De la teoría de la culpabilidad que adopta el artículo 14, se ha dicho que presenta implicaciones ideológicas y es heredera descolorida de la doctrina *error iuris criminalis nocet* ya que coopera al fortalecimiento del principio de la **inexcusabilidad de la ignorancia de la ley**¹¹. Esta

⁸ HUERTA TOCILDO, “El error vencible de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980”, págs. 34 ss.

⁹ CEREZO, “La regulación del error de prohibición en el Código penal español y sus trascendencia en los delitos monetarios”, págs. 282 ss., donde cita las SSTs 19 octubre 1983, 17 noviembre 1983, 1 febrero 1984.

¹⁰ Cfr. Por todos, CEREZO, “La regulación del error de prohibición en el Código penal español y sus trascendencia en los delitos monetarios”, pág. 278.

¹¹ TORÍO LÓPEZ, “El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad”, págs. 251 ss.

tesis, que suscribimos en su conjunto, parte de la observación de la escasa probabilidad de un error de prohibición en los delitos tradicionales en los que la conciencia de la antijuricidad forma parte del conjunto de reglas éticas que regulan el comportamiento ordinario del sujeto, tales como el homicidio, la falsedad, el robo o la violación. Pero en el derecho administrativo -y añadiríamos nosotros en el conjunto del **Derecho penal económico**- en el que el conocimiento de la antijuricidad depende exclusivamente del conocimiento de la norma¹² la extensión del castigo a todos los supuestos de error vencible de prohibición implica una violación del **principio de intervención mínima**, supone un abuso del *ius puniendi* por parte del legislador y significa “un retroceso histórico, una recaída en el pretérito jurídico, pese a su modernidad dogmática”¹³. Proteger intereses que no están respaldados por la conciencia moral general incluso en los supuestos en los que el autor comete el hecho con error vencible de prohibición, constituye una **acentuación de la represión criminal** sin justificación alguna, que si tienen consecuencias graves en el Derecho penal económico, más alarmantes podrían ser en el Derecho penal político como un instrumento de eliminación del enemigo político. De ahí que Torío haya propuesto la supresión del último párrafo del artículo 14 (antiguo 6 bis a)¹⁴ y Cerezo y Romeo Casabona frente al derecho positivo vigente entienden que debería admitirse la posibilidad de su reforma, permitiendo en el error vencible de prohibición la exención de la responsabilidad criminal cuando el error fuera difícilmente evitable¹⁵.

¹² CEREZO, “La regulación del error de prohibición en el Código penal español y sus trascendencia en los delitos monetarios”, pág. 284.

¹³ TORÍO LÓPEZ, “El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad”, pág. 268.

¹⁴ TORÍO LÓPEZ, “El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad”, pág. 262, refiriéndose al Proyecto de 1980.

¹⁵ CEREZO, “La regulación del error de prohibición en el Código penal

Suscribimos esta preocupación doctrinal, si bien probablemente no sea necesario esperar a una futura reforma del Derecho positivo para que los resultados insatisfactorios apuntados fueran eliminados. Entendemos que la regulación del error vencible de prohibición conforme a la teoría estricta del dolo no sólo está inconscientemente arraigada en el pensamiento del jurista español conforme a su costumbre vigente hasta la reforma de 1983, sino que además se corresponde más exactamente con el juicio moral o ético-social sobre el comportamiento humano de nuestra sociedad. De ahí que presumimos que la **aplicación de la norma al caso concreto** vendrá condicionada por esta mentalidad a la hora de interpretar los elementos valorativos relativos a la vencibilidad o invencibilidad del error, de modo que en aquellos casos en que el error vencible de prohibición debiera, en justicia, de conducir a la impunidad por tratarse de delitos en los que la conciencia de la antijuricidad depende del conocimiento de la norma (*delicta mala quia prohibita*) esta propia observación determinará el carácter invencible del error. En este sentido, una **regla interpretativa** ineludible en el **Derecho penal económico** reza del siguiente modo: *el error de prohibición es invencible cuando se desconoce la norma jurídica y el conocimiento de la antijuricidad (conocimiento de la prohibición jurídica) no puede derivarse de las reglas ético-sociales que rigen el comportamiento en comunidad*¹⁶.

español y sus trascendencia en los delitos monetarios”, pág. 284. ROMEO CASABONA, “El error evitable de prohibición en el proyecto de Código penal de 1980”, pág. 758.

16 Sobre esta propuesta manifiesta sus reservas MARTINEZ-BUJAN, pág. 182.