

Dolo y valoración

Restricciones del tipo subjetivo en los delitos con elementos y remisiones de carácter normativo. Peculiaridades de la imprudencia, ejemplificadas en la insolvencia punible imprudente *

Joaquín Cuello Contreras

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN. Dolo y valoración. Restricciones del tipo subjetivo en los delitos con elementos y remisiones de carácter normativo. Peculiaridades de la imprudencia, ejemplificadas en la insolvencia punible imprudente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-06, pp. 1-38.

<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-06.pdf>

RESUMEN: Los tipos delictivos que contienen elementos y remisiones de carácter normativo (leyes penales en blanco) requieren que el dolo del autor haya abarcado también el sentido de los hechos típicos a la luz del orden normativo de referencia, no bastando una mera valoración paralela en la esfera profana. Cuando no sea suficiente con la protección brindada por la modalidad dolosa y por otras ramas del Derecho, será necesaria la creación de tipos específicos de imprudencia basados en la ignorancia inexcusable de la norma extrapenal de remisión.

PALABRAS CLAVE: Elemento descriptivo. Elemento normativo. Error de hecho. Error de Derecho penal y extrapenal. Valoración paralela en la esfera profana. Ley penal en blanco. Elemento de la valoración global de hecho. Predicado de valor. Error de tipo. Error de prohibición. Tentativa inidónea. Delito putativo. Dolo. Imprudencia. Insolvencia imprudente punible.

TITLE: *Mens rea* and assessment. Restrictions of the subjective type in crimes with elements and remissions of a normative nature. Peculiarities of imprudence, exemplified in imprudent punishable insolvency

ABSTRACT: The types of crimes that contain elements and remissions of a normative nature (blank criminal laws) require that the perpetrator's mens rea also encompasses the meaning of the typical facts in light of the normative order of reference, not being a mere parallel assessment in the field of the inexperienced. When the protection provided by the intentional modality of the crime and by other branches of law is not enough, the creation of specific types of negligence based on the inexcusable ignorance of the extra-penal norm of remission will be required.

KEYWORDS: Descriptive element. Normative element. Error about facts. Criminal and extra-criminal law error. Parallel valuation in the field of the inexperienced. Blank criminal law. Element of global assessment of the fact. Value predicate. Type error. Prohibition error. Inidonic attempt. Putative crime. Intent. Negligence. Punishable negligent insolvency.

Fecha de recepción: 15 mayo 2020

Fecha de publicación: 12 agosto 2020

Contacto: jcuello@unex.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Revisión doctrinal. a. Herzberg. b. Puppe. c. Frisch. d. Kuhlen. III. Conclusiones. a. Toma de posición. b. Casuística. a'. ¿Error de hecho y error de Derecho extrapenal/error de Derecho penal o error sobre el tipo/error de prohibición? b'. Dolo y valoración (¿valoración paralela?) c'. Tentativa inidónea y delito putativo. d'. Hecho antijurídico de otro como elemento del tipo. e'. Elementos normativos y leyes penales en blanco. f'. ¿"Ignorancia inexcusable" como modalidad específica de imprudencia en los delitos con elementos y remisiones de carácter normativo? IV. Insolvencia punible imprudente. V. Resumen de conclusiones. Bibliografía.

* Una versión abreviada de este ensayo aparece en el *Libro Homenaje al Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña*, de publicación en 2020.

I. Introducción

El reconocimiento de la teoría de la culpabilidad¹ culminada por Welzel en los años treinta del siglo pasado, respaldada por el BGH en 1952 e incorporada a la reforma del CP alemán de 1971², con la distinción entre error sobre el tipo y error de prohibición, puso de relieve la dificultad a que arrojaba la nueva regulación en el tratamiento de los elementos y remisiones de carácter normativo. ¿Debían tratarse como casos de error sobre el tipo o como casos de error de prohibición³?

Las dudas de la doctrina a la hora de hacer propuestas satisfactorias para los tribunales de justicia, diariamente enfrentados a la interpretación de elementos de esa naturaleza, determinaron que aquéllos se acordaran de distinciones anteriores, como la que diferencia entre error de hecho y error de Derecho, de un lado, error de Derecho penal y error de Derecho extrapenal, de otro, y de fórmulas heurísticas como la de la “valoración del profano”, para precisar la interpretación de elementos, como los normativos, que enfrenta a veces a difíciles problemas de comprensión por parte del ciudadano y del mismo juez.

La aparición en 1987 del libro de Lothar Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatz-ausschliessendem und nichtvorsatz-ausschliessendem Irrtum*, que de manera forzada, según algunos⁴, reivindicó que los Tribunales de justicia habían vuelto a consagrar⁵ la vieja distinción de la época del RG anterior a 1952, entre error de hecho y de Derecho extrapenal, de un lado, y error de Derecho penal, de otro, a pesar de la reforma de 1971 en cuanto a regulación del error (de tipo y de prohibición), y, sobre todo, lo insatisfactorio y dudoso de la distinción entre el error sobre el tipo y el error de prohibición en los delitos con elementos y remisiones de carácter nor-

¹ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., 2002, 912 ss., 1053 ss.

² En España, en 1983 (si bien mediante fórmula de compromiso con la teoría del dolo).

³ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG, P*, 706 ss.

⁴ Vid. Rolf D. HERZBERG, «Zur Eingrenzung des vorsatz-ausschliessenden Irrtums (§ 16 StGB). Eine kritische Würdigung neuer Versuche im Schriftum», *Juristenzeitung* (48), 1993, 1017 ss., 1021.

⁵ Para ser más exactos, se siguió actuando por parte de los Tribunales como si no se hubiera producido cambio alguno. Vid. la panorámica ofrecida por KUHLEN, *Irrtum*, 79 ss. A la confusión y mezcla de posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales a lo largo del tiempo en el tratamiento y caracterización de los diversos casos de error con relevancia penal, está dedicada más de la mitad de esta amplia monografía (136 ss.)

mativo; todo ello, dio lugar a que en los primeros años noventa se produjeran numerosas aportaciones dogmáticas en la órbita de este problema (especialmente en la cuestión, emparentada con ella, de la distinción entre tentativa inidónea y delito putativo).

