

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.3

LA LEY PENAL EN BLANCO: concepto y cuestiones conexas***

KLAUS TIEDEMANN

Resumo: O artigo traça o conceito de lei penal em branco, em sentido estrito, e outras questões conexas ao tema, como a técnica do “espaço em branco”, a lei temporal e sua aplicação no Direito Penal Econômico e erro sobre questões de Direito.

Palavras-chave: Lei penal em branco – Tipos penais abertos – Lei temporal – Erro de direito.

A. La ley penal en blanco

I. Se califican de leyes penales en blanco en sentido amplio todos los tipos penales “abiertos”, los cuales no describen enteramente la acción y/o la materia de prohibición y se encuentran, por consiguiente, necesitados de complementación. En un examen más pormenorizado, sin embargo, deben realizarse dentro del amplio espectro de tipos penales abiertos diferenciaciones terminológicas y de contenido que conducen, en definitiva, a un concepto de ley penal en blanco en sentido estricto (cfr. para lo que sigue ya Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 87 y ss., con referencias):

La necesidad de recurrir a otros artículos de la misma u otra ley para la interpretación de ciertos tipos y elementos del tipo no constituye propiamente una técnica legislativa singular; en este sentido puede hablarse de remisiones

(*) Artículo publicado en *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, vol. 1, n. 2, 1998, p. 515-541.

(**) Traducción de varias contribuciones del prof. Tiedemann al *Krekeler, Wilhelm/ Tiedemann, Klaus/Ulsenheimer, Klaus/Weinmann, Günther (ed.), Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts (mit Ordnungswidrigkeiten- und Verfahrensrecht)* [HWiStR], C. F. Müller, Heidelberg, 1985 y ss. “Blankettstrafgesetz” (5.ª entrega, mayo de 1990), “Zeitgesetz” (4.ª entrega, noviembre de 1988), ‘Auslegung’ (1.ª entrega, agosto de 1986) e “Irrtum über Rechtsfragen” (4.ª entrega, noviembre de 1988), a cargo de Antoni Llabrés Fuster, profesor ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Valencia – Estudio General. Véanse las abreviaturas utilizadas en la última página.

expresas y concluyentes (son ejemplos de *remisiones* expresas al Derecho Mercantil las contenidas en los §§ 283 I n. 7 y 283 b I n. 3 del StGB para el "balance", o concluyentes las efectuadas al BGB mediante la idea de "ajenidad" de los §§ 242 y 246 del StGB).¹ Generalmente se trata, por lo que respecta a estos conceptos de remisión, de *elementos del tipo normativos* o valorativos, cuya verificación presupone la vigencia y aplicación de normas (jurídicas): los elementos normativos del tipo remiten a normas (Schlüchter, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983, p. 26; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 90). En cambio, según la doctrina dominante desde Binding, la verdadera ley penal en blanco se caracteriza por exigir que la integración del precepto penal o contravencional² proceda del acto de una instancia distinta de la que establece la conminación penal (la así llamada remisión externa; vid. BGHSt 6, p. 30 y ss., p. 40 y s.; Tiedemann, loc. cit., p. 94, con ulteriores referencias; Winkelbauer, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 15). De este modo, se trata sobre todo de supuestos de remisión a disposiciones administrativas generales (reglamentos jurídicos o administrativos), pero también, según una opinión controvertida, de supuestos de reenvío a actos particulares de la Administración (actos administrativos). Constituye un ejemplo de remisión a reglamentos jurídicos el

- (1) El § 283 del StGB recoge distintas figuras de insolvencias punibles y, en concreto, en su apartado I n. 7, la conducta de quien, en una situación de endeudamiento excesivo o de insolvencia inminente o ya declarada y contraviniendo las normas del Derecho Mercantil, realice el balance de manera tal que dificulte el cabal entendimiento de la propia situación patrimonial (a) u omite realizar el balance patrimonial o inventario en los plazos prescritos (b). Por su parte, el § 283 b I n. 3 tipifica estas dos últimas conductas en cualquier otra situación.

Los §§ 242 y 246 del StGB, por su lado, tipifican, respectivamente, el hurto y la apropiación indebida. Estos dos párrafos han sido modificados por la 6.ª Ley para la Reforma del Derecho Penal (6. StRG), de 26.02.1998, en vigor desde el 1 de abril: se extiende la conducta típica a los casos en que no es el sujeto activo, sino un tercero, quien se apropia finalmente de la cosa [N. del T.].

- (2) Traduzco en lo que sigue *BuBgeldtatbestand* (*BuBgeldvorschrift* en este primer caso) por "tipo contravencional", aunque también podría haber optado por la expresión "tipo de la infracción administrativa", "tipo administrativo sancionador" o simplemente, y guardando quizá una mayor fidelidad al original, "tipo de la multa administrativa" (designándola, pues, a partir de la consecuencia jurídica que lleva aparejada esta clase de infracciones). Aunque a menudo se vierte *GeidbuBe* como "multa administrativa", *Ordnungswidrigkeit* como "infracción administrativa" o *Ordnungswidrigkeitenrecht* como "Derecho Administrativo sancionador", me parece más adecuado utilizar el término "contravención" (y el quizás poco elegante adjetivo "contravencional"), debido a que, al no referirse en castellano a una concreta clase de infracción y estar suficientemente asentado en este contexto, permite precisamente destacar la falta de equivalente en nuestro ordenamiento a las *Ordnungswidrigkeiten* y las *GeldbuBe*: la imposición de éstas últimas por parte de la Administración puede ser recurrida por el sancionado ante la jurisdicción penal en un procedimiento singular [N. del T.].

329 I, primer inciso, del StGB (¡reglamentos *anti-Smog!*), cuyo inciso segundo declara también punible la infracción de disposiciones administrativas particulares susceptibles de ejecución (al respecto, Winkelbauer, p. 15 y s.).³ Igualmente, en el § 3 de la WiStG es suficiente con que el autor “infringiere un precepto jurídico sobre precios” etc., o “una disposición susceptible de ejecución dictada en virtud de un precepto tal” (contravención). Pero se da también una ley penal en blanco en sentido estricto cuando la vulneración de normas no jurídicas es presupuesto constitutivo de la infracción. Esto puede ser aceptado para la infracción de las “reglas de la técnica generalmente reconocidas” en la planificación, dirección y ejecución de una construcción (§ 323 I del StGB), siempre que en el tipo penal de peligros en la construcción se reputa bien protegido –al menos también– la seguridad en el trabajo (Tiedemann, *Jura*, 1982, p. 371 y ss., p. 377). Por contra, por lo que se refiere a la integridad o a la vida como bienes protegidos, las reglas de la técnica constituyen, de modo semejante a los deberes del tráfico en el *delito imprudente*, conceptos jurídicos indeterminados que el juez debe concretar (Tiedemann, ult. loc. cit., con referencias; Schünemann, en *Lackner-FS*, p. 373).⁴ En cuanto a la terminología, se denomina “norma de complemento” a la disposición que colma o integra la conminación penal (vid. sólo Schönke/Schröder/Eser, n.m. 3 previo al § 1). Debe observarse, con todo, que, en general, el *uso del lenguaje* en la doctrina y en la jurisprudencia es a menudo poco técnico, particularmente cuando se denomina ley penal en blanco al tipo de la defraudación tributaria (§ 370 de la AO) (así, por ejemplo, por parte de BGH, *Wistra*, 1982, p. 108 y ss., p. 109). Este uso del lenguaje resulta inadecuado, porque la doctrina mayoritaria, especialmente desde el punto de vista del error y del dolo, trata de forma diferenciada, si no diametralmente opuesta, a las leyes penales en blanco y a los elementos normativos del tipo (de esta opinión, *KK-OWiG-Rengier*, § 11 nn.mm. 24 y 28).⁵ Sin embargo, a favor de incluir con carácter general en el concepto de ley penal en blanco también la llamada remisión interna, se muestra *KK-OWiG-Rogall*, n.m. 16 previo al § 1, con más amplias referencias.

II. La razón del empleo de la técnica del “espacio en blanco” radica fundamentalmente en que al establecer un marco de prohibición penal deben ser tenidas en cuenta necesidades de la regulación y circunstancias cambiantes en el espacio

(3) El § 329 del StGB incrimina la puesta en peligro de espacios necesitados de protección: exige como requisito típico en el primer inciso de su apartado I la infracción de un reglamento dictado en virtud de la ley federal de protección contra la difusión de partículas [“*Immission*”] (BISchG), y en el inciso segundo se requiere contravenir una disposición susceptible de ejecución dictada en virtud de uno de los reglamentos a los que se refiere el inciso anterior [N. del T.].

(4) El § 323 I del StGB tipifica el delito de peligros en la construcción exigiendo para su verificación la puesta en peligro de la vida o la integridad de las personas [N. del T.].

(5) El § 370 de la AO constituye un paradigma de redacción trufada de referencias normativas extrapenales: “hechos tributariamente relevantes”, “de modo contrario a deber”, “beneficios tributarios indebidos” etc. [N. del T.].

y en el tiempo (un resumen en Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 96). De aquí deriva en buena medida, asimismo, la distinción entre la ley penal en blanco y las remisiones (vid. Winkelbauer, p. 13). De este modo, la ley penal en blanco con frecuencia se corresponde con una ley temporal, sin que tenga que ser, empero, necesariamente idéntica a ésta (vid. el apartado B). Además, la técnica del "espacio en blanco" se encuentra condicionada constitucionalmente, por cuanto que sólo a través de la forma de la ley puede el legislador federal desarrollar de manera unitaria la política económica, mientras que las concretas decisiones particulares, en cambio, deben quedar confiadas a la Administración (generalmente: de los Estados Federados) (Tiedemann, ult. loc. cit., p. 99, con referencias).

