

Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal

Yamila Fakhouri Gómez

Doctora por la Universidad Autónoma de Madrid

Profesora Investigadora en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

En el artículo se revisan los presupuestos de la teoría del error manejada por la doctrina mayoritaria tanto en España como en Alemania y en gran parte de América Latina al hilo de la especial problemática que plantean los tipos penales que introducen remisiones a otras normas para complementar el tipo penal (tipos penales en blanco, elementos normativos del tipo); apuntándose una manera distinta de delimitar entre los errores que excluyen el dolo y los que no tienen ese efecto. Esta solución se ve acompañada de una propuesta de interpretación de la regulación legal, así como por una propuesta de ubicación dentro del sistema del delito.

SUMARIO: 1. Introducción/Objetivo del trabajo; 2. Evolución de la teoría del error; 3. La teoría de la culpabilidad en particular; 4. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad – La delimitación entre elemento normativo del tipo y tipo penal en blanco; 5. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad – Lectura conjunta; 6. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad – Aplicabilidad a todos los ámbitos del Derecho penal; 7. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad – Delimitación entre error de tipo y error de prohibición; 8. El solapamiento entre el conocimiento de los elementos típicos y conocimiento de la prohibición como modelo teórico; 9. El *dolus malus* en su aplicación práctica; Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: dolo, error, elemento normativo, tipo penal en blanco, error de tipo, error de prohibición.

1. Introducción/Objetivo del trabajo

1. En las siguientes líneas se pretende poner de manifiesto los problemas y las contradicciones de la teoría del error con la que se opera en la actualidad y contribuir a un replanteamiento de sus bases. Ello se analiza al hilo de la problemática que presentan aquellos tipos penales que remiten a disposiciones jurídicas recogidas en otros sectores del ordenamiento para complementar el tipo penal. El empleo de esta técnica legislativa afecta al lado subjetivo del hecho: tanto en los tipos penales en blanco como en aquellos supuestos en los que el legislador introduce elementos normativos en los tipos penales el conocimiento del tipo necesario para la apreciación del dolo iría unido, en cierta medida, al conocimiento de la norma de complemento.

Se trata de una cuestión ampliamente abordada, muy controvertida, de enorme trascendencia práctica –sobre todo en el ámbito del Derecho penal accesorio– y que

presenta un alto nivel de abstracción, por lo que parece útil comenzar con algunos casos particulares que constituirán la guía del trabajo.

a) Dos sujetos compran un libro conjuntamente. Un día, uno de ellos decide unilateralmente vender el libro a un tercero, desconociendo que conforme a las normas civiles reguladoras de la propiedad se trata, en realidad, de una cosa «ajena»¹. El error del sujeto acerca del carácter «ajeno» de la cosa podría tener su origen en diferentes factores:

aa) el sujeto piensa que no se trata de una cosa «ajena», al pertenecerle también a él;

ab) confunde el libro comprado a medias con otro exclusivamente de su propiedad;

ac) cree que, por encontrarse el libro en su casa, puede disponer de él libremente.

b) Un cazador abate un ejemplar de faisán en época de veda, incurriendo en un delito de caza furtiva del antiguo § 38 de la Ley de caza alemana (BJagdG)². Este precepto remitía a la Ley de Caza y su Reglamento para determinar las condiciones en las que esta actividad puede llevarse a cabo. En concreto, el Reglamento alemán establece que el tiempo de veda para el faisán se extiende desde mediados de enero hasta finales de septiembre. De nuevo, el error del sujeto, conforme al cual piensa que no incurre en este tipo penal podría deberse:

ba) a que confunde el ejemplar de faisán con un ejemplar de otra especie, que sí es susceptible de ser cazada en ese periodo;

bb) desconoce la existencia de un tiempo de veda;

bc) piensa que la veda sólo dura unos días en lugar de varios meses;

bd) conoce el tiempo de veda pero piensa que, cuando abate al animal, se encuentra ya en el mes de octubre.

¹ Es una variación de un ejemplo de ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, § 12, nm. 103, aunque este autor no hace referencia a las posibles constelaciones de error sobre esta circunstancia (se parte de la base de que el libro es ajeno respecto del dueño).

² En la actualidad –a partir de la Reforma de esta Ley de 21.11.1996 (BGBl. I 1996, 1779)– esta conducta constituye una infracción característica del Derecho alemán a caballo con el Derecho administrativo sancionador (*Ordnungswidrigkeit*). El ejemplo originario es de JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, Apartado 8, nm. 46, si bien se han añadido algunos supuestos de error. Originariamente esta norma acotaba el período de caza del gallo lira (§ 14 párrafo 1º núm. 1 JagdzeitV 1977 [BGBl. I 1977, 531]). Este precepto fue modificado por el Art. 1 del Reglamento de 25 de abril de 2002, que sustituye el gallo lira por el faisán. El primero pasa a no ser susceptible de ser cazado salvo cuando la actividad se encuentre prevista en un plan que ha de contar con la autorización de las autoridades competentes (§ 21 párrafo 2º BJagdG).

c) Un sujeto obtiene determinados beneficios económicos por la venta de unos títulos–valores. Al haber transcurrido un plazo inferior a seis meses entre el momento de adquisición y venta, tales beneficios tienen el tratamiento de las plusvalías puramente especulativas, generando el deber de tributar por el impuesto sobre la renta correspondiente. El sujeto no declara los beneficios obtenidos, realizando el tipo de defraudación tributaria. Este tipo penal remite a la normativa fiscal para la determinación de la obligación tributaria concreta. Al igual que en los casos anteriores, el error del sujeto puede tener su origen en diferentes factores³:

- ca) el sujeto no conoce el deber de tributar que se deriva de tales negocios;
- cb) cree que el deber de tributar sólo afecta a determinados profesionales;
- cc) piensa que el tratamiento especial para las plusvalías únicamente resulta aplicable cuando han transcurrido menos de tres meses entre la adquisición y la venta;
- cd) ha olvidado el negocio;

2. Por regla general, el error sobre las *circunstancias fácticas* no presenta problemas en cuanto a sus efectos penales, reconociéndosele, por regla general, un efecto excluyente del dolo y dando lugar, en su caso, a la responsabilidad por imprudencia –grave o leve, cuando tal modalidad comisiva se encuentre contemplada– o a la impunidad⁴. La duda se plantea respecto del resto de hipótesis, en las que el autor yerra sobre el significado jurídico de las normas extrapenales que regulan la propiedad, los tributos y la actividad cinegética en los ejemplos propuestos: ¿se trata aquí de un error que excluye el dolo o de un error que, por el contrario, lo deja intacto?

2. Evolución de la teoría del error

1. Dolo y error constituyen las dos caras de una misma moneda⁵. Por este motivo, la decisión acerca del error que excluye el dolo y del error que lo deja intacto se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de dolo que se maneje. Tanto el legislador

³ Se trata del conocido ejemplo de BACHMANN, *Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, 1993, p. 159, que, a pesar de no corresponderse con la regulación vigente en la actualidad, se recoge por su valor didáctico.

⁴ Si bien cabe señalar que recientemente surgen algunas voces que propugnan la aplicación de la pena del delito doloso cuando tal error tenga su origen en la indiferencia del autor (cfr. FAKHOURI, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, 2009, § 14.III.B. Parte de las ideas principales de esta monografía se recogen asimismo en el libro *El objeto del dolo en Derecho penal*, ed. Externado de Colombia, Bogotá 2011, que verá la luz a principios de años en el continente americano).

⁵ Vid. sólo WARDA, «Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre», en *Jura*, 1979, p. 3.

español como el alemán han evitado definir el dolo, dejando tal delimitación en manos de la jurisprudencia y de la doctrina⁶.

La regulación actual del error en ambos países –y también el Brasil– distingue entre error de tipo y error de prohibición (arts. 20 y 21 CP brasileño, art. 14 CP español, §§ 16 y 17 StGB): conforme a la definición habitual, el primero sería aquél que recae sobre los elementos que conforman el tipo de injusto. El error de prohibición incidiría sobre el significado antijurídico de la conducta una vez que se conocen los elementos típicos. La delimitación entre ambas clases de error ha sido acogida asimismo en el *Corpus Juris* para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, en su art. 11, y el mismo esquema parece seguirse en el texto que contiene las propuestas de lo que se ha dado en llamar «eurodelitos», para la armonización del Derecho penal económico en este marco, estableciendo esta última regulación, de manera expresa por primera vez en un texto legal, aquello que debe ser abarcado por el dolo del autor cuando el tipo penal contiene elementos normativos o elementos en blanco⁷.

2. Las teorías que intentan determinar el objeto del dolo a partir de la delimitación entre error de tipo y error de prohibición se conocen como la *teoría del dolo* y la *teoría de la culpabilidad*. La *teoría del dolo* parte de una concepción del dolo como *dolus malus*, que abarcaría la totalidad del lado subjetivo del hecho y que sería objeto de análisis en el nivel de la culpabilidad. El dolo se identifica, por tanto, con el conocimiento de los elementos del tipo y de la antijuridicidad de la conducta. El error acerca de cualquiera de estos extremos recibiría el mismo tratamiento jurídico–penal: la exclusión de la pena del delito doloso y la aplicación de la pena correspondiente al delito imprudente, en su caso, o la impunidad⁸.

La evolución de una concepción objetiva del injusto a una concepción personal tuvo importantes consecuencias para la teoría del error. El traslado del dolo al tipo, que se desprende de un sistema final del delito, llevó consigo que las representaciones erróneas

⁶ La evolución de la teoría del error se analiza detalladamente en FAKHOURI, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición (...)*, 2009, § 4.

