

Error de Prohibición y Asesoramiento Profesional – Caso Leo Messi

Eduardo Alberto Palacios Cárdenas¹

Resumen

El error de prohibición es una eximente de responsabilidad penal que opera cuando el autor de un delito ejecuta su conducta sin conocimiento de que la misma es ilícita, es decir, sin conocimiento de antijuridicidad, o, sabiendo que su conducta es ilegal, dedujo que su actuar se encontraba permitido debido a la existencia de una causa de justificación, la cual, en realidad no concurría. El presente trabajo tiene el objetivo de explicar a cabalidad los criterios establecidos por la dogmática jurídico-penal que se aplican para la figura legal descrita. Además, el artículo tiende a generar un espacio de análisis y reflexión en el campo social moderno, adecuando las teorías postuladas a las circunstancias que se viven en la presente realidad material, con respecto a personas que, al ostentar un patrimonio personal a gran escala, son sometidos a procesos penales por cometer el delito de defraudación fiscal, como es el caso de Lionel Messi, jugador del Fútbol Club Barcelona, ya que, el jugador de fútbol profesional fue procesado por defraudar a Hacienda en el año de 2016. Por tanto, se busca demostrar que, simplemente, basta que un profesional en Derecho emita un consejo u asesoría equivocada, para que se configure el error de prohibición.

Palabras Clave:

Error de prohibición, culpabilidad, motivación, Lionel Messi, asesoramiento legal.

Abstract

The prohibition error is an exemption from criminal responsibility that operates when the perpetrator of a crime executes his conduct without knowing that it is illegal, that is, without knowledge of unlawfulness, or, knowing that his conduct is illegal, deduced that his acting was allowed due to the existence of a justification cause, which, in reality, was not presented. The present work has the objective of fully explaining the criteria established by the legal-criminal dogmatics that are applied to the described legal figure. In addition, the current article tends to generate a space for analysis and reflection in the modern social field, adapting the theories postulated to the circumstances that are experienced in the present material reality, with respect to people who, by showing a personal heritage on a large scale, are subject to criminal proceedings for committing the crime of tax fraud, as is the case of Lionel Messi, a football club Barcelona player, since the professional football player was prosecuted for defrauding the treasury in 2016. Therefore, it seeks to demonstrate that it is simply enough for a legal professional to issue the wrong advice for the prohibition error to be configured.

Keywords

Prohibition error, culpability, motivation, Lionel Messi, professional advice.

Introducción

A lo largo de la historia, la dogmática jurídico-penal ha buscado desentrañar de forma estratificada cuando se configura un delito, para así, posteriormente, imponer la pena como sanción frente a la infracción. Sin embargo, dentro de la formación de la teoría general del delito, y las distintas escuelas que la amparaban, ya sea la escuela causalista de Franz Von Liszt en los años de 1880 o la escuela finalista con Hans Welzel en el año de 1939 y hoy la escuela funcionalista con Günther Jakobs en 1997, se generó un interés preponderante en estudiar circunstancias y elementos que generaban que, en virtud de un razonamiento lógico racional, no sería justo imponer una pena a una persona que ha cometido un delito y como consecuencia ha vulnerado un bien jurídicamente protegido. Es así como surgen figuras legales dentro de la teoría del injusto, tales como: estados de inconsciencia, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de una orden de autoridad competente o de un deber legal (causas de justificación), error de prohibición, inimputabilidad o falta de capacidad de atribubilidad, miedo insuperable, estado de necesidad exculpante (que excluyen la culpabilidad) y el encubrimiento de parientes, la cual, consiste en una excusa absoluta que ya no es un grado de participación delictual en el Código Orgánico Integral Penal.

El presente trabajo se limita a establecer qué es y cómo opera el error de prohibición, cuáles son sus teorías, doctrinas, criterios, parámetros, ejemplos, clases y su intrínseca relación con el asesoramiento profesional, aplicando el análisis dogmático personal, fundamentado en los postulados de Claus Roxin, al caso del futbolista Lionel Messi, pues, es evidente que, en diversas ocasiones, se alega por parte de procesados, que su actuar lo hacían conforme lo establece la ley, ya que sus asesores les afirmaron que deben ejecutar esas acciones para el real cumplimiento de la norma, cuando en realidad resulta que los consejos emitidos por los expertos en sus diferentes ramas no eran más que recomendaciones erradas y contrarias a la norma penal.