1. El contexto constitucional así caracterizado constituye, asimismo, el punto de partida de mayor calado para la formulación de *críticas* y reparos a la figura de la ley penal en blanco. Mientras, desde consideraciones de orden constitucional, resultan particularmente cuestionadas las remisiones dinámicas, abiertas de cara al futuro, a fuer de delegación inadmisibles o abdicación del legislador ante la Administración u otras instancias (vid. por todos Bullinger, *Selbstermächtigung*, p. 22; Ossenbühl, *DVBl.*, 1967, p. 408), revisten especial interés objeciones de naturaleza penal de carácter general que emanan del mandato de determinación legal del tipo (art. 103 II de la GG, §§ 1 del StGB y 3 de la OWiG):⁶ la descripción de una *acción* punible requerida por la constitución alcanza, en el caso de la ley penal en blanco, el más elevado grado de abstracción de la "infracción", de manera que en virtud de la ley (penal) tan sólo es posible advertir que una acción humana debe encontrarse relacionada con determinadas ramas del ordenamiento (p. ej., precios) (Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 96 y s., p. 239 y ss., con referencias). La jurisprudencia del BVerfG y del BGH exige, por lo que concierne a esa suerte de remisiones a disposiciones administrativas, que la prohibición penal tiene que ser ya *previsible a partir de la ley*, de modo que únicamente las cuestiones de detalle [*Spezifizierung*] pueden ser dejadas en manos del titular del poder reglamentario (BVerfGE 14, p. 174 y ss., 185; 14, p. 245 y ss., p. 251 y s.; 14, p. 254 y ss., p. 257; 22, p. 1 y ss., p. 19; 22, p. 21 y ss., p. 25; 23, p. 265 y ss.; 37, 201 [209]; 41, p. 314 y ss.; 51, p. 60 y ss.; 75, p. 329 y ss.; 76, p. 171 y ss.; BGHSt 21, p. 135 y ss., p. 137; de acuerdo *KK-OWiG-Rogall* § 3, n.m. 16; Jescheck, *AT*, 4. ed., p. 99; Schönke/Schröder/Eser, § 1 n.m. 8; Tröndle, *LK*, § 1 n.m. 11). Concretamente, en relación con el enmarañado e intrincado ordenamiento del vino de la Comunidad Europea, el OLG de Coblenza (*NStZ*, 1989, p. 189 y ss.) ha manifestado que, en la remisión de la ley penal en blanco a reglamentos, la materia

(6) Art. 103 II de la GG: "Un hecho sólo puede ser castigado si su punibilidad se hallaba determinada por ley de modo previo a su comisión". El § 1 del StGB [*No hay pena sin ley*] posee idéntico tenor.

§ 3 de la OWiG [*No hay sanción sin ley*]: "Una acción sólo puede ser sancionada como contravención si esa posibilidad se hallaba determinada por ley de modo previo a su comisión" [N. del T.].

de prohibición penalmente reforzada tiene que resultar ya suficientemente determinada a partir de la norma penal ensamblada con el reglamento estéticamente tomado como objeto de referencia; no se satisface esta condición cuando un reglamento expresamente tomado como objeto de la remisión es derogado y se dicta un nuevo reglamento del mismo contenido. En este caso, el legislador debe adecuar la norma en blanco al nuevo reglamento y remitirla a él de modo expreso. En el aire queda por ahora si esta jurisprudencia, referida a *reglamentos* jurídicos, no debería postular restricciones más severas para otras normas de rango inferior a la ley, toda vez que, hasta el momento, y ya por lo que respecta a aquellos, termina por conducir, al socaire de una equiparación entre “especificación” y “concreción”, a una mera ficción de la previsibilidad (cfr. ya Tiedemann, *op. cit.*, p. 254 y ss.). De ahí que parezca atinado, por razones de orden constitucional, interpretar *restrictivamente*, en todo caso, las *leyes penales en blanco totalmente abiertas* (Tiedemann, *op. cit.*, p. 260 y ss.; de acuerdo, Göhler, n.m. 19 previo al § 1). Sea como fuere, debe ser el propio legislador quien tome la decisión última sobre el posible contenido de la norma de comportamiento. De manera que, en cuanto deja el legislador plena libertad a la Administración para establecer obligaciones de comportamiento, el correspondiente tipo penal o contravencional deviene inconstitucional por vulnerar el art. 103 II o el art. 104 I, primer inciso de la GG (BVerfG, *Wistra*, 1989, p. 139 y ss.).⁷

En la práctica, se incrementa finalmente la previsibilidad en la medida en que la norma de complemento *remita* al refuerzo penal o contravencional (la así llamada remisión inversa; cfr., p. ej., el § 3 I de la WiStG; sobre ello, Göhler, loc. cit., n.m. 18, y Tiedemann, *op. cit.*, p. 267).⁸ En cambio, y según la en este punto acertada jurisprudencia del BVerfG (BVerfGE 14, p. 245 y ss., p. 251; 26, p. 42 y ss.), a medida que disminuye la gravedad de la sanción se relaja la garantía consagrada en el art. 103 II de la GG, que resulta así, por principio, más débil en el Derecho de Contravenciones que en el Derecho Penal nuclear (Tiedemann, *op. cit.*, p. 197 y ss.).

Sobre la base de la jurisprudencia, tanto del BVerfG como del BGH, existe hoy acuerdo sustancial en que las disposiciones jurídicas extrapenales tomadas como objeto de remisión deben ser contempladas como parte integrante del tipo penal o contravencional, de modo que tienen que ajustarse a lo dispuesto en el art. 103 II de la GG, y en particular someterse a la *prohibición de analogía* (BVerfGE 41, p. 319 y ss.; 48, p. 60 y s.; BGHSt 20, p. 180 y ss., abandonando la jurisprudencia anterior). Por eso resulta ciertamente discutible, a la postre, si y cuándo conclusiones analógicas admisibles extramuros del Derecho Penal pueden ser

⁽⁷⁾ Art. 104 I, primer inciso, de la GG: “La libertad personal sólo puede ser restringida en virtud de una ley formal y con observancia de las formalidades en ella prescritas” [N. del T.].

⁽⁸⁾ El § 31 de la OWiG condiciona el castigo de la infracción de las disposiciones sobre la regulación de precios a que éstas, a su vez, remitan al propio § 31 [N. del T.].

aceptadas para la determinación del contenido de los tipos penales o contravencionales o, por el contrario, deben quedar fuera de toda consideración (vid. el apartado C).

2. Las objeciones y reparos antes mencionados aumentan —desde la óptica constitucional del principio democrático— en el caso, ya abordado a propósito del § 323 del StGB, en que la ley penal queda integrada por *normas privadas*. En efecto, en este punto el ejemplo del § 323 del StGB evidencia precisamente que también resulta adecuada una exacta precisión conceptual: el § 323 sólo constituye una ley penal en blanco si se considera justo típico —cuanto menos también— la vulneración de la seguridad en el trabajo; la verdadera acción típica radica entonces en la infracción de normas sobre cuyo contenido no ofrece la ley mayores especificaciones. Si se reputan, por contra, la vida y la integridad corporal como únicos bienes jurídicos protegidos en el § 323, entonces el tipo penal entiende como acción típica la puesta en peligro de la vida o integridad corporal de un tercero, y la vulneración de las reglas de la técnica pasa a expresar exclusivamente, a la manera de un delito imprudente, de forma suplementaria y global, el criterio de enjuiciamiento de la contrariedad a deber de la puesta en peligro (Tiedemann, *Jura*, 1982, p. 377, con referencias; extensamente, Schünemann, en *Lackner-FS*, p. 372 y ss.).

3. Por lo que respecta a la *prohibición de retroactividad* de la ley penal desfavorable y al mandato de retroactividad de la más benigna (§ 2 del StGB, y de forma análoga el § 4 de la OWiG),⁹ se reconoce en principio, desde BGH 20, p.

(9) § 2 del StGB [*Vigencia temporal*]: “I. La pena y sus consecuencias se determinan con arreglo a la ley vigente en el momento del hecho. II. Si la conminación penal fuera modificada durante la comisión del hecho, se aplicará la ley vigente en el momento de su finalización. III. Si la ley vigente en el momento de la finalización del hecho fuera modificada antes de la resolución, se aplicará la ley más favorable. IV. Una ley que sólo deba regir para un lapso de tiempo determinado, se aplicará igualmente, aunque haya sido derogada, a los hechos que hubieran sido cometidos bajo su vigencia, salvo que legalmente se haya determinado otra cosa. V. Los apartados I a IV se aplicarán de forma análoga a la confiscación [de beneficios patrimoniales obtenidos ilícitamente], al comiso y a la inutilización [de los afectos o instrumentos del delito]. VI. Por lo que se refiere a las medidas de corrección y seguridad, se aplicará la ley vigente en el momento de la sentencia, salvo que legalmente se haya determinado otra cosa”.

§ 4 de la OWiG [*Vigencia temporal*]: “I. La multa administrativa se determina con arreglo a la ley vigente en el momento de la acción. II. Si la amenaza de multa administrativa fuera modificada durante el momento de la comisión de la acción, se aplicará la ley vigente en el momento de su finalización. III. Si la ley vigente en el momento de la finalización de la acción fuera modificada antes de la resolución, se aplicará la ley más favorable. IV. Una ley que sólo deba regir para un lapso de tiempo determinado será aplicada igualmente, aunque haya sido derogada, a las acciones cometidas bajo su vigencia, salvo que legalmente se haya determinado otra cosa. V. Por lo que respecta a las consecuencias accesorias de una contravención se aplicarán los apartados I a IV” [N. del T.].