De los muchos posicionamientos recaídos⁶, vamos a centrarnos en tres, los de Herzberg, Puppe y Frisch, especialmente relevantes porque allanan la distinción entre elemento descriptivo y elemento normativo, exigen el conocimiento fehaciente del elemento normativo para estimarlo cumplido (no conformándose con sus presupuestos fácticos ni con una vaga valoración) y pueden entenderse como prolegómenos a la ubicación del problema en el dolo, a cuya luz, parafraseando a Armin Kaufmann, la cuestión del error se disuelve como la nieve en abril. El ensayo pretende también ayudar a esclarecer la comprensión de su sentido o significado como elemento del tipo delictivo.

Entremedio, se contrastará el pensamiento de los autores de referencia con el de Kuhlen, que quiso reactualizar los conceptos de error de hecho/error de Derecho extrapenal, de un lado, y error de Derecho penal, de otro, de la época anterior al desarrollo de la teoría de la culpabilidad y animó el debate posterior, evidenciando que las teorías no se anulan sino que se superan dialécticamente.

II. Revisión doctrinal

a. *Herzberg*

Como introducción al tema de la distinción entre el error sobre el tipo y el error de prohibición en el ámbito muy cuestionado y discutido de los elementos normativos del tipo, se vale Herzberg⁷ del siguiente caso jurisprudencial⁸:

El acusado mató a dos perros que habían estado acosando a la caza en una zona reservada para ella. Los perros se habían refugiado en un espacio habitado, excluido de la caza. Puesto que los perros amenazaban con escaparse y volver a acosar a la caza en el espacio en que sí está permitido matar animales que puedan atacar a las especies protegidas por la Ley de caza, disparó sobre ellos.

El Tribunal que juzgó en primera instancia absolvió del delito de daños del § 303. 1 StGB y del delito contemplado en el § 17 n. 1 TierSchG (Ley para la Protección de Animales), porque, aunque la conducta del acusado no estaba permitida, creyó que sí lo estaba (error sobre el tipo de autorización), y porque los disparos se realizaron por la “razón fundada” que excluye la tipicidad en el delito del § 17 TierSchG. La sentencia fue recurrida y el Tribunal de segunda instancia sentenció

⁶ Vid., exhaustivamente, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, 2008, 219 ss.

⁷ Rolf D. HERZBERG, «Tatbestands- oder Verbotsirrtum?», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, 439 ss.

⁸ HERZBERG, *GA*, 1993, 439 s.

que el autor no había sufrido un error sobre el tipo, sino un error de prohibición, no excluyente del dolo.

Herzberg se pregunta⁹: ¿Es atípico el comportamiento a la luz de los §§ 303. 1 StGB y 17. 1 TierSchG, que requieren respectivamente que el daño de cosa ajena sea *antijurídico* y la muerte del animal producida *sin motivo racional*? ¿Ha actuado el autor en este caso sin dolo?

Sobre la premisa de que, para afirmar el dolo, el autor se ha tenido que representar circunstancias que según la medida del ordenamiento hacen al hecho antijurídico y deja de poseer un fundamento racional, anticipa Herzberg ya su tesis¹⁰: Para hablar de dolo el autor se ha tenido que representar las circunstancias bajo las cuales el tipo ha establecido que el hecho es antijurídico. En cambio, que el Derecho califique al hecho como antijurídico, no es una de esas circunstancias.

Se podría decir que a la luz del § 303 StGB el autor, en el caso jurisprudencial comentado, sufre un error sobre el tipo de autorización; ¿pero no será ese error ya un error sobre el tipo del § 16 StGB?

En cualquier caso, la ordenación del elemento en la tipicidad o en la antijuridicidad es irrelevante a los efectos que ahora interesan: El autor ha de conocer los hechos que conforme a una valoración jurídica no hacen de la muerte del animal una muerte razonable.

Pero, para lo que sí nos interesa (qué ha debido conocer el autor para dar por cumplido el elemento normativo): Actuará con dolo quien conoció el hecho que conforme a una valoración jurídica no constituye motivo racional de la muerte del animal. El conocimiento de que esa es la valoración jurídica no necesita tenerlo para actuar con dolo y afectará en su caso a la culpabilidad.

Una comparación con casos semejantes puede ayudar¹¹: A, ha penetrado en el domicilio de su novia, menor de edad, a instancia de ésta pero en contra de la voluntad de sus padres. ¿Ha cometido A el delito de allanamiento de morada (§ 123 StGB, según el cual el allanamiento [eindringen] sólo se excluye si ha mediado la autorización del titular del derecho a la morada [los padres, pero no la hija menor de edad]), a pesar de creer A que bastaba la autorización de la hija? Respuesta de Herzberg: Para que A realice el tipo del allanamiento, basta que sepa que no cuenta con la voluntad de la persona autorizada a permitir la entrada, por más que estime que también la hija menor de edad debería ser titular de ese derecho. Su error es de subsunción, no sobre el tipo, y sólo podrá ser relevante, si lo es, a efectos del error de prohibición.

Segundo ejemplo: El indebidamente (unbefugt) del § 132a StGB no quiere decir, según algunos, que quien usa el título debidamente esté realizando constantemente

⁹ HERZBERG, GA, 1993, 441.

¹⁰ HERZBERG, GA, 1993, 441.

¹¹ HERZBERG, GA, 1993, 443 s.

el tipo. Él no actúa típicamente. En delitos que contienen este elemento (unbefugt), la justificación del comportamiento típico es prácticamente inexistente. Pregunta de Herzberg: ¿Actúa atípicamente quien uso el título de doctor creyendo que para ello basta haber leído la tesis, aunque no se haya tramitado aquél?

Respuesta de Herzberg: Para la cuestión que nos ocupa: qué ha de conocer el sujeto para actuar típicamente en los tipos con elementos normativos, es irrelevante la ubicación sistemática del elemento “unbefugt”¹²; pues lo importante es el conocimiento de las circunstancias que en cualquier rama del ordenamiento, penal o extrapenal, hacen al comportamiento autorizado o no autorizado, conocido lo cual deviene irrelevante la ampliación que el autor haga más allá de la autorización. En los ejemplos de Herzberg, la creencia de que también la hija menor de edad puede autorizar la entrada y la creencia de que se puede utilizar un título de doctor porque se leyó la tesis, a pesar de que no se tramitó el documento acreditativo, o se obtuvo pero entretanto se anuló (unbefugt = conocimiento de que no se tramitó el título).