⁷ Cfr. arts. 5 y 7. Esta regulación obligaría a diferenciar entre los errores de Derecho o de valoración que son relevantes para el dolo y los que constituyen un error de prohibición. Así, VOGEL, «Presupuestos y exclusión de la responsabilidad subjetiva», en TIEDEMANN (dir.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico de la Unión Europea*, 2003, p. 42.

⁸ MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, § 42.I, § 43.III; más recientemente BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11ª ed., 2003, § 20, nm. 31, § 21, nm. 37 y ss., a pesar de reconocer que la regulación del error actual en Alemania armonizaría con la teoría de la culpabilidad; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., 1984, Cap. 7, nm. 36 (cfr. también nm. 90). En España RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, 1978, Cap. XIII.A; TORÍO LÓPEZ, «El “error iuris”, perspectivas materiales y sistemáticas», en ADPCP, 1975, p. 38, entre otros. En los últimos tiempos COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 1999, p. 619.

del autor tuvieran también eficacia en este ámbito. En tal contexto se desarrolla la *teoría de la culpabilidad*, que opera con un concepto de dolo como *dolo natural*: se produce la separación entre el dolo (en el tipo de injusto) y la conciencia de la antijuridicidad (como elemento autónomo de la culpabilidad). El resultado de ello sería que sólo el error de tipo excluiría el dolo⁹. La idea que se encuentra detrás es que el conocimiento de la realización del tipo constituiría un nivel previo al conocimiento de la antijuridicidad y, con ello, de la plena culpabilidad. El tratamiento penal más desfavorable para el autor que yerra sobre la prohibición tendría su origen en la denominada *función de llamada* del dolo.

Las repercusiones prácticas de tal separación son aún más llamativas en aquellos ordenamientos en los que, como es el caso de España y de la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, se parte de un sistema de *numerus clausus* de la imprudencia: cuando la modalidad de comisión imprudente no se encuentre contemplada la calificación como error de tipo daría lugar a la impunidad. Ello resulta habitual en los tipos que pertenecen al Derecho penal accesorio, entre otros. Esta impunidad no se limitaría exclusivamente al autor, extendiéndose también a los partícipes, en virtud del principio de unidad del título de imputación y de accesoriedad de la participación. La existencia de un hecho típico y antijurídico condicionaría asimismo la posibilidad de apreciar la legítima defensa, así como de imponer una medida de seguridad a los inimputables que actúan inmersos en un error de tipo invencible. Por otra parte, el grado de conciencia que se exige al autor es diferente en ambos niveles de la teoría del delito: mientras que en el ámbito del tipo se exige el conocimiento de los elementos que lo conforman, en el ámbito de la culpabilidad, bastaría con que el autor *puediera conocer* la prohibición para afirmar el dolo¹⁰.

3. La teoría de la culpabilidad en particular

⁹ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª ed., 1969, § 22.III.1.f (p. 168). Igualmente CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2006, § 15, nm. 104, § 17, nm. 3; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 21, nm. 7; RUDOLPHI, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 7ª ed. (la última actualización es la núm. 37, de octubre de 2002), § 17, nm. 1 (en adelante: SK); SCHRÖDER, F. C., en JÄHNKE *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1994, § 16, nm. 36 y ss., 38, § 17, nm. 3 (en adelante: LK). En España CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, 2001, pp. 119, 131 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre elementos normativos*, 2008, pp. 173, 189, 215; LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal. Parte general I*, 1996, pp. 465 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 2007, pp. 383, 386.

¹⁰ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht (...)*, 11ª ed., 1969, § 22.II. *Vid.* también BGHSt 2, 194, 200 y s., de 18.3.1952 (= BGH JZ, 1952, p. 337) así como el comentario de este autor a la citada sentencia en JZ, 1952, p. 341.

1. Esta evolución ha producido un desplazamiento de las cuestiones objeto de controversia en materia de error. No cabe hablar, sin embargo, en contra de lo que sería de esperar, de una reducción de los puntos polémicos, sino más bien de todo lo contrario¹¹.

En el marco de un sistema clásico y neoclásico del delito la cuestión se limitaba a la determinación de los errores que excluyen el dolo, así como a la definición de los presupuestos exigibles para ello. El desplazamiento del dolo al tipo y el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvieron como consecuencia que, a la exigencia de establecer el objeto de referencia del dolo, se uniera la necesidad de determinar la ubicación sistemática que ha de tener el error en el nivel del injusto o de la culpabilidad. Por otra parte, el nuevo punto de vista no se ha impuesto completamente. El sistema final del delito y sus consecuencias en materia de error convive en la actualidad con concepciones diferentes: algunos autores mantienen el dolo en la culpabilidad¹². Otros, si bien asumen que el dolo es relevante ya en el tipo de injusto, consideran que la regulación del error resultaría compatible con los postulados de la teoría del dolo¹³.

2. Los efectos de orden práctico que tiene tal clasificación hacen, además, que reflexiones ajenas a la cuestión del error ejerzan cierta influencia en la discusión sobre esta materia¹⁴.

3. A ello se une el hecho de que existen importantes discrepancias acerca de si una falsa representación ha de ser ubicada en una u otra constelación del error. El acuerdo sobre esta cuestión se reduce a los ejemplos recogidos habitualmente en los manuales para ilustrar esta solución: así, se califica como error de tipo el error acerca del carácter «ajeno» de la cosa, o acerca de la condición de «documento» del objeto que se falsifica. No obstante, respecto de otros muchos elementos, las posiciones son encontradas en lo que respecta a su calificación como error de tipo o de prohibición. Entre ellos destacan las referencias al carácter «contrario a derecho» o «ilegal» de la conducta, o a la «falta de autorización» para realizarla y, en general, todos aquellos elementos que ponen de manifiesto la contradicción con el ordenamiento jurídico.

¹¹ Se hace eco de ello igualmente FRISCH, «Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluß im deutschen Strafrecht», en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990, 1991*, pp. 237 y ss.

¹² Cfr. los autores señalados en la nota 8.

¹³ Esta es la tesis defendida destacadamente por MIR PUIG en España (*vid. sólo Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2008, Lecc. 21, nm. 24 y s., 40 y s.).

¹⁴ Es crítico al respecto FRISCH, en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990, 1991*, pp. 240, 262, en alusión a la problemática de la participación en el delito.

Las premisas de las que se parte en el marco de la teoría de la culpabilidad a fin de determinar lo que ha de conocer el sujeto para afirmar la responsabilidad dolosa, pueden resumirse en los siguientes puntos: el objeto del dolo se determina en función de que se trate de un elemento normativo o de un tipo penal en blanco. Más allá de ello, se parte de la «tesis de la sustituibilidad», conforme a la cual se considera que el elemento en blanco puede ser sustituido por el contenido de la norma de complemento, sin que el sentido del tipo se vea modificado con esta operación. En relación con los elementos normativos del tipo se exige una «valoración paralela en la esfera del profano» para afirmar la concurrencia del dolo. La última premisa es que la regulación del error resulta de aplicación a todos los ámbitos del Derecho penal sin excepción.

La forma en que doctrina y jurisprudencia llevan a cabo la delimitación en el caso concreto pone de manifiesto, sin embargo, de manera clara, que la aplicación práctica que se hace de esta teoría no se corresponde con sus postulados teóricos. Los escollos a la hora de distinguir entre las diversas constelaciones de error pueden agruparse en diferentes niveles que, sin embargo, se encuentran estrechamente relacionados, y que tienen que ver, en primer lugar, con la dificultad para delimitar entre los diferentes elementos recogidos en los tipos penales. En segundo lugar, con la falta de fundamento para exigir puntos de referencia diferentes para el dolo respecto de las distintas remisiones normativas. En tercer lugar, con la falta de plausibilidad de los criterios empleados para determinar el objeto del dolo. Y, por último, con la propia imposibilidad de llevar a cabo la delimitación entre conocimiento del tipo y de la prohibición en la mayoría de los casos.

4. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad – La delimitación entre elemento normativo del tipo y tipo penal en blanco

1. En el marco de la teoría de la culpabilidad, la inclusión de una remisión normativa concreta en la categoría de elemento normativo o de tipo penal en blanco condiciona aquello que debe ser conocido por el autor para afirmar la responsabilidad dolosa:

a) El elemento normativo constituiría un elemento típico que, conforme a los postulados de la teoría de la culpabilidad, debería ser conocido por el autor para actuar con dolo. El desconocimiento de la norma de complemento constituiría, por tanto, un error de tipo excluyente del dolo. Más allá de ello, la apreciación del dolo del autor se supedita a la comprensión del significado social del hecho. No resultaría, por tanto, suficiente el mero conocimiento de los hechos, ni se requiere tampoco una subsunción exacta en el término legal: bastaría con que se haya producido una «*valoración paralela en la esfera del profano*»¹⁵ o un «*juicio paralelo en la conciencia del autor*»¹⁶.

¹⁵ El concepto fue acuñado por MEZGER, Comentario a la sentencia del RG 2. *Senat* de 7.4.1927; 2 D 228/27, en *JW*, 1927, p. 2007 (cfr. asimismo *Lehrbuch* [...], 3ª ed., 1949, § 44.I.3).

b) En lo que respecta a los tipos penales en blanco, el conocimiento del tipo requeriría de la lectura conjunta de los elementos del tipo que se encuentran separados, de manera que formen un tipo unitario. Para ello el elemento en blanco sería *sustituido* por el contenido de la norma de remisión. Al tipo penal en blanco complementado de este modo le resultarían de aplicación los criterios generales en materia de dolo y error: el dolo del autor debería abarcar las circunstancias del hecho –tanto del tipo penal en blanco como de la norma de complemento–. El desconocimiento de la existencia de la norma de complemento recibiría, sin embargo, el tratamiento de error de prohibición¹⁷.

2. Esta determinación del objeto del dolo atendiendo al carácter de la remisión presupondría poder distinguir de manera clara entre ambas clases de remisiones. Ello no resulta fácil, ya que el objeto de referencia sería el mismo, al menos respecto de aquellos elementos normativos que introducen una remisión a una norma jurídica.

Las numerosas aportaciones en este sentido no ofrecen una solución satisfactoria. La mayor parte de la doctrina atiende a si el legislador ha llevado a cabo la tipificación de la conducta por sí mismo –elemento normativo– y en qué casos delega esta función –norma penal en blanco–¹⁸. Los problemas para la aplicación de este criterio de

¹⁶ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht (...)*, 11ª ed., 1969, § 13.I.4. La doctrina absolutamente mayoritaria opera con este criterio. Un elenco detallado de la doctrina y de la jurisprudencia que lo aplica puede verse en FAKHOURI, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición (...)*, 2009, § 5.III.A.

¹⁷ Esta propuesta proviene de WARDA, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955, pp. 27 y s., 31, 36, 38 y ss., que introduce numerosos ejemplos. En este sentido también BACHMANN, *Vorsatz und Rechtsirrtum (...)*, 1993, pp. 26, 69 y ss.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2006, § 15, nn. 100 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, § 29.V.3; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, 8ª ed., 1992, § 23, nm. 9; MEZGER, *Lehrbuch (...)*, 3ª ed., 1949, § 24.III.1; RUDOLPHI, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *SK*, t. I, 7ª ed., § 16, nm. 18 y s.; SCHRÖDER, F. C., en JÄHNKE *et al.* (eds.), *LK*, 11ª ed., 1994, § 16, nm. 39, todos ellos con referencias. En España *vid.*, por todos, ARIAS EIBE, *El error en Derecho penal en el Código de 1995*, 2007, p. 97. En esta línea se encuadraba también la tesis de ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 12, nm. 111, si bien cabe destacar su reciente cambio de orientación en «Über Tatbestands- und Verbotsirrtum», en DANNECKER *et al.* (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, 2008, p. 381, donde –en la línea de lo defendido aquí– propugna el tratamiento de la norma de complemento del tipo penal en blanco como un elemento normativo, de manera que deba ser conocida por el autor para afirmar el dolo.

¹⁸ *Vid.* sólo CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 15, nm. 103 (esta idea se mantiene hasta la última edición de 2006 –también en el § 15, nm. 103–, a cargo de CRAMER/STERNBERG-LIEBEN), secundado, en España destacadamente por GARCÍA ARÁN, «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», en *EPC XVI* (1993), pp. 71 y ss.

delimitación tendrían su origen en la falta de puntos de anclaje suficientes que permitan determinar cuándo se trata de uno u otro caso¹⁹, lo que entrañaría el peligro de una clasificación arbitraria. Estas dificultades llevaron al desarrollo de nuevas fórmulas que, sin embargo, en la medida en que constituyen reformulaciones de esta idea, no estarían exentas de problemas²⁰. La dificultad en la delimitación, así como la influencia que la misma tiene en materia de error, parece tener como consecuencia que la clasificación se lleve a cabo, en no pocas ocasiones, en función de tratamiento del error que se considera más justo en el caso concreto: así, no sería la calificación como elemento normativo o tipo penal en blanco la que determinaría las consecuencias penales que ha de tener el error sino, más bien a la inversa, sería el tratamiento del error que se considera adecuado en el caso concreto lo que determinaría la inclusión en una u otra categoría. En este sentido destaca la polémica clasificación del tipo regulador del delito fiscal (art. 305 CP español y § 370 AO)²¹, resultando sintomático el hecho de que, pese a su consideración mayoritaria como tipo penal en blanco, los elementos típicos de los conforman reciben la calificación de elementos normativos –o reciben el mismo tratamiento que estos– con el objeto de alcanzar el tratamiento considerado adecuado: el error sobre la norma de complemento excluiría la responsabilidad dolosa²².

3. Al margen de la efectiva posibilidad de delimitar entre elemento normativo y norma penal en blanco, la exigencia de conocimiento diferente en cada caso resulta asimismo cuestionable: la decisión del legislador de regular él mismo una materia o de remitir a otras normas –ya sea para complementar el tipo penal o para ayudar a su interpretación– no constituiría la base adecuada para una construcción teórico–dogmática del error. La norma penal en blanco permitiría la inclusión de un amplio número de supuestos de hecho en el tipo y posibilitaría, a su vez, una rápida adaptación a las reformas legislativas, mientras que el elemento normativo contribuiría a evitar una formulación casuística de los tipos penales: la opción por una determinada técnica legislativa no parece, por tanto, responder a una valoración del legislador que debiera encontrar su reflejo en la culpabilidad del autor²³.

¹⁹ BACHMANN, *Vorsatz und Rechtsirrtum* (...), 1993, p. 29; MÜLLER–MAGDEBURG, *Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen*, 1999, p. 166.

²⁰ Cfr. FAKHOURI, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición* (...), 2009, § 11.

²¹ En detalle sobre esta cuestión FAKHOURI, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición* (...), 2009, § 10.II.A.

²² Esta incoherencia es asimismo puesta de relieve por BACHMANN, *Vorsatz und Rechtsirrtum* (...), 1993, p. 14; KUHLEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*, 1987, p. 48; LÜDERSEN, «Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum», en *Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts*, 1998, p. 18; MÜLLER–MAGDEBURG, *Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen*, 1999, p. 172; WEIDEMANN, «Ist der Steuerhinterziehungstatbestand ein Blankettgesetz?», *wistra*, 2006, p. 132.

²³ DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación en las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, 1999, p. 87.

5. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad – Lectura conjunta

También la idea de que a partir de la «lectura conjunta» de la norma penal y la norma de complemento, se llega al mismo resultado que si el legislador hubiera creado un tipo penal único, ha sido rebatida por un número importante de autores²⁴. Así, si bien el ámbito objetivo de aplicación de la norma no se vería modificado al sustituir los conceptos jurídicos extrapenales por conceptos descriptivos, el sentido del tipo sí se vería alterado con este cambio. Ello resulta claro al hilo del ejemplo mencionado anteriormente: según el § 38 BJagdG, actúa de manera contraria a Derecho aquel que dolosa o imprudentemente no respete los tiempos de veda en contra de lo recogido en el § 22 de la misma ley. Este segundo precepto dispone que, fuera de los tiempos establecidos, no se puede cazar. La referencia a «fuera de los tiempos establecidos» tendría la función de guardar el sitio a la norma de complemento, esto es, al Reglamento que determina los periodos de veda para las distintas clases de animales. Con la lectura conjunta de ambas normas, el elemento «fuera del tiempo de veda» se sustituiría por el elemento descriptivo «entre el 16 de enero y el 30 de septiembre» para la caza del faisán (§ 1 párr. 1. núm. 14 JagdzeitV). El componente normativo del elemento en blanco se perdería, sin embargo, con esta operación: la caza, también del faisán, es una actividad que el legislador ha calificado, en principio, como neutra a través de la Ley de Caza. El componente criminal de la caza se introduce cuando la actividad se lleva a cabo durante el tiempo de veda, pero el elemento «veda» no constituye un mero sinónimo para «desde el 16 de enero hasta el 30 de septiembre», de manera que se identifique exclusivamente con esta constelación fáctica. Esta sustitución llevaría a afirmar la

²⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre elementos normativos*, 2008, p. 341; ENDERLE, *Blankettstrafgesetze. Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen*, 2000, pp. 337 y ss.; HERZBERG, «Zur Eingrenzung des vorsatzausschließenden Irrtums (§ 16 StGB)», en *JZ*, 1993, pp. 1017 y s.; el mismo, «Tatbestands- oder Verbotsirrtum?», en *GA*, 1993, p. 458; KUHLEN, *Unterscheidung (...)*, 1987, pp. 369 y s., 430, respecto de las «remisiones dinámicas»; MÜLLER-MAGDEBURG, *Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen*, 1999, pp. 125 y s., 128, 192 y ss.; PUPPE, «Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum», en *GA*, 1990, pp. 155 y s. (así como en escritos posteriores); TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht-Einführung und Übersicht», en *JuS*, 1989, p. 695; WALTER, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, 2006, pp. 361 y ss. También BACKES, *Zur Problematik der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht*, tesis doctoral, 1981, pp. 115 y ss., respecto de aquellos elementos recogidos en los tipos penales que, lejos de limitarse a enumerar (*Aufzählungsbegriffe*) –como sería el caso del concepto «pariente»–, toman referencia de enunciados jurídicos –como, por ejemplo, la referencia a «un animal sujeto a un derecho de caza ajeno» (§ 292 StGB que remite al § 2 BJagdG), a un «hecho con relevancia impositiva» o a la «autoridad (o funcionario) competente» (§ 156 StGB)–. Cfr. asimismo las observaciones de SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, 1995, pp. 77, 115 y s., 139.

responsabilidad dolosa cuando el conocimiento del sujeto se limita a circunstancias fácticas –por ejemplo, que ha abatido un faisán el día 15 de mayo–, lo cual resultaría insuficiente incluso conforme a las exigencias de la doctrina mayoritaria.

Una vez que se reconoce que, lejos de tratarse de una mera operación de carácter técnico, la sustitución del elemento típico por la norma de complemento anularía el componente normativo del primero, parece que no habría motivo para propugnar un objeto del dolo diferente respecto del elemento normativo y del tipo penal en blanco.

6. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad – Aplicabilidad a todos los ámbitos del Derecho penal

Desde la teoría de la culpabilidad se parte de la base de que la misma tendría una vigencia general, ofreciendo resultados satisfactorios respecto del conjunto del ordenamiento. Frente a esta idea, un sector doctrinal se aleja de sus postulados respecto del Derecho penal accesorio. Algunos autores propugnan la aplicación de la teoría del dolo a los errores sobre la prohibición que se producen sobre normas pertenecientes a este ámbito de regulación. El motivo sería que, al no tener estas normas un correlato en una norma moral que goza de reconocimiento social, la información de la que el autor dispone a partir del conocimiento de las circunstancias del hecho no resultaría suficiente para motivarle a omitir su conducta²⁵. Otros autores suavizan los efectos de esta teoría otorgando un amplio margen de actuación a la inevitabilidad del error de prohibición, llegando incluso al extremo de considerar que estos errores serían siempre inevitables²⁶. Ello supondría, en definitiva, la anulación –o, al menos, la corrección– de los efectos penales de la teoría de la culpabilidad en estos casos.

²⁵ El precursor de esta idea es LANGE (cfr. sólo «Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre», en *JZ*, 1956, pp. 73 y ss.). En España TORÍO LÓPEZ, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la «Teoría de la culpabilidad»*, en *La reforma penal y penitenciaria*, 1980, pp. 256 y ss.

²⁶ BAJO FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ/PÉREZ MANZANO (eds.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., 1993, p. 586 (entre otras obras). Sin llegar al extremo de declarar el error de prohibición invencible en todo caso, propugnan una mayor generosidad en la apreciación de la invencibilidad de esta clase de error BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, § 21, nm. 42; MAURACH/ZIPF, *AT*, t. I, 8ª ed., 1992, § 37, nm. 12; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 21, nm. 39 y ss.; el mismo, en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, p. 389. En España destaca la propuesta *de lege ferenda* de CEREZO MIR, «La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios», en *ADPCP*, 1985, p. 284, con base en la cual se propone una regulación específica del error de prohibición en el ámbito del llamado Derecho penal administrativo que obligara a atenuar la pena en uno o dos grados cuando el error fuera vencible, o a eximir de responsabilidad cuando el error fuera *difícilmente* evitable (sin cursiva en el original). A un resultado similar llega NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad*

7. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad – Delimitación entre error de tipo y error de prohibición

1. La distinción entre error de tipo y error de prohibición no siempre podría llevarse a cabo, a pesar de constituir la piedra de toque de esta teoría.

Respecto de los elementos normativos, resultaría extremadamente difícil distinguir entre la «valoración paralela» que se exige para la afirmación del dolo y la valoración que se identifica ya con el conocimiento del carácter antijurídico de la conducta. Así, si bien el BGH reconocía la validez de este criterio de delimitación, lo cierto es que la aplicación se quedaba en muchas ocasiones en lo meramente nominal, afirmándose la responsabilidad dolosa cuando concurría el conocimiento (exclusivamente) de los hechos²⁷.

del error de prohibición, 1999, quien insta a tener en cuenta la profesión del sujeto para determinar la vencibilidad del error en lo que este autor denomina «delitos artificiales», recibiendo la consideración de invencibles «los errores en los que incurren los profanos que actúan ocasionalmente en campos penales muy específicos», salvo en los supuestos de conocimiento de la antijuridicidad, en los que sí que habría necesidad de pena (pp. 185 y s.). DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en CEREZO MIR *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Ángel Torío López*, 1999, p. 359, se pronuncia igualmente a favor de la ampliación de los supuestos invencibilidad (cfr. asimismo pp. 364 y s., 368). También OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, 2007, pp. 138, 140.

²⁷ Así, a modo de ejemplo, el BGH reputa conocido el elemento típico «mismo asunto jurídico» del § 356 StGB cuando el sujeto «conoce todas las circunstancias de las que resulta el concepto del mismo asunto jurídico», en definitiva, cuando fuera consciente de los hechos relevantes (BGHSt 18, 192, 195 [16.11.1962]; también BGHSt 7, 261, 263 y s. [24.3.1955]). Asimismo el conocimiento de los hechos –a saber, «que el lugar donde el sujeto trabaja supone una expresión de la autoridad del Estado y que él mismo, en calidad de empleado, ha de realizar una serie de actividades que no se limitan a la de mera ayuda, como sería la de limpieza»–, se considera suficiente por este tribunal para afirmar que el sujeto es consciente de su cualidad de funcionario, sin que se exija para la afirmación del dolo una ulterior interpretación por parte del autor (BGHSt 8, 321, 323 [8.11.1955]). Esta tendencia resulta asimismo apreciable en la jurisprudencia del TS. Como ejemplo de ello puede señalarse un supuesto en el que se condena por un delito de intrusismo a una licenciada en Medicina que, pensando que se encontraba habilitada para ello, realiza actos propios de la profesión de estomatólogo. El tribunal aprecia un error de prohibición señalando que «el error de tipo habría existido en este supuesto si hubiera creído tener el título de estomatólogo sin poseerlo en realidad» (STS, 2ª, 19.3.1990 [Ar. 2557; MP: Joaquín Delgado García]).

Esta forma de proceder llevó a un destacado sector doctrinal a redefinir el objeto del dolo, conforme a criterios que poco tenían que ver con la valoración paralela, con el objeto de ofrecer una cobertura teórica a lo que venía aplicando el BGH. Para ello se emplean diferentes fórmulas en las que, sin embargo, resulta posible reconocer una vuelta a la antigua jurisprudencia del RG: en este sentido, resulta cognoscible la reducción del objeto del dolo a los hechos por parte de una serie de autores, lo que supondría una vuelta a la delimitación entre error de hecho y de Derecho²⁸; mientras que otros autores reconocen el efecto excluyente del dolo al error sobre normas ajenas al Derecho penal²⁹.

²⁸ Así DARNSTÄDT, «Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en *JuS*, 1978, pp. 443 y s., afirma la concurrencia del dolo cuando se conocen los «hechos naturales» y los «institucionales»; HERBERGER, «Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en KOCH (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, identifica el dolo con el conocimiento del «componente descriptivo» tanto respecto de los elementos descriptivos como en los normativos (pp. 124 y ss., 138, 152 y ss.). KINDHÄUSER, «Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum», en *GA*, 1990, pp. 409 y ss., distingue entre un «error acerca de la verdad» –que recaería sobre las condiciones fácticas de una expresión, ya sea descriptiva o normativa–, que excluiría el dolo, y un «error de sentido» –sobre el contenido de una expresión– que constituiría un error de Derecho excluyente del dolo (p. 413)–. Para DOPSLAFF, «Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale», en *GA*, 1987, pp. 21 y ss., especialmente pp. 25 y s., el objeto del dolo vendría dado por la descripción del supuesto de hecho. En España parece asumir esta tesis PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en CGPJ (ed.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, 1994, pp. 242 y ss., sobre la base de la delimitación entre el desconocimiento «del sustrato fáctico y su significado social» –que constituiría un error de tipo– y el desconocimiento de la «subsunción jurídica exacta», que recibiría el tratamiento del error de prohibición. En los supuestos de error inverso llegan asimismo a este resultado BURKHARDT, «Rechtsirrtum und Wahndelikt–Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG v. 15.10.1980, JZ 1981, 715–», en *JZ*, 1981, p. 688; ENDRULAT, *Der «Umgekehrte Rechtsirrtum»: Untauglicher Versuch oder Wahndelikt? Überlegungen zu einem speziellen Irrtumsproblem anhand von Dogmen der allgemeinen Irrtumslehre, des Schuldprinzips und des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts*, 1994, § 4, nm. 548 y ss. (Tercera Parte).

²⁹ En este sentido destacadamente HERZBERG, «Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH», en *JuS*, 1980, p. 473, a partir de la delimitación entre el error en el «ámbito previo» del tipo penal y aquel que recae sobre el propio tipo penal. También HAFT, «Der doppelte Irrtum im Strafrecht», en *JuS*, 1980, pp. 590 y s., el mismo, «Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en *JA*, 1981, pp. 284 y s., con la delimitación entre el error «relativo al objeto» –que recaería sobre los hechos y las normas extrapenales y excluiría el dolo– y el «relativo al concepto» –que equivaldría al error sobre los conceptos penales–. Asumiendo incluso la terminología del RG, KUHLEN, *Unterscheidung (...)*, 1987, pp. 370 y ss., se vale de la distinción entre «normación» estática y dinámica para delimitar entre el ámbito penal y el extrapenal. En esta línea asimismo PUPPE, en la medida en que exige el conocimiento del Derecho que se lesiona para apreciar el dolo, ya que sólo de este modo el sujeto conocería el «sentido» del tipo. Cfr. *GA*, 1990, pp. 153, 157, 159 y ss.

Al margen de ello se han intentado otros caminos que suponen bien una reducción del objeto del dolo, o bien una redefinición del criterio mayoritario de la «valoración paralela»: en este contexto destaca la tesis de SCHLÜCHTER, para quien el conocimiento de que se lesiona un bien jurídico resultaría suficiente para apreciar el dolo³⁰, o la de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, inspirada en la tesis de FRISCH, en la que el dolo se define como el conocimiento de las circunstancias que fundamentan el injusto³¹.

La dificultad de delimitar entre elemento normativo y norma penal en blanco, unida a la reflexión, cada vez más presente, de que la misma no resultaría determinante para la definición del objeto del dolo, ha llevado a aplicación de estos criterios para delimitar entre error de tipo y de prohibición también respecto de los tipos penales en blanco.

2. Por otra parte, la idea de que la delimitación entre dolo y conciencia de la antijuridicidad no sería posible aparece incluso en las concepciones de autores que se declaran partidarios de la teoría de la culpabilidad.

Como se ha señalado, un sector doctrinal aplica los postulados de la teoría del dolo a los errores de prohibición que se producen sobre normas del Derecho penal accesorio³². Otros autores, partiendo de la aplicación general de los postulados de la teoría de la culpabilidad, intentan desarrollar criterios que permitan determinar si la existencia de la norma de complemento del tipo penal forma parte o no del tipo penal en el caso concreto en que el legislador introduce un tipo penal en blanco³³.