177 y ss., que las modificaciones de las normas de complemento deben ser tratadas del mismo modo que las operadas en las leyes penales o contravencionales, "toda vez que en la práctica aquéllas conforman el 'tipo' de éstas" (Schönke/Schröder/Eser, § 2 n.m. 26, con referencias). Un parecer más reciente pretende exceptuar de esa consideración, sin embargo, a aquellas modificaciones normativas que sólo atañan "indirectamente" al tipo penal o contravencional o que "no afecten de forma sustancial al fin de protección y a la forma de ataque del tipo en blanco, ni tampoco, de este modo, al injusto realizado" (Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., con ulteriores referencias). Con ello se traslada parcialmente a la ley penal en blanco la doctrina de la continuidad del tipo de injusto (BGHSt 26, p. 167 y ss., p. 172 y s.; Tiedemann, JZ, 1975, p. 693; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 24, con más amplias referencias). Esto resulta sin duda coherente, pero otorga a la ley penal en blanco —a causa, además, de la frecuente aplicabilidad del § 2 IV, primer inciso del StGB— una vigencia, en perjuicio del afectado, especialmente amplia, muy por encima de la de las leyes penales "normales". De ahí que, en este sentido, Schönke/Schröder/Eser, § 2 n.m. 27, aboguen acertadamente por tomar en consideración la modificación de las normas de complemento cuando ésta incida en el fin de protección o en la forma de ataque, los cuales son para la "concreción del comportamiento", conjuntamente constitutivos del injusto; por consiguiente, "por regla general", debe ser considerada una modificación de la ley penal relevante a los efectos del § 2 III del StGB. No queda claro, con todo, por qué Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., pretenden exceptuar de ese atinado principio, en el ámbito del Derecho Penal tributario, a las modificaciones normativas "en virtud de las cuales la pretensión tributaria como tal resta intacta": el hecho de que la pretensión tributaria nacida conforme a la anterior regulación perdure también con arreglo a la nueva debe ser penalmente irrelevante, a menos que la propia nueva regulación de la normativa tributaria prevea su aplicación retroactiva. Esto es una argumentación circular que claramente se apoya, además, en suponer que una deuda tributaria nacida para un lapso de tiempo determinado consiste exclusivamente, sin atender a su configuración, causa y finalidad, en la obligación de satisfacer una suma de dinero (¡la cual obviamente no varía por una nueva valoración con efectos *ex nunc*!). Que esta suposición resulta desacertada para el Derecho Penal tributario no debe ni puede ser explicado aquí en detalle (cfr. ya Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976, vol. II, p. 118 y s., con ulteriores referencias). Una nueva valoración que no se agote en modificaciones meramente técnicas altera necesariamente la apreciación del merecimiento de pena también de una conducta anterior. El hecho de que el concreto objeto de la acción resultara ya lesionado, y de que subsista esa lesión, no impide la aplicación del § 2 III del StGB. Antes bien, este precepto precisamente presupone por fuerza una tal lesión. Debido a la falta de unos fundamentos teóricos suficientes en las doctrinas de la retroactividad, el parecer contrario ignora que el § 2 III del StGB, al igual que el § 4 III de la OWiG, conciernen únicamente a la norma de sanción (dirigida al juez), pero no, en cambio, a la norma de comportamiento (dirigida al autor) (cfr. ya Tiedemann, NJW, 1987, p. 1.247 y s.).

Que se haya realizado ya el injusto es, por consiguiente, presupuesto de los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG; el hecho de que este injusto se vea "afectado" por un cambio normativo ulterior constituye una cuestión relativa a la necesidad de pena. Esta cuestión difícilmente puede ser resuelta acudiendo al criterio de si los resultados se presentan como más o menos satisfactorios (así Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 23); por el contrario, una tal manifestación del sentido de la justicia resulta del todo inadecuada en el seno de las teorías sobre la vigencia de las normas (cfr. ya OLG Bremen, *NJW*, 1964, p. 2.262 y ss., refiriéndose a BGHSt 6, p. 32 y ss.). En suma, de la génesis de la redacción vigente del § 2 del StGB (sobre ello, Tiedemann/Dannecker, *Gesetzliche Milderung*, p. 36 y s., con referencias) se infiere que la solución correcta no puede residir en postular, al lado de un concepto de ley temporal muy amplio y asimismo sólo determinado por medio de la interpretación, y junto a la (controvertida) doctrina de la continuidad del tipo de injusto, difusas restricciones ulteriores que únicamente apelan al sentido de la justicia. Lo correcto será constatar en los casos límite, con un criterio ya utilizado por la jurisprudencia del RG, si tiene o no lugar un *cambio de valoración*. Este último debe negarse generalmente en el caso de mera variación de los importes de tarifas y bonificaciones, mas, por el contrario, debe ser afirmado para la nueva valoración por parte del legislador de las donaciones a partidos como "gastos de promoción de finalidades políticas" a través de los §§ 10 b II de la EStG y 9 n. 3 de la KStG en la redacción de 01.01.1984 (Tiedemann/Dannecker, loc. cit., p. 80).¹⁰ Este resultado aparece especialmente claro si —de acuerdo con la comisión de expertos para la lucha contra la criminalidad económica— se reputan de bien jurídico en el fraude fiscal no sólo la protección de la Hacienda pública, sino

(10) Alude Tiedemann al polémico *Parteispendenaffäre*: con la *Parteienfinanzierungsgesetz* de 22.12.1963 (en vigor desde el 01.02.1984) se modificaron la EStG (§10 b II) y la KStG (§ 9 n. 3) para dispensar a las donaciones a partidos la consideración de "gastos de promoción de finalidades políticas". Con ello, se pasó de un máximo tributariamente deducible de 1.800 marcos (3.600 en declaraciones conjuntas) a un total del 5% de los ingresos o un 5 por mil del total invertido en el pago de salarios y retribuciones en un mismo ejercicio. A partir de ahí fue objeto de debate qué normas extrapenales debían integrar las referencias normativas de los tipos de los §§ 370 y 378 de la AO para su aplicación, en más de 2.000 procedimientos penales, a las defraudaciones tributarias cometidas antes de la reforma (fundamentalmente vía donación encubierta a través de sociedades interpuestas de utilidad pública para poder deducir esos gastos de los impuestos): o bien la nueva ley (esto es, los tipos de la AO integrados con las normas tributarias en su redacción posterior más favorable), en virtud del § 2 III del StGB, o bien, considerando que la introducción de una cláusula temporal en la normativa extrapenal (los §§ 52 XVII a de la EStG y el 54 XIV de la KStG disponen que la nueva regulación se aplicará únicamente a partir del ejercicio de 1984) convierte en ley temporal a la ley penal misma, la ley penal integrada con las normas tributarias vigentes en el momento de los hechos, más desfavorable, por tanto, con arreglo al § 2 IV del StGB. El BGH optó en su sentencia de 28.02.1987, incorrectamente según Tiedemann, por esta última solución (BGHSt 34, p. 272 y ss.) [N. del T.].

también la sujeción de la recaudación tributaria a su finalidad (Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, loc. cit.): la modificación de los fines perseguidos con una exención tributaria altera también la referencia al bien jurídico, y con ello la valoración del hecho (para la relevancia del bien jurídico en nuestro contexto, acertadamente, *KK-OWiG-Rogall*, § 4 n.m. 11, el cual maneja, con todo, un concepto de ley penal en blanco demasiado amplio). Vale lo anterior, por ejemplo, cuando para la exportación de carne a África, con posterioridad, se hace extensivo el principio de restitución [subvenciones a la exportación] de la CEE a la llamada *Knochendünnung* (carne intercostal entre la novena y la decimotercera costilla) (Reglamento de la CEE 8.921/84, de 15.10.1984), porque su anterior no inclusión hacía necesario un despedazamiento de la carne relativamente minucioso; el reconocimiento legal de la relevancia del tiempo invertido y del costo laboral añadido significa en ese caso, también, una valoración distinta respecto al hecho de haber exportado la carne de vacuno con su correspondiente *Knochendünnung* (de otra opinión, en cambio, LG Munich I 3 KLS 317 Js 18.212/84, de 22.11.1985, cuando una presunta partida para la exportación de 628.997 kg de carne de vacuno fue facturada *adrede* con más de un 30% de *Knochendünnung*).

Escasamente dilucidado resulta igualmente el tratamiento del error sobre la existencia de las normas de complemento. La jurisprudencia ve en ello un mero error de prohibición en el sentido de los §§ 17 del StGB y 11 II de la OWiG (BGHSt 9, p.164 y ss., p. 172; 14, p. 223 y ss., p. 228; en los mismos términos Schönke/Schröder/Cramer § 15 n.m. 101, con referencias).¹¹ Por el contrario, la doctrina se cuestiona con mejor fundamento la posibilidad de un error de tipo: una "infracción" [*"Zu widerhandlung"*] sólo es cometida dolosamente cuando el autor conoce el contenido de la materia de prohibición [*"Zu wider" handlung*]¹² (vid. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 335 y ss., con referencias). El caso es que también la opinión opuesta hace con frecuencia excepciones en el supuesto de que el autor no conozca una *disposición particular* complementadora de la norma en blanco (*KK-OWiG-Rengier*, § 11 n.m. 27; Schönke/Schröder/Cramer,

⁽¹¹⁾ § 17 del StGB [*Error de prohibición*]: "Si, al cometer el hecho, desconoce el autor estar obrando antijurídicamente, actúa sin culpabilidad si no pudo evitar este error. Si el autor pudo evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49 I".

§ 11 II de la OWiG (*Error*): "Si, al realizar la acción, desconoce el autor estar haciendo algo no permitido, por ignorar, en concreto, la existencia o la aplicabilidad de una disposición jurídica, actúa de modo no reprochable si no pudo evitar este error" [N. del T.].

⁽¹²⁾ Utiliza aquí el autor un intraducible juego de palabras a partir del término *Zu widerhandlung*: sustantiviza la preposición *zu wider* (contrario a) para hacerla expresiva de aquello a lo que es contraria la acción, esto es, de lo que resulta infringido por la acción (*Handlung*), y, por consiguiente, de lo prohibido (*Verbotsmaterie der "Zu wider"*) [N. del T.].

loc. cit., n.m. 102). Por último, reina por lo general coincidencia en que los elementos formulados en las normas de complemento, esto es, el contenido de estas normas, pertenecen al tipo en el sentido de los §§ 16 del StGB y 11 I de la OWiG (Göhler, § 11 n.m. 3; Rengier, loc. cit., n.m. 25; Schönke/Schröder/Cramer, loc. cit., n.m. 100, con ulteriores referencias).¹³

B. Ley temporal

I. El § 2 IV del StGB, en su primer inciso, califica de ley temporal a aquella ley penal que "sólo deba regir para un lapso de tiempo determinado" (en idénticos términos está redactado el § 4 IV, primer inciso, de la OWiG; sobre la definición, en detalle, vid. el epígrafe III). Los tipos penales (y contravencionales) con semejante limitación del plazo de vigencia son relativamente frecuentes en el Derecho Penal Económico, especialmente en la medida en que se trata de normas jurídicas para épocas de crisis políticas y/o económicas (por ejemplo, las normas penales sobre divisas o sobre precios). Sin embargo, hace ya tiempo que el Derecho Penal económico se ha liberado de su histórico papel de Derecho Penal para épocas de crisis, temporalmente limitado y cambiante, y, por regla general, comparte con el Derecho de la Economía (Derecho de la Empresa) una cierta estabilidad en la regulación. Con todo, una parte considerable del Derecho Penal económico sigue estando naturalmente enderezado a la reacción y planificación, lo cual, desde el punto de vista de la técnica legal, se traduce en la proliferación de leyes penales en blanco y en la correspondiente integración de la regulación penal marco con disposiciones jurídicas extrapenales y actos administrativos (Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 96 y ss.). A la vista de tales fenómenos, se amplía el ámbito de aplicación de los §§ 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG, puesto que, desde la así llamada resolución acerca del impuesto sobre los aceites minerales (BGHSt 20, p. 178 y ss.), las *normas y actos de complemento* extrapenales, así como, en general, prácticamente todos los preceptos a los que se remiten los tipos penales por medio de sus elementos normativos, son considerados *partes de la ley penal* (BVerfGE 48, p. 48 y ss.; Göhler, *OWiG*, § n.m. 5; Schönke/Schröder/Eser, § 2 nn.mm. 20 y 23; Tiedemann/Dannecker, *Gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht*, p. 19 y ss., en cada caso con ulteriores referencias).

