

EFICACIA DEL ERROR DE DERECHO

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

I.- Introducción

Los arts. 183¹, 179² y 15³ de la LGT regulan, entre otras cosas, lo relativo al dolo, la imprudencia y el error en las infracciones tributarias. Su ordenación no es gramaticalmente coincidente con la recogida en el Código penal, pero la Unidad de todo el Ordenamiento

¹ [Artículo 183](#). Concepto y clases de infracciones tributarias.

1. Son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra Ley.
2. Las infracciones tributarias se clasifican en leves, graves y muy graves.
3. Las infracciones y sanciones en materia de contrabando se regirán por su normativa específica.

² [Artículo 179](#). Principio de responsabilidad en materia de infracciones tributarias.

1. Las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el apartado 4 del [artículo 35 de esta Ley](#) podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción tributaria cuando resulten responsables de los mismos.
2. Las acciones u omisiones tipificadas en las Leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos:
 - a. Cuando se realicen por quienes carezcan de capacidad de obrar en el orden tributario.
 - b. Cuando concorra fuerza mayor.
 - c. Cuando deriven de una decisión colectiva, para quienes hubieran salvado su voto o no hubieran asistido a la reunión en que se adoptó la misma.
 - d. Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma o cuando el obligado tributario haya ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las publicaciones y comunicaciones escritas a las que se refieren los [artículos 86 y 87 de esta Ley](#). Tampoco se exigirá esta responsabilidad si el obligado tributario ajusta su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro obligado, siempre que entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta exista una igualdad sustancial que permita entender aplicables dichos criterios y éstos no hayan sido modificados.
 - e. Cuando sean imputables a una deficiencia técnica de los programas informáticos de asistencia facilitados por la Administración tributaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.
3. Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas con ocasión de la presentación de aquéllas.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el [artículo 27 de esta Ley](#) y de las posibles infracciones que puedan cometerse como consecuencia de la presentación tardía o incorrecta de las nuevas declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes.

³ [Artículo 15](#). Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:
 - a. Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
 - b. Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.
2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el [artículo 159 de esta Ley](#).
3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.

sancionador, sobre cuyo establecimiento por la jurisprudencia constitucional y del Supremo no es preciso recordar aquí⁴, obliga a conocer el tratamiento del error de prohibición en el Derecho penal tributario o, más precisamente, el Derecho penal en general. Su aplicación más o menos precisa en la infracción tributaria dependerá en muchas ocasiones de simples matices de aplicación.

La LGT exige para el cumplimiento del elemento subjetivo que el sujeto haya obrado con dolo o culpa (art. 183), lo que determina la relevancia del error, tanto el de hecho (también llamado de tipo) como el de derecho (también llamado más precisamente de prohibición) como excluyentes o atenuantes de la responsabilidad. Sin embargo, la LGT aporta criterios para la determinación de la prueba indiciaria que sólo serían válidos en el Derecho sancionador, si se interpretan como *probatio hominis* o prueba de indicios a valorar libremente por el juzgador, nunca como *probatio legis*, o prueba legal que invirtiera la carga de la prueba. En Derecho sancionador no existe carga de la prueba ni, en consecuencia, inversión de la misma. Toda la prueba incumbe en última instancia a la acusación o al propio organismo instructor, pero nunca pesa legalmente sobre el propio acusado o administrado salvo lesión del principio de presunción de inocencia⁵.

En este sentido serían admisibles los criterios del art. 15 (que los actos sean artificiosos o con efectos distintos del ahorro fiscal) porque de su aplicación sólo se deriva la consecuencia del, antiguamente llamado por la propia LGT, fraude a la ley tributaria, es decir la aplicación de la norma defraudada.

Igualmente deben de entenderse conformes a los principios constitucionales los criterios que se derivan del art. 179 según los cuales se excluirá la responsabilidad cuando se ha puesto la diligencia necesaria actuando al amparo de una interpretación razonable de la norma o ajustado a los criterios de lo manifestado por la Administración tributaria.

