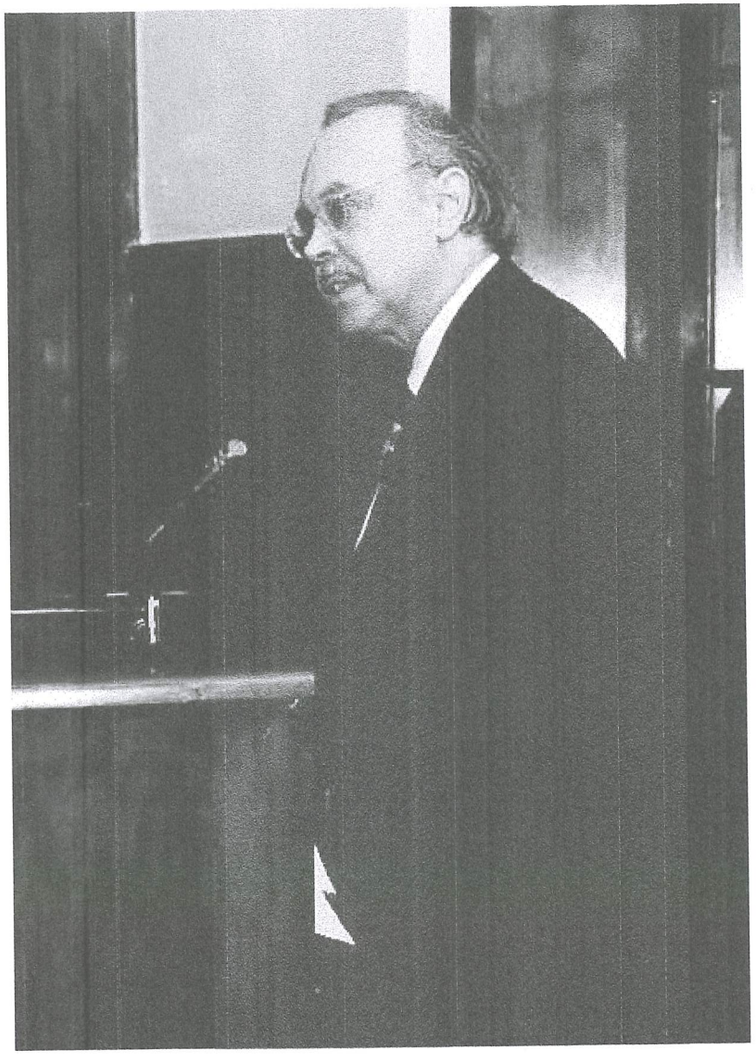

Profesor Doctor Jürgen Wolter

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA
MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
(Directores)

Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana

Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario

Por la Escuela de los Directores y la FICP
(Fundación Internacional de Ciencias Penales)

Fundación Internacional de Ciencias Penales
REUS EDITORIAL

Madrid, 2018

reconocida por el ordenamiento, es un error de prohibición. P. ej., ante unas graves injurias recibidas, un sujeto cree que le ampara un "derecho de retorsión", o sea de devolución de unas injurias equivalentes, derecho que no se reconoce en nuestro ordenamiento (creencia en una causa de justificación inexistente); o ante una agresión ilegítima sufrida y cuando el agresor se da a la fuga, el agredido le dispara creyendo que la legítima defensa le permite responder cuando ya ha cesado la agresión, lo que la ley no admite y constituye un exceso extensivo (error sobre los límites legales o alcance de una causa de justificación admitida). En ambos casos el sujeto no se equivoca sobre los presupuestos fundamentadores de la desvaloración y prohibición, pues no se representa circunstancias objetivas que, si concurrieran, serían efectivamente presupuestos de una causa de justificación, sino sobre la valoración y prohibición misma. Por eso no se excluye el dolo (en caso, claro es, de que se actuara de entrada dolosamente, como en los ejemplos citados), sino que, según sea subjetivamente vencible o invencible, tal error atenúa o excluye la culpabilidad conforme al art. 14.3 [39].

III. DEDICATORIA

Dedico este trabajo con el mayor cariño y entusiasmo, con el muy feliz motivo de su 75.° aniversario en septiembre de este año de 2018, a mi admiradísimo y muy querido gran amigo y colega de Mannheim el Prof. Dr. Jürgen Wolter, díscípulo igualmente de mi maestro alemán y maestro de nuestra escuela, el gran Claus Roxin. Al igual que mi muy querido discípulo el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo he participado asimismo junto con un muy reducido y selecto número de colegas alemanes miembros como nosotros del consejo de colaboradores permanentes de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) en un número monográfico de la misma, el 9 de 2018, dedicado igualmente como Festgabe / libro homenaje a celebrar su 75.° cumpleaños[40]. Pero junto con Miguel Díaz he tenido un empeño especial en preparar y dedicarle además con esta ocasión el presente *Liber amicorum* como merecidísimo homenaje a él de la escuela que encabezo. Con Jürgen Wolter me une y nos une una muy estrecha relación, especialmente desde que en 1995 vino a la Universidad de Alcalá a

[39] Sobre todo ello Luzón Peña, Lecc PG, 3.ª 2016, 17/94.

