

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SUS PLASMACIONES. REFLEXIONES Y
PROPUESTAS PARA CONSTRUCCIÓN DE UNA NORMATIVA EUROPEA

Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero

Presidente de la Societé Internationale de Defense Sociale

Revista Penal

Ed. Praxis

Barcelona – 1999

Pp. 5 - 10

<http://www.cienciaspenales.net>

EL PRINCIPIO DE
CULPABILIDAD Y SUS
PLASMACIONES. REFLEXIONES
Y PROPUESTAS PARA
CONSTRUCCIÓN DE UNA
NORMATIVA EUROPEA

Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero

Presidente de la Societé Internationale de
Defense Sociale

Revista Penal

Ed. Praxis

Barcelona – 1999

Pp. 5 - 10

© Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Real Casa de la Misericordia - C/ Altagracia, 50

13071 – Ciudad Real (España)

Tlfn.: (+34) 926 295 234 – Fax.: (+34) 926 295 235

El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para construcción de una normativa europea.

Luis Arroyo Zapatero
Universidad de Castilla La Mancha

I. Introducción. II. La exigencia de que el hecho delictivo haya sido cometido dolosamente o, al menos por imprudencia. III. La admisión de consecuencias exonerantes o atenuantes de la pena en los supuestos de error. IV. Exclusión de la responsabilidad objetiva.

I. Introducción.

Los europeos de hoy presenciamos y protagonizamos a un tiempo las dos más grandes transformaciones estatales de la historia del occidente: la destrucción de un super Estado como fue la Unión Soviética y la construcción de otro nuevo, la Unión Europea. Dos fenómenos de signo radicalmente contrario pero que tienen un aspecto común: los dos comportan un radical levantamiento de fronteras para los delincuentes y, a la vez, un cierre de las mismas para los órganos de represión penal.

En lo que a la Unión Europea se refiere resulta incomprensible para un observador externo hasta qué punto resulta contradictorio el fenómeno de unificación económica, política e incluso jurídica, con las dificultades y obstáculos para la unificación del orden penal, un orden que aparece refractario a la europeización, carácter cuya persistencia amenaza con introducir en la vida europea elementos de privilegio y arbitrariedad propios de la Europa medieval que, además de lesionar los valores de nuestra civilización, amenazan el orden económico que pertenece a la esencia de la Unión Europea: un mercado único regido por los principios de libre y leal competencia de los agentes económicos, un orden económico-jurídico incompatible con el principio de libre elección del Príncipe.

Cuanto más avanzan los procesos de unificación -y la instauración del Euro es capital- el estancamiento del orden penal

y sancionador representa más un retroceso que un retraso. Los penalistas estamos llamados por ello a hacer un esfuerzo que no puede ser sólo teórico, sino también político criminal, lo que implica que debemos construir una estrategia y elegir una táctica.

El problema que aparece como principal para la unificación no es tanto el político, sino el de la defensa política de las diversas tradiciones o culturas jurídico penales de los distintos países¹ y, en particular, de las dos grandes culturas en las que los países de la Unión Europea se agrupan: los países de tradición románica y germánica y los países del *Common Law*. Y en verdad la diversidad es radical, pues se trata de dos mundos con quizá la misma idea de Justicia, pero con una gran diferencia sobre los instrumentos y condiciones de la realización de la misma, especialmente de la Justicia penal.

El aparato conceptual y argumental, en definitiva, el llamado aparato dogmático del Derecho y la Justicia penal de la mayor parte de los países de la Unión resulta un idioma incomprensible para los países del *Common Law*². Pero el problema de la diversidad de los idiomas y su carácter de problema no directamente superable no nos puede asombrar a los penalistas. Debemos ser conscientes de ello para establecer una estrategia que si su objetivo final puede ser la unificación de las lenguas jurídico penales, en su dimensión táctica el objetivo final puede ser la unificación de las gramáticas. ¿Cual puede ser la fuente generadora de la gramática penal común europea? Vista la limitación productiva del Tratado de la Unión Europea creo que esa fuente generadora de la gramática común debe encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia y en los principios jurídicos básicos que este Tribunal ha ido elaborando como primer órgano natural común de todos los países de la Unión, así como, naturalmente, en la Convención Europea de

¹ Para un planteamiento de los problemas desde el euroexcepticismo penal v. WEIGEND, *Strafrecht duch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationales Strafrechtskultur?*, ZStW 105 (1993), 774 ss.