³⁰ SCHLÜCHTER, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983, pp. 100 y ss. (103), entre otras obras. Recogen este punto de partida NIERWETBERG, «Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum: Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?», en *Jura*, 1985, pp. 241, 243, y SUAY HERNÁNDEZ, «Los elementos normativos y el error», en *ADPCP*, 1991, p. 125, en España.

³¹ FRISCH, en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990*, 1991, p. 276; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre elementos normativos*, 2008, pp. 317 y ss., 378 y ss. Acerca de estas tesis y los problemas que plantean para la delimitación de aquello que debe ser abarcado por el dolo del autor FAKHOURI, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición (...)*, 2009, § 8, § 12.

³² *Supra* 6.

³³ Cfr. HERZBERG, en *GA*, 1993, pp. 457 y s.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Apartado 8, nm. 47 (en su concepción anterior); LAUER, *Der Irrtum über Blankettstrafgesetze am Beispiel des § 106 UrhG*, 1997, pp. 121 y s. PUPPE, en *GA*, 1990, pp. 162 y ss. (también en escritos posteriores), a quien sigue SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, 1995, pp. 77, 116, 140, 148; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, 1969, pp. 327 y ss., 385 y ss. fundamentalmente, entre otras aportaciones.

Al margen de estos desarrollos doctrinales, algunos autores consideran la necesidad de conocer la prohibición para afirmar el dolo en algunos supuestos con carácter general: así, en ocasiones, ello se desprende de la propia formulación típica (delitos de desobediencia, por ejemplo art. 360 CP, § 36 párr. 3º núm. 1 MOG o § 283 párr. 1º núm. 6 StGB)³⁴. El conocimiento de la prohibición se exige asimismo respecto del delito fiscal (art. 305 CP, § 370 AO)³⁵ y también respecto de aquellas normas penales en blanco que remiten a resoluciones tomadas por una instancia administrativa o judicial para un supuesto concreto (§§ 145a, 145c, 184a StGB, art. 410 CP)³⁶.

Con base en estas propuestas, el tratamiento del error sería equivalente al que se desprendería de la aplicación de los postulados de la teoría del dolo. Ello afianza la impresión de que, si bien la pugna entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad

³⁴ CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2006, § 15, nm. 99 y s.; ENDERLE, *Blankettstrafgesetze (...)*, 2000, p. 340; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Apartado 8, nm. 47; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 41.II.2.c; ROXIN, en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, pp. 378 y ss.; RUDOLPHI, en *SK*, t. I, 7ª ed., § 16, nm. 19; SCHRÖDER, F. C., en JÄHNKE *et al.* (eds.), *LK*, 11ª ed., 1994, § 16, nm. 39; TIEDEMANN, «Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht», en *ZStW* 81 (1969), p. 879; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht (...)*, 11ª ed., 1969, § 22.III.4. Cfr. también BGHSt 9, 358, 361 (25.9.1956); 14, 223, 227 (29.3.1960). En España DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre elementos normativos*, 2008, p. 430.

³⁵ Llegan a esta conclusión desde argumentaciones diferentes WARDA, *Abgrenzung (...)*, 1955, pp. 46, 48 y s.; WELZEL, «Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht», en *NJW*, 1953, pp. 486 y s. Igualmente BAJO FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ/PÉREZ MANZANO (eds.), *PE. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., 1993, p. 621 (entre otras obras); JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Apartado 8, nm. 47, 56. PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, 1986, p. 152, acoge la tesis de Welzel en España. El BGH así como el TS califican generalmente también como norma penal en blanco: cfr. BGHSt 20, 177, 180 (8.1.1965); 23, 319, 322 (3.9.1970); BGH *NStZ*, 1982, p. 206; BGH *wistra*, 1982, p. 109. En España, la STS, 2ª, 27.12.1990 (Ar. 5209; MP: Enrique Ruiz Vadillo) y, más recientemente, STS, 2ª, 20.1.2006 (Ar. 604; MP: Enrique Bacigalupo Zapater). En STS, 2ª, 2.3.1988 (Ar. 1520; MP: José Hermenegildo Moyna Ménguez) se califica, sin embargo, como elemento normativo del tipo. Sin embargo, para el BGH, al igual que para la doctrina absolutamente mayoritaria, el error sobre la existencia de una pretensión tributaria por parte del Estado constituiría un error relevante para el dolo: BGHSt 5, 90, 92 (13.11.1953); BGH, *NJW*, 1980, p. 1006; BGH *wistra*, 1986, p. 174. En detalle sobre la problemática del error en relación con este tipo penal FAKHOURI, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición (...)*, 2009, § 10.II.A.

³⁶ CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2006, § 15, nm. 102; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 33.VI.2, § 41.II.2.c; PUPPE, en *GA*, 1990, p. 167; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 12, nm. 111; el mismo, en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, p. 381; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (...)*, 1969, pp. 393 y s. En España MIR PUIG, «La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho penal», en CGPJ (ed.), *El consentimiento. El error*, 1993, p. 205. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre elementos normativos*, 2008, p. 431, parece aceptar esta posibilidad en tanto en cuanto estos casos serían los ejemplos más claros de «desobediencia elevada a delito».

ha perdido relevancia en la actualidad en lo que respecta a sus postulados generales (siendo pocos los autores que se atreven a tomar partido abiertamente por la primera), lo cierto es que los resultados de esta teoría vuelven a ser discutidos al hilo del debate sobre el error en las normas penales en blanco³⁷.

La proximidad de los niveles de la tipicidad y la antijuridicidad queda patente igualmente en el desarrollo por parte ROXIN de la categoría de los elementos del deber jurídico³⁸. En opinión de este autor, los elementos de valoración global se distinguirían de los elementos normativos porque el conocimiento de los primeros se identificaría con el conocimiento de la antijuridicidad formal de la conducta. De este modo, elementos tales como «conforme a Derecho» del § 113, «sin autorización» del § 202, entre otros, o «reprochable» del § 240 II, no sólo servirían a la descripción del hecho, sino que incluirían también el juicio sobre la antijuridicidad. WELZEL ya se aproximaba a esta solución basándose en la idea de que algunos de los elementos contenidos en los tipos penales constituirían elementos del deber jurídico, relativos a la antijuridicidad –el error sobre los mismos recibiría el tratamiento de un error sobre la prohibición–³⁹. La conclusión que cabría extraer sería, no obstante, la opuesta a la propugnada por este autor: en lugar de dejar estos elementos al margen de aquello que ha de conocer el autor para afirmar la responsabilidad dolosa, habría que replantearse la corrección de los postulados de la teoría de la culpabilidad, que han llevado a la eliminación de la conciencia de la antijuridicidad del ámbito del dolo⁴⁰.

Las excepciones a la aplicación de las reglas de la teoría de la culpabilidad son tan amplias –sobre todo en el Derecho penal accesorio–, que hacen cuestionarse el hecho de que la aplicación de esta teoría constituya la regla⁴¹.

8. El solapamiento entre el conocimiento de los elementos típicos y conocimiento de la prohibición como modelo teórico

³⁷ En este sentido también DIETMEIER, *Blankettstrafrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, 2002, p. 202.

³⁸ ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1970, pp. 75 y ss. En España LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, pp. 353, 355, y su discípulo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre elementos normativos*, 2008, pp. 113 y ss., 427, 432, entre otros.

³⁹ WELZEL, «Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde», en *JZ*, 1952, p. 135; el mismo, «Der Irrtum über die Amtspflicht», en *JZ*, 1952, p. 208, entre otras. El principal defensor de esta tesis en España fue CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la Teoría del delito*, 1962, pp. 39 y ss., especialmente pp. 43 y ss.

⁴⁰ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, § 20, nm. 22.

⁴¹ En este sentido igualmente ENDERLE, *Blankettstrafgesetze (...)*, 2000, p. 307 (también pp. 308 y s.).

1. Este solapamiento entre el conocimiento de los elementos típicos y el conocimiento de la antijuridicidad no se desprendería, sin embargo, solamente de los elementos mencionados, sino que tendría un alcance mayor de lo que estos autores están dispuestos a reconocer.

Por regla general la propia redacción del tipo penal pone de manifiesto el carácter injusto de la conducta⁴²: el conocimiento de las circunstancias típicas se identificaría, por tanto, con el de la prohibición, no siendo posible delimitar entre los diferentes contenidos de conciencia sobre los que recae el error de tipo y el error de prohibición.

2. El carácter de perturbación social del hecho quedaría patente cuando el legislador introduce en el tipo penal elementos con un contenido normativo⁴³, entendiéndose por tales elementos aquellos que designan hechos sociales que a su vez adquieren relevancia desde una perspectiva jurídica (hechos institucionales en la terminología de SEARLE⁴⁴). En este punto resultaría indiferente si el elemento introduce o no una remisión a otra norma del ordenamiento para obtener el supuesto de hecho. El tipo penal y, en concreto, el elemento que introduce la remisión, tendría, también en estos casos, una base normativa.

Así, el conocimiento del hecho social de que la conducta que se lleva a cabo significa «lesionar», «matar», «dañar» o «violar» no podría separarse del conocimiento de que tal conducta es contraria a la norma⁴⁵. Igualmente ser consciente de la circunstancia de que

⁴² JAKOBS, «Normkenntnis und Normunkenntnis», en *Probleme und Aufgaben des modernen Strafrechts. Festschrift für Hyung Kook Lee zum 60. Geburtstag*, 1998, p. 924, donde se afirma que «el desconocimiento de la norma por parte de una persona imputable y no indiferente sólo podría darse cuando hay una realidad extraña, no cotidiana, no familiar o cuando no se ve claramente en qué realidad se concreta una socialidad emergente o en proceso de cambio».

⁴³ JAKOBS, «Dolus malus», en ROGALL *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 113 y s.

⁴⁴ SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, 1980, pp. 58 y ss.

⁴⁵ JAKOBS, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 118; MIR PUIG, en CGPJ (ed.), *El consentimiento. El error*, 1993, p. 208; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Parte general del Derecho Penal*, 2ª ed., 2007, p. 331; ROXIN, en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, p. 385; SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, 1995, p. 141; TIMPE, «Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums», en *GA*, 1984, p. 53; TORÍO LÓPEZ, en *La reforma penal y penitenciaria*, 1980, p. 262. En sentido similar se pronuncia DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre elementos normativos*, 2008, p. 382, señalando que un error sobre la prohibición, una vez que se conocen los elementos típicos del delito de homicidio, «resulta muy inverosímil y, de producirse realmente ese error, seguramente se trataría de un caso de ceguera jurídica». Cfr. asimismo la STS (Sala de lo Militar), 20.10.2005 (Ar. 7706; MP: Javier Juliani Hernán), en la que se afirma que «en la medida que los tipos penales (también los militares) se nutren cada vez más de significados normativos, es difícil pensar que su realización consciente no implica la conciencia de la significación antijurídica del acto».

se está cazando en tiempo de veda no podría dissociarse del conocimiento de que tal conducta se encuentra prohibida. Respecto de la referencia al carácter «ajeno» de la cosa, el dolo del autor concurre cuando conoce la existencia de normas reguladoras de la propiedad que otorgan a una persona el derecho a disponer de la cosa y se lo niegan a los demás. El dolo se identificaría, en definitiva, con el conocimiento de que la cosa es propiedad de otro; que no sería diferente que saber que está prohibido destruirla, enajenarla o apropiarse de ella sin el consentimiento del propietario⁴⁶. La «valoración paralela» que se exige por parte de la doctrina mayoritaria para la afirmación del dolo no podría separarse, en el supuesto concreto, del conocimiento de la prohibición. Asimismo, respecto del delito fiscal, si el sujeto tiene conocimiento de que ha obtenido unos rendimientos del capital y conoce también que tales rendimientos se encuentran «sujetos a tributación» y, sin embargo, no los declara, es consciente de que está evadiendo el pago de impuestos y de que su conducta es antijurídica⁴⁷.

3. Respecto de estos y otros delitos, la regulación del error de prohibición resultaría superflua: en los supuestos en los que la lectura del tipo penal permita reconocer el significado de injusto del hecho de la conducta, la función de llamada del dolo no podría distinguirse del conocimiento (latente) de la prohibición. Esto sólo sería diferente cuando el sujeto desconoce la situación fáctica, de manera que no sabe que realiza el tipo penal, o cuando piensa que su conducta se encuentra justificada⁴⁸, quedando sólo en estos casos excluido el dolo concebido –de acuerdo con ello– como un *dolus malus*⁴⁹.

Cabría imaginar algunos supuestos en los que el conocimiento de la prohibición no se desprendiera de forma automática y que no constituirían un error sobre causas de justificación, también respecto de estos delitos: así, por ejemplo, todo el mundo sabe que pegar a otros u obligarles a mantener relaciones sexuales se encuentra prohibido pero, ¿afecta esto también a la propia esposa? Igualmente, es sobradamente conocido que mantener relaciones sexuales con menores se castiga por la Ley pero, ¿también en el caso de personas de doce años? ¿Y de

⁴⁶ JAKOBS, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 114; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *PG*, 2ª ed., 2007, p. 425.

⁴⁷ Llegan igualmente a este resultado FRISCH, en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990*, 1991, p. 286; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Apartado 8, nm. 56 (*vid.* también nm. 57); el mismo, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 118; KUHLEN, *Unterscheidung (...)*, 1987, pp. 531 y s.; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (...)*, 1969, p. 325; el mismo, en *ZStW* 81 (1969), pp. 879 y ss.; WELZEL, en *NJW*, 1953, pp. 486 y s. Cfr. asimismo las observaciones de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre elementos normativos*, 2008, pp. 408 y s., así como BGH *NJW*, 1980, p. 1006. En BGH *wistra*, 1986, p. 174, se afirma que el conocimiento de la pretensión tributaria resulta necesario para la afirmación del dolo.

⁴⁸ JAKOBS, en *FS-Lee*, 1998, p. 924; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *PG*, 2ª ed., 2007, pp. 407 y s., 425.

⁴⁹ JAKOBS, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 120.

trece? No obstante, al tratarse de casos límite, las reglas de error no deberían determinarse en función de ellos, sino que deberían orientarse a cómo son las cosas habitualmente. En estos casos dudosos y, ciertamente, marginales, el conocimiento de la prohibición deberá comprobarse aparte –en la línea de lo señalado a continuación–.

4. Desde luego, respecto de algunos tipos penales, generalmente en el marco del Derecho penal accesorio, el conocimiento de los elementos típicos no revelaría el carácter injusto del hecho. El caso paradigmático serían los *delitos de peligro abstracto*, que se caracterizan porque la conducta no se prohíbe por sí misma sino por sus posibles consecuencias (aunque en el caso concreto no lleguen a materializarse)⁵⁰. En el ordenamiento español se incluiría en esta categoría el art. 360 del CP, que castiga a quien, hallándose autorizado para el tráfico de sustancias y productos nocivos para la salud, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en los reglamentos respectivos. Dentro de la legislación especial es posible encontrar tipos penales que siguen este esquema tanto en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, como en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales. Así, por ejemplo, esta última Ley establece que «se entenderá prohibida o limitada, en los términos que señalen las normas comunitarias, la realización de determinados movimientos de capitales y sus correspondientes operaciones de cobro y pago» así como otras operaciones financieras. Un ejemplo de norma de estas características en el Derecho alemán sería el § 284 StGB, que castiga el juego ilegal. Piénsese, por ejemplo, en un sujeto que organiza una rifa benéfica de objetos de escaso valor en una fiesta popular, sin contar con autorización para ello, en contravención con lo establecido en este precepto⁵¹. También resultaría posible distinguir entre conocimiento de los elementos típicos y conocimiento de la prohibición en el siguiente caso: aprovechando su paso por un país vecino, un sujeto adquiere varios paquetes de un medicamento que, en dicho país, se vende a un precio más económico. Esta conducta resultaría punible con base en el § 30 BtMG, que castiga con una pena a quien introduzca medicamentos en el territorio nacional sin autorización.

En estos casos –y en la línea de lo que afirma un reducido sector doctrinal– la concurrencia del dolo exigiría que el sujeto conozca los elementos del tipo (*dolus naturalis*), unido al conocimiento de la prohibición (*dolus malus*), ya que sólo de este modo cabría afirmar que el sujeto conoce, junto a ciertas relaciones causales, hechos sociales con relevancia jurídica cuando se le imputa su actuación a título de dolo⁵².

⁵⁰ JAKOBS, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS–Rudolphi*, 2004, p. 121.

⁵¹ El ejemplo es de JAKOBS, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS–Rudolphi*, 2004, p. 121.

⁵² JAKOBS, «Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff», en AMELUNG *et al.* (eds.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, 2003, p. 956; el mismo, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS–Rudolphi*, 2004, p.

5. Para poder afirmar la responsabilidad dolosa el dolo debería poder ejercer su función de llamada. Tal función de llamada se encuentra sin embargo, como se ha visto, estrechamente relacionada con el conocimiento de la prohibición. Respecto aquellos tipos penales en los que ni siquiera cabría hablar de una función de llamada⁵³, el desconocimiento de la prohibición llevaría aparejada la exclusión de la responsabilidad dolosa. También aquí, por tanto, *dolus malus*.

6. No es objetivo del trabajo agotar los ejemplos: entre aquellos tipos penales en los que la identificación entre conocimiento del tipo y conocimiento de la antijuridicidad resulte clara y aquellos en los que sea posible afirmar lo contrario existirán casos dudosos o zonas de sombra en los que la clasificación en una u otra categoría no sea tan evidente o ambas soluciones puedan argumentarse de manera razonable. Ello no podría ser de otro modo en el marco de una Ciencia social, como es el Derecho penal, que, como tal, es imprecisa y cuyas categorías son necesariamente difusas. Con la identificación de lo normativo con hechos sociales con relevancia jurídica se pretende ofrecer en primera instancia un argumento de orden práctico para una revisión de la situación actual en materia de dolo y error: los casos en los que el conocimiento del hecho típico no lleva aparejado el conocimiento de la prohibición son tan marginales que no habría que estructurar la teoría del error en función de ellos. De este modo, parece que lo más adecuado sería definir el objeto del dolo conforme a esta realidad.

9. El *dolus malus* en su aplicación práctica

1. El diferente tratamiento de ambas clases de error se asienta en la idea de que el sujeto debe conocer primero «lo que hace» como paso previo para comprender el carácter prohibido de su conducta: a esta idea se le puede, sin embargo, dar la vuelta afirmando que sólo aquél que ha comprendido lo que es el injusto puede conocer qué situaciones resultan relevantes⁵⁴. El dolo respecto del tipo no transmitiría una idea real del significado del hecho que motivara al autor a evitarlo; del mismo modo que tampoco el

122; KORIATH, «Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre», en *Jura*, 1996, p. 119; MIR PUIG, en CGPJ (ed.), *El consentimiento. El error*, 1993, pp. 208 y s.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 478 y ss., 481 y ss., 676 y ss., 842; SCHRÖDER, H., «Tatbestands- und Verbotsirrtum», en *MDR*, 1951, pp. 397 y ss.; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (...)*, 1969, p. 399, respecto de aquellos tipos penales que contienen una «descripción que no es relevante desde la perspectiva del injusto»; WALTER, *Der Kern des Strafrechts (...)*, 2006, p. 410, quien afirma que «sólo aquel que sabe que actúa de manera antijurídica merecería el reproche de haberse rebelado contra el ordenamiento de manera dolosa».