[40] Mi trabajo en el mismo ha versado sobre la pretendida causalidad en la omisión impropia: Luzón Peña, Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt?, en GA 2018/9 (Festgabe für Jürgen Wolter zum 75. Geburtstag).

participar como ponente, invitado por mí y por Santiago Mir, en uno de los Seminarios hispano-alemanes de Derecho penal que en esos años organizábamos ambos, seminario aquel dedicado a "Cuestiones básicas de la teoría del delito en la actualidad", en el que defendió una excelente ponencia sobre causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad[41]. Y desde entonces no ha parado de intensificarse nuestra relación y nuestra estrecha amistad, acentuada por las múltiples deferencias que J. Wolter ha tenido con nosotros y con nuestra FICP, de la que él es Socio de honor y a la que ha donado generosamente múltiples e importantes publicaciones, como los diversos tomos del Systematischer Komentar tanto al StGB cuanto a la StPO, y también muy especialmente por el privilegio que como director de la más antigua revista alemana de Derecho penal que hoy subsiste, la citada GA, nos ha brindado, primero a Santiago Mir y a mí y luego a Miguel Díaz, de integrar junto a colegas alemanes un número sumamente reducido de otros penalistas no alemanes, especialmente españoles, miembros del consejo científico de "colaboradores permanentes" de GA, o por último con su espectacular detalle de invitarnos a escribir, junto con cinco penalistas alemanes y otros dos españoles, en el n.° monográfico 12/2017 de GA, que constituye el libro homenaje por su 70.° aniversario a Santiago Mir Puig, el primero que en Alemania se le dedica a un penalista de fuera del ámbito germánico, no sólo a Miguel Díaz y a mí, sino también, pese a no ser miembro del consejo de colaboradores permantentes, al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal, por ser mi discípulo más antiguo y además el presidente de la FICP. Sobre otras razones fuera de nuestra amistad personal y aún más importantes que justifican que le hayamos preparado este *Liber amicorum*, remito al lector a nuestro prólogo introductorio a este volumen. Y reitero que este trabajo mío se lo dedico con mi mejor felicitación a mi excepcional amigo Jürgen Wolter por este cumpleaños tan fecundo y señalado y le deseo que sean muchos más los años que siga cumpliendo y en los que podamos seguir disfrutando de su persona y sus obras.

[41] Publicado como primer capítulo: Wolter, Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad, trad. de J.M. Paredes, en el libro que recoge las ponencias de ese seminario: Luzón Peña/Mir Puig, Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid, 199, 1 ss.

Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de León (España)
Patrono fundador de la FICP

Peculiaridades del error en el Derecho penal económico

SUMARIO*: I. Dedicatoria. II. Introducción. III. Presupuestos en materia de error. 1. La pugna de teorías no está superada. 2. La regulación positiva. 3. El tratamiento privilegiado del error de tipo frente al error de prohibición. 4. ¿Hace bien el Código Penal en mantener la distinción entre error de tipo y error de prohibición y tratar privilegiadamente al primero? 5. Error sobre la prohibición general y sobre la prohibición penal (el objeto del conocimiento de la antijuridicidad). 6. Vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición. 7. El error sobre elementos normativos del tipo (y similares). IV. El error en el Derecho penal económico y empresarial. 1. Los problemas. 2. La respuesta de tratar todos los errores como excluyentes del dolo. 3. El error sobre elementos normativos del tipo en el Derecho penal económico y empresarial. 4. Las soluciones intermedias y la defensa personal de la flexibilización en la apreciación de errores de prohibición invencibles … aunque con límites. 5. Otros problemas de error: un apunte acerca del error en el delito fiscal. V. Selección bibliográfica.

I. DEDICATORIA

En nuestra a menudo ajetreada vida académica intentamos llegar a cumplir todos los compromisos que adquirimos, pero en ocasiones ello se torna finalmente imposible. Hablando de libros en homenaje a colegas, a mí me ha pasado más de una vez y he sentido en varias ocasiones no haber podido llegar a ofrecer un trabajo mío como merecido homenaje a más de un compañero, además admirado y cercano por distintas razones. Pero he de reconocer que la vez que más he sentido fallar fue en el caso del Libro Homenaje a Jürgen Wolter, eximio penalista, máximo favorecedor del diá-

* El presente trabajo se enmarca, entre otros anteriores, en el proyecto de investigación DER2016-76715-R (Agencia Estatal de Investigación. AEI), del que soy investigador principal, y en las actividades de la de la Unidad de Investigación Consolidada (UIC) 166 de Castilla y León, que dirijo.

logo entre la ciencia del Derecho penal alemana y española e iberoamericana, amigo generosísimo siempre. No me extenderé en destacar estas caracterís-ticas, pues ya los hacemos Diego Luzón y yo, directores de la obra, en la introducción a esta.