²

Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Pues bien, limitándome al tema objeto de mi contribución - el principio de culpabilidad y sus plasmaciones- me permito adelantar que el principio fundamental que estimo puede facilitar una gramática común a los diversos países es el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, conocido también en un momento anterior como principio de la prohibición del exceso ha experimentado en los últimos 30 años un considerable progreso de construcción dogmática y de expansión de sus campos de aplicación, particularmente a partir de la entrada en escena político jurídica y dogmática de la proscripción de la arbitrariedad (no razonabilidad) y de la expansión, en ocasiones entrópica, del principio de igualdad, en particular en su formulación y toma de fuerza a finales de los años 60³.

Con independencia de que ni siquiera hoy se puede entender que el principio ha alcanzado su plena madurez dogmática, su incidencia, desigual en relación a los diversos sectores del ordenamiento jurídico y desigual en sus formas de aparición, creo que debe entenderse como el producto más innovador de la jurisprudencia constitucional contemporánea.

³ Sobre el principio de proporcionalidad v. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen 1981; VV.AA., *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg 1985. Sobre el principio en el TEJ y en el TEDH v. KUTSCHER, *Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Recht der europäischen Gemeinschaften*, en VV. AA., cit.; POLLAK., *Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judicatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Baden Baden 1991; EISSEN e. a., *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, en "La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaires article par article", Paris 1995. Una presentación del principio de proporcionalidad como principio constitucional-penal general v. en BERDUGO/ARROYO e. a., *Lecciones de Derecho penal*, Praxis Barcelona 1996, p. 47 ss. De mucho interés, AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, 1999.

Además, estimo que si hubiera que destacar un ámbito en el que la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia ha sido más innovadora, y frente a su condición ordinaria de fuente débil de principios fundamentales (según algunos de debilitación de los principios básicos del Estado de Derecho Democrático más avanzados), creo que no habría que vacilar en proponer precisamente el principio de proporcionalidad. Y es a este principio al que quiero sacar provecho para abordar el asunto penal que se me encomienda: El principio de culpabilidad y sus consecuencias para una formulación europea.

En el ámbito de nuestros países de común cultura jurídica se reconoce en general la vigencia del llamado principio de culpabilidad. En su esencia original el principio proclama -frente al Derecho del Antiguo Régimen- la responsabilidad penal personal, frente a la colectiva, y la proscripción de la responsabilidad objetiva, mediante la exigencia de dolo o imprudencia en el comportamiento del autor. También se ha venido entendiendo el principio de culpabilidad como exigencia de una pena justa, proporcionada a la *culpabilidad* personal del autor del delito, frente a penas excesivas, desproporcionadas respecto de la gravedad del hecho y/o del reproche moral que el autor del mismo merece. Con el tiempo el principio general se ha venido enriqueciendo en sus plasmaciones político criminales y en su sentido dogmático en el esquema argumental de la teoría del delito⁴.

El catálogo de plasmaciones del principio de culpabilidad es muy amplio. Son numerosas las plasmaciones del principio de culpabilidad en sentido amplio. Pero quiero referirme aquí a las que estimo más relevantes a los efectos de una regulación común europea del Derecho penal económico: 1/ la exclusión de la responsabilidad objetiva y la correlativa exigencia de dolo o imprudencia; 2/ la exigencia de admisión de consecuencias

⁴ Para una exposición general de la situación del principio de culpabilidad en el Derecho penal europeo sigue siendo válido JESCHECK, *Myazawa Festschrift*, p. 368 y ss., con la corrección de las novedades del posterior nuevo Código penal español de 1995.

exonerantes o atenuantes de la pena en los diversos supuestos de error y 3/ las consecuencias procesales de la exclusión de la responsabilidad objetiva

II. La exigencia de que el hecho delictivo haya sido cometido dolosamente o, al menos por imprudencia.

Aún cuando hay zonas de ambos conceptos que resultan discutidas -dolo eventual y culpa consciente, incluso los propios conceptos como tales⁵ -, en lo que hay pleno acuerdo es en la exclusión de la responsabilidad objetiva, es decir en el rechazo a la imposición de una pena por un hecho a quien no resulta tal hecho imputable por no haber sido dicho hecho querido por el sujeto o no ser resultado de un comportamiento peligroso y contrario al deber de cuidado⁶.