(13) § 16 del StGB [*Error sobre las circunstancias del hecho*]: "I. Quien, al cometer el hecho, desconoce una circunstancia perteneciente al tipo legal, actúa sin dolo. Esto no afecta a la posibilidad de ser castigado por comisión imprudente. II. Quien, al cometer el hecho, supone erróneamente que concurren circunstancias que realizarían el tipo de una ley más favorable, sólo puede ser castigado por comisión dolosa con arreglo a esta última".

§ 11 I de la OWiG [*Error*]: "Quien, al realizar una acción, desconoce una circunstancia perteneciente al tipo legal, actúa sin dolo. Esto no afecta a la posibilidad de ser sancionado por comisión imprudente" [N. del T.].

II. La consecuencia jurídica que comporta la caracterización de una disposición penal (contravencional) como ley temporal reside en que, con arreglo a los § 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG, aun habiendo finalizado su periodo de vigencia (lo cual puede suceder por derogación o por modificación), continúa siendo aplicable a hechos que fueron cometidos bajo la vigencia de la regulación anterior. Debe castigarse, por consiguiente, de acuerdo con una ley penal que en el momento de dictar sentencia ya no se encuentra en vigor, esto es, que no existe ya jurídicamente. Ello constituye una excepción al principio formulado en los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG, consistente en que, en caso de atenuación de la penalidad (y con mayor razón en caso de derogación!), no debe aplicarse el Derecho vigente en el momento del hecho, sino el que está en vigor en el momento de dictar sentencia. En la doctrina penal se discute si este principio recogido en los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG constituye o no, a su vez, una excepción al principio de la aplicación del Derecho vigente en el momento del hecho. Según la opinión mayoritaria, el juez penal, al igual que la autoridad administrativa en las contravenciones, aplica siempre el Derecho vigente en el momento del hecho con la sola excepción de lo dispuesto, respectivamente, en los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG; el Derecho vigente en el momento del hecho goza, de acuerdo con este entendimiento, de "ultraactividad" temporal (Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 37). Según un parecer contrapuesto, el juez penal y las autoridades administrativas, lo mismo que normalmente el juez civil o el del contencioso, aplican únicamente el Derecho vigente en el momento de dictar sentencia o de imponer la multa administrativa, sobre todo en tanto se trata de contar con un fundamento (¡vigente!) que les faculte para imponer la sanción; tan sólo en la medida en que el Derecho Penal o el Derecho de las Contravenciones vigente en el momento de imponer la sanción resulte más severo que el vigente en el momento del hecho, la protección de la confianza garantizada por el art. 103 II de la GG ordena hacer caso omiso de la agravación (Tiedemann, en *Karl Peters – FS*, 1974, p. 196 y ss.; Tiedemann/Dannecker, loc. cit., p. 14 y ss., con ulteriores referencias). Esta controvertida cuestión permanece de momento sin resolver. Además, tiene sobre todo relevancia para el supuesto básico de los §§ 2 III y IV del StGB y 4 III y IV de la OWiG, especialmente si se pretende aplicar el principio – metodológicamente discutible – de que las reglas que formulan excepciones deben ser interpretadas *de forma restrictiva*. De acuerdo con su comprensión básica de la aplicación del Derecho vigente en el momento del hecho, la doctrina mayoritaria sostiene, en los §§ 2 III del StGB y 4 III de la OWiG, una *retroactividad* de la atenuación legal, pero, con ello, se ve enfrentada con el problema de cómo habrá de fundamentarse el dolo típico del autor en relación con elementos normativos del tipo y con valoraciones que jurídicamente aún no existían o no eran relevantes en el momento del hecho (vid. ya Tiedemann, *NJW*, 1977, p. 778 y ss.). Las "circunstancias del hecho", pertenecientes al tipo legal en el sentido del § 16 del StGB, no pueden ser percibidas por sí mismas, esto es, al margen de los términos típicos a los cuales deben ser anudadas (vid. sólo Schlüchter, *JuS*, 1985, p. 374, con referencias). Una solución que se muestra conforme con el tenor literal de la

ley recurre a la utilización de la distinción, reconocida en la teoría de las normas, entre norma de conducta y norma de sanción: según un entendimiento correcto, los §§ 2 del StGB y 4 de la OWiG no conciernen, en definitiva, a la norma de conducta (dirigida al autor), la infracción de la cual se describe en el tipo penal o contravencional, sino únicamente a la norma de sanción dirigida al juez o a las autoridades administrativas, esto es, al mandato contenido en el precepto penal (en sentido amplio) de imponer penas o multas administrativas como consecuencias jurídicas asociadas a la realización del tipo (Tiedemann, *NJW*, 1986, p. 2.476 y s.).

III. Debe diferenciarse, en concreto, entre ley temporal en sentido estricto y ley temporal en sentido amplio. En cualquier caso, los §§ 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG aluden, sin lugar a dudas, a leyes penales y contravencionales que se encuentran *expresamente sujetas* a término (leyes temporales en sentido estricto). Se discute, en cambio, la extensión de los §§ 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG a aquellas leyes penales y contravencionales respecto de las cuales sólo a partir de su contenido y finalidad, *por vía interpretativa*, por tanto, pueda deducirse que deben ser entendidas como reglas concebidas con carácter transitorio (leyes temporales en sentido amplio). La doctrina mayoritaria incluye también a estas últimas en el concepto de ley temporal (Göhler, § 4 n.m. 10; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., § 2 n.m. 35, con referencias). A esto se replica, sin embargo, que los §§ 2 IV del StGB y 4 IV de la OWiG se hallan sujetos, en su calidad de reglas que disciplinan la vigencia de las normas, a redobladas exigencias de certeza, y que la cuestión de la vigencia de una ley penal o contravencional no puede hacerse depender de la averiguación de su contenido o finalidad (Tiedemann, en *Karl Peters – FS*, p. 200 y ss.; de acuerdo, Rüping, *NStZ*, 1984, p. 451; similar Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4/65). – Además, en el seno de la doctrina mayoritaria el concepto de ley temporal (en sentido amplio) es entendido de un modo absolutamente dispar. Desde un punto de vista estricto, deben recibir la consideración de leyes temporales únicamente aquellas leyes no sujetas a término que, de conformidad con su contenido, tengan que regir en *circunstancias excepcionales* limitadas en el tiempo, esto es, en “circunstancias extraordinarias”, con cuya desaparición pierden de suyo la razón de ser (así, especialmente, BGHSt 6, p. 31 y ss., p. 37 y ss.; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 35). Este entendimiento – al igual que el criterio aún más amplio que se aborda a continuación – es combinado asimismo con la clarificadora restricción de que sólo la desaparición (o variación) de las circunstancias fácticas puede motivar la pérdida de vigencia de la regulación; por el contrario, el cambio de la valoración jurídica que subyace a la ley debe ser tenido en cuenta a favor del autor y se opone a la consideración de la norma alterada como ley temporal (BGHSt 18, p. 15 y ss.; 20, p. 182 y ss.; Göhler, loc. cit.; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 37, con ulteriores referencias). Mayoritariamente se sostiene como punto de partida una concepción aún más amplia, según la cual se reputa ley temporal no sólo a la regulación de circunstancias excepcionales limitadas en el tiempo, sino a *toda regulación de circunstancias (económicas) temporalmente cambiantes* (BGH, *NJW*, 1952, p. 72 y ss.; Göhler, loc. cit.; Tröndle, en *LK*, § 2 n.m. 45). Esta concepción se encuentra

con considerables dificultades a la hora de trazar la delimitación de tales normas con respecto a las leyes ordinarias, pues "casi toda ley (...) se halla en cierto sentido temporalmente limitada" (BGHSt 6, p. 37 y ss.). De ahí que BGH, *NJW*, 1952, p. 72 y ss., exija adicionalmente que se trate de regulaciones "en buena medida dictadas bajo consideraciones de oportunidad" y cuyo carácter transitorio sea reconocible de antemano. BGH, *MDR*, 1964, p. 161 y ss., postula, en general, una aplicación *limitada* de la regla del § 2 IV del StGB, entendida como excepción (en los mismos términos, Kunert, *NSiZ*, 1982, p. 279). Por lo demás, la doctrina mayoritaria reconoce que la vigencia prolongada de hecho constituye un indicio *contra* la calificación de una norma como ley temporal, de manera que una ley originariamente temporal puede perder tal carácter en el curso de su periodo de vigencia (BGHSt 6, p. 39, para una ley que había estado 13 años en vigor; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 38; Tröndle, loc. cit.).

IV. La más reciente *jurisprudencia* ha dispuesto de repetidas oportunidades, especialmente en la posguerra, de examinar distintas parcelas del Derecho Penal económico y tributario desde la óptica de la ley temporal. Últimamente, el *problema de las donaciones a partidos* ha propiciado un reavivamiento de la discusión (vid. BGHSt 34, p. 272 y ss., con comentario de Tiedemann, en *NJW*, 1987, p. 1.247 y s.).