El Delito (Nociones Generales)

En términos generales, la escuela clásica planteó un postulado que necesariamente evolucionó, pues, se solía pensar que el delito es todo hecho, acto o conducta que es contrario a las normas y, como consecuencia, amerita una sanción para su autor, la cual, consiste en una pena de privación de libertad para la persona que ha ejecutado el hecho lesivo; sin embargo, esta definición no es suficiente, pues, la dogmática jurídico-penal se dedicó al estudio de un concepto de delito que abarque en su totalidad aquel conjunto de elementos que son necesarios que se deban cumplir para catalogar a un hecho como punible; es decir, la mera realización de una acción u omisión no es una condición necesaria para que esa conducta específica tenga la característica de delictual. Es por lo que, la doctrina ha establecido que para determinar los elementos que forman parte del delito se observe lo siguiente:

- a. Un juicio de desvalor sobre el acto.
- b. Un juicio de desvalor sobre el autor de la conducta.²

Del juicio de desvalor sobre el acto se deriva la 'antijuridicidad', como uno de los elementos inherentes al delito per se, la misma consiste en que el hecho, acto o conducta es contraria a todo el ordenamiento jurídico, es decir, a las normas, leyes y reglamentos. Con respecto al juicio de desvalor sobre la conducta, se deriva la 'culpabilidad' como elemento que tiende a encontrar un nexo causal que permita atribuir el resultado lesivo de la acción, hecho o conducta, al autor, es decir, a la persona que ha ejecutado esa acción dañina.

Sin embargo, existe un elemento más y, para entenderlo, se debe afirmar que no todo acto antijurídico y culpable es penalmente relevante, sino solo aquel conjunto de actos que obedeciendo al principio de legalidad (*nullum pena, nullum crimen sine lege*)³ se encuentran tipificados como delitos en el código penal de la legislación vigente. Un ejemplo se produce cuando un estudiante de universidad decide copiar en su examen de Derecho Penal, es un acto, hecho o conducta antirreglamentario desde el punto de vista de las normas éticas de la universidad y, además, ese acto será susceptible de sanción disciplinaria, por parte del consejo universitario, porque existe un nexo causal, una relación entre el resultado lesivo (fraude, copia, trampa) y el autor de la acción (estudiante), sin embargo, eso no significa que sea un delito ni que la sanción sea una pena privativa de libertad, pues, la conducta que ejecutó el estudiante no es penalmente relevante porque no se encuentra tipificada en la norma, y si no se encuentra tipificada, la conducta tampoco será antijurídica ni culpable dentro de la esfera del Derecho Punitivo. Así es como surge la 'tipicidad', como un elemento más perteneciente al delito, entendida como la descripción material de la conducta

2. Muñoz Conde, Francisco; Mercedes García, Arán., *Derecho Penal General*, Sevilla, Tirant lo Blanch Libros (2010, p. 201)

3. Revisar Artículo 5, numeral 1, del Código Orgánico Integral Penal (2020).

1. Estudiante de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. edu@es.azuay.edu.ec

lesiva; es decir, únicamente serán considerados delitos aquellas conductas que taxativamente han sido tipificadas por el legislador en la norma penal, ya que solo aquellas circunstancias descritas en la norma, ostentarán relevancia penal y serán sometidas a un tratamiento específico por parte de la rama jurídica penal al momento de analizarlos, juzgarlos y sancionarlos. “En la moderna dogmática del Derecho Penal, existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad” (Roxin, 1997, p.193).

Después de todo lo dicho hasta ahora, se puede definir al delito como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuricidad, de la antijuricidad a la culpabilidad, etc.), teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica y, mucho menos, si es culpable o punible (Muñoz Conde; García, 2010, p. 202).

Por tanto, en virtud de los argumentos y citas precedentes, es que la doctrina ha decidido conceptualizar al delito como el acto típico antijurídico y culpable o atribuible a su autor. Es necesario afirmar que, para imputar o responsabilizar a una persona por la comisión de un delito, es indispensable verificar, de manera ordenada, cada una de las categorías que conforman el delito; es decir, primero, determinar si existe o no acción con sus respectivos requisitos; posteriormente, analizar si esa acción es típica, es decir, si la conducta se subsume tanto en el ámbito objetivo como subjetivo de la tipicidad, si la acción encaja, se procede a analizar la antijuridicidad y sus pertinentes elementos, si la acción es típica y antijurídica, bastará determinar si la misma es culpable, es decir, si es posible, desde la base del reproche, unir el resultado lesivo de la acción a su autor, si esto sucede, se habría configurado el injusto, delito o infracción, generando como consecuencia, la imposición de la pena. Sin embargo, se debe establecer que, si solo uno de estos elementos falta o no se cumplen, no será posible aplicar la pena.