La exclusión de la responsabilidad objetiva comporta no sólo la de las más burdas y arbitrarias imputaciones de hechos puramente casuales o resultados de fuerza mayor, sino también la de las llamadas manifestaciones ocultas⁷ de responsabilidad objetiva:

- Los delitos cualificados por el resultado.
- Los delitos preterintencionales.
- Los sistemas en los que la proclamación de la exigencia de dolo o imprudencia no viene acompañada de la exigencia de

⁵ Resulta de interés, no obstante, señalar como dentro de la imputación subjetiva existe una divergencia significativa en relación a los conceptos de dolo eventual y *recklessness*. Vid. al respecto M. M. DIAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia 1994. En relación a la dogmática del dolo vid. P. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia 1999.

⁶ Todavía mantienen sistemas de responsabilidad objetiva numerosos países en diferentes áreas como Inglaterra, Dinamarca, Francia y Grecia. Vi. HILDEBRANT, *Der Irrtum im Bussgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1990, p. 91 y ss.; TIEDEMANN, *Principes généraux applicables aux sanctions communautaires*, en "The system of administrative and penal sanctions in the member states of european communities", vol.2, Luxemburgo 1994, p.26 y ss.

⁷ Sobre la categoría de las "manifestaciones ocultas" de la responsabilidad objetiva v. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva e responsabilità soggettiva*, en "II Jornadas italo-franco-luso españolas de Derecho penal", Avila -Alcalá de Henares, Avila 1981, p.125 ss.

una prueba en juicio, a cargo de la acusación, de la efectiva concurrencia del dolo o la imprudencia, lo que acontece también los supuestos de presunciones de dolo o de imprudencia.

Podrá advertirse que ni los delitos cualificados por el resultado en Alemania ni los preterintencionales en Italia se reputan contrarios al principio de culpabilidad. La razón es doble: los delitos cualificados por el resultado derivados del sistema del *versari in re ilícita* han sido corregidos por la exigencia de relación de imprudencia respecto del resultado y, además, gracias al sistema de determinación legal de la pena, la pena en estos delitos no resulta desproporcionada. En España con el sistema de penas tradicional la cláusula de la imprudencia no corregía la desproporción de la pena en tales delitos y por ello el nuevo código ha suprimido todos los supuestos⁸.

Creo que en Italia ocurre algo parecido con los delitos preterintencionales⁹: la pena resultante no parece desproporcionada a la gravedad de la conducta del combinado delito base/resultado ulterior no querido, es decir no resulta desproporcionada con lo que resultaría de un tratamiento de concurso ideal entre el delito base doloso y delito imprudente de resultado.

Con lo dicho quiero llamar la atención respecto de que el juicio sobre la adecuación o no de estas dos variantes de la imputación subjetiva se resuelven por un juicio de proporcionalidad entre el desvalor de las conductas y las penas que efectivamente corresponden.

III. La admisión de consecuencias exonerantes o atenuantes de la pena en los supuestos de error.

⁸ Vid. por todos J. L. DIEZ RIPOLLES, *Los delitos calificados por el resultado y el art. 3º del Proyecto de CP español de 1980*, en “ADPCP” 1982, p. 627 y ss .

⁹ Sobre los delitos preterintencionales v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padua 1992, p. 357 ss.