II. EL ERROR VENCIBLE DE PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

⁴ Vid. M. BAJO-S.BACIGALUPO, Derecho penal económico, Madrid, 2001, págs. 279 y sigs y 286 y sigs. La propia Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento común, remite en su Exposición de motivos a todos los principios que rigen el Derecho penal.

⁵ Vid. STC 76/1990 y M.BAJO, "Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios", en La Ley 2664, 22 enero 1991.

En el Código penal vigente se regula el error de prohibición⁶ en su art.14⁷ distinguiendo entre error vencible o invencible. La cuestión que nos interesa tratar aquí se refiere particularmente a la regulación del error vencible de prohibición que dispone una punición, 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, que tiene su origen en la reforma de 1983, entraña una ruptura con lo que la jurisprudencia y la doctrina venían manteniendo hasta entonces, sin que la reforma de 1983, que la introdujo (en su art. 6 bis a), haya proporcionado ninguna explicación técnica, dogmática o político-criminal sobre la modificación. Antes de 1983, 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.

La regulación del error en el artículo 6 bis a) del anterior Código penal 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 doctrina ya había llamado claramente la atención sobre la importancia que la regulación del error vencible de prohibición tiene en el Derecho sancionador⁸ en su conjunto y el Derecho penal económico en particular.

⁶ La dogmática jurídico-penal actual utiliza la expresión «error de prohibición», por ser una fórmula más precisa, para referirse a una materia que coincide en lo sustancial con lo que antes denominaba «error de derecho» denominación esta última a la que no renuncia ni doctrina ni jurisprudencia.

⁷ Artículo 14.

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.

⁸ El Derecho administrativo sancionador tradicional no admitía la atenuación de la sanción en casos de error. 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. El Decreto-Ley n.º 433/82 portugués, prevé en su art. 32 la aplicación subsidiaria de las normas del CP (arts. 16 y 17). Cfr. BAJO/MENDOZA, «Hacia una ley de contravenciones. El modelo portugués», pág. 570. El art. 3.2 de la

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 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.

III. TEORÍAS DEL DOLO Y DE LA CULPABILIDAD

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

Ley n.º 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*, Barcelona, 1993, págs. 90 y ss.

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 hoy 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 de 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 corregible⁹. 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 error de tipo.

Aunque la regulación del error del artículo 14 del Código penal coincide con la llamada teoría estricta de la culpabilidad¹⁰, esto no significa que del citado precepto 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

⁹ CERZO, «La regulación del error de prohibición en el Código penal español y sus trascendencia en los delitos monetarios», ADPCP, 1985, pág. 279.

¹⁰ TORIO, «Error evitable de prohibición en el proyecto de Código penal», en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980, 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», en La Ley, 1981, pág. 1. HUERTA TOCILDO, «El error vencible de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980», RFDUC, 3, 1980, págs. 35 y ss. ZUGALDÍA, «El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 1980», en CPC, 15/1981, pág. 511 y ss. ROMEO CASABONA, «El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980», ADPCP, 1981, págs. 740 y ss. MAQUEDA, «Comentario a la STS 4 de octubre de 1982», en La Ley, 1983, pág. 3. GÓMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito*, pág. 486. LUZÓN, *Curso de Derecho penal - Parte General*, pág. 467.

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 teóricas¹¹. Mientras que algún autor reconoce que la adopción por parte del artículo 14 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 culpabilidad¹²— 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 artículo 14 responde a la teoría del dolo, incluyendo el *dolus malus* en la culpabilidad juntamente con la conciencia de antijuricidad¹³.

IV. CRÍTICA DE LA REGULACIÓN LEGAL

1. 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

¹¹ HUERTA TOCILDO, «El error vencible de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980», págs. 28 y ss.

¹² 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 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, «Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal», en La Ley 1980, págs. 1 y ss. ZUGALDÍA, «El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 1980», págs. 511 y ss.