El Error de Prohibición Definiciones Doctrinarias

El error de prohibición es un elemento que se configura en la culpabilidad; este se produce cuando una persona actúa sin conocimiento de su antijuridicidad y comete una infracción penal. La doctrina establece que:

“Concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida” (Roxin, 1997, p.861).

“Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho” (Muñoz Conde; García Arán, 2010, p.382).

De la doctrina, entonces, se colige que el error de prohibición procede cuando el justiciable que ejecuta una acción ilícita, carece de conocimiento de la antijuridicidad de su conducta o, en términos simples, no se encuentra mentalmente capacitado para vislumbrar que su actuar es contrario al ordenamiento jurídico, ya que presume que sus acciones se encuentran completamente autorizadas por la legislación vigente o está protegido por una causa de justificación.

La razón de ser de esta figura jurídico-penal radica en que “Solo puede cumplir una determinada orden quien tiene la voluntad de, acatar órdenes, que es capaz de reconocer que esa orden está dirigida a él y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir esa orden”. (Jakobs, 1996, p. 19). Es decir, que un individuo pueda conocer y entender una norma, es una condición necesaria para determinar o no la existencia del error, pues, en el caso de que la persona no conozca ni entienda la existencia de una orden normativa, se genera una situación que permite la existencia del error de prohibición.

Teoría de la Culpabilidad

Existen dos teorías de la culpabilidad respecto al error de prohibición: la teoría estricta y la limitada o restringida.

La dogmática estricta de la culpabilidad postula que es necesario demostrar si el error de prohibición es vencible o invencible, pues, si resulta ser invencible, la culpabilidad se excluye de manera total y, como consecuencia, la imposición de la pena. Sin embargo, si el error resulta ser vencible, subsiste la responsabilidad penal, pero, atenuada; es decir, procede la imposición de la pena, pero,

en menor grado. En las dos circunstancias, el dolo⁴ y la culpa⁵ del autor, que ejecuta la conducta lesiva, se mantienen intactos dentro de la categoría de la tipicidad de la infracción, esto se debe a que las diversas clases de error quedan para esta teoría estricta de la culpabilidad emparentadas a la culpabilidad, a excepción del error de tipo que, sin duda, pertenece a la categoría de la tipicidad.

Por su parte, la teoría restringida o limitada de la culpabilidad, establece que únicamente existe error de prohibición cuando concurre, por parte del autor, un desconocimiento de los elementos objetivos inherentes a una causa de justificación, generando como consecuencia, efectos parecidos a los que produce el desconocimiento de los elementos objetivos que caracterizan a la acción como típica, es decir, el error de tipo. En términos simples, si concurre el error sobre una determinada causa de justificación o sobre cualquiera de los supuestos objetivos de estas, se genera la atipicidad de la conducta. Sin duda, este postulado no es compartido por la doctrina penal dominante, debido a que, conforme a esta teoría, el error de prohibición debe ser regulado de la misma forma y producir exactamente los mismos efectos que el error de tipo. Esta hipótesis permite que, en la realidad material, se presenten resultados a favor del procesado, si no existe una forma culposa de ejecución de la conducta, incluyendo también, a la omisión. Esto es evidente, pues, la dogmática limitada de la culpabilidad restringe la imputación al momento de analizar un error de prohibición indirecto, generando una regulación liviana y de similar tratamiento y efectos al que ostenta la figura del error de tipo.

La Conciencia Eventual de la Antijuridicidad

Existe una conciencia eventual de la antijuridicidad cuando el sujeto tenga vacilaciones, dudas, incertidumbre e inseguridad con respecto a la ilicitud delictual de su actuar, siempre que el mismo agente, ostente en su poder, la posibilidad de actuar en conformidad al ordenamiento jurídico vigente. De manera ejemplificativa, se establece que una persona tiene conciencia de su antijuridicidad, cuando antes de ejecutar un acto, decide acudir ante cualquier persona o medio para determinar si la conducta que va a efectuar es lícita o no, como el funcionario público que antes de recibir dinero público decide informarse si está en su derecho de recibir la suma monetaria o podría estar recayendo en un delito en contra de la administración pública, o el empresario que decide consultar a su abogado y contador si la forma en cómo planea declarar sus impuestos es la correcta. En los casos que se exponen, la persona siempre tiene la capacidad mental para dilucidar aquel conjunto de dudas que tenga sobre criminalidad de su conducta.