Más allá de la moderna concepción dogmática de los errores de tipo y de prohibición, lo que resulta evidente es que la moderna proclamación del principio de culpabilidad supone la exclusión de responsabilidad del que comete el delito sin quererlo ni saberlo, y sin poderlo saber. Tradicionalmente se diferenciaba entre error de hecho y error de derecho (*error iuris*) y hoy se distinguen entre error de tipo y error de prohibición. Es bien conocido que se trata de conceptos diferentes, pues cada pareja se aplica a estructuras conceptuales diferentes. Pero lo que importa es la novedad jurídico cultural actual: mientras que históricamente se admitió la relevancia del error de hecho -para eximir la pena o, en su caso, reducirla a la propia del delito imprudente- y se negó relevancia al *error iuris* (*error iuris nocet*), la convicción jurídica del presente proclama que el error invencible de hecho y de derecho excluye la responsabilidad penal-, y lo único que se discute son las consecuencias que deber tener el error vencible o culpable de derecho, es decir de prohibición-. Y es más, lo único que se discute en realidad son las consecuencias que deben atribuirse en la determinación de la pena a los supuestos de error de prohibición: atenuación obligatoria o facultativa y grado de atenuación¹⁰.

En realidad lo que se discute entre los partidarios de la teoría del dolo o de la culpabilidad es la cuestión de la pena y, en fondo, lo que se maneja son dos argumentos extrasistemáticos: el juicio de proporcionalidad y el de las necesidades preventivas. En cuanto al primero, desde la consideración de que la conducta realizada en error vencible de prohibición es menos grave que la conducta con plena conciencia de la antijuricidad, los partidarios de la teoría del dolo pretenden excluir la pena del dolo y reducirla a la de la imprudencia, y los partidarios de la teoría de la culpabilidad, ante el posible debilitamiento preventivo general de la norma a que lleva el tratamiento anterior, proponen la atenuación sólo facultativa u obligatoria de la pena del dolo.

¹⁰ Sobre el tratamiento del error en los diferentes países. Obra de HILDEBRANDT cit., sobre el del TJCE v. A. NIETO MARTIN, *Fraudes comunitarios*, Praxis, Barcelona 1996, p.193 y ss.

Que esto es así, es decir, que lo que se está discutiendo es sobre todo de proporcionalidad¹¹ y de prevención general se manifiesta plásticamente en el hecho de que los partidarios de la teoría de la culpabilidad cuando salen del derecho penal nuclear y se enfrentan al derecho penal accesorio o a los errores sobre elementos legales, extrapenales de las normas penales en blanco, y advierten el exceso desproporcionado de la pena a que lleva su teoría, propugnan la aplicación a estos errores sobre normas extrapenales de la teoría de dolo, es decir, sólo se responde con la pena menor del delito imprudente y eso si éste existe¹².

A su vez y como consecuencia del proceso inflacionario de errores de tipo derivado del desarrollo dogmático de la teoría de los elementos normativo-jurídicos del delito- particularmente epidémico en Derecho penal económico- y que convierte en errores de tipo, sin un correlativo tipo imprudente, y, por tanto, en conductas impunes, lo que en realidad son o antes eran errores de prohibición, los partidarios de la teoría de la culpabilidad que conocen bien el Derecho penal económico, conscientes del déficit preventivo general que en éste ámbito provoca la impunidad de las conductas de error sobre los elementos normativos, proponen a veces con éxito -como en el caso de las estafas de subvenciones- la creación de tipos imprudentes, a modo de tipos de recogida, a fin de que la verdad dogmática no se convierta en el principal factor criminógeno.

El hilo conductor hacia una salida nos lo pueden proporcionar las reflexiones siguientes: Quienes pertenecemos al círculo de la teoría del delito no podemos reprochar razonablemente a las legislaciones que se mantienen en el *error*

¹¹ El argumento de la proporcionalidad se ha aplicado en Derecho penal prácticamente solo al problema de la proporcionalidad de las penas, ya desde Beccaria. Un debate interesante, aunque frustrado, sobre la relación entre los principios de culpabilidad y de proporcionalidad en Derecho penal fue el de Ellscheid/Hassemer y Arthur Kaufmann, vid. síntesis en ROXIN, *Strafrecht*, A.T., 3, 52, p. 43.