Pero sí quiero dejar constancia de que la posibilidad de ofrecer al Prof. WOLTER este trabajo y el que presento en el número especial del Goltdammer's Archiv für Strafrecht que se le ofrece por su 75º aniversario (GA 9/2018) supone para mí saldar una deuda científica y afectiva. Aunque será solo de modo parcial, pues únicamente de manera parcial puedo compensar la generosidad y bonhomía de mi admirado colega y queridísimo amigo JÜRGEN WOLTER.

Querido Jürgen, ¡felicidades por tus magníficos 75 años y gracias por todo, con mis deseos de muchos años más de intensa colaboración profe-sional y amistad personal!

II. INTRODUCCIÓN

En el Derecho penal económico y empresarial son escasos los supues-tos de tipificación de hechos imprudentes (más escasos cuanto más estricta sea la definición de Derecho penal económico y empresarial). Por ello, los problemas fundamentales de imputación subjetiva se centran en el error (especialmente, como veremos, en el vencible). Para explicar por qué esa parte del Derecho penal es especialmente problemática se esgrimen diferen-tes razones, entre las que se pueden destacar la complejidad normativa, la "artificialidad" de muchos de los injustos en este ámbito o la existencia de múltiples elementos normativos (en sentido amplio) en ellos.

A esos problemas me referiré más adelante, pero, para entender mis propuestas, considero imprescindible exponer previamente algunos puntos de partida generales en materia de error.

III. PRESUPUESTOS EN MATERIA DE ERROR

1. La pugna de teorías no está superada

Se asume ya con carácter general (en nuestro ámbito jurídico-penal) la premisa de que las dos clases de error relevante en Derecho penal son el error de tipo y el error de prohibición (aunque se discute el objeto de este y si el error sobre la prohibicón penal es relevante), con una terminología ya

también asentada (por mucho que a mí me parezca discutible la bondad –a efectos de comprensión y transmisión de conceptos- de la expresión "error de tipo" que se ha adoptado como traducción del alemán "*Tatbestandsirrtum*"), dándose por superadas fases anteriores en que se negaba relevancia al error de Derecho (*error iuris nocet*, aunque la extensión real de esta irrelevancia fue bastante menor de la que enuncia el brocardo latino).

Pues bien, asentado esto y visto que sobre las consecuencias del error de tipo reina acuerdo (no tanto sobre si algunas constelaciones de casos son de error de tipo o de prohibición), en un trabajo de hace unos años en materia de error de prohibición, aunque reconocía que persistían defensores muy prestigiosos de la teoría del dolo, casi siempre en su versión modificada (la que propugna un castigo general, aunque con atenuación –potestativa u obligatoria- de la que llaman *imprudentia iuris*), daba por prácticamente supe-rada (o le concedía una importancia menor) a la "pugna de teorías" entre la del dolo y la de la culpabilidad. Tal aseveración la basaba en la defensa cada vez más generalizada en doctrina de la teoría de la culpabilidad o de teorías del dolo que conducían a resultados similares por las matizaciones que introducían y por la propia regulación legal del error de prohibición en países como, entre otros, Alemania o España que, sin ser incompatible con teorías modificadas del dolo, apunta, en mi opinión, más bien a la teoría de la culpabilidad (o algo cercano), aunque no negaba alguna relevancia a la polémica. Hoy he de revisar mi consideración.

Por una parte, los partidarios tradicionales de la teoría del dolo siguen manteniendo su posición, pero, sobre todo, se observa una corriente, con importantes representantes, que vuelve a reivindicar una concepción del dolo como dolo (subjetivamente) malo, es decir, que incluye en el dolo la concien-cia de la antijuridicidad y/o aboga abiertamente, en trabajos especialmente valiosos, por una teoría pura (no modificada) del dolo. Por citar solo dos ejemplos notables de ambos fenómenos mencionaré los trabajos de JAKOBS en la doctrina alemana y de FAKHOURI GÓMEZ en la española. A lo largo de mi exposición me pronunciaré al respecto, manteniendo mi defensa de una teoría "flexible" de la culpabilidad, de modo que el dolo solo es excluido por el error de tipo.

Naturalmente, persisten otros puntos de divergencia importantes en la teoría del error. Mencionaré solamente (porque no es tan relevante en el Derecho penal económico) el que, incluso dentro de los defensores de la teoría de la culpabilidad, se centra en el tratamiento del error sobre la concu-rrencia en el hecho de los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación: para unos, se trata de un error de prohibición (teoría estricta