

LA REGULACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL
ESPAÑOL Y SU TRASCENDENCIA EN LOS DELITOS MONETARIOS

José Cerezo Mir

ADPCP, Tomo XXXVIII, Fascículo II, 1985, pp. 277 - 284

<http://www.cienciaspenales.net>

La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios *

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

El error de prohibición, o sobre la antijuridicidad de la conducta, está regulado en el párrafo tercero del artículo 6. bis a), introducido por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal.

De acuerdo con dicho precepto: «La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66». Este último artículo contiene la atenuación de la pena prevista para las eximentes incompletas: «Se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8.º, imponiéndola en el grado que los tribunales estimaren conveniente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren».

La regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) se aparta de la llamada teoría del dolo, que era la dominante en nuestro país hasta que por la Ley de 25 de junio de 1983 se introdujo por primera vez en nuestro Código una regulación expresa del error (1). De acuerdo con la teoría del dolo, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta es un elemento del dolo. El error de prohibición excluye el dolo y si es vencible puede dar lugar únicamente a una

(*) Ponencia mantenida en el Primer Congreso de la Asociación Hispanoalemana de Juristas celebrado en Madrid del 10 al 14 de abril de 1985.

(1) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, págs. 206-7; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte General*, vol. 1.º, 18. ed., 1980, págs. 442 y 449; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, págs. 441-2, 450 y 602-3; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Cívitas, 1977, página 257; y las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1974 (A. 1.677), 9 de noviembre de 1974 (A. 4.281), 15 de abril de 1975 (A. 1.637), 15 de mayo de 1975 (A. 2.222), 2 de febrero de 1976 (A. 303), 30 de marzo de 1976 (A. 1.355), 31 de marzo de 1977 (A. 1.366), 4 de octubre de 1977 (A. 3.665), 18 de noviembre de 1978 (A. 3.448) y 30 de enero de 1979 (A. 277).

responsabilidad por culpa o imprudencia (la llamada culpa jurídica, o de la prohibición), mientras que si el error era invencible quedarían excluidos el dolo y la culpa.

¿Por qué se apartó el legislador de la teoría del dolo, que era la dominante en nuestro país? El artículo 6.º bis a) es prácticamente idéntico al párrafo tercero del artículo 20 del Proyecto de nuevo Código Penal español de 1980: «La creencia errónea, probada e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 81». En este último artículo se regulaba la atenuación de la pena para las eximentes incompletas (2). En el Proyecto de 1980 se adoptaba el criterio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos. Según el artículo 18: «Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». La teoría del dolo resultaba inviable. Un error, aunque fuera muy fácilmente vencible, sobre la antijuridicidad de la conducta excluiría el dolo y daría lugar a la impunidad, siempre que faltase la correspondiente figura delictiva culposa. Lo cual sucedería en la inmensa mayoría de los casos. Así lo hice notar en el seno de la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia y éste fue el argumento decisivo que dio lugar a la aprobación por unanimidad de la regulación del error de prohibición del párrafo tercero del artículo 19 del Anteproyecto de 1979, correspondiente al párrafo tercero del artículo 20 del Proyecto de 1980 (3).

El legislador, en 1983, adoptó la regulación del error de prohibición prevista en el párrafo tercero del artículo 20 del Proyecto de 1980, a pesar de que en el Código penal vigente no sólo no rige el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, sino que su regulación en las cláusulas generales de los artículos 565, núm. 3.º del artículo 586 y artículo 600 se basa en el criterio opuesto,

(2) Se preveía la atenuación de la pena tan sólo en un grado, dada la menor gravedad de las penas en el Proyecto de 1980. Esta disminución de las penas obedecía principalmente al deseo de acercar la pena nominal a la real, razón por la cual no se incluía la institución de la redención de penas por el trabajo.

(3) En la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación se rechazaron las siguientes fórmulas alternativas, en la regulación del error sobre un elemento del tipo y del error de prohibición, que habían sido ofrecidas a la consideración de la misma por la Ponencia: «Art. 19: El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. La creencia errónea, probada e invencible, de estar obrando lícitamente, excluye la responsabilidad criminal. En los dos supuestos anteriores si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y la personalidad del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa». «Art. 19: El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. La creencia errónea, probada e invencible, de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. En los dos supuestos anteriores si el error fuere vencible, según las circunstancias del hecho y la personalidad del autor, podrá ser tenido en cuenta por los Tribunales para determinar la responsabilidad».

de que debe castigarse, en principio; con penas la realización culposa de todas las figuras delictivas, siempre que ésta sea posible.