Se debe exponer que ciertos sectores doctrinarios dominantes, afirman que:

Es doctrina dominante la que sostiene que también el conocimiento eventual es conocimiento de la antijuridicidad, suficiente para excluir el error de prohibición y hacer al sujeto penalmente responsable como en los casos de conocimiento seguro. En efecto, se piensa, generalmente, que las dudas en torno a la infracción del deber deben resolverse en favor del cumplimiento de este y, así las cosas, es lógico que el no hacerlo dé lugar a responsabilidad, incluso, en la misma medida que si no hubiera duda alguna sobre la antijuridicidad del hecho (Silva Sánchez, 1987, p. 649).

Hay que tener en cuenta que existe un error de prohibición, no solo cuando el sujeto se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad. (Roxin, 1997, p.871).

Categorización del Error de Prohibición

El error de prohibición se categoriza o clasifica en:

- a. Error de prohibición directo
- b. Error de prohibición indirecto.

El criterio de clasificación responde a la percepción que tenga el sujeto frente a la forma en cómo justifica o entiende que su actuar es conforme a Derecho, ya sea porque entiende que se encuentra amparado bajo una causa de justificación o, simplemente, porque cree que su conducta es totalmente lícita y no tiene relevancia jurídico penal.

4. *El conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo.* Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, Traducido por Diego Luzón, Miguel Díaz, García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Alcalá (1997).

5. Revisar el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal (2020).

Error de Prohibición Directo

Este es el error de prohibición clásico, pues, se produce cuando el sujeto tiene la creencia de que la conducta que efectúa no es penalmente relevante, debido a que dentro de su conciencia concibe que el ordenamiento jurídico, no tiene disposición normativa alguna que prohíba su actuar o que, en el caso de que exista una norma al respecto, esta no ostente ámbito de aplicación ni vigencia en la realidad material. En términos simples, el sujeto que ejecuta la acción tiene un total desconocimiento sobre la ilegalidad de su conducta. Inclusive, este tipo de error engloba aquellas situaciones en las que el agente conoce la ley penal, pero, la interpretación que tiene es equivocada, generando que no pueda determinar que su conducta es antijurídica. Y, finalmente, el último supuesto, en el que el sujeto piensa que la norma, que catalogaba de ilícita a su conducta, no tiene ámbito de aplicación o simplemente no se encuentra vigente.

Ejemplos:

- “Cuando alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental y no sabe en absoluto que ello está prohibido” (Roxin, 1997, p.871).
- Cuando el sujeto sigue las órdenes de un profesional en la materia y adecua su conducta a esos consejos, sin embargo, las recomendaciones emitidas por el profesional son erradas y contrarias al Derecho.
- Cuando el agente se reúne con varias personas para planear un delito, pensando que la conducta es punible solo si se materializa el plan, sin saber que, para el Código Orgánico Integral Penal, basta la mera reunión de personas con el fin de cometer un ilícito para que se configure la infracción de asociación ilícita.
- Cuando el sujeto es una mujer embarazada y decide abortar porque cree que tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo y que, por tanto, no será penado su actuar.
- Cuando el autor es un miembro perteneciente a una comunidad de la Amazonía ecuatoriana, aislada de la sociedad civilizada, en virtud de la cual, tienen la costumbre de consumir sustancias estupefacientes de la naturaleza para sus rituales y, un día, el agente decide ir a la ciudad de Cuenca, cuando de repente procede a consumir sustancias estupefacientes en vía pública para ejecutar algún ritual ceremonial.

Error de Prohibición Indirecto

El error de prohibición indirecto se configura en las situaciones en las que el autor sabe que está ejecutando una conducta antijurídica, sin embargo, el agente cree que esta se encuentra protegida por una causa de justificación que en la presente situación no existe o, que, en el caso de existir, el autor piensa que se encuentra dentro de los límites, cuando en realidad los ha sobrepasado. En términos simples, el sujeto tiene la convicción de que sus actuaciones ostentan una justificación total y, por tanto, se encuentran permitidas, cuando en realidad, no existe tal justificación o, existiéndola, ha excedido sus límites permitidos por la ley.