El *Derecho Penal tributario* es mayoritariamente considerado, no sin dificultades, ley temporal (Felix, en Boor/Pfeiffer/Schünemann, *Steuerstrafrechtliche Perspektiven der Parteispenden*, p. 46 y s.; Kohlmann, *Steuerstrafrecht*, § 369 n.m. 66; Kunert, loc. cit., p. 278 y ss.; Lackner, § 2 n.m. 4; Schäler, *Wistra*, 1983, p. 171 y ss.; Tiedemann/Dannecker, loc. cit., p. 35 y ss.; de otra opinión: Franzen/Gast/Samson, *Steuerstrafrecht*, § 369 n.m. 25; Franzheim, *NSiZ*, 1982, p. 138; vid., además, Göhler, § 4 n.m. 10: los preceptos tributarios son "en buena medida" leyes temporales). Esto es así especialmente para las normas del impuesto sobre la renta, las cuales, no sólo ya en virtud del principio de la tributación por periodos, tienen el carácter de ley temporal (Flämig, *Steuerrecht als Dauerrecht*, p. 105; Tiedemann/Dannecker, *op. cit.*, p. 39 y ss., con ulteriores referencias). Sin embargo, BGHSt 34, p. 283 y ss., no estima, en este sentido, alteración del tipo penal una modificación de las normas tributarias promulgada con efectos *ex-nunc* (en los mismos términos, Dreher/Tröndle, § 2 n.m. 13 e; Göhler, loc. cit.; Lackner, § 2 n.m. 3 a aa), cercenando con ello la unidad del tipo penal con el precepto extrapenal al que aquél se remite, establecida por BGHSt 20, p. 182 y ss. (crítico, por eso, Tiedemann, *NJW*, 1987, p. 1.247 y s.). Tampoco las normas sobre ventajas fiscales (que obedecen generalmente a finalidades extratributarias) deben ser consideradas sin más como leyes temporales, sino que tienen que analizarse por separado, atendiendo a la naturaleza y contenido de su regulación (Tiedemann/Dannecker, *op. cit.*, p. 42 y s.; de otra opinión, para la generalidad de los casos, Lackner, loc. cit.). En cambio, los preceptos sobre tarifas tributarias y, en general, sobre los máximos de los gravámenes tributarios son a menudo considerados leyes temporales (vid. sobre todo Samson, *Wistra*, 1983, p. 237; también OLG Hamm, *NJW*, 1954, p. 1.735 y s., en un *obiter dictum*). Lo

correcto es, sin embargo, atender también aquí a los criterios generales y comprobar caso por caso si se trata o no de unas meras leyes temporales (Tiedemann/Dannecker, loc. cit., p. 56 y s.; igualmente BayObLG, ZfZ, 1966, p. 176 y s.).

Fuera del Derecho Penal tributario han sido consideradas *leyes temporales* las siguientes disposiciones del *Derecho Penal económico*:

– Obligaciones de los depósitos a la vista, conforme a la AWG en su anterior redacción: OLG Karlsruhe, NStZ, 1981, p. 264 y ss.

– Control de cambios: OLG Karlsruhe, DAWR, 1963, p. 70 y ss.

– Prohibiciones a la importación conforme a la AWG: OLG Bremen, DAWR, 1966, p. 10 y ss.; OLG Hamburg, DAWR, 1964, p. 10 y ss.; OLG Karlsruhe, NJW, 1968, p. 1.582 y ss.

– Precios máximos: BGH, NJW, 1952, p. 72 y ss.; BGH, NJW, 1962, p. 825 y ss.

– Ley sobre el control de viviendas: OLG Hamm, JMBINRW, 1965, p. 270 y ss.

En cambio, se *negó* el carácter de *ley temporal* a las siguientes disposiciones:

– La legislación penal sobre divisas, conforme a la MRG n. 53 y la AHKG n. 33: BGHSt 18, p. 12 y ss. (de otra opinión, BayObLGSt, 1962, p. 117 y ss.).

C. Interpretación

(...)

II. 3. No privativa del Derecho Penal económico y tributario, pero sí característica de esta materia, resulta la *remisión* del Derecho Penal y del Derecho de las Contravenciones a *normas jurídicas extrapenales*. Este reenvío puede efectuarse expresamente (ejemplos: los §§ 283 I n. 6 y 7 y 283 b del StGB; § 372 de la AO; §§ 399 I, n. 3 a 6, y II de la AktG, y 82 I n. 4 y 84 I n. 2 de la GmbHG) o –con mayor frecuencia– tener lugar de modo concluyente (ejemplos: § 283 I n. 1 del StGB; §§ 370 y 378 de la AO; §§ 399 I n. 1 y 2 de la AktG y 82 I, n. 1 a 3, y II de la GmbHG). Desde la perspectiva del Estado de Derecho (distintas instancias normativas) se habla aquí también de *tipos penales en blanco* (propios e impropios) (una visión de conjunto al respecto en Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 89 y ss.). Con independencia de esta (controvertida) terminología, para la aplicación práctica del Derecho Penal las normas jurídicas penales y las extrapenales deben ser “leídas de forma conjunta” (lo cual no pocas veces requiere ya una interpretación y trae consigo una transformación del contenido de la norma: Tiedemann, *op. cit.*, p. 260 y s.). En cualquier caso, en la medida en que resultan directamente relevantes para la fijación del contenido del tipo penal o contravencional, los preceptos extrapenales son considerados, atendiendo al art. 103 II de la GG –especialmente, por tanto, con respecto a la delimitación entre interpretación y analogía, así como en relación con la requerida determinación del tipo– *parte integrante del tipo penal y contravencional* (vid. sólo BVerfGE 48, p. 60 y s.; 41, p. 319 y ss.). De tal manera, resulta dudoso si conclusiones

analógicas extrapenales deben ser tenidas en cuenta y adoptadas para la determinación del contenido de los tipos penales y contravencionales o, por el contrario, deben quedar fuera de toda consideración para el Derecho Penal y el Derecho de las Contravenciones; este último supuesto conduciría, según el ámbito en donde tenga que aplicarse y la clase de procedimiento de que se trate, a una *ambivalencia de la norma* en su contenido. La cuestión se encuentra últimamente en tela de juicio. La praxis de los tribunales superiores se inclina por evitar, en aras de la unidad del ordenamiento, semejante “desdoblamiento de la norma” (vid. BGH, NJW, 1978, p. 1.856 y s.; Raisch, ZHR 146 [1982], p. 355 y s.; Tiedemann, en Immenga/Mestmäcker, *GWB-Kommentar*, 1981, n.m. 27 previo al § 38, en cada caso con ulteriores referencias). No obstante, queda sobre todo en pie la posibilidad y conveniencia de exceptuar del refuerzo penal y contravencional a aquellos preceptos extrapenales, situados en un ámbito marginal, que se encuentran en el todavía inseguro y controvertido curso del desarrollo jurídico extrapenal o que constituyen, más bien, pautas de comportamiento al modo del contenido de un uso del tráfico ya consolidado (Tiedemann, *op. cit.*; en sentido afirmativo Schulze-Osterloh, en Kohlmann, *Strafverfolgung*, 1983, p. 50 y ss.). En este sentido, el OLG de Colonia (2 Ws 708/709/74, en Tiedemann, en *Lackner-FS*, 1987) ha confirmado la interpretación del LG de Bonn para el tipo de falsificación del informe sobre el estado financiero en el Derecho Penal de las sociedades anónimas (§ 400 I n. 4 AktG en su anterior redacción; cfr. ahora el § 331 del HGB en su nueva versión), según la cual una integración por vía interpretativa de los datos obligatorios exigidos por el § 160 III de la AktG en su anterior redacción (§ 160 I de la AktG en su nueva versión, § 285 del HGB en su nueva versión) con arreglo a los principios de un “informe escrupuloso y veraz” (vid. § 160 IV 1 de la AktG en su anterior redacción, § 315 I del HGB en su nueva versión) resulta inadmisibles en el Derecho Penal, en concreto, por desembocar en una analogía prohibida. En el denominado caso de los colorantes derivados del alquitrán, la BGHSt 24, p. 54 y ss., ha rechazado expresamente la ampliación del concepto civil de contrato (en el sentido de considerar incluido en él al mero pacto de caballeros en el § 1 del GWB) en el marco del correspondiente tipo contravencional (§ 38 I n. 1 del GWB). Del mismo modo, ha señalado Fischer que dejar en blanco las cargas tributarias previas de la sociedad de responsabilidad limitada derivadas de los gastos fundacionales, tomada en consideración por BGHZ 80, p. 129 y ss., no resulta (aún) aplicable en el Derecho Penal de las sociedades de responsabilidad limitada, dada la inseguridad y novedad de esta interpretación (Scholz/Fischer, *GmbHG*, 10. ed., 1983, § 82 n.m. 2). Vid. también, en suma, al respecto Raisch, *op. cit.*, así como Schulze-Osterloh, *op. cit.*, con más ejemplos.

(...)

D. Error sobre cuestiones de Derecho

I. Como representaciones equivocadas (o ausencias de representación) acerca de la situación jurídica, los errores de Derecho —realmente existentes o

pretextados— son frecuentes en el Derecho Penal económico. Con todo, se trata por lo general no tanto de errores atinentes a elementos y circunstancias formulados en el propio tipo penal o contravencional, como, más bien, de errores referidos a las *normas de complemento* extrapenales (de orden económico) presupuestas por estos tipos.

En este sentido, los tipos penales o contravencionales pueden estar configurados como *leyes en blanco* (p. ej., los §§ 323 y 329 del StGB, los 34 y 33 I n. 1 de la AWG o el 3 de la WiStG) o bien contener conceptos jurídicos normativos que remiten a complejos regulativos extrapenales (p. ej., el término “ajeno” en los §§ 242 y 246 o el de “masa de la quiebra” en el § 283 I n. 1 del StGB).

No va a examinarse en lo que sigue la cuestión —procesal— de la prueba: cuándo resulta digna de crédito la alegación de un tal error de Derecho por parte del inculcado; además, esto dependerá en general del grado de complejidad jurídica de la norma en cuestión, de la preparación y experiencia del autor y de su especialización profesional y comercial. Únicamente va a discutirse aquí el problema del tratamiento que debe dispensarse, según el Derecho Penal y el Derecho de las Contravenciones vigente, a un error de Derecho habido o (conforme al principio *in dubio pro reo*) tenido por tal.