¹² Vid. por todos, K. TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico*, Ariel, Barcelona 1993, p. 158 y ss. y MARTINEZ BUJAN, *Derecho penal económico, Parte General*, Tirant, Valencia 1998, p. 181 y ss.

iuris nocet no es que vivan en el error -dogmático-, pues es reproche para ellos irrelevante, ya que carecen de toda conciencia de la antijuricidad al respecto y, además, de modo “inevitable” (*unverschuldt*), pues no tienen modo de alcanzar súbitamente dicho conocimiento. Lo que podremos reprocharles nosotros es que imponen penas desproporcionadas a la respectiva gravedad de las conductas pues, lo más grave, en unos casos, en los de error inevitable de prohibición, penan a quien desconocía por completo y de modo inevitable la antijuricidad de su conducta con la misma pena con la que castigan a quien es plenamente consciente de ello. Y lo que resulta -no tan grave-, en otros casos -los de error evitable de prohibición-, castigan a quien podía haberse informado de lo antijurídico de su actuar y no lo hizo por falta de diligencia, con la misma pena con la que castigan a quien se informó y, a pesar de saber que su conducta era antijurídica, cometió el delito.

En definitiva, lo que podemos reprochar a los colegas y legisladores que viven en la oscuridad con alguna posibilidad de que nos escuchen y nos entiendan es su actuar desproporcionado y, en definitiva su arbitrariedad y su desprecio al principio de igualdad. Y de estos argumentos sí que entienden, entre otras razones porque tienen oportunidad de leer y comprender en su propia lengua las sentencias del Tribunal Europeo de Justicia, en cuya elaboración inclusive participan y, además, lo hacen creativamente.

Si esto es así, la tarea para una regulación del error en un *corpus iuris* jurídicamente multicultural es el decidir que niveles de gravedad revisten las conductas que incurren en los tipos de error y definir para ellos unas consecuencias jurídicas al margen de la “correcta” solución dogmática.

Así creo que se puede formular lo siguiente:

1. La conducta más grave es la conducta dolosa, por eso la tradición atribuye al delito doloso una pena más grave que al delito correspondiente al delito imprudente. Es a partir de la pena del dolo desde donde hay que comparar las penas que corresponde a las variantes subjetivas de los diversos tipos de error y al delito imprudente.

2.1 La conducta *menos grave* es la conducta en la que no hay rastro de dolo ni de imprudencia (ni fundamento de reproche moral o jurídico alguno): la conducta impune por atípica. Por ello deben ser impunes como delito doloso las conductas realizadas por un error inevitable de tipo, pues no hay rastro ni de dolo ni de imprudencia ni posibilidad de reproche moral o jurídico alguno.

2.2. Por lo mismo debe ser impune la conducta que realiza el tipo penal en error inevitable de prohibición. Pues si no pudo evitarlo es tan irreprochable su conducta personal como la de quien realiza una conducta que no constituye delito alguno.

Castigar en ambos supuestos sería un exceso arbitrario sobre el sentido jurídico de las normas penales (tanto en el sentido de normas de justicia, como en el sentido normas de motivación de las conductas humanas). Sería tan arbitrario y desproporcionado como, en otro ámbito del debate dogmático, castigar a quien mató a la mosca de Welzel/Hirsch.

3.1. Si el error que determina al sujeto es un error evitable de tipo, su conducta no puede castigarse con la pena del dolo, pues en el caso de error no hay conceptualmente dolo, y no sería proporcionado castigar la misma conducta cuando hay dolo y cuando no lo hay. Sólo podemos castigar esa conducta en error de tipo sí por sí misma constituye un delito imprudente, en el que la pena reprocha la infracción de un deber objetivo de cuidado, lo que comporta siempre una pena menor a la del correlativo tipo doloso.