La regulación del error de prohibición del párrafo tercero del artículo 6.º bis a) se inspira en la teoría de la culpabilidad. De acuerdo con esta teoría, formulada por Welzel, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta no es un elemento del dolo. El error sobre la antijuridicidad de la conducta, o error de prohibición, no afecta, por ello, al dolo. El error de prohibición vencible podrá dar lugar únicamente a una atenuación de la pena del delito doloso. El error invencible excluye la culpabilidad y la pena (4). La teoría de la culpabilidad ha hallado acogida en los más modernos Códigos penales: en el Código penal suizo (art. 20), en la nueva parte general del Código penal alemán (art. 17), en el nuevo Código penal austríaco (arts. 9, 34, 41) y en el nuevo Código penal portugués, de 1982 (art. 17).

En nuestro país, propuse la aplicación de la teoría de la culpabilidad mucho antes de la introducción del artículo 6.º bis a), en mi artículo «La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español», publicado en 1964 en la «Revista de Estudios Penitenciarios» (5). Sugerí, para ello, una solución similar a la propuesta por Welzel en Alemania, antes de que en el Código penal de aquel país se regulara el error de prohibición, con arreglo a la teoría de la culpabilidad. Propuña para el error de prohibición invencible la aplicación por analogía (analogía *in bonam partem*) de la eximente de enajenación mental o trastorno mental transitorio, del núm. 1.º del art. 8.º y para el error de prohibición vencible la aplicación por analogía de la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio. En nuestro Código las eximentes incompletas se aprecian como atenuantes, de acuerdo con lo previsto en el núm. 1.º del artículo 9.º.

Esta propuesta no prosperó en la práctica —pues tropezaba con el obstáculo de que nuestro Tribunal Supremo no admite la apreciación de eximentes por analogía (6)—, pero inspiró la regulación del error de prohibición en el artículo 20 del Proyecto de 1980 y en el artículo 6.º bis a) del Código penal vigente.

La regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) presenta una variante en relación con la teoría de la culpabilidad formulada por Welzel. En los supuestos de error de prohibición vencible, la atenuación de la pena es obligatoria. Esto supone el inconveniente de que la pena tiene que ser atenuada aunque el error fuera muy fácilmente vencible, pero es, en cambio, más acorde con el principio de culpabilidad. Aunque el error fuera muy fácilmente vencible, lo cierto es que el sujeto no tenía conciencia de la antiju-

(4) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, págs. 164 y ss., y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, 1964, págs. 112 y ss.

(5) Número 166, julio-septiembre, incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, págs. 74 y ss.

(6) Véase, por ejemplo, las sentencias de 8 de marzo de 1872, 20 de abril de 1911, 23 de octubre de 1913, 24 de febrero de 1917, 3 de junio de 1948, 19 de junio de 1952 y 15 de marzo de 1956 (A. 786).

ridicidad de su conducta y estaba disminuida, por tanto, su capacidad de obrar conforme a Derecho. La reprochabilidad personal de su conducta antijurídica es menor que si obrara con conciencia de la antijuridicidad. Por otra parte, el juez puede en estos casos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66, reducir considerablemente la atenuación de la pena; puede aplicar la pena inferior en un grado, en su grado máximo (8). De este modo se palia el excesivo rigor de la teoría de la culpabilidad y por otra parte, se pone claramente de manifiesto que la objeción de seguimiento excesivamente dócil de la regulación del error de prohibición en el artículo 17 del Código penal alemán (9), carece de fundamento.