II. La regulación jurídica del error halla acomodo en los §§ 16 y 17 del StGB y 11 de la OWiG. La regulación para las contravenciones coincide sustancialmente con la prevista para las infracciones penales; el § 11 de la OWiG sólo se diferencia, en su apartado II, del § 17 del StGB en que no se refiere al conocimiento de “estar obrando antijurídicamente” (en estos términos se expresa el § 17 del StGB), sino al hecho de que, al realizar la acción, desconozca el autor “estar haciendo algo no permitido, por ignorar, en concreto, la existencia o la aplicabilidad de una disposición jurídica”. Con ello se está sugiriendo que en el Derecho de las Contravenciones se trata no tanto de un injusto “natural” como de vulneraciones, en gran medida neutrales desde una óptica valorativa (o ayunas de valoración), de preceptos dictados bajo consideraciones de oportunidad (¡y que no pocas veces pudieran tener además un contenido diferente o incluso opuesto!). Las regulaciones especiales sobre el error, que fueran frecuentes en el antiguo Derecho Penal accesorio, se encuentran derogadas desde hace tiempo. En particular, los §§ 16 y 17 del StGB rigen también para los tipos penales regulados extramuros del StGB (art. 1 EGSGB).

III. Los referidos preceptos sobre el error no parten de la distinción naturalística entre hecho y Derecho, como hiciera la jurisprudencia del RG, sino que toman por base la diferenciación sistemática entre tipo y prohibición (antijuridicidad): el error sobre circunstancias pertenecientes al tipo legal, como “error de tipo”, excluye el dolo, independientemente de la culpabilidad del autor. El error sobre cuestiones relativas a la antijuridicidad, y especialmente el error sobre la existencia o aplicabilidad de una prohibición (o de un mandato), elimina, en cambio, la conciencia de la antijuridicidad, y con ello la culpabilidad, sólo cuando el autor no pudo evitar el “error de prohibición”; en caso de evitabilidad, la sanción puede

resultar atenuada únicamente a criterio del tribunal (§ 17, segundo inciso, del StGB). El error de tipo representa por tanto una considerable disculpa para el autor, el cual sólo puede ser castigado en esta clase de error si actúa con imprudencia y la comisión imprudente del hecho se halla conminada con pena o con multa administrativa (§ 16 I, segundo inciso, del StGB y § 11 I, segundo inciso, de la OWiG). Por el contrario, la "imprudencia de Derecho" que tiene lugar en el error de prohibición produce, aún en el marco del delito doloso, efectos gravosos para el autor: en caso de desconocimiento imprudente del Derecho, el autor continúa siendo castigado a partir del delito doloso. Este contraste entre el error de tipo y el de prohibición se ve aún más acentuado por parte de la jurisprudencia, que, en la evitabilidad del error de prohibición, esto es, en la "imprudencia de Derecho", se muestra extremadamente exigente, en una medida muy superior a la que mantiene en la imprudencia de hecho (BGHSt 4, 243; 21, 20 y s.). De ahí que en la práctica el error de prohibición no "sirva" normalmente para nada – a menos que el autor haya recibido de buena fe consejos jurídicos incorrectos de parte de un abogado o de un notario serios (¡siempre que haya habido una exposición correcta de la situación!) (cfr. KG, JR, 1977, p. 379 y ss., con comentario de Rudolphi). La *delimitación* entre el error de tipo y el de prohibición reviste, por consiguiente, una enorme importancia.

Esta delimitación es en principio inequívoca, puesto que la distinción entre acción o descripción de la acción (tipo) y el mandato o la prohibición de actuar resulta por lógica perfectamente practicable: la antijuridicidad (la contrariedad a la prohibición o al mandato) representa la valoración de la acción; la acción constituye, en cambio, el objeto de la valoración. De esta suerte, de la misma manera que el desconocimiento de las circunstancias del hecho es constitutivo de un error de tipo, el error sobre el mandato normativo dirigido al potencial autor supone obviamente un error de prohibición. Esta diferenciación, en principio evidente (sobre sus fundamentos, BGHSt 2, p. 196 y ss.), se complica, sin embargo, en numerosos extremos, la mayoría de los cuales resulta precisamente relevante para el Derecho Penal económico y tributario, así como para el Derecho de las Contravenciones.

1. *Los errores de Derecho en el ámbito del tipo* constituyen básicamente, sin duda, errores de tipo. Sin embargo, pueden ser constitutivos, como el llamado error de subsunción, de un mero error de prohibición, o incluso resultar del todo irrelevantes – como el error sobre la punibilidad – (en caso de pleno conocimiento de la prohibición, el error sobre el refuerzo penal, en su calidad de "error sobre la punibilidad", esto es, como error sobre la consecuencia jurídica, resulta irrelevante según opinión generalizada; vid. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 294, con referencias). Esta diferenciación deviene especialmente significativa para los *elementos normativos del tipo*. Respecto a ellos, es suficiente con que el dolo abarque – a la manera del profano – el significado social del término en cuestión (la denominada valoración paralela en la esfera del profano; cfr. BGHSt 3, p. 255 y ss.); no incumbe al autor la correcta subsunción jurídica. Sin embargo, resulta a menudo incierto cuándo, en este

sentido, concurre realmente el conocimiento de la significación y cuándo éste falta. La jurisprudencia propende a equiparar el conocimiento de la significación con el *conocimiento de los hechos*, de manera que por lo que respecta, por ejemplo, al § 302 a del StGB, habrá que apreciar el dolo del usurero en tanto el autor conozca los hechos de los que se infiere que la prestación y contraprestación se encuentran "en una desproporción palmaria" (cfr. Dreher/Tröndle, *StGB*, § 302 a n.m. 32, con referencias). Esta tendencia jurisprudencial resulta desacertada y tampoco es sostenida por la judicatura con carácter general, sino que, por ejemplo, BGH, *MDR*, 1981, p. 501 y s. (con comentario de Schlüchter), respecto al § 283 I n. 2 del StGB, exige atinadamente una apreciación *en passant* por parte del autor de que su proceder resulta "antieconómico" (de acuerdo Tiedemann, en *LK*, § 283 nn.mm. 184 y ss., n.m. 187). También reconoce la jurisprudencia desde hace tiempo que el error sobre la ajenidad de una cosa en el hurto y en la apropiación indebida (§§ 242 y 246 del StGB) no se limita al conocimiento de los hechos, sino que exige el conocimiento del Derecho o el conocimiento del resultado jurídicamente correcto (vid. BGHSt 3, p. 255 y ss.; BayObLGSt 73, p. 15 y ss.). Del mismo modo, incluye la jurisprudencia en el dolo el conocimiento de la contrariedad a deber en la malversación (§ 266 del StGB) (BGHSt 3, p. 24 y ss., y *Wistra*, 1987, p. 337 y ss.). Además, parte la jurisprudencia de que la antijuridicidad del enriquecimiento pretendido por el autor en la estafa (§ 263 del StGB) debe ser abarcada por el dolo (BGHSt 3, p. 123 y ss., y *NJW*, 1986, p. 1.623 y ss.), de manera que éste falta si el autor cree erróneamente tener un derecho al beneficio patrimonial. Igualmente, por lo que atañe al elemento típico "falso" o "incorrecto", debe conocer el autor que está proporcionando datos de contenido inveraz para poder ser castigado por estafa o falso testimonio (§§ 153 y ss. del StGB) (Dreher/Tröndle, loc. cit., § 263 n.m. 40, y § 153 n.m. 5). Análogamente, la punibilidad de manifestaciones "incompletas" en la estafa y sus formas especiales (§§ 264, 264a y 265b del StGB) se vincula a la necesidad de que el autor advierta que su manifestación es incompleta; esto exigirá, por regla general, que sepa además cómo es una manifestación completa. BayObLG, *Wistra*, 1987, p. 191 y ss., lo pone acertadamente de relieve para el § 82 I n. 1 de la GmbHG en un caso en el que el socio desconocía, al efectuar su imposición, que un ingreso no en efectivo en la cuenta del administrador de la sociedad de responsabilidad limitada únicamente puede ser considerado aportación de capital si aquella indica expresamente la condición orgánica del administrador. Esta constatación puede ser generalizada en el sentido que, en los delitos de falsedad y estafa, el autor, para poder ser castigado por comisión dolosa, tenga que conocer el criterio de lo debido (vid. para los fraudes alimentarios BGH, *GA*, 1962, p. 25 y ss., y, con carácter general, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 317, así como en *Wirtschaftsstrafrecht*, vol. I, p. 201 y s.). De forma resumida, en los elementos normativos del tipo, para actuar dolosamente, el autor debe llevar a cabo la correcta valoración a la manera del profano —en el conocimiento de los hechos— o bien comprender el correcto resultado de la valoración —aun sin conocimiento de los hechos y sin valoración propia— (vid. de nuevo BGHSt 3, p. 255 y ss.).

2. En el conocimiento de la significación a la manera del profano, la incorrecta subsunción del hecho por parte del autor puede llevarle, asimismo, a tenerlo por permitido (no prohibido). El *error de subsunción* es constitutivo entonces de un *error de prohibición* con arreglo al § 17 del StGB (vid. BGHSt 4, p. 347 y ss., para la reconvención de la práctica de una institución crediticia de financiar operaciones a plazos sin la debida autorización; BGHSt 9, p. 164 y ss., para la así llamada adulteración en la elaboración del vino). En este caso el autor restringe erróneamente el ámbito de la norma, desconociendo, como consecuencia, la ilicitud de su acción. No obstante, resulta difícil su delimitación no sólo respecto al error de tipo excluyente del dolo, sino especialmente también en relación con el error irrelevante sobre la punibilidad, al que ya se ha aludido en el epígrafe precedente (cfr. BGH, NJW, 1967, p. 1.765 y ss.). Pero igualmente la creencia errónea de que un mandato o una prohibición no sea válido —p. ej., a causa de la vulneración de una norma de rango superior, especialmente la Constitución— entraña un error de prohibición (BGHSt 4, p. 3 y s.). También este *error sobre la validez* significa que el autor ignora la existencia del mandato o prohibición jurídicos.