Negar un error sobre el tipo allí donde se creía que la hija menor de edad también podía autorizar la entrada en la morada familiar o allí donde el doctorado creyó poder utilizar el título desde que aprobó la tesis aunque no lo hubiese tramitado administrativamente, pareciera contravenir el criterio vigente desde la época del RG, según el cual el error de Derecho extrapenal debe someterse al mismo tratamiento que el error de hecho, y excluir ya el dolo, no al tratamiento del error de prohibición.

Que no es así, lo muestra el ejemplo jurisprudencial cuestionado por Herzberg¹³: El médico que sabía que le habían robado el documento acreditativo de su doctorado, pero ignoraba que desde hacía algunos años una norma prohibía en tales casos el uso del título hasta que no se hubiese obtenido un duplicado del certificado extraviado, ¿ha actuado con desconocimiento de la antijuridicidad, pero dolosamente, si siguió usándolo pese a la pérdida, como sostuvo una sentencia del BGH? Respuesta implícita de Herzberg: Sólo quien conociera que en caso de extravío el título no se puede utilizar antes de haber obtenido un duplicado actuaría dolosamente si lo hace; sólo él conoce lo que hace antijurídico su comportamiento en el sentido del uso indebido de título.

Cuestionar esta resolución, como hace Herzberg, sosteniendo que se trata de un error de hecho el que versó sobre una regulación jurídica (sobre la necesidad de obtener duplicados de títulos extraviados antes de poderlos utilizar de nuevo), en contra del criterio del BGH, partidario de considerarlo un error de prohibición (por versar sobre el Derecho), pareciera resucitar la vieja polémica sobre la distinción entre error de hecho y error de Derecho ya superada. Sin embargo, la objeción se basa en un equívoco. Ejemplificado en la ajenidad de la cosa de los delitos contra la

¹² HERZBERG, *GA*, 1993, 445 s.

¹³ HERZBERG, *GA*, 1993, 446.

propiedad¹⁴: La empleada de hogar designada como única heredera de su empleador a través de un testamento firmado de puño y letra pero mecanografiado, desconociendo (la empleada) que el § 2247 BGB no le otorga eficacia, que ha roto un servicio de té *desconocía al hacerlo (por creerse heredera) un elemento del tipo delictivo como el de la ajenidad de la cosa dañada*. “Cosa ajena” es un hecho, procedente del mundo del Derecho, pero un hecho.

En realidad, no se trata de contraponer ni el error de hecho al error de Derecho, ni de equiparar el error de Derecho extrapenal al de hecho y contraponer ambos al error de Derecho penal, como hacía el RG, sino que se trata, al parecer de Herzberg, de exigir que el autor se haya representado lo que hace al hecho antijurídico (*incluida la valoración exigida por el elemento normativo*), aunque no se haya representado su desaprobación. La ausencia de la primera representación da lugar a un error sobre el tipo; la de la segunda, estando presente la primera, da lugar a un error de prohibición.

Frente a esta forma de delimitar a efectos del error en derecho penal, distinguiendo según se haya captado o no lo que hace al hecho antijurídico, se podría objetar que, puesto que todo elemento normativo contiene la valoración de un objeto y la referencia a un objeto valorado, cuya relación es fluida (como muestra el proceso de interpretación que va de la valoración al hecho y del hecho a la valoración), la frontera entre error sobre el tipo y error de prohibición también es fluida, por lo que no sirve para determinar la exclusión o no del dolo (o para distinguir entre tentativa y error de subsunción). De ahí la tentación de simplificar a la que algunos sucumben, como Kindhäuser¹⁵: Basta que la empleada sepa que el testamento es uno mecanografiado (no ológrafo) para que se presuma que sabe también que no es válido para transmitir la propiedad.¹⁶

Contra-argumentación de Herzberg¹⁷: Con el criterio de Kindhäuser, el paseante que ha encontrado en el campo astas de reses allí abandonadas, ha cometido el delito de caza furtiva, pues aunque haya creído que partes separadas de animales no constituyen objeto de caza, sí ha reconocido que se trata de un depósito de astas, que según el § 5 JagdG constituye objeto sobre el que puede recaer el derecho de caza, *se están confundiendo el conocimiento de las cosas que pueden constituir objeto del derecho de caza ajeno con el conocimiento de que ese objeto es contenido del derecho de caza ajeno*.

¹⁴ HERZBERG, GA, 1993, 446 s.

¹⁵ Urs KINDHÄUSER, «Zur Unterscheidung vom Tat- und Rechtsirrtum», GA, 1990, 407 ss., 421.

¹⁶ Se trata de la llamada *teoría de la sustitución*, que resuelve el problema de los elementos normativos sustituyéndolos por los supuestos a los que es aplicable el elemento normativo: Ajena es la cosa obtenida mediante cualquiera de los medios a través de los cuales se adquiere según el Derecho civil. Cosa objeto de caza son todas las especies animales aludidas por la Ley de caza. Basta que el sujeto haya adquirido la cosa por algunos de esos medios por los que se alcanza la propiedad, basta que identifique al objeto protegido por la ley de caza, para presumir que sabe que la cosa es ajena o está protegida por el derecho de caza. Y no, en caso contrario.

¹⁷ HERZBERG, GA, 1993, 447 s.

Los §§ 292 y 303 StGB, requieren, por tanto, respectivamente, conocer que el objeto está sometido al derecho de caza ajeno y que la cosa obtenida a través de un testamento mecanografiado no fundamenta la propiedad, no bastando con el conocimiento de que el testamento fue mecanografiado para presumir que se conocía que la cosa seguía siendo ajena, como ocurre con el sujeto que conoce que la cosa le pertenece a otro en propiedad o copropiedad.

Los elementos normativos, en suma, requieren que el dolo del autor identifique el hecho (la circunstancia) y su correspondiente valoración, sin los cuales, ambos, por separado y unificados en el elemento (normativo), no puede decirse que se haya captado su sentido.