La introducción de esta variante en la teoría de la culpabilidad ha dado pie, sin embargo, a la consideración por un sector minoritario de la moderna Ciencia del Derecho Penal española, de que la regulación del error de prohibición en el párrafo tercero del artículo 6.º bis a) se inspira en la teoría del dolo. El precepto que dispone que: «Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66», sería sólo una regla de determinación de la pena de la culpa *iuris* o culpa de Derecho (10). Estaríamos ante una fórmula similar a la sugerida en último término por Torío, para el caso de que no se aceptara la teoría del dolo en su versión estricta, con arreglo a la cual el error de prohibición vencible daría lugar a la impunidad siempre que no existiera una figura delictiva culposa paralela. Según Torío, podría introducirse al final del Libro II, en su último Título («De la imprudencia punible») un precepto en que se regulara, con carácter general,

(7) Véase ya, en este sentido, mi artículo *Zur Doppelstellung des Vorsatzes aus der Sicht der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Z. Str. W., tomo 93, 1981, fasc. 3.º, pág. 1022, publicado en castellano, *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1981, fasc. 2-3, pág. 460 e incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, págs. 202-3. De otra opinión, E. BACIGALUPO, *El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición*, en *La reforma penal de 1983, Comentarios a la Legislación Penal*, tomo V, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1985, págs. 58 y 61 y ss.

(8) Véase, en este sentido, Carlos M.º ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1981, fasc. 2-3, pág. 759. BACIGALUPO, en el lug. cit. en la nota anterior (pág. 62), no interpreta correctamente la opinión de Romeo Casabona, pues ni éste considera que la atenuación obligatoria de la pena sea una disposición reguladora de los casos de ceguera jurídica, ni desconoce que la construcción de Mezger permitía aplicar en esos supuestos la pena íntegra del delito doloso. Bacigalupo, parece, en cambio, olvidar que lo que Mezger pretendía, mediante su teoría de la ceguera jurídica o de la enemistad al Derecho, era evitar la impunidad en los supuestos de error muy fácilmente vencible, a que daba lugar la teoría del dolo, al regir en el Código penal alemán el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos.

(9) Véase, en este sentido, A. Torío, *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pág. 113.

(10) Véase, en este sentido, M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad de Valencia, 1984, pág. 560, y S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, P.P.U., 1984, págs. 548-9.

el error de prohibición, previendo, en caso de error vencible, una atenuación de la pena del delito doloso correspondiente en uno o dos grados (11).

Esta interpretación carece, a mi juicio, de fundamento. Dada la actual regulación del error de prohibición, es indudable que la conciencia de la antijuridicidad de la conducta no es un elemento del dolo en nuestro Código (12). En los supuestos de error de prohibición vencible no queda excluida la responsabilidad dolosa, como sucede con el error vencible sobre un elemento del tipo, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del mismo artículo 6.º bis a): «Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa». En el párrafo tercero del artículo 6.º bis a) se dispone, en cambio, para el error de prohibición vencible la aplicación de la atenuación de la pena prevista para las eximentes incompletas en el artículo 66.

El error de prohibición puede plantearse tanto en los delitos dolosos como en los culposos (13) y la regulación del error de prohibición vencible en el párrafo tercero del artículo 6.º bis a) no afecta a la calificación de un delito como doloso o culposo, sino que da lugar, en ambos casos, únicamente a una atenuación de la pena en uno o dos grados. No puede estimarse, por ello, que se trate de una regla de determinación de la pena de la culpa *iuris* o la culpa de Derecho; cuyo

(11) Véase A. TORÍO, *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*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, págs. 263 y ss.

(12) Véase también, en este sentido, Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 141, nota 121 y ya anteriormente, en relación con el precepto, prácticamente idéntico, del párrafo tercero del art. 20 del Proyecto de Código penal, de 1980, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 1980*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 12, 1980, págs. 35 y ss.; A. TORÍO LÓPEZ, *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*, *lug. cit.*, págs. 109, 111 y 112-3 y ya antes en relación con el párrafo tercero del art. 20 del Proyecto de Código Penal de 1980, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la «Teoría de la culpabilidad»*, *lug. cit.*, págs. 249 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal. La Ley*, año I, 1980, núm. 48, página 1073; ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, *lug. cit.*, págs. 740 y ss.; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 15, 1981, pág. 514; María Luisa MAQUEDA *El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis A) del Código Penal*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 21, páginas 700-1; y José Luis Díez RIPOLLÉS, *Die jüngsten strafrechtlichen und strafprozessualen Reformen in Spanien*, *Juristenzeitung*, 1984, fasc. 12, pág. 561.

(13) Véase ya, en este sentido, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *El tratamiento jurídico-penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980*, *lug. cit.*, pág. 519, nota 46.

(14) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción, Teoría jurídica del delito* /1, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1981, págs. 411 y ss.

lugar adecuado, por otra parte, serían las cláusulas genetales de los artículos 565, núm. 3.º, del artículo 586 y artículo 600, donde se regulan la mayor parte de los delitos culposos en nuestro Código.