3. Además de esto, causa problemas a la teoría del error la diferenciación entre elementos normativos del tipo y *leyes penales en blanco*, las cuales se completan mediante actos no judiciales. Mientras para los primeros reconoce la jurisprudencia, cuando menos en principio, que el dolo debe abarcar al elemento en su núcleo significativo (vid. *supra* 1), procede a leer de forma conjunta los tipos en blanco y sus correspondientes normas de complemento, viendo en ello un mero expediente técnico irrelevante para el dolo y el error del autor. Mediante esta “lectura conjunta”, el tipo penal no permite advertir referencia alguna a normas extrapenales, de manera que en buena medida deviene descriptivo. Con esta técnica no queda en la práctica espacio alguno para los errores de prohibición. Tomando como ejemplo la omisión o el retraso en la elaboración del balance, eso significa que el elemento típico “en el plazo prescrito” de los §§ 283 I n. 7 b y 283b I n. 3, en el caso de una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, sería sustituido por el plazo mencionado en el § 264 I del HGB, con la consecuencia de que, para el consejo o el administrador de la sociedad, el tipo penal rezaría: “Será castigado quien (en una situación de crisis empresarial) omita confeccionar dentro de los tres primeros meses del ejercicio el balance patrimonial correspondiente al ejercicio anterior”. No obstante, este plazo para la realización del balance se refiere únicamente a las cuentas anuales y, además, no concierne a las pequeñas sociedades de capital, las cuales, con arreglo a los §§ 267 I y 264 I del HGB, pueden confeccionarlo incluso con posterioridad “si ello se corresponde con una gestión ordenada” (aunque, a lo más tardar, dentro de los primeros seis meses del ejercicio). Para el comerciante particular el § 243 III del HGB alude exclusivamente a la obligación de elaborar las cuentas anuales “dentro del plazo que se corresponde con una gestión ordenada”. Si se añade a esto la jurisprudencia (anterior), según la cual pueden acortarse aún más estos plazos en una situación de crisis empresarial (BVerfGE, 48, 60 y s.), se evidencia que la en apariencia meramente técnica “lectura conjunta” de la norma de prohibición y la norma de comple-

mento suponen ya, en realidad, una interpretación de la norma: el tipo penal del § 283 b I 3 b del StGB, en cuanto a su contenido, reza para el comerciante particular algo *diferente* que para una sociedad de responsabilidad limitada, y para ésta, a su vez, cosas distintas en función de su tamaño. ¡Para el comerciante particular el tipo penal es normativo, para la sociedad de responsabilidad limitada vinculada a un deber de publicidad, por contra, descriptivo! ¡Y para el § 283 I n. 7 b del StGB, por tanto en una situación de crisis empresarial, el tipo penal, que formalmente coincide del todo en su tenor literal con el § 283 b del StGB, deviene de nuevo normativo! La doctrina mayoritaria hace caso omiso de este cambio continuo cuando declara irrelevante para su contenido "la lectura conjunta" de las leyes penales abiertas: el "tipo" así construido no es precisamente idéntico al abstracto tipo legal, sino un producto final de la *aplicación del Derecho* (Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 353 y s.). Ahora bien, respecto a los elementos normativos del tipo —como, p. ej., el término "ajeno" de los §§ 242 y 246 del StGB— la doctrina mayoritaria exige que la aplicación del Derecho deba ser asumida o bien correctamente comprendida en su resultado por el autor (vid. *supra* 1). No explica la doctrina mayoritaria por qué tiene esto que ser completamente distinto para los elementos en blanco ni por qué el error sobre la existencia y el contenido de los actos normativos extrapenales no debe fundamentar en ningún caso un error de tipo, sino únicamente un error de prohibición (crítico por eso ya, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 387 y ss.). No pocas veces, por cierto, habla la doctrina mayoritaria de tipos en blanco, tratándolos, sin embargo, como elementos normativos del tipo en la teoría del dolo y del error (así, la opinión absolutamente preponderante respecto a los §§ 370 y 378 de la AO; vid. sólo BGHSt 5, 92; Tiedemann, ZStW 81 [1969], p. 869 y ss.). El uso del lenguaje y la resolución de los problemas resultan en buena medida, por tanto, arbitrarios. En principio, únicamente son, además, claramente diferenciables los elementos normativos del tipo y las leyes penales en blanco si se atiende al hecho de que el tipo penal contenga una tipificación suficiente de la acción y del injusto o a que aquélla se infiera tan sólo de la "lectura conjunta" con las normas de complemento (Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 89 y ss., con referencias). Según esta clasificación los tipos de los §§ 370 y 378 de la AO no son precisamente leyes en blanco, sino tipos penales ordinarios con elementos normativos que remiten al Derecho Tributario (Dannecker, *Steuerhinterziehung im internationalen Wirtschaftsverkehr*, 1984, p. 189 y ss.; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 324 y ss.).

Por otra parte, en el caso de tipos penales valorativamente neutros (o faltos de valoración) del Derecho Penal accesorio y tipos contravencionales, la doctrina incluye a menudo en el tipo el abstracto mandato jurídico o la prohibición, puesto que y en tanto que el tipo penal o el tipo contravencional describen actividades socialmente adecuadas, de modo que sin el mandato o la prohibición jurídicos no contienen tipificación alguna del injusto (vid. por todos Bockelmann/Volk, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 76 y s.; Tiedemann, ZStW, loc. cit., p. 876 y s., con ulteriores referencias). Por más que el tenor literal del § 11 II OWiG se oponga ya en el Derecho de las Contravenciones a una generalización de esta

interpretación (cfr. ya BGHSt 9, p. 362 y ss.), no es menos cierto que con frecuencia sólo el conocimiento positivo de normas valorativamente neutras o faltas de valoración (p. ej., la obligación de ceder el paso en el tráfico rodado) permite al autor advertir “qué está haciendo”. Un nuevo punto de vista asume y fundamenta este resultado para las remisiones “dinámicas”, las cuales no sólo describen el *status quo* extrapenal, sino que están sujetas a un complemento mutable y presentan por ello una estructura temporal singular (Kuhlen, *Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, p. 381 y ss.; cfr. también Schünemann, en *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 374 y ss.). A partir de aquí cabe afirmar que las remisiones dinámicas (al respecto, ya Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 243 y s.) no son sustituibles y que, por definición, quedan abiertas de cara al futuro. Sin embargo, queda sin resolver si esta diferenciación de configuración, jurídicamente relevante para el “tipo de garantía” en virtud del art. 103 II GG, resulta también cualitativamente significativa con relación al tipo de injusto y, con ello, para el dolo del autor.

4. El sistema de la doctrina del error, sólo claro en su punto de partida, todavía se enmaraña más al considerar la doctrina mayoritaria —como se ha indicado ya en el epígrafe anterior— que la suposición errónea de los presupuestos típicos de las causas de justificación, como “error de tipo permisivo”, de conformidad con los §§ 16 del StGB y 11 I de la OWiG, excluye el dolo (la punibilidad o la sanción administrativa, respectivamente, por comisión dolosa), a pesar de que constituye en sí mismo un error sobre la antijuridicidad y, por consiguiente, un mero error de prohibición. La estrecha semejanza con el error de tipo se fundamenta, de este modo, en que en el error de tipo permisivo —p. ej., en la suposición errónea de una situación excepcional que justificaría con arreglo al § 34 del StGB un delito contra el medio ambiente—, el autor quiere comportarse conforme a Derecho y únicamente percibe de modo incorrecto la situación fáctica: él no sabe, como en el error de tipo, “qué hace”, y por eso no yerra realmente sobre la valoración del hecho. Resulta discutible si esta analogía a favor del autor debe terciar tratándose de un error sobre las circunstancias del hecho o incluso de un error de Derecho sobre el “tipo” de las causas de justificación. La opinión probablemente predominante retrotrae la cuestión a la —en sí misma superada— distinción del Tribunal del Imperio entre hechos y Derecho, esto es, entre error intelectual (de conocimiento) y error moral (de valoración) (vid. Tiedemann, loc. cit., p. 309, con referencias). Solamente el error sobre la existencia y límites de las causas de justificación —p. ej., la suposición errónea de que el § 34 del StGB justificaría incluso, bajo consideraciones de mantenimiento de la empresa y de continuidad de la producción, daños corporales a los habitantes de la zona—, es unánimemente tratada de conformidad con lo dispuesto en los §§ 17 del StGB y 11 II de la OWiG, por tanto, como verdadero error de prohibición. En cualquier caso, el error sobre el acuerdo [*Einverständnis*] y el error sobre el consentimiento [*Einwilligung*] tienen por eso, en definitiva, las mismas consecuencias jurídicas: un administrador que cree erróneamente que los socios de una sociedad de responsabilidad limitada se muestran de acuerdo con sus

exagerados dispendios en publicidad (§ 266 del StGB), yerra sobre la contrariedad a deber de su acción y, por consiguiente, sobre un elemento del tipo; quien cree erróneamente que no ha caducado aún el permiso concedido por las autoridades administrativas competentes para un tratamiento de las aguas que puede resultar pernicioso (§ 324 del StGB), yerra sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Ninguno de los dos casos puede ser castigado por comisión dolosa. Por contra, existe error de prohibición cuando el autor cree que el impago de las cotizaciones de los trabajadores a la seguridad social (§ 266a I del StGB) se hallaría justificado por la conformidad del trabajador con el pago del salario neto o cuando supone que el consentimiento (u orden) del socio justificaría la omisión de presentar la solicitud de la declaración de quiebra o de la conciliación con arreglo al § 84 I 2 de la GmbHG.

5. Por último, también por lo que respecta al autor que yerra sobre cuestiones de Derecho no a su favor, sino en su contra, sólo resulta pacífico el punto de partida: si el error se da en el ámbito del tipo, la suposición errónea de elementos del tipo fundamenta la punibilidad, como "error inverso de tipo", por tentativa inidónea (en tanto sea punible la tentativa; vid. los §§ 23 I del StGB y 13 II de la OWiG). Por contra, creer erróneamente antijurídico un comportamiento que resulta, en realidad, ajustado a Derecho es impune, como *delito putativo* ("error inverso de prohibición"). Sin embargo, no todo error de Derecho perjudicial para el reo en el ámbito del tipo fundamenta en modo alguno una punibilidad por tentativa, puesto que, a la inversa, tampoco el así llamado error de subsunción sobre elementos del tipo resulta (en general) apropiado para hacer desaparecer el dolo (vid. *supra* 1 y 2). Más bien, eso depende de si el autor tan sólo amplía en exceso el ámbito de protección penal (entonces, delito putativo impune) o de si supone erróneamente elementos que fundamentarían la tipicidad (en ese caso, tentativa inidónea; vid. BGHSt 13, p. 239 y ss.). Esta difícil delimitación no es aplicada de modo uniforme por la jurisprudencia (referencias en Schönke/Schröder/Eser, § 22 n.m. 90) y se vería notablemente simplificada si se tratara todo error de Derecho en perjuicio del autor como delito putativo (así Burkhardt, JZ, 1981, p. 683 y ss.; Schönke/Schröder/Eser, loc. cit., n.m. 89, con ulteriores referencias). Con ello, no obstante, la zona de impunidad se vería considerablemente ampliada respecto de la propugnada por la doctrina mayoritaria y, sobre todo, por la judicatura (vid. sólo Schlüchter, JuS, 1985, p. 528 y s., con referencias). También para el error sobre la idoneidad del autor (en los delitos especiales) la doctrina absolutamente mayoritaria se vale de la distinción entre error de hecho y error de Derecho (Vogler, en LK, § 22 nn.mm. 154 y ss., con referencias). En este sentido, trata asimismo BGH, JZ, 1979, p. 75 y ss., como tentativa punible la suposición errónea de la situación de crisis en el § 283 del StGB (con lo cual la situación de crisis contribuye al mismo tiempo a la descripción del círculo de sujetos idóneos, convirtiendo el tipo, por tanto, en delito especial). Ello no está exento de críticas, puesto que el autor también supone aquí erróneamente deberes especiales; por tanto sucumbe a un error inverso sobre la norma (Tiedemann, NJW, 1979, p. 254, y en LK § 283 nm. 193, con ulteriores referencias).