⁵³ Vid. sólo LANGE, *JZ*, 1956, pp. 73 y ss.

⁵⁴ JAKOBS, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 120. En este sentido se orientan asimismo las observaciones de ENDERLE, *Blankettstrafgesetze (...)*, 2000, p. 302.

conocimiento de la prohibición de manera aislada contribuiría a la orientación sin la conciencia de «lo que se hace». El conocimiento de ambos extremos sería, por tanto, necesario para que el autor pueda responder por dolo⁵⁵.

2. Al comienzo se han mencionado diferentes supuestos de error en los que podría incurrir el sujeto. Algunos de ellos afectaban a *circunstancias fácticas* (confundir un libro comprado a medias con otro de propiedad exclusiva, confundir un ejemplar de gallo lira con un ejemplar de otra especie, equivocarse de día al mirar el calendario u olvidar el negocio jurídico del que se desprende el deber de tributar). Otros afectarían en cambio a la *valoración jurídica* del hecho (desconocer la existencia de la veda o de sus límites, desconocer el deber de tributar o pensar que sólo afecta a determinadas personas o a beneficios obtenidos en otro periodo, etc.). Todos ellos acaban teniendo, no obstante, el mismo efecto: el sujeto desconocería el carácter prohibido de la conducta.

Pues bien, la posibilidad de distinguir entre diferentes clases de error tendría una importancia secundaria si se parte de un concepto de dolo como el defendido aquí: entre la actuación consciente y la actuación inconsciente contra el Derecho existe una gran diferencia, que es precisamente la que sería relevante desde el punto de vista de la culpabilidad, y que, por tanto, tendría que reflejarse en la regulación del error. El dolo se identificaría con la conciencia de estar llevando a cabo una conducta injusta, y ello con independencia de que tal desconocimiento tenga su origen en una errónea percepción de los hechos o sea la consecuencia de una falsa representación de las normas del Derecho penal o extrapenal⁵⁶. Desde esta perspectiva, todos aquellos criterios que pretenden determinar el objeto del dolo –ya sea respecto de los elementos normativos, de las normas penales en blanco o conjuntamente respecto de ambas– y que excluyen el conocimiento de la antijuridicidad como objeto del mismo, no conducirían a resultados satisfactorios.

3. La tesis desarrollada podría armonizarse con la regulación legal en España y en Alemania a partir de la interpretación que se propone a continuación:

⁵⁵ Así recientemente JAKOBS, en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, p. 120; MANSO PORTO, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, 1999, p. 30; TORÍO LÓPEZ, «Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal», en BERISTAIN IPIÑA (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, 1984, pp. 113 y s. Cfr. asimismo MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, 1989, p. 37. Parcialmente diferente es la opinión de MIR PUIG, en CGPJ (ed.), *El consentimiento. El error*, 1993, p. 209, quien, si bien exige el conocimiento del significado jurídico del hecho (*dolus malus*) para la afirmación de la responsabilidad dolosa, considera justificado el tratamiento diferente del error de tipo y del error de prohibición (el segundo llevaría aparejada una pena mayor) con el objeto de estimular el conocimiento del Derecho.

⁵⁶ WALTER, *Der Kern des Strafrechts (...)*, 2006, p. 438.

a) El error del autor sobre un «elemento constitutivo del tipo», sobre los «hechos constitutivos de la infracción penal» o sobre las «circunstancias pertenecientes al tipo» excluiría la responsabilidad dolosa en virtud de lo establecido en el art. 20 CP brasileño, el art. 14. 1 CP español y el § 16 StGB respectivamente. En este tenor literal cabría incluir, por una parte, los hechos institucionales recogidos en los tipos penales⁵⁷, que se caracterizarían porque el conocimiento de los mismos llevaría aparejado, por regla general, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. En relación con el resto de delitos, en los que la perturbación social no se pone de manifiesto a partir del conocimiento del elemento en cuestión, resultaría exigible además, el conocimiento del «hecho de la prohibición» para la afirmación del dolo⁵⁸.

b) La regulación del art. 14. 3 CP español y del § 17 StGB, así como el art. 21 CP brasileño podría interpretarse como una *regla de determinación de la pena* del delito doloso en aquellos supuestos en los que el autor, si bien conoce que su conducta se encuentra prohibida, no es consciente de que lleva aparejada una sanción de carácter *penal*. Ello permitiría tener en cuenta la diferente motivación del autor para comportarse conforme a la norma una vez que es consciente de la prohibición: las especiales características del Derecho penal y, en particular, su efecto estigmatizador, haría que la motivación fuera menor cuando el sujeto no conociera la amenaza penal, lo que disminuiría su culpabilidad⁵⁹. Esta solución no resultaría incompatible con la referencia

⁵⁷ Cfr., entre muchos, BACIGALUPO ZAPATER, «Problemas del error», en *La Ley* III (1996), pp. 1429 y s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre elementos normativos*, 2008, p. 195; MIR PUIG, *PG*, 8ª ed., 2008, Lecc. 10, nm. 117; implícitamente MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 7ª ed., 2007, p. 384; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *PG*, 2ª ed., 2007, p. 436. Respecto de la regulación alemana BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, § 21, nm. 42; NIERWETBERG, en *Jura*, 1985, p. 240; SCHLÜCHTER, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983, pp. 3 y ss.; WALTER, *Der Kern des Strafrechts* (...), 2006, pp. 218, 220. Cabe destacar en este punto asimismo la tesis de PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. Band I: Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld*, 2002, § 15, nm. 11, 14, que identifica los elementos normativos con la descripción de derechos o relaciones jurídicas añadiendo que también estos serían «hechos». Esta idea se recoge de manera expresa en el art. 5.1 de los llamados «eurodelitos» (cfr. VOGEL, en TIEDEMANN [dir.], *Eurodelitos. El Derecho penal económico de la Unión Europea*, 2003, pp. 42, 139). Así también, entre otras, las SSTS, 2ª, 1.2.1986 (Ar. 552; MP: Benjamín Gil Sáez); 25.11.1987 (Ar. 8606; MP: Fernando Díaz Palos) o, en los últimos tiempos, 21.1.2005 (Ar. 1002; MP: Enrique Bacigalupo Zapater) y 6.2.2008 (Ar. 2011; MP: Luciano Varela Castro).

⁵⁸ Ello encontraría su reflejo en el art. 16 CP portugués, que equipara el error sobre los «elementos de hecho o de Derecho» con el error sobre la prohibición cuando el conocimiento de la misma sea «razonablemente indispensable» para conocer la ilicitud de la conducta, otorgándoles el mismo tratamiento de exclusión de la responsabilidad dolosa. Defiende una solución similar para la regulación peruana GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2003, pp. 560 y s., 564 y ss., 587.

⁵⁹ Se hacen eco de esta circunstancia LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, p. 463; Le sigue su discípulo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en CEREZO MIR *et al.* (eds.), *LH-Torío*, 1999, p. 357, y la discípula de este último OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición* (...), 2007, pp. 61 y ss. (64 y s.); asimismo

en estos preceptos al desconocimiento de la «ilicitud» o del «carácter injusto» ya que, aunque la doctrina mayoritaria identifique estos términos con la «antijuridicidad» o la «prohibición»⁶⁰, ello no impediría subsumir en los mismos la «antijuridicidad *penal*».

4. Finalmente, en lo que respecta a la ordenación, dentro del sistema del delito, de los elementos del dolo concebido como *dolus malus*, cabe la posibilidad de incluirlos en el nivel de la culpabilidad, en la medida en que se ha determinado que, en realidad, sólo habría una clase de error que adquiere relevancia. Ello permitiría además solucionar los problemas que se planteaban en relación con la participación y la legítima defensa a los que se ha hecho referencia con anterioridad. La concurrencia –desde esta perspectiva– de un hecho típico y antijurídico posibilitaría, en primer lugar, castigar la conducta del partícipe, también cuando concurriera un error de tipo en el autor principal, sin necesidad de recurrir a figuras tales como la autoría mediata para evitar la impunidad en estos casos. De este modo no habría inconveniente, además, para apreciar la legítima defensa. Por último, esta solución contribuiría a solventar la «inconsistencia sistemática» –destacada por un sector doctrinal⁶¹–, que supondría la aplicación de medidas de seguridad cuando el sujeto inimputable actúa en error de tipo invencible.

Bibliografía

Manuel José ARIAS EIBE (2007), *El error en Derecho penal en el Código de 1995*, Madrid.

Jochen BACHMANN (1993), *Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, Berlín.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (1996), «Problemas del error», en *La Ley III* (1996), pp. 1429 a 1430.

Peter BACKES (1981), *Zur Problematik der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht*, tesis doctoral, Colonia.

NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho (...)*, 1999, p. 103, incluyendo, este último autor, algunas limitaciones; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 21, nm. 13; ZUGALDÍA ESPINAR, «Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del Código penal (la regulación del error de tipo y del error de prohibición)», en CGPJ (ed.), *El consentimiento. El error*, 1993, p. 190.

⁶⁰ Vid. sólo WARDA, *Jura*, 1979, p. 2. En la jurisprudencia destacan, en este sentido, las SSTs, 2ª, 21.11.1995 (Ar. 8318; MP: Joaquín Delgado García) y 24.1.2000 (Ar. 722; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

⁶¹ Ampliamente sobre esta cuestión MOLINA FERNÁNDEZ, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (eds.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, 2008, pp. 1339, 1355.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ (1993), en Miguel BAJO FERNÁNDEZ/Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ/Mercedes PÉREZ MANZANO (eds.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid.

Jürgen BAUMANN, Ulrich WEBER y Wolfgang MITSCH (2003), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11ª ed., Bielefeld.