El dolo, en nuestro Código, es simplemente la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo, cuya pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad no nos compete dilucidar aquí (14). La conciencia de la antijuridicidad es, en todo caso, un elemento independiente del dolo, perteneciente a la culpabilidad (15).

En el artículo 6.º bis a) no se incluye, por otra parte, una regulación expresa del error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. No me es posible, por la limitación establecida al tiempo de mi intervención, ocuparme aquí de este problema. Creo, sin embargo, con base en argumentos que he expuesto en otro lugar (16), que sólo la teoría de la culpabilidad pura se ajusta a la voluntad de la ley, en nuestro Código. Es decir, el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error de prohibición, incluido en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a). No es un error sobre elementos (negativos) del tipo, ni es posible aplicarle, por analogía, la regulación del error sobre un elemento del tipo de los párrafos primero y segundo del artículo 6.º bis a).

El Tribunal Supremo español no se ha percatado de la trascendencia de la regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) y sigue considerando que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo. En la S. de 19 de octubre de 1983 (A. 4764), en un supuesto de intrusismo, declara: «es lo cierto que en el orden de la culpabilidad no puede estimarse que haya concurrido el requisito del dolo, pues, como es obvio, éste queda eliminado por la creencia racional y fundada de que se obra conforme a Derecho». En la S. de 17 de noviembre de 1983 (A. 5505), en un supuesto de tenencia ilícita de armas, declara: «dolo o intención... es un estado de conciencia interno e inasequible a la observación directa de los extraños y que se manifiesta por hechos exteriores del agente y de aquellos hechos aparece no sólo la conciencia o voluntariedad del acto, sino también la conciencia de su ilicitud, que sólo se podría haber desvanecido, de haberse alegado y probado un error de hecho o derecho, se-

(15) La regulación del error de prohibición en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, de 1983, es sustancialmente idéntica a la del párrafo 3.º del art. 6.º bis a) del Código penal vigente. Según el apartado 3 del art. 17: «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». Tampoco en la Propuesta la conciencia de la antijuridicidad de la conducta es un elemento del dolo. En contra de la interpretación de la regulación del error vencible como una regla de determinación de la pena de la culpa o imprudencia *iuris* cabría alegar, además, que ello estaría en contradicción flagrante con el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos establecido en el art. 15: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

(16) Véase el capítulo XV de la 3.ª ed. de mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción, Teoría Jurídica del Delito/1*, de próxima publicación por la Editorial Tecnos.

gún la antigua terminología, ahora error de tipo, error de prohibición». En estas dos sentencias el Tribunal Supremo no se refiere ni a la teoría del dolo, ni a la de la culpabilidad, ni a la nueva regulación del error en el artículo 6.º bis a). En la Sentencia de 1 de febrero de 1984 (A. 700) parece interpretar la regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) en el sentido de la teoría del dolo, pues dice «que recoge en definitiva la doctrina científica y de esta Sala sobre esa figura penal», citando sentencias anteriores a la Ley de 25 de junio de 1983, en que el Tribunal Supremo seguía la teoría del dolo. Esta interpretación del Tribunal Supremo de la regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) carece, como hemos visto, de fundamento.

La cuestión tiene trascendencia en el ámbito de los delitos monetarios, regulados en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre sobre régimen jurídico de control de cambios, modificada por la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto. Según el artículo 7.º del Código penal: «No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. No obstante, sí les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo». Entre ellas se encuentra la regulación del error sobre un elemento del tipo y del error de prohibición en el artículo 6.º bis a). También en el ámbito de los delitos monetarios, por tanto, el error de prohibición vencible da lugar a una atenuación de la pena de los delitos dolosos (art. 6.º) o culposos (art. 8.º), de acuerdo con lo previsto en el artículo 66. La atenuación de la pena es obligatoria y de una importancia considerable. Se trata de la disminución de las penas en uno o dos grados. Con lo cual, las penas privativas de libertad establecidas en el artículo 7.º: prisión mayor, prisión menor y arresto mayor, pueden ser sustituidas por prisión menor o arresto mayor, arresto mayor o multa o por multa, respectivamente. Incluso en los supuestos de mayor gravedad (núm. 1.º del art. 7.º, cuando la cuantía del hecho exceda de 50.000.000 de pesetas) puede aplicarse la pena de arresto mayor (de un mes y un día a seis meses), con lo que es posible la aplicación de la condena condicional cuando se den los requisitos establecidos en los artículos 92 y ss. del Código penal.