6. Finalmente, pueden también coincidir un error de tipo y un error de prohibición. Los siguientes ejemplos pretenden mostrar cómo debe tratarse un *doble error* de esta índole. Para su tratamiento jurídico debe tenerse en cuenta que hay que tomar siempre por base el estado de cosas (erróneamente) supuesto por el autor (§ 16 del StGB):

a) El administrador de una pequeña sociedad de responsabilidad limitada desconoce imprudentemente una insolvencia inminente y omite realizar el balance prescrito por razón de la situación de crisis a 31 de marzo, porque parte del plazo más amplio para presentarlo, establecido en el § 264 I, tercer inciso, del HGB, para pequeñas sociedades de capital. El desconocimiento de la inminente situación de insolvencia disculpa al autor según lo dispuesto en el § 16 I, primer inciso, del StGB; concurre un error de tipo que, con arreglo al segundo inciso del § 16 I, conduce a la punibilidad por comisión imprudente conforme a lo dispuesto en el primer inciso del § 283 IV. Por el contrario, el desconocimiento de los plazos exactos para presentar el balance es constitutivo, según la jurisprudencia, de un error de prohibición (BGH, *NJW*, 1981, p. 355 y ss.; de otra opinión, Dreher/Tröndle, *op. cit.*, § 283 n.m. 33, y Tiedemann, en *LK*, § 283 n.m. 183: error de tipo). Éste se basa en que el administrador, a causa del desconocimiento de la situación de crisis empresarial, pasa por alto el acortamiento de los plazos legales ordinarios para la elaboración del balance. Esto no elimina, con todo, la relevancia del error de tipo, que aquí, por consiguiente, “prevalece”.

b) El administrador de una sociedad de responsabilidad limitada omite, tras una conversación con los socios, elaborar el balance a 30 de junio, por entender equivocadamente que éstos le indicaron que elaborara el balance sólo a principios de otoño, conforme a la praxis de la administración tributaria. Aquí, el administrador supone erróneamente los presupuestos de una causa de justificación, de manera que el dolo, con arreglo a lo dispuesto en el § 16, parece no concurrir. Al mismo tiempo, concurre aquí un error de prohibición, ya que el administrador considera erróneamente justificada la omisión. Finalmente se aplica sólo este error de prohibición, habida cuenta de que el autor, incluso habiendo tomado por base su falsa representación del estado de cosas, hubiera debido efectuar, en cualquier caso, el balance a 30 de junio: ni siquiera una orden realmente cursada por los socios hubiera podido justificar la omisión. El administrador puede seguir siendo castigado, por consiguiente, conforme al § 283 I (n. 7 b) con la posibilidad de ver atenuada su pena según lo dispuesto en el § 17 del StGB. Aquí, por consiguiente, prevalece el error de prohibición.

c) El administrador omite la confección del balance a 31 de marzo porque, a pesar de creer sin motivo que existe una crisis de la empresa, considera, no obstante, suficiente la elaboración del balance a 30 de junio. Aquí, la suposición errónea de una crisis de la empresa fundamenta, según la BGH, *JZ*, 1979, p. 75 y ss., una tentativa inidónea del § 283 I (de otra opinión, Tiedemann, *op. cit.*: delito putativo). Sin embargo, el plazo para la elaboración del balance expira objetivamente sólo el 30 de junio. El desconocimiento de que, para tal situación, el balance debe

realizarse en un plazo más breve constituye, según la jurisprudencia citada en a), un mero error de prohibición. Con base en la BGH, JZ, 1979, p. 75 y ss., la jurisprudencia probablemente castigaría por tentativa inidónea de omisión en la elaboración del balance (¿discutible!). En este caso, por tanto, prevalece de nuevo el error (inverso) de tipo.

Bibliografía

- SOBRE EL APARTADO A:** Bullinger, *Die Selbstermächtigung zum Erlaß von Rechtsvorschriften*, 1958; Karpen, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970; Kast, "Zur Ausgestaltung von Straf- und Bußgeldvorschriften im Nebenstrafrecht", Suplemento n. 42 al *BAnz.*, 1983; Lohberger, *Blankettstrafrecht und Grundgesetz*, tesis doct., Munich, 1968; Neumann, *Das Blankokstrafgesetz*, 1908; Ossenbühl, "Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzestechnik", *DVBl.*, 1967, p. 401 y ss.; Schünemann, "Die Regeln der Technik im Strafrecht", en *Lackner-Festschrift*, 1987, p. 367 y ss. [existe versión castellana con el título "Las reglas de la técnica en derecho penal", en *ADPCP*, 1994-III, p. 307-341, a cargo de Manuel Cancio Meliá y Mercedes Pérez Manzano]; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969; Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht*, 1985; Warda, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955; Weidenbach, *Die verfassungsrechtliche Problematik der Blankettstrafgesetze*, tesis doct., Tubinga, 1965; Winkelbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, 1985.
- SOBRE EL APARTADO B:** de Boor/Pfeiffer/Schünemann (ed.), *Parteispendenproblematik*, 1986; Felix, "Über intertemporales Strafrecht zum Mildegebot im Steuerstrafrecht", en Boor/Pfeiffer/Schünemann, *Steuerstrafrechtliche Perspektiven der Parteispenden*, 1984, p. 25 y ss.; Flämig, *Steuerrecht als Dauerrecht*, 1985; Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983 [existe versión castellana de la 2. ed. -1991- con el título *Derecho penal. Parte general*, 2. ed., Madrid, 1997, a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo]; Rüping, "Blankettnormen als Zeitgesetze", *NSiZ*, 1984, p. 450 y ss.; Schroeder, "Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze", *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 785 y ss.; Sommer, *Das mildeste Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB*, 1979; Tiedemann, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969; *idem*, "Zeitliche Grenzen des Strafrechts", *Festschrift für Karl Peters*, 1974, p. 193 y ss.; Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht, dargestellt am Beispiel der Abzugsfähigkeit von Parteispenden*, 1985.
- SOBRE EL APARTADO C:** Schulze-Osterloh, "Unbestimmtes Steuerrecht und strafrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz", en Kohlmann (ed.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, 1983, p. 43 y ss.; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969; *idem*, "Zeitliche Grenzen des Strafrechts", *Festschrift für Karl Peters*, 1974, p. 193 y ss.; *idem*, *Wirtschaftsstrafrecht I*, 1976.
- SOBRE EL APARTADO D:** Burkhardt, "Rechtsirrtum und Wahndelikt", *JZ*, 1981, p. 681 y ss.; Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, 1987; Maiwald, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, 1984; J. Meyer, "Verbotsirrtum und Ordnungswidrigkeitenrecht", *JuS* 1983, p. 513 y ss.; Nierwetberg, "Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum - Tatbestands- oder Rechtsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?", *Jura*, 1985,

p. 238 y ss.; Schlüchter, *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983; eadem, "Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht", *Wistra*, 1985, p. 43 y ss.; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969; idem, "Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht", *ZStW* 81 (1969), p. 869 y ss.; Warda, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955.

ABREVIATURAS UTILIZADAS por orden alfabético (en bastardilla las referidas a publicaciones):

AHKG: Gesetz der Alliierten Hohen Kommission (Ley de la Alta Comisión de las fuerzas aliadas); AktG: Aktiengesetz (Ley de Sociedades por Acciones); AO: Abgabenordnung (Ordenanza tributaria); AWG: Außenwirtschaftsgesetz (Ley de Comercio Exterior); *BAnz.*: *Bundesanzeiger*; BayObLGst: Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Stralsachen (Resoluciones del Tribunal Supremo del Estado de Baviera en causas penales –colección oficial–); BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil); BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal); BGHst: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Stralsachen (Resoluciones del Tribunal Supremo Federal en causas penales –colección oficial–); BGHZ: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Resoluciones del Tribunal Supremo Federal en causas civiles –colección oficial–); BVerfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal); BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal –colección oficial–); *DAWR*: *Deutsche Außenwirtschafts-Rundschau*; *DVBl.*: *Deutsches Verfassungsblatt*; EGStGB: Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (Ley de Introducción al Código Penal); EStG: Einkommensteuergesetz (Ley del Impuesto sobre la Renta); *GA*: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*; GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal Alemana); GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley contra las limitaciones en la competencia); HGB: Handelsgesetzbuch (Código de Comercio); *JMBINRW*: *Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen*; *Jura*: *Juristische Ausbildung*; *JR*: *Juristische Rundschau*; *JuS*: *Juristische Schulung*; *JZ*: *Juristenzeitung*; KG: Kammergericht (Tribunal Supremo del Estado Federado de Berlín); *KK-OWiG*: *Karlsruhe Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*; KStG: Körperschaftsteuergesetz (Ley del Impuesto de Sociedades); LG: Landgericht (Tribunal de un Estado Federado); *LK*: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*; *MDR*: *Monatsschrift für Deutsches Recht*; MRG: Militärregierungsgesetz (Ley del Gobierno Militar); *NJW*: *Neue Juristische Wochenschrift*; *NStZ*: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*; OLG: Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Estado Federado); OWiG: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley sobre Contravenciones); RG: Reichsgericht (Tribunal Supremo del Imperio); StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal); WiStG: Wirtschaftsstrafgesetz/Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Ley del Derecho Penal Económico/Ley para una Nueva Simplificación del Derecho Penal Económico); *Wistra*: *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht*; *ZHR*: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*; *ZStW*: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* [N. del T.].