3.2. Si el error que determina al sujeto es un error evitable sobre la prohibición, es evidente que sería desproporcionado dejarlo impune, como si se tratase de un error inevitable y, a la vez, resultaría desproporcionado castigarle con la misma pena (en toda su extensión) que si el sujeto hubiere realizado la conducta con plena conciencia de su antijuricidad. Es pues evidente que razones de proporcionalidad exigen castigar a quien actúa con error culpable de prohibición con pena menor a la de quien actúa a sabiendas de ello. Si a este último le corresponde un determinado marco penal con un máximo y un mínimo, la pena del supuesto de error de prohibición debe ser inferior al mínimo. (Es decir, el sistema español de la pena obligatoriamente atenuada). Cuando lo que la Ley dispone es que en el error de prohibición si cabe la pena mínima del delito doloso (hasta la

pena mínima, o exclusión sólo de la pena más grave o de su marco superior no se está siendo consecuente con el principio de proporcionalidad, sino que han entrado en juego consideraciones pragmáticas de prevención general o relativas a dificultad objetiva para probar por parte de la acusación que el error no existió, y se teme correr el riesgo de tener que asumir como errores evitables o conductas en las que no hubo error relevante alguno, que es algo que repugna también al principio de igualdad y resulta, en consecuencia, desproporcionado .

En definitiva lo único que nos quedaría por discutir si es (más) justo o (más) proporcionado tratar el caso de error de prohibición vencible con la pena mínima del delito doloso o con una pena inferior a la mínima o, por espíritu nacional y por espíritu y proporcional, me inclinó personalmente por esta solución última solución.

1.4. Nos quedaría por último un problema que es a la vez teórico y práctico: el del error vencible sobre los elementos jurídico normativos del tipo, se encuentren directamente en el tipo penal o en la Blankette.

Para los penalistas del círculo de la teoría del delito es evidente la dimensión teórica del problema y las consecuencias dogmáticas y político-criminales: el error sobre los elementos normativos es un error de tipo que excluye el dolo y sólo hay castigo penal si hay tipo imprudente, tal circunstancia no suele ser frecuente, con lo que impera la impunidad, razón por la que una de dos, o se decide la creación de nuevos tipos imprudentes o hay que hacer el esfuerzo “teórico” de poner la aplicación al error sobre los elementos normativo-jurídicos del tipo de la teoría de la culpabilidad.

Nuestro problema principal en este ámbito es el de *traducir* nuestras reflexiones teóricas y prácticas a los colegas y legisladores ajenos a nuestro *círculo*. Lo que yo propongo es que no intentemos traducir nuestro lenguaje, sino que intentemos ponernos de acuerdo todos juntos sobre la regla gramatical: la regla de cómo tratar penalmente los errores vencibles sobre elementos jurídico-normativos del tipo penal en los delitos económicos. A este respecto mi criterio es el siguiente: tratarlos con una pena inferior a la mínima del delito doloso: es decir con una pena inferior a la que podría corresponder sí el sujeto a pesar

de haberse informado el sujeto sobre la norma jurídica, realiza la conducta a sabiendas de que la norma existe y en conocimiento de su contenido. Esta propuesta representa la reaparición de una *culpa iuris*, pero su fundamento se asienta sólo en razones de proporcionalidad del grado de desvalor de la conducta en este caso y en el del error vencible de prohibición.

El inconveniente de esta fórmula es que desborda el criterio político criminal de la punibilidad limitada de la imprudencia. Pero es que creo que este criterio político criminal representa en Derecho penal económico o bien un sistema de impunidad generalizada o bien la necesidad de hacer proliferar tipos imprudentes de recogida (*Aufgantatbestände*), que no resultan coherente con la política criminal de restricción de los tipos imprudentes de impera con acierto en el Derecho penal patrimonial general.

Para terminar, la propuesta se formula en la convicción de que en el ámbito del Derecho penal económico al destinatario de las normas no es un ciudadano abstracto o lego, sino un operador o agente económico, que en un Estado social y democrático de Derecho no puede considerarse liberado de un especial deber de conocimiento y observación de las normas que regulan y tutelan el orden económico. Se trata, por ello, de ciudadanos que voluntariamente se sitúan en una posición y ante un deber de garantía que fundamenta un especial deber de esforzarse en la información y conocimiento de las normas que regulan el espacio de acción social en el que voluntariamente ha decidido participar

¹³

Propuesta de regulación de los supuestos de error

1. El error invencible (inevitable) sobre los elementos esenciales de las infracciones o sobre la prohibición, las normas legales o la interpretación excluye la pena.