¹³ HUERTA TOCILDO, «El error vencible de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980», págs. 34 y ss. La referencia que el anterior Código hacía al anterior artículo 66 no es más que una **regla de determinación de la pena** de la imprudencia de derecho o culpa jurídica.

castigan a título de imprudencia¹⁴. De la teoría de la culpabilidad que adopta el artículo 6 bis a) como el 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 ley¹⁵. Esta tesis, que suscribimos en su conjunto, parte de la observación de la escasa probabilidad de un error de prohibición en los delitos tradicionales, tales como el homicidio, la falsedad, el robo o la violación en los que la conciencia de la antijuricidad forma parte del conjunto de reglas éticas que regulan el comportamiento ordinario del sujeto. Pero en el derecho administrativo sancionador —y añadiríamos nosotros en el conjunto del Derecho penal económico— en el que el conocimiento de la antijuricidad depende exclusivamente del conocimiento de la norma¹⁶ 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»¹⁷. 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 14¹⁸ 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 evitable¹⁹.

¹⁴ Cfr. Por todos, CEREZO, «La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios», pág. 278.

¹⁵ 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 y ss.

¹⁶ CEREZO, «La regulación del error de prohibición en el Código penal español y sus trascendencia en los delitos monetarios», pág. 284.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ CEREZO, «La regulación del error de prohibición en el Código penal 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.

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 jurídico español conforme a la interpretación 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 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*²⁰.

2. Esta regla interpretativa no se justifica exclusivamente porque el resultado fuera satisfactorio, sino que es la consecuencia lógica a la que obligan las características del Derecho penal accesorio. El propio legislador se ve obligado a ofrecer criterios interpretativos de signo parecido. En efecto, la Ley General Tributaria ofrece criterios para interpretar la vencibilidad o no del error y, así dispone en su art. 179 que, “cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma o... ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria”, se ha puesto la “diligencia necesaria” en el cumplimiento de los deberes tributarios o, dicho de otro modo, se ha desplegado el cuidado exigible para vencer el error, es decir, que el error es invencible.

Hay autores que reinterpretan la regulación del error para llegar a resultados similares en orden a excluir la responsabilidad en los casos de error de prohibición vencible.

²⁰ Sobre esta propuesta manifiesta sus reservas, MARTÍNEZ -BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico - Parte General*, pág. 182.

Díaz y García Conlledo entiende que debe tenerse en cuenta -carácter general, y no sólo para el Derecho penal accesorio-, “la consideración de una mayor relevancia del error sobre la prohibición penal y una más generosa apreciación de la invencibilidad en el error de prohibición”²¹. Para ello, una primera vía para que se determinara con mayor facilidad la invencibilidad del error, sería la de requerir para la “vencibilidad” “dudas inespecíficas” o “dudas ligeras”. El error sería invencible cuando fuera imposible la formación de dudas o, siguiendo a Roxin, “cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho”²². El error será vencible si el sujeto tiene motivo para reflexionar y cerciorarse (por ejemplo, le surgen dudas) y no lo hace, o, teniendo dudas, no consulta con un experto (un abogado o persona instruida). Será invencible si consulta a un experto, abogado, instancia oficial o sigue jurisprudencia mayoritaria o si se comprueba que, de haberse informado debidamente, al sujeto le habría sido confirmada la licitud de la conducta²³.

Fakhouri Gómez parte de la base de que en las figuras delictivas nucleares, como el homicidio, “los tipos penales se redactan de tal forma que quien comprende lo ocurrido sabe a su vez que se trata de un injusto”²⁴ por lo que el conocimiento del tipo lleva aparejado el conocimiento de la prohibición.

Sin embargo, respecto de algunos delitos de peligro abstracto, en los que la conducta no se prohíbe por sí misma sino por sus consecuencias (aunque en el caso concreto no lleguen a materializarse), “no resultaría posible concebir el dolo separado de la conciencia de la antijuricidad”²⁵, porque el conocimiento del tipo no lleva aparejado el conocimiento de la prohibición. En estos tipos, como también en los tipos penales en blanco, (entre los que extrae a título de ejemplo, los *delitos de desobediencia*, el *delito fiscal* o los tipos que deben ser *complementados por actos administrativos*), no resultaría posible distinguir entre el conocimiento del significado del tipo y el conocimiento de la antijuricidad. De lo que se concluye la necesidad, al menos en tales casos, de concebir el dolo no como *dolus naturalis*, sino conteniendo la conciencia de la antijuricidad, es decir, como *dolus malus*. Cuando se

²¹ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, “El error de prohibición: pasado, presente y futuro”, en Libro Homenaje al Prof. Torío, 1999, pág. 368.