- “Alguien cree poder corregir mediante castigo corporal a los niños ajenos cuando hacen travesuras imperdonables, actúa en error de prohibición en cuanto a las lesiones; se imagina una causa de justificación que no existe.
- Lo mismo rige cuando unos estudiantes creen poder perturbar o interrumpir una clase en virtud de un supuesto derecho de huelga.
- Cuando alguien comete un sabotaje de recursos militares suponiendo que un derecho a promover la paz mundial le autoriza a ello” (Roxin, 1997, p.871).
- Cuando el sujeto cree que tomar dinero de la caja registradora es una forma correcta de compensar los sueldos que le debe su empleador.
- Cuando el sujeto es atacado por una persona salvajemente y, después de cinco minutos del ataque, decide ir hacia su agresor a golpearlo porque cree que está actuando bajo legítima defensa.
- Cuando quien es agredido por otra persona, aplica legítima defensa y noquea a su agresor, sin embargo, el lesionado saca un arma y decide disparar a su agresor inconsciente porque cree que la legítima defensa le permite asesinarlo.

Se debe afirmar que existe una forma más de error de prohibición indirecto, el cual, consiste en el error en el que recae el agente cuando cree que, sobre una situación específica, existen circunstancias que si se producen llegarían a justificar su conducta. Un ejemplo claro se produce cuando el autor piensa que se encuentra frente a una situación límite de peligro extremo, cuando en realidad, tal escenario no existe. Es decir, la no exigibilidad de la conducta se configura únicamente en la mente del agente, pero, no en la realidad, como son los casos del estado de necesidad exculpante o la legítima defensa putativa.

Ejemplo:

Varios amigos deciden ir en su yate a alta mar a pasar el día, sin embargo, comienza a caer un diluvio fuerte y uno de los jóvenes piensa que la nave se está hundiendo, por tanto, decide lanzar a uno de sus amigos al agua para que la nave se aligere y que esta no se hunda, cuando en realidad el yate no se estaba hundiendo, es más, ni siquiera existía tal posibilidad.

Vencibilidad e invencibilidad del Error

El error de prohibición puede ser vencible o invencible, como establece la teoría estricta de culpabilidad; si el error es vencible, se genera la imposición de la pena, pero, atenuada, ya que se disminuye el grado de culpabilidad. Sin embargo, si el error resulta ser invencible, se produce la extinción total de la responsabilidad penal, se elimina la culpabilidad como elemento final del delito y, por tanto, no se configura la infracción.

Roxin ha planteado que los medios para determinar si un error es vencible o invencible radican en reflexión e información, estableciendo que para determinar la vencibilidad del error es necesario atender a tres supuestos fundamentales:

- a. Motivación.
- b. Medios necesarios por los esfuerzos para cerciorarse.
- c. La posibilidad de acceder al Conocimiento de la Antijuridicidad en caso de realizar esfuerzos insuficientes.

La Motivación

El primer supuesto es la motivación, es decir, aquello que lleva al autor a determinar si es que debe o no informarse previamente sobre si la conducta que va a realizar es o no contraria al ordenamiento legal.

Cuando el agente no transforma su incertidumbre en una razón, fundamento o motivo para realizar una investigación sobre su conducta, no se configurará, por regla general, lo que se denomina error de prohibición vencible. Sin embargo, si “el sujeto reprime y no se toma en serio sus dudas sobre el injusto, de modo que confía negligentemente en la conformidad a Derecho de su conducta. Tal error es —si concurren los dos presupuestos o requisitos restantes— vencible” (Roxin, 1997, p. 886).

De manera universal, también es vencible el error de prohibición cuando el agente no realiza ningún esfuerzo para obtener la ilustración legal necesaria, sin importar de tener conocimiento de que en la arena que pretende actuar, se encuentra sometida a una regulación jurídica específica. Ejemplo:

Quien abre un banco o una tienda de comestibles, quien pretende explotar un negocio de hostelería o conducir un camión por la carretera sabe que para el ejercicio de estas actividades existen preceptos jurídicos que tienen el objeto de excluir en la medida de lo posible los peligros inherentes a las mismas. Simplemente el saber esto ha de suponer para él ya un motivo para preocuparse por los preceptos jurídicos vigentes en ese sector (Roxin, 1997, p. 886).

Por último, un error de prohibición también es vencible, cuando el autor tiene conocimiento total de que su conducta genera un daño al conglomerado social, pues se entiende que se ha dado una vulneración a normas inherentes al orden social y moral, generando la vencibilidad del error de prohibición.

La Medida Necesaria Por Los Esfuerzos Para Cerciorarse

Este requisito hace referencia al medio que, en virtud de su motivación, el profano⁶ decide utilizar para dilucidar si la conducta que pretende efectuar es lícita o no. Roxin plantea que generalmente se acudirá a un abogado, ya que es quien tiene el conocimiento necesario para informarle al agente sobre si su actuar, será conforme a Derecho.

6. Profano: que carece de experiencias en una determinada materia. En materia penal, se utiliza para referirse al ciudadano común que no tiene conocimientos legales.

En la sociedad radica un principio de confianza y este se traduce en que cualquier profesional está capacitado a dar asesoramiento en su área, ya que se entiende que ha pasado por procesos de estudio debidamente acreditados por el Estado y las instituciones públicas o privadas en donde ha estudiado, por tanto:

Una “información improvisada” determinada y clara de un abogado debe bastar también para hacer invencible un error de prohibición; pues el ciudadano no puede juzgar si tal información se basa en la especial competencia del abogado, la claridad de la situación jurídica o acaso en una negligente sobrevaloración de sí misma de la persona por él consultada (Roxin, 1997, p.889).

Roxin establece que también es totalmente válido, que el profano se confíe de una jurisprudencia uniforme dictada por el tribunal de justicia más alto del Estado, pues, se entiende que sus decisiones son vinculantes.

Finalmente, se debe afirmar, que los medios para acceder a información legal pueden ser diversos, pero, bajo ningún aspecto, debe confundirlos con un consejo emitido por el abogado o cualquier otro profesional, en el que el cliente le ha pedido ayuda para incumplir la norma jurídica, ya que, se trata de una situación totalmente diferente y bajo ningún aspecto configura lo que es un error de prohibición.

La Posibilidad De Acceder Al Conocimiento De La Antijuridicidad En Caso De Realizar Esfuerzos Insuficientes

El último requisito hace referencia a que no necesariamente existirá un error de prohibición vencible si el agente o profano no ha realizado los esfuerzos necesarios para conocer sobre la licitud de su actuar. Es decir, si el autor, a pesar de haber tenido un motivo para consultar información, no acudió a un jurista, sino que decidió de manera directa ejecutar su conducta pensando que lo hacía conforme al ordenamiento jurídico, se deberá tomar, no obstante, como invencible al error de prohibición, si es que cualquier abogado confiable le habría manifestado que la conducta realizada es la correcta y que, por tanto, es conforme a la norma penal. “Lo más importante aquí no es la constatación de un curso causal hipotético. No es decisivo lo que un determinado abogado realmente habría dicho, sino cómo habría sido una información de la que el sujeto se habría podido fiar” (Roxin, 1997, p.892).

Asesoramiento Profesional vs Error de Prohibición (Caso Leo Messi)

El asesoramiento profesional es una de las acciones más habituales que practican los seres humanos; la mayor parte de personas necesitan recibir las indicaciones de los expertos en un área determinada (arquitectura, economía, ingeniería, leyes, etc.) antes de ejecutar sus operaciones, para así, obtener beneficios y actuar conforme la ley. Durante la última década, ha sido común observar noticias en que celebridades y personas llenas de fama son sometidos a procesos penales por presuntamente haber cometido el delito de defraudación fiscal.

Lionel Andrés Messi Cuccittini, jugador del Fútbol Club Barcelona y de nacionalidad argentina, fue sometido a un proceso penal junto con su padre, Jorge Horacio Messi, por defraudar a Hacienda española por un monto de 4,1 millones de euros durante los años 2006, 2007 y 2008. Este caso se cita porque la defensa formulada por los procesados fue la siguiente:

Leo Messi había confiado sus obligaciones con Hacienda a su padre y este a sus asesores. “Yo me dedicaba a jugar a fútbol. Confiaba en mi papá y en los abogados que habíamos decidido que nos llevaran las cosas. En ningún momento se me pasó por la cabeza que me iban a engañar”, declaró entonces el jugador (Rincón, 2017). Se debe establecer que los procesados fueron sentenciados, inclusive la condena fue ratificada por el tribunal superior, la motivación principal de los jueces fue que:

Lionel Messi actuó con “ignorancia deliberada” cuando evitó informarse sobre lo que estaba a su alcance a través de “medios fiables, rápidos y ordinarios”. El Supremo ratifica este argumento y tumba uno a uno todos los motivos alegados por el delantero para recurrir su condena (Rincón, 2017).

Esta postura, adoptada por el tribunal, no observa los criterios establecidos por la doctrina dominante, pues, se trata de un evidente caso de error de prohibición, ya que, en virtud de lo afirmado por Roxin, el mero hecho de que el procesado haya acudido a abogados para ser asesorado, ya genera que cumpla con el requisito del motivo y de los medios idóneos de información para determinar si el error de prohibición es vencible o invencible. Se debe tomar en cuenta que el referido profesor alemán establece que basta una información improvisada y clara de un jurista, para que el error de prohibición sea invencible.

El argumento final de los juzgadores de Barcelona fue que:

Los magistrados del Supremo tampoco admiten que, como alegó el jugador, él fuera ajeno a las maniobras fiscales de sus asesores para eludir impuestos y entiende que Leo Messi conocía inequívocamente su obligación de tributar los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen. En este sentido, afirma que “no resulta acomodado a lógica admitir que quien percibe importantes ingresos ignore el deber de tributar por ello. Ni se acomoda a lógica que quien constata que no abona nada en absoluto a Hacienda como tributo, pese a la elevada percepción de concretos ingresos (los derechos de imagen), sabe que está defraudando ilícitamente”. Advierten que el delantero empezó a firmar contratos de cesión de derechos de imagen cuando era menor, pero, siguió firmándolos cuando cumplió la mayoría de edad y aseguran que el futbolista “interviene personalmente en muchos de los contratos que se iban sucediendo”. “Si alguna duda pudiera alcanzar a quien eso percibe, cualquiera que fuera su ingenuidad, las actuaciones que indican que interviene en persona, y no solamente estampando su firma en documentos, revelan su plena consciencia de que ese camino llevaba inexorablemente al insolidario resultado de la defraudación fiscal”, sostiene el tribunal (Rincón, 2017, p. 1).

La postura del tribunal es interesante, es un argumento válido por el cual se desvirtúa lo alegado por los procesados, sin embargo, el mismo tribunal establece que el procesado si tenía conocimiento de la antijuridicidad de sus actos y que sería imposible que no fuera así. Sin embargo, la doctrina establece “que normalmente un profano no está en condiciones de tomar tal decisión personal” (Roxin, 1997, p. 888).

“El ciudadano no puede juzgar si tal información se basa en la especial competencia del abogado, la claridad de la situación jurídica o acaso en una negligente sobrevaloración de sí misma de la persona por él consultada” (Roxin, 1997, p. 889).

Por tanto, no es una obligación jurídica del procesado el refutar los argumentos de su abogado o dudar de los mismos. Sin embargo, se debe manifestar que en el presente trabajo no se defiende la inocencia de los procesados, faltan diversos elementos suscitados en el proceso que merecen un análisis más profundo, el caso solo se expone como manera de ejemplo para demostrar como en la realidad se producen casos de error de prohibición en materia penal.

Conclusiones

El error de prohibición es una figura jurídico-penal que radica en la culpabilidad, esta se genera cuando el autor no tiene conocimiento de que su conducta es ilícita. El error de prohibición ha sido objeto de debate y estudio por parte de la doctrina durante años, sin duda, se trata de una exigencia de responsabilidad penal que debe cumplir de manera estricta y minuciosa con requisitos jurídico-fácticos para que proceda su invencibilidad y, como consecuencia, la extinción de la pena; caso contrario, el error es vencible, se configura el injusto y el error solo generará la atenuación de la sanción punitiva del Estado, pues, en el caso de asesoramiento profesional, se determina que basta el simple consejo improvisado de un abogado o experto, para que el error sea invencible.

Referencias Bibliográficas

Código Orgánico Integral Penal. (2020, 21 de junio). *Asamblea Nacional del Ecuador*.

Jakobs, G. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal*. Ad Hoc.

Muñoz Conde, F y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal General*. Octava edición. Tirant lo Blanch libros.

Reyes, R. (2017). *El supremo ratifica la condena de 21 meses a Messi por fraude fiscal*. Diario El País. https://elpais.com/deportes/2017/05/24/actualidad/1495623767_529582.html

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS.

Silva Sánchez, J. (1987). *Observaciones Sobre El Conocimiento "Eventual" de La Antijuricidad*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.



ESTUDIO
CENTRAL
ABOGADOS