¹³ Vid. ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la Hacienda pública en material de subvenciones*, MJ, Madrid 1987, p. 99 y ss. Para el difícil asunto de los criterios de vencibilidad del error de prohibición v. A. NIETO MARTIN, *El conocimiento del Derecho (Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición)*. Ed. Atelier. Barcelona. 1999.

2. 1. El error vencible (evitable) sobre los elementos esenciales de la infracción excluye la pena, salvo que la conducta este prevista como delito imprudente (como delito de imprudencia grave).

2. 2. El error vencible (evitable) sobre la prohibición, las normas legales o sobre la interpretación de la Ley determinará la imposición de una pena atenuada (excluyendo en todo caso la imposición de su grado mínimo / la imposición de la pena mínima prevista para el delito o, en su caso, una pena atenuada) .

IV. Exclusión de la responsabilidad objetiva.

En los países en los que se mantienen fórmulas de imputaciones que se corresponden con la responsabilidad objetiva la cuestión no es producto tanto de un juicio de valor, sino de un juicio pragmático y de una preocupación por la eficacia preventiva general de las normas.

Los supuestos de responsabilidad objetiva se dan por ejemplo en el Derecho anglosajón, en el derecho formal de las contravenciones, así como en todos aquellos casos en los que las leyes contienen presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad. Fórmulas atenuadas de responsabilidad objetiva son las cláusulas que imponen la inversión de la carga de la prueba en general o, tan sólo, en las presunciones *iuris tantum*.

Para afrontar estos sistemas o supuestos y someterlos al efectivo cumplimiento del principio de culpabilidad parece necesario instrumentar una estrategia más compleja que la mera proclamación en la norma europea (*Corpus iuris*) de la exigencia radical de dolo o imprudencia.

Que no basta la proclamación general para conseguir la eficacia resulta manifiesto en el caso de Francia, en el que la proclamación general de la exigencia de dolo o imprudencia en los delitos se ve acompañada por la excepción del principio en la contravenciones.

La lucha en la plano europeo contra la responsabilidad objetiva no puede resultar diferente a como se ha sucedido ésta en los ordenamientos nacionales, en los que, por lo común, a la proclamación general del principio y su vigencia para los casos de

delitos más graves ha tenido que seguir una acción contra las manifestaciones secundarias u ocultas de la responsabilidad objetiva.

Se debe seguir, en consecuencia, una táctica tónica, por grupos de problemas, que deben abordarse con instrumentos argumentales distintos del principio general de culpabilidad.

Un signo o muestra de los que propongo es desarrollar como táctica lo que ha sido el modo de abordar el problema de la responsabilidad objetiva por los tribunales europeos - asuntos Hansen, por parte del TJCE¹⁴ y Salabiaku, TEDH¹⁵. En ambos casos la respuesta no ha consistido en esgrimir el principio de culpabilidad, sino precisamente el principio de proporcionalidad, declarando incompatible con el Derecho Comunitario o al CEDH los supuestos de responsabilidad objetiva que conducen a sanciones desproporcionadas. Este argumento excluye los casos más graves de responsabilidad objetiva, con el valor añadido de que lo hace penetrando con eficacia en todos los ordenamientos de la Unión, al provenir de Luxemburgo.

Otra aproximación táctica a la lucha contra las formas de responsabilidad objetiva que puede resultar exitosa es la vía de los derechos procesales del acusado¹⁶. La contribución al progreso del Derecho penal desde el progreso del Derecho procesal penal a partir del *due proces* de sistema anglosajón es bien conocida, y su manejo podría ser eficaz para afrontar los supuestos de presunciones y de inversión de la carga de la prueba o del *dolus ex re*.

¹⁴ Vid. En relación a esta jurisprudencia NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitario*, Op. Cit., p. 296-297; 187y ss.).

¹⁵ STEDH, *Salabiaku*, de 7-X-1988.

¹⁶ En relación al principio de presunción de inocencia y la prueba de los elementos subjetivos, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos del delito. Bases metodológicas*. Valencia. Tirant. Q990, p.48 y ss. Y passim.