Al inspirarse la regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) en la teoría de la culpabilidad, cabría preguntarse si no sería más conveniente adoptar en la regulación de los delitos monetarios, como en general en el ámbito del llamado Derecho penal administrativo, la teoría del dolo, como ha propuesto un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal ademaña (17). La

(17) Véase, por ejemplo, LANGE, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, Juristenzeitung 1956, págs. 73 y ss., *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, Juristenzeitung 1956, págs. 519 y ss., y *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, Juristenzeitung 1957, págs. 233 y ss.; MICHELS, *Strafbare Handlung- und Zuwiderhandlung, Versuch einer materialen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, Berlín, Walter de Gruyter, 1963, págs. 112 y ss.; Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, C. Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 2.ª ed., 1976, págs. 130 y ss.; ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, Z. Str. W. 74, 1962, págs. 560-1; y Klaus TIEDEMANN, *Zur legislatorischen Behandlung des Ver-*

conciencia de la antijuridicidad de la conducta debería ser incluida en el dolo en el Derecho penal administrativo, por ser lo injusto administrativo meramente formal, o porque sólo cuando el autor conoce la prohibición de la conducta por una norma jurídica puede tener conocimiento de lo injusto material del hecho. Ello supondría que el error de prohibición vencible daría lugar únicamente a una responsabilidad por culpa o imprudencia, siempre que existiera la correspondiente figura delictiva culposa. No existe, sin embargo, a mi juicio, una diferencia cualitativa, sustancial, entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo (18). Sólo pueden establecerse entre ellos diferencias de carácter cuantitativo. Tanto lo ilícito penal, como lo ilícito administrativo, en nuestro caso tanto los delitos como las infracciones administrativas de carácter monetario, son conductas de una relevancia ético-social, económica o política mayor o menor. No siempre es cierto, tampoco, que sólo cuando el sujeto conozca la prohibición por la norma jurídica pueda conocer lo injusto material del hecho. Esto es así únicamente en aquellos pocos preceptos cuya existencia, pero no su contenido, está fundamentado materialmente. Creo que no es preciso, por ello, adoptar la teoría del dolo en el ámbito del llamado Derecho penal administrativo (19), como no lo ha hecho tampoco el legislador alemán, que se adhirió también a la teoría de la culpabilidad en la regulación del error de prohibición en el artículo 11,2 de la Ley de las contravenciones (*Ordnungswidrigkeitengesetz*). Basta con prever la posibilidad de una atenuación considerable de la pena para el error de prohibición vencible, como sucede en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) de nuestro Código penal; a lo sumo podría preverse en una regulación específica del error de prohibición en el ámbito de los delitos monetarios y en general en el del llamado Derecho penal administrativo, que si el error de prohibición fuera vencible el Tribunal debería aplicar la pena inferior en uno o dos grados o eximir de responsabilidad cuando el error fuera difícilmente evitable (20), (21).

botsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, Z. Str. W. 81, 1969, págs. 876 y ss.

(18) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción, Teoría Jurídica del Delito/1*, 2.ª ed., págs. 45 y ss.

(19) Véase también, en este sentido, en la moderna Ciencia del Derecho Penal alemana, WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, Juristenzeitung, 1956, págs. 238 y ss., Juristenzeitung, 1957, págs. 131 y ss., *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., págs. 174-5; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1, 6.ª ed., C. F. Müller, Juristischer Verlag, 1983, pág. 18; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 3.ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1978, pág. 371 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. y adiciones de Derecho español, por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, Bosch, 1981, I, págs. 630-1); y E. GÖHLER, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 7.ª ed., Verlag C. H. Beck, Munich, 1984, págs. 63 y ss.

(20) Según Welzel, en los casos en que la relevancia ético-social o cultural de la acción fuera escasa, el legislador podría y debería dejar impune la comisión culposa e incluso la comisión dolosa con error de prohibición vencible; véase WELZEL, *J. Z.* 56, págs. 238 y ss., *J. Z.* 57, págs. 131 y ss. y *Das deutsche Strafrecht*, págs. 174-5.

(21) Véase también en este sentido, Carlos M.ª ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, lug. cit., pág. 758.