Björn BURKHARDT (1981), «Rechtsirrtum und Wahndelikt –Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG v. 15.10.1980, JZ 1981, 715–», en *JZ*, pp. 681 a 688.

José CEREZO MIR (1985), «La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios», en *ADPCP*, pp. 277 a 284.

— (2001), *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid.

Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVES ANTÓN (1999), *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia.

Juan CÓRDOBA RODA (1962), *El conocimiento de la antijuridicidad en la Teoría del delito*, Barcelona.

Peter CRAMER (1991), Comentario al § 15 StGB, en Albin SCHÖNKE/Horst SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., Múnich, pp. 219 a 283.

Peter CRAMER y Detlev STERNBERG–LIEBEN (2006), Comentario a los §§ 15 y 17 StGB, en Adolf SCHÖNKE/Horst SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., Múnich, pp. 254 a 349 y 360 a 371 respectivamente.

Thomas DARNSTÄDT (1978), «Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en *JuS*, pp. 441 a 447.

Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1999), «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en José CEREZO MIR/Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES/Antonio BERISTAIN IPIÑA/Carlos ROMEO CASABONA (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, pp. 335 a 368.

— (2008), *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid.

Frank DIETMEIER (2002), *Blankettstrafrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Marburgo.

Ulrich DOPSLAFF (1987), «Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale», en *GA*, pp. 1 a 26.

Antonio DOVAL PAIS (1999), *Posibilidades y límites para la formulación en las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia.

Bettina ENDERLE (2000), *Blankettstrafgesetze. Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen*, Frankfurt am Main.

Bastian ENDRULAT (1994), *Der «Umgekehrte Rechtsirrtum»: Untauglicher Versuch oder Wahndelikt? Überlegungen zu einem speziellen Irrtumsproblem anhand von Dogmen der allgemeinen Irrtumslehre, des Schuldprinzips und des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts*, Berlín.

Yamila FAKHOURI GÓMEZ (2009), *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Navarra.

Wolfgang FRISCH (1991), «Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluß im deutschen Strafrecht», en Albin ESER/Walter PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium 1990*, Friburgo de Brisgovia, pp. 217 a 289.

Mercedes GARCÍA ARÁN (1993), «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», en *EPC XVI*, pp. 65 a 103.

Percy GARCÍA CAVERO (2003), *Derecho penal económico. Parte general*, Lima.

Frithof HAFT (1980), «Der doppelte Irrtum im Strafrecht», en *JuS*, pp. 588 a 592.

— (1981), «Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en *JA*, pp. 281 a 285.

Maximilian HERBERGER (1976), «Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en Hans Joachim KOCH (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg, pp. 124 a 154.

Rolf Dietrich HERZBERG (1980), «Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH», en *JuS*, pp. 469 a 480.

— (1993), «Tatbestands- oder Verbotsirrtum? », en *GA*, pp. 439 a 459.

— (1993), «Zur Eingrenzung des vorsatzausschließenden Irrtums (§ 16 StGB)», en *JZ*, pp. 1017 a 1024.

Günther JAKOBS (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín, Nueva York.

— (1998), «Normkenntnis und Normunkenntnis», en *Probleme und Aufgaben des modernen Strafrechts. Festschrift für Hyung Kook Lee zum 60. Geburtstag*, Seúl, pp. 917 a 937.

— (2003), «Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff», en Knut AMELUNG/Werner BEULKE/Hans LILIE/Hinrich RÜPLING/Gabriele WOLFLAST (eds.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, pp. 949 a 958.

— (2004), «Dolus malus», en Klaus ROGALL/Ulrich STEIN/Jürgen WOLTER/Ingeborg PUPPE (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, pp. 107 a 122.

Hans Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín.

Urs KINDHÄUSER (1990), «Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum», en *GA*, pp. 407 a 423.

Heinz KORIATH (1996), «Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre», en *Jura*, pp. 113 a 127.

Lothar KUHLEN (1987), *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*, Frankfurt am Main, Berna.

Richard LANGE (1956), «Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre», en *JZ*, pp. 73 a 79.

Eva LAUER (1997), *Der Irrtum über Blankettstrafgesetze am Beispiel des § 106 UrhG*, Bonn.

Klaus LÜDERSEN (1998), «Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum», en *Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts*, Baden-Baden, pp. 13 a 33.

Diego Manuel LUZÓN PEÑA (1996), *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid.

Teresa MANSO PORTO (1999), *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Madrid.

Reinhard MAURACH y Heinz ZIPF (1992), *Strafrecht Allgemeiner Teil 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, 8ª ed., Heidelberg.

Edmund MEZGER (1927), Comentario a la sentencia del RG 2. *Senat* de 7.4.1927; 2 D 228/27, en *JW*, pp. 2006 a 2008.

— (1949), *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlín, Múnich.

Santiago MIR PUIG (1993), «La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho penal», en CGPJ (ed.), *El consentimiento. El error*, Madrid, pp. 197 a 213.

— (2008), *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Barcelona.

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona.

— (2008), «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», en Carlos GARCÍA VALDÉS/Antonio CUERDA RIEZU/Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA/Rafael ALCÁCER GUIRAO/Margarita VALLE

MARISCAL DE GANTE (eds.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Madrid, pp. 1329 a 1363.

Cornelia MÜLLER–MAGDEBURG (1999), *Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen*, Aquisgrán.

Francisco MUÑOZ CONDE (1989), *El error en Derecho penal*, Valencia.

Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN (2007), *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Valencia.

Rüdiger NIERWETBERG (1985), «Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum: Tatbestands– oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?», en *Jura*, pp. 238 a 243.

Adán NIETO MARTÍN (1999), *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona.

Inés OLAIZOLA NOGALES (2007), *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Madrid.

Mercedes PÉREZ MANZANO (1994), «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en CGPJ (ed.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, pp. 219 a 251.

Fernando PÉREZ ROYO (1986), *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid.

Ingeborg PUPPE (1990), «Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum», en *GA*, pp. 145 a 182.

— (2002), *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. Band I: Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld*, Baden–Baden.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Fermín MORALES PRATS (2007), *Parte general del Derecho Penal*, 2ª ed., Pamplona.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), *Derecho penal. Parte general*, Madrid.

Claus ROXIN (1970), *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., Berlín.

— (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., Múnich.

— (2008), «Über Tatbestands– und Verbotsirrtum», en Gerhard DANNECKER/Urs KINDHÄUSER/Ulrich SIEBER/Joachim VOGEL/Tonio WALTER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Colonia, pp. 375 a 390.

Hans Joachim RUDOLPHI (2002), Comentario a los §§ 16 y 17 StGB (la última actualización es la núm. 37, del mes de octubre), en Hans Joachim RUDOLPHI/Eckhard HORN/Hans–Ludwig GÜNTHER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, 7ª ed., Múnich, Unterschleißheim.

Ellen SCHLÜCHTER (1983), *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga.

Eberhard SCHMIDHÄUSER (1984), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Tubinga.

Friedrich–Christian SCHRÖDER (1994), Comentario a los §§ 16 y 17 StGB (la última actualización es la núm. 14, del mes de abril), en Burkhard JÄHNKE/Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE/Walter ODERSKY (eds.), *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., Berlín, Nueva York.

Horst SCHRÖDER (1951), «Tatbestands– und Verbotsirrtum», en *MDR*, pp. 387 a 390.

Isabell SCHWEGLER (1995), *Der Subsumtionsirrtum*, Frankfurt am Main, Berlín, Berna.

John R. SEARLE (1980), *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, traducido por Luis M. VALDÉS VILLANUEVA, Madrid (= *Speech acts: An essay in the Philosophie of Language*, Cambridge, 1969).

Celia SUAY HERNÁNDEZ, (1991), «Los elementos normativos y el error», en *ADPCP*, pp. 97 a 141.

Klaus TIEDEMANN (1969), *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tubinga.

— (1969), «Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten– und Steuerstrafrecht», en *ZStW* (81), pp. 869 a 885.

— (1989), «Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht», en *JuS*, pp. 689 a 698.

Gerhard TIMPE, (1984), «Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums», en *GA*, pp. 51 a 70.

Ángel TORÍO LÓPEZ (1975), «El “error iuris”, perspectivas materiales y sistemáticas», en *ADPCP*, pp. 25 a 39.

— (1980), El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la «Teoría de la culpabilidad», en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, pp. 247 a 269.

— (1984), «Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal», en Antonio BERISTAIN IPIÑA (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, pp. 95 a 114.

Joachim VOGEL (2003), «Presupuestos y exclusión de la responsabilidad subjetiva», en Klaus TIEDEMANN (dir.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico de la Unión Europea*, Cuenca, pp. 39 a 43 (el articulado de este proyecto en lengua castellana puede verse en las pp. 137 y ss.).

Tonio WALTER (2006), *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tubinga.

Heinz Günter WARDA (1955), *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlín.

— (1979), «Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre», en *Jura*, pp. 1 a 5, 71 a 82, 113 a 118, 286 a 297.

Jürgen WEIDEMANN (2006), «Ist der Steuerhinterziehungstatbestand ein Blankettgesetz?», en *wistra*, pp. 132 a 133.

Hans WELZEL (1952), Comentario de la sentencia del BGH de 18.3.1952 – GSSt 2/51 (LG Hamburg), en *JZ*, pp. 340 a 344.

— (1952), «Der Irrtum über die Amtspflicht», en *JZ*, pp. 208 a 209.

— (1952), «Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde», en *JZ*, pp. 133 a 136.

— (1953), «Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht», en *NJW*, pp. 486 a 488.

— (1969), *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª ed., Berlín.

José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (1993), «Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del Código penal (la regulación del error de tipo y del error de prohibición)», en CGPJ (ed.), *El consentimiento. El error*, Madrid, pp. 167 a 196.