²² Citado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit. pág. 362.

²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., pág. 362.

²⁴ FAKHOURI GÓMEZ, “Delimitación entre error de tipo y error de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático”, tesis doctoral europea, Madrid 2008, inédita, pág. 512 manuscrito.

²⁵ FAKHOURI GÓMEZ, pág. 518 manuscrito.

obra al margen del conocimiento del significado normativo de la acción, el desconocimiento del injusto llevaría aparejada la exclusión de la responsabilidad dolosa.²⁶

En consecuencia, la autora propone interpretar el 14,1 del Código penal en el sentido de que “hechos constitutivos de la infracción penal” o “circunstancias pertenecientes al tipo” quedan referidos no sólo a circunstancias fácticas sino también a los elementos normativos del tipo, como por demás, admite la doctrina mayoritaria. En estos casos, debe exigirse el *dolus malus* para la responsabilidad dolosa porque el conocimiento de estos elementos normativos “lleva aparejado, por regla general, el conocimiento del injusto”²⁷. Siempre que la perturbación social del hecho típico no resulta evidente, la prohibición se concibe como un “hecho”, el “hecho de la prohibición”, porque el conocimiento de la prohibición se identifica con la antijuricidad formal²⁸, por lo que también el error sobre la prohibición queda regulada por el párrafo 1 del art. 14, con la consecuencia de que la forma vencible del error excluiría el dolo y sólo se castigaría cuando la forma imprudente fuese punible.

El art. 14.3 se interpretaría, según la autora, en el sentido de referir la “ilicitud” a la “ilicitud penal”. De este modo, el párrafo 3 del art. 14 se reserva a aquellos supuestos en los que, si bien se conoce el carácter antijurídico de la conducta, el sujeto yerra sobre el carácter penal de la prohibición, convirtiéndose en una regla de determinación de la pena²⁹.

²⁶ FAKHOURI GÓMEZ, ob. cit. pág. 522. Señala que una posición parecida se encuentra en Figueiredo y en el Código penal portugués. Para el Código penal portugués (art. 16) el error de hecho o de derecho y el error de prohibición excluyen el dolo cuando el conocimiento de la prohibición sea “razonablemente indispensable” para conocer la ilicitud de la conducta. Figueiredo cree que hay que distinguir tres categorías de error: el error sobre los elementos típicos, el error sobre la prohibición legal y el error sobre la ilicitud. En el Derecho penal accesorio el desconocimiento de la prohibición debería recibir el tratamiento de un error de hecho que excluye el dolo (FIGUEIREDO, “O problema da consciencia da ilicitude em direito penal”, 5ª ed., Coimbra, 2002, pág. 396. Cuando, de manera inmediata, no hubiera correspondencia con una valoración moral, social o cultural, la conducta separada de su prohibición sería axiológicamente neutra sin sustrato idóneo para basar el deber ser ético y luego el deber jurídico (Figueiredo, O problema, pág. 399; también en “El error como causa de exclusión del injusto...” págs 157 y sigs.).

²⁷ FAKHOURI GÓMEZ, ob. cit. pág. 532 manuscrito.

²⁸ FAKHOURI GÓMEZ, ob. cit., pág. 533 manuscrito.

²⁹ FAKHOURI GÓMEZ, ob. cit. págs. 56 y sigs. Manuscrito. Según Fahhouri, su tesis es más satisfactoria que la interpretación de la “vencibilidad del error” propuesta por mí en cuanto permite, cuando fuere menester y posible, el castigo por imprudencia al aplicar la teoría del dolo. Pág. 395 manuscrito.