El criterio de distinción de Herzberg, basado en el conocimiento de lo que hace al hecho antijurídico, facilita la identificación de los aspectos de un elemento normativo como *antijurídico* o su forma adverbial *antijurídicamente* cuyo desconocimiento determina sólo error de prohibición (y no, ya, error sobre el tipo). Ejemplificado en las coacciones del § 240¹⁸. Su párrafo 1 exige que se coaccione antijurídicamente. Su párrafo 2 sustituye el antijurídicamente del 1 por una definición que mide jurídicamente la coacción como no reprochable, sea por su adecuación social o por necesidad de defensa. Si no se da ninguna de tales circunstancias, pues, la coacción constituye injusto. El autor que conoce la ausencia de tales circunstancias, y sólo desconoce la reprochabilidad, no sufre un error sobre el tipo, ya que conoce todas las circunstancias constitutivas del injusto menos la prohibición. El joven que ha encerrado a un delincuente en una toilette por creerse autorizado a hacerlo, ha actuado antijurídicamente y de forma reprochable, desconociendo sólo la valoración jurídica de su acto como injusto; no le falta el conocimiento de lo injusto sino solo el conocimiento de estar actuando injustamente. Ha realizado el tipo de coacciones, quizá en error de prohibición.

El criterio permite distinguir el sin autorización, antijurídicamente, etc., cuyo desconocimiento fundamenta un error de prohibición, y el error sobre el presupuesto de hecho de la autorización (en sentido no técnico), que sí da lugar a un error sobre el tipo excluyente del dolo¹⁹: El ladrón que repele el intento de un particular para detenerle, por creer que autorizada sólo lo está la policía, desconoce una circunstancia esencial para que su comportamiento sea antijurídico. Estribando ahí la diferencia entre este caso y el anterior donde el sujeto sólo desconocía la valoración de su comportamiento, pero conocía todas las circunstancias que hacen antijurídico su comportamiento.

El caso del ladrón que cree que no puede detenerle un particular desconoce que esa detención es una autorizada por el StPO (Ordenanza Procesal Penal), como

¹⁸ HERZBERG, *GA*, 1993, 451.

¹⁹ HERZBERG, *GA*, 1993, 452 s.

desconoce quien se apodera de astas de reses abandonadas la vulneración de la BJadG (Ley Federal de caza).

Si de la forma adverbial del “antijurídicamente” damos un salto a la forma adjetiva, de *hecho antijurídico realizado por otro*, característico de algunos tipos delictivos, nos encontramos con el mismo problema. Así, el encubrimiento requiere que el hecho encubierto sea antijurídico. Tesis de Herzberg²⁰: Si el autor del comportamiento encubierto capturó un ave ornamental para tenerla y cuidarla en el estanque de su jardín, desconociendo que constituye un delito de caza furtiva, realiza el tipo del delito, porque sólo yerra sobre la punibilidad de su conducta. En cambio, el encubridor que desconoce también que el hecho encubierto es constitutivo de delito, sufre un error sobre el tipo de encubrimiento, excluyente del dolo. Por la misma razón, aplicado a la participación, en contra de la doctrina dominante²¹: El autor que creía que disparar por entretenimiento a mirlos y gorriones no constituye el delito de caza furtiva, realiza dolosamente el tipo delictivo, pero quien le regaló la escopeta de aire comprimido desconociendo su prohibición punible (de disparar por entretenimiento sobre mirlos y gorriones) en la TierSchG, ignora un elemento del tipo de complicidad que exige saber que se está aportando algo a un “hecho antijurídico”.

A la doctrina dominante, que se conforma con que el autor conozca los hechos tipificados en el CP como delito, para dar por cumplido el requisito del conocimiento de la antijuridicidad del hecho principal en que se participa, le reprocha lo que ya cabía reprocharle a quienes sostienen que para dar por cumplido el requisito del conocimiento de la ajenidad de la caza basta el conocimiento de que se trata de una de las especies protegidas por la ley a esos efectos, aunque se desconociera que se está produciendo un apoderamiento de caza ajena²².

En las *leyes penales en blanco*, en fin, la aplicación consecuente de su criterio, lleva a Herzberg a no conformarse con el conocimiento de estar haciendo algo injusto, exigiéndose que conozca las circunstancias que hacen injusto su comportamiento²³. Por lo que le reprocha a Roxin que se conforme al interpretar el § 38 Abs. 1 BJagdG, con el conocimiento de que la caza ha sido obtenida a pesar de estar prohibida o en período de veda; por imputar como contravención dolosa la acción del cazador que ignoraba el concreto precepto federal o estatal regulador del período de veda. No teniendo en cuenta Roxin que actuó sin dolo quien desconoció, p. ej., que el periodo de veda de una determinada especie fue alargado en esa campaña. Roxin se contradice al admitir que actúa sin dolo quien desconoce que el asta de res está tabuizada y no admitir que también ocurre así con quien caza des-

²⁰ HERZBERG, GA, 1993, 453.

²¹ HERZBERG, GA, 1993, 454.

²² HERZBERG, GA, 1993, 455.

²³ HERZBERG, GA, 1993, 457 s.

conociendo la norma sobre veda²⁴. Y puesto que, intuye (Roxin), eso dejaría sin apenas contenido al § 16, vuelve a cambiar el criterio cuando el cazador yerra sobre las fechas de duración de la veda, en cuyo caso el error es sobre el tipo²⁵. Como también se equivoca Roxin cuando sostiene que si la norma en blanco se cubre con una orden individual, su desconocimiento constituye error sobre el tipo, por contradictorio igualmente con su tesis, pues no hay diferencia alguna entre que para prevenir la extinción de los tejones se prohíba su caza durante dos años, en un caso mediante una orden ministerial para todo el Land y en otro mediante una orden para los guardas forestales en cuatro distritos, en cuyo desconocimiento un cazador cobró un tejón. No se entiende qué justifica el diferente tratamiento del error.

b. *Puppe*

No es cierto, sostiene Puppe²⁶, que mientras los elementos descriptivos sólo requieren el conocimiento de los hechos que designan, los normativos requieren la captación de su sentido, mediante acto intelectual que lleve a la subsunción²⁷. También los descriptivos poseen un sentido.

Con criterios de semántica general, según Puppe²⁸, mientras que la *intensio* del tipo delictivo la proporcionan los supuestos de hecho que caben en su seno y dan sentido a las oraciones que constituyen el tipo, su *extensio* la proporciona el valor de veracidad (verdadero o falso) de las oraciones que constituyen el tipo una vez que los términos típicos (abstractos) han sido sustituidos por los hechos de la realidad subsumidos en el tipo.

Los tipos como descripción de los hechos que lo cumplimentan son siempre incompletos (“el que”, p. ej. no designa a nadie sin el nombre de una persona concreta). Los tipos son funciones que describen muchos hechos, como una función matemática describe muchas ecuaciones²⁹.

²⁴ Tan “sagrado” para el significado de la caza es el astado de las reses como el cese anual de la práctica cinegética para que las especies puedan reproducirse y las nuevas crías crecer.

²⁵ Más coherente Günther JAKOBS (*Derecho Pena, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS/José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1995, 345), quien, en caso de que se conozca que hay un período de veda, pero se crea que ese mes todavía no ha llegado o ya pasó, lo considera error de prohibición. Objeción de HERZBERG, *GA*, 1993, 458, nota 46 : Se consideraría que ha actuado dolosamente contra la norma de veda, a quien no sabe que el ciervo se encontraba en el presente vedado, y por eso cazó (por no saber).

²⁶ Ingeborg PUPPE, «Error de hecho, error de derecho, error de subsunción» (trd. Manuel CANCIO MELIÁ), *Cuadernos de Política criminal* (47), 1992, 349 ss.

²⁷ Sobre la distinción elemento descriptivo/elemento normativo, en general, vid. CUELLO CONTRERAS, *PG, P*, 558 ss., 564 ss.

²⁸ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 352 s.

²⁹ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 354.

“Los hechos no constituyen la extensión del tipo, sino la *intensio* completada del mismo. Expresado en lenguaje común: *su sentido*”³⁰. La distinción entre error del tipo y error de subsunción es la que media “entre error sobre el hecho que cumple el tipo y error sobre el contenido de la oración descrita por la función de oración típica después de la inserción de sus variables”³¹.

Por lo demás, si no hay diferencia entre el elemento normativo y el elemento descriptivo en cuanto a exigencia de la captación del sentido de la oración [las oraciones] que constituyen el tipo, por el dolo, el dolo no puede constituir un privilegio de los juristas³². El cliente de unos grandes almacenes que intercambia la etiqueta de dos productos, para llevarse el más caro por el precio del más barato, ha elaborado conscientemente un documento falso, aunque crea que un documento es sólo uno escrito y oficial.

Cuestión distinta es que el sentido del tipo legal esté o no claro, lo que puede obligar a un diálogo entre el acusado y el juez acerca de cómo interpretar lo que ocurrió en un lenguaje asequible, si es necesario, al lego, hasta que el juez compruebe que ha utilizado una oración para caracterizar lo ocurrido que coincide con la que utilizaría el acusado, en cuyo caso aquél podrá llegar a la conclusión de que este había comprendido el significado de falsificar cuando hizo aquello de lo que se le acusa. El acusado que se encontraba en un error sobre el tipo, jamás confirmará la oración del juez por muy concreta que ésta sea³³.

Qué ha debido representarse el autor (dolo), aconseja que sea lo más concreto del sentido del tipo³⁴.

Esta necesidad de concretar los hechos abarcados por la ley penal que deberán ser conocidos por el dolo del autor, es la que ha dado lugar a la distinción entre error de Derecho extrapenal y error de Derecho penal, según verse sobre reglas extrapenales (entonces relevante) o penales (entonces irrelevante), criticada por formalista (irrelevancia de que el legislador regule una cuestión jurídica en la ley penal o fuera de ella) y pretendidamente superada por la tesis de la sustitución, que permitiría sustituir toda referencia a norma extrapenal contenida en ley penal por

³⁰ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 354.

³¹ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 355.

³² PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 356.

³³ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 357 s.

³⁴ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 359 s. Si la StVZO (Reglamento sobre Régimen de Licencias en la Circulación) considera infracción administrativa el uso indebido de los distintivos para ciegos, que son un bastón blanco o distintivos amarillos colocados de una determinada manera, la infracción administrativa consistente en usarlos indebidamente puede interpretarse en el sentido de que bastará con que el infractor sepa que porta un basto blanco o un distintivo amarillo (1ª interpretación), cualquier distintivo indicativo de la ceguera del peatón (2ª interpretación) o un bastón blanco o un distintivo amarillo indicativos de la ceguera del peatón (3ª interpretación). Cualquiera de las tres interpretaciones del precepto es correcta, pero sólo la segunda y la tercera expresan el sentido más específico. Lo que a veces no es fácil de formular y debe completarse por el juez.

los supuestos de hecho a los que se puede aplicar tal regla no penal (en los delitos contra la propiedad: sustitución de la “ajenidad” por las formas civiles de adquisición y pérdida de la propiedad)³⁵.

Solución, esta última, según Puppe (al igual que Herzberg), inadmisibles, además, de inútil³⁶: Son dos hechos distintos los que conozco cuando sé que lo que tengo delante es un asta de ciervo abandonada y cuando sé que ese objeto está sometido al derecho de caza³⁷.

El delito del § 289 (Pfandkehr), de sustracción de cosa propia, sólo lo comete quien, p. ej., despoja al comprador de la cosa que le ha vendido con reserva de dominio hasta que pague el último plazo, sabiendo que el comprador tiene una especie de pre-propiedad o un derecho de posesión específico mientras siga pagando los plazos. Sólo quien sabe eso puede cometer el delito, por más que incluso los estudiantes de Derecho tienen a veces problemas con este concepto civil³⁸.

Con la distinción entre error de Derecho penal y error de Derecho extrapenal se puede aludir, mejor, al error sobre los conceptos contenidos en los tipos penales (error de Derecho penal) y error sobre los hechos que cumplen el tipo, que también pueden fundarse en el derecho y la ley (error de Derecho extrapenal). Pero igualmente es incorrecta esta manera de formular la distinción: el error sobre la punibilidad del hecho encubierto no es un error de subsunción sino sobre el tipo (encubrimiento). El error sobre si el gas sustraído es una cosa (Derecho civil) no es un error sobre el tipo sino un error de subsunción irrelevante a efectos penales³⁹.

Las *leyes extrapenales* pueden ser decisivas para interpretar un tipo penal sólo cuando sean necesarias para entender el sentido de algún elemento del mismo. Sólo entonces, el dolo habrá de ir referido a la definición legal establecida fuera del tipo penal para poder decir que el autor ha captado el sentido (*intensio*) del concepto típico, no sólo la *extensio* del tipo⁴⁰.

³⁵ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 360 s.

³⁶ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 361

³⁷ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 361 s. [teoría de la *distinción*, se podría decir, opuesta a la teoría de *sustitución* (supra nota 16), porque obliga a distinguir entre la representación de lo normado o sentido de la norma (*intensio*) y los hechos abarcados por la norma (*extensio*). El conocimiento de lo segundo no lleva implícito el de lo primero.]

³⁸ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 365

³⁹ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 366.

⁴⁰ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 366 s. La regulación de la Ley de Residuos, contiene en su § 1 una definición de residuo que no es vinculante para el § 326 StGB, pues, p. ej., un coche abandonado es un residuo pero no afecta al medio ambiente, como establece el § 326. El anexo 1 del Reglamento de Residuos especiales afecta a la *extensio* de la norma medioambiental, pero no contiene una definición de peligro medioambiental. Aunque, p. ej., una sustancia que contenga metales pesados forma parte de ese anexo, no quiere decir que “sea susceptible de modificar perjudicialmente las aguas, el aire o el suelo”, perceptible como tal, elemento de delito ecológico que no constituye, por eso, un concepto en blanco, ya que tiene sentido con independencia de que forme parte de la norma de § 326 StGB.

Si la norma extrapenal es necesaria para entender el sentido de la norma penal, estará exigido su conocimiento para estimar el dolo, aunque solo sea relevante para un caso específico⁴¹.

Entre las *leyes penales en blanco* están aquellas que remiten a un *deber establecido en otro lugar*, pues sin el contenido de lo establecido en esa otra norma el tipo penal sería tautológico (§ 283 b [insolvencia punible] StGB: “No omitas llevar libros de comercio si legalmente estás obligado a llevar libros de comercio”)⁴².

La remisión a deberes regulados en otro lugar, requiere que el dolo del autor se haya representado los presupuestos fácticos y jurídicos de ese deber, pues en otro caso el tipo penal que lo contenga no tendría sentido. Es necesario, por tanto, que la norma de remisión determine el contenido de la obligación misma protegida por la norma y no sólo sus presupuestos jurídicos. No informar “en contras de las disposiciones relativas al otorgamiento de subvenciones”, es relevante porque regula el deber de información cuya vulneración es conminada con pena por el delito de fraude de subvenciones⁴³. El “hecho relevante para la subvención”, no, pues sólo alude a los hechos de los que depende la subvención.

Cuando el elemento en blanco no remite a una obligación jurídica sino a otro *hecho jurídico institucional*, como en los §§ 153, 156 (falso testimonio) StGB, el órgano competente ante el que decir la verdad, depende de complejas normas procesales que quien presta el testimonio difícilmente comprenderá⁴⁴. La obligación vulnerada será la de decir verdad, y el error sobre la competencia del órgano dará lugar a delito putativo, no a tentativa inidónea de falso testimonio.

A veces la remisión normativa sobre el deber es sólo aparente. “Prestar servicios contrarios a sus obligaciones” del § 356 (prevaricación de abogados) StGB, parece incluir al Reglamento Federal de la Abogacía; en realidad, se conforma con el conocimiento de que se está sirviendo a la vez a dos partes con intereses contrapuestos, lo que obvia la compleja discusión en torno a ese delito.

Las leyes penales en blanco, caracterizadas porque en ellas el legislador penal, como se deduce de lo ya anticipado, renuncia a la competencia exclusiva para definir lo punible, exigen que el autor conozca no sólo el tipo de la ley o norma de referencia, sino también la *vigencia de esa norma*, porque sólo entonces existe para él una obligación jurídica. El hecho de que la regla general sea que el error sobre

⁴¹ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 368 s. El § 264 StGB (fraude de subvenciones), considera relevante para el engaño que este verse sobre hechos definidos por la ley o en virtud de ley por el otorgante de la subvención, y de los cuales dependa su otorgamiento. Por eso, para que el autor del fraude actúe con dolo ha debido conocer que guarda silencio o engaña sobre hecho relevante *ex lege* o que el otorgamiento de la subvención depende legalmente de ese hecho. Igual que el error sobre la ajenidad de la cosa o que esta está sometida al derecho de caza. Por el contrario, el Reglamento de Residuos no es constitutivo de la cualidad de un residuo para “poner en peligro el medio ambiente”, del § 326 StGB, que constituye, ya se ha dicho, un hecho natural

⁴² PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 369 s.

⁴³ Vid. *supra*.

⁴⁴ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 371 ss., 374

una obligación jurídica constituye un error de prohibición, no impide que en casos como este constituya ya un error sobre el tipo (¡todo error sobre el tipo contiene un error de prohibición!, lo que a nadie escandaliza)⁴⁵.

Mayor enjundia en cambio tiene el hecho asociado con esta circunstancia, pero más genérico, de que el derecho penal siempre ha partido de la idea según la cual todo ciudadano conoce las normas cuya infracción son constitutivas de delito, por ser normas que afectan al acervo cultural compartido por todos. Lo que ya no es sostenible sobre todo en materias muy transformadas a lo largo del siglo XX, como el medio ambiente, la economía, etc. Por eso, puesto que las normas penales en blanco afectan al medio ambiente, el fisco, la economía, etc., materias que evidentemente no domina todo el mundo, la importancia de los bienes jurídicos afectados y el hecho de que normalmente quienes operan en esos ámbitos lo hacen profesionalmente, invita a crear una figura delictiva a título de imprudencia consistente en no haberse informado sobre materias que pueden dañar gravemente a bienes jurídicos fundamentales⁴⁶.

A veces es difícil distinguir si estamos ante un elemento en blanco, del que el autor ha de conocer los presupuestos fácticos y jurídicos que lo implementan, o un elemento jurídico-institucional donde eso no sucede⁴⁷. La cuestión entonces será la de decidir si el autor debe representarse sólo el cumplimiento del elemento o también debe conocer las razones por las que este se cumple.

En cambio la creencia de que se está vulnerando el deber jurídico requerido en la ley penal en blanco (*conclusión invertida*), no obliga a entender que estemos ante una tentativa de delito. “Y ello es así porque la fijación de una condición necesaria para cualquier consecuencia no dice nada acerca de cuáles otras condiciones son, además, necesarias para esa consecuencia” (*nota bene*)⁴⁸.

También son tautológicos, como las leyes penales en blanco, los *elementos de la valoración global del hecho*, con el de las coacciones (§ 240 StGB) como paradigma, pero igualmente la cláusula de equiparación de la omisión (§ 13 StGB) o el deber de cuidado de la imprudencia (lesión dolosa de deberes de cuidado § 315c StGB)⁴⁹. A diferencia de lo que ocurre con la ley penal en blanco, en estos casos, la remisión no es a normas concretas del ordenamiento jurídico sino a normas elementales generales del Derecho no escrito, que según doctrina dominante no requieren el conocimiento de la vigencia de la norma no escrita misma. Así y todo, cabe separar esos deberes generales de las causas de justificación, salvo en el delito de coacciones, que, por la relación medio-fin allí tipificada, incluye las causas de justificación. En cualquier caso, en uno y otro supuesto, siempre cabe segregar el

⁴⁵ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 375.

⁴⁶ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 376.

⁴⁷ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 376 s.

⁴⁸ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 378.

⁴⁹ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 379 ss.

conocimiento sobre el consenso mínimo que debe presumirse con la socialización. Sólo debe cuidarse de que concierna a algo sobre cuyo consenso no cabe discutir⁵⁰.

Como *elemento normativo* se considera no sólo lo que designa una *relación jurídica* (“ajeno”, “sometido a derecho de caza”, “relevante para la subvención”, etc.) sino también otros elementos que expresan un *juicio de valor negativo* (“comportamiento injurioso”, “difamación grave”, “atentatorio contra la dignidad”, “cruel”, “alevosía”). Elementos que a diferencia de las leyes en blanco y los elementos de la valoración global del hecho no son tautológicos. A estos elementos (los que contienen un juicio de valor negativo) pareciera debiera referirse la valoración paralela, pero la doctrina la refiere a “ajeno”, “documento”, etc., mientras que aquí ni se lo plantea. También son estos (*juicios de valor negativo*) los casos en que más difícil es distinguir error de tipo y error de subsunción. ¿Cuál es el sentido de elementos como “cruel” o “injurioso”?

Al estar el juicio de valor en el tipo, es lógico que la doctrina exija el conocimiento fehaciente de las cualidades de la componente descriptiva del mismo. Ahora bien, si el autor utiliza criterios más estrictos que el común, no actúa con dolo en el sentido de la valoración paralela en la esfera del profano, no cometiendo tentativa inidónea, sino un delito putativo. Justo lo contrario que ocurre con los elementos jurídico-institucionales, cuando remiten a conceptos (como ajeno, embargado o sometido a derecho de caza) *independientes de los presupuestos de los que el Derecho hace depender estos predicados como su consecuencia jurídica*: el autor que por error de Derecho considere ajena, embargada o sometida a derecho de caza una cosa cometerá tentativa inidónea y no delito putativo⁵¹.

Los elementos que contienen *predicados de valor*, además de las cualidades descriptivas del objeto, poseen una componente valorativa, de preferencia o rechazo, obtenida mediante intuición o comprensión. Pues bien, al igual que con los elementos de la valoración global del hecho, las valoraciones aquí son las de la comunidad jurídica, no las particulares del individuo que las aplica. Cosa que el autor debería saber, aunque la jurisprudencia no lo exige para el dolo, a pesar de lo frecuentemente que se invoca la valoración paralela⁵². La distinción entre cualidades des-

⁵⁰ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 381.

⁵¹ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 384. Como recoge PUPPE en la nota 63, a esta conclusión se opone BURKHARDT («Rechtsirrtum und Wahndelikt —Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG v. 15. 10. 1980», *JZ* 1981, 715, *JZ* 1981, 681 ss.) con el argumento de la *desconexión*, según el cual no se puede separar el elemento normativo, p. ej., ajeno, en los delitos contra la propiedad, de las normas de adquisición de la propiedad, pues de hacerlo, como hacen PUPPE y HERZBERG, entre otros, están concluyendo que para que haya tentativa (inidónea) basta con que el autor crea que es ajena, con lo que se estaría ampliando demasiado el ámbito del tipo penal. A lo que PUPPE responde recordando que hay que distinguir entre elemento normativo y su consecuencia jurídica, y que el concepto de ajenidad es independiente del Derecho penal y del Derecho civil. Y que BURKHARDT confunde la *intensio* con la *extensio* de la norma penal que contiene el elemento normativo cosa ajena. Por lo que se refiere a la *extensio*, también en el homicidio ha ampliado su ámbito de aplicación quien ha confundido a una persona con un espantapájaros (pese a lo cual sigue cometiendo tentativa).

⁵² PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 385.

criptivas y valoración de las misma por la comunidad jurídica, permite que respecto a las circunstancias descriptivas se distinga entre error de tipo y error de subsunción. Si el autor puede describir ese elemento descriptivo, tenía la representación del sentido exigido, y únicamente podría incidir en un error de subsunción irrelevante (si su valoración discrepó de la mayoritaria)⁵³. Los predicados de valor tienen el mismo régimen que los elementos de valoración global. La valoración debe ser una unánimemente sentida por la comunidad⁵⁴.

Muchos equívocos en esta materia vienen, como ya se ha anticipado, de que la doctrina acuñó la valoración paralela y la aplicó erróneamente a los elementos jurídico-institucionales y no a las valoraciones para las que en puridad se acuñó: para distinguir los predicados valorativos en contraposición a la teoría de la libre valoración⁵⁵.

c. *Frisch*

Dada la presencia de normas de Derecho positivo que se basan en un injusto subjetivamente fundamentado, como la tentativa inidónea, sostiene Frisch⁵⁶ la existencia de un “*injusto de la decisión*: el autor se decide a favor de una determinada conducta, pese a asignarle la dimensión decisiva para su —respectiva— tipicidad (*nota bene*)”⁵⁷.

Injusto de la decisión implica que el autor ha comprendido la conducta prohibida por el tipo en el sentido que precisamente constituye para el legislador el fundamento de la prohibición. El autor se ha tenido que representar como base de su decisión aquellas “circunstancias por las que está prohibida *in concreto* la conducta y que constituyen, por tanto, el punto al que se anudan las correspondientes prohibiciones”⁵⁸; estén extraídas esas circunstancias del mundo común de la vida o estén formuladas conforme a algún lenguaje técnico que el lego haya podido traducir al suyo. “Para la aplicación del Derecho ello significa que los substratos decisivos para admitir un injusto de la decisión, que por lo demás se encuentran formulados en el lenguaje técnico o culto del Derecho, han de ser orientados, en su concreción, al autor: se trata de precisar (y luego constatar) mediante una concreción de la

⁵³ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 386.

⁵⁴ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 387

⁵⁵ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 390.

⁵⁶ Wolfgang FRISCH, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán», (trad. Gustavo BRUZZONE y Enrique PEÑARANDA), en *Justificación y exculpación en Derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal)*. Ed. Albin ESER, Enrique GIMBERTNAT y Walter PERRON), 1995, 157 ss.

⁵⁷ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 199.

⁵⁸ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 206.

norma orientada al autor lo que tiene que quedar registrado en su representación para que se pueda admitir la existencia de un injusto de la decisión”⁵⁹.

Esta exigencia de concreción evidencia los defectos de la *tesis de la valoración paralela*⁶⁰, pues como ya su denominación apunta, pareciera conformarse con que, concretada la norma de forma objetiva, y, dentro de ella, los conceptos técnico-jurídicos, como el de documento o el de ajenidad, bastara para estimar que el autor lego se los haya representado correctamente cuando se representó las circunstancias a que van referidos esos conceptos técnicos sin pensar para nada en tales designaciones técnicas, entre otras cosas porque quizá lo contrario exigiría conocer demasiado en ciertos contextos.

Más coherente con el injusto de la decisión es la distinción entre *error de hecho* y *error de Derecho* del Derecho histórico común, pues la denominación “error de hecho” designa bien la exigencia de que el autor haya debido conocer y haber comprendido esas circunstancias que fundamentan el tipo, en tanto que el error de Derecho mencionaría la situación en la que el autor ha “comprendido tales circunstancias, pero considera de todos modos su conducta como jurídicamente irreprochable”⁶¹. En cualquier caso, esta forma de distinguir concita el peligro de que no se tenga en cuenta el conocimiento de los hechos que fundamentan el injusto y se proceda, esquemáticamente, estimando “también la existencia de un mero error de Derecho, por ejemplo, cuando alguien no capte en absoluto, como consecuencia de una defectuosa representación de datos jurídicos, las circunstancias que tendría que haber abarcado para que se pudiera afirmar la existencia de un injusto de la decisión (*nota bene*)”⁶².

Es más certera la distinción entre *error de Derecho penal* y *error de Derecho extrapenal*, que diferencia entre que el autor no haya captado las circunstancias que fundamentan el injusto de la decisión, en cuyo caso el error será extrapenal, y que el autor haya creído que su comportamiento era jurídicamente irreprochable a pesar de haber captado esas circunstancias que constituyen el fundamento del injusto, de los que excluiría el dolo el primer caso y no en cambio el segundo (error de prohibición en su caso)⁶³. Aunque también aquí se distorsionaría el sentido de la distinción si se entiende que existe un error sobre el tipo allí donde pese a haber captado plenamente las circunstancias constitutivas del injusto de la decisión, se creyera el autor amparado por una causa de justificación cuyos límites desborda, por el mero hecho de estar ubicada tal causa de justificación, p. ej., en el Derecho civil y no en el Derecho penal⁶⁴.

⁵⁹ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 207.

⁶⁰ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 207 s.

⁶¹ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 209.

⁶² FRISCH, *Justificación y exculpación*, 209.

⁶³ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 209.

⁶⁴ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 209 s.

Los problemas suscitados por la representación de los elementos normativos, no son tanto un problema de error, a resolver con la dogmática del error, sino un problema de *concreción de la norma*, de comprensión del sentido que quiso otorgarle el legislador, a veces muy impreciso, y de la necesaria representación por el dolo del autor. “Si está resuelto el problema de concreción de la norma, la respuesta de la cuestión relativa al error constituye una trivialidad: el autor que desconoce las circunstancias que tiene que conocer —para que se admita un injusto de la decisión— incurre en un error que excluye dolo”⁶⁵. El problema, p. ej., de la competencia del órgano ante el que se presta un testimonio falso, no es tanto una cuestión a resolver con la creencia o no de quien presta el testimonio de que lo hace en presencia de órgano ante el que prestarlo constituye delito, como una difícil cuestión procesal y administrativa, como para hacerlo recaer sobre el ciudadano, que difícilmente podrá hacerse una idea cabal de esa ardua cuestión.

Algo semejante ocurre con las *leyes penales en blanco*. También el “error” sobre la ley que llena de contenido la ley penal en blanco es un problema de concreción de esa ley⁶⁶.

Cuando el § 370, párrafo 1.º, núm 2 AO (Abgabeordnung [Ordenanza Fiscal]), obliga al contribuyente a proporcionar a la Administración ciertos datos fiscales, como la iniciación de una determinada actividad sujeta a tributación, quien la emprende ha de haber captado que esa exigencia persigue asegurar la contribución de los ciudadanos a los gastos sociales, por lo que quizá desconocerá su fundamento el contribuyente que creyó que no era necesaria declarar la nueva actividad desde el principio, bastando con hacerlo en el momento de tributar. Cuestión distinta sería, p. ej., que creyera infundadamente que en una situación financiera mala estaba autorizado a no declarar⁶⁷.

La insolvencia consistente en no llevar libros de comercio el legalmente obligado (§ 283, párrafo 1.º, núm. 6 StGB), se basa en la transparencia del buen comerciante. Lo que exige el conocimiento de tales deberes contables. Quien no los posee difícilmente tendrá la comprensión del fundamento de la norma. Cuestión distinta sería que, conociendo los deberes, el comerciante se creyera exento de cumplirlos habida cuenta de que su acreedor principal le exoneró de ello⁶⁸.

d. *Kuhlen*

La premisa básica de la que parte Kuhlen es que la distinción entre error sobre el tipo y error de prohibición no puede establecerse en correspondencia con la construcción del delito, como error sobre la tipicidad y error sobre la antijuridicidad,

⁶⁵ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 210.

⁶⁶ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 213.

⁶⁷ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 214 s.

⁶⁸ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 215 s.

verticalmente, sino que ha de trazarse *horizontalmente*⁶⁹. A la regla de StGB sobre el error de tipo debe someterse todo aquello que siendo presupuesto de la antijuridicidad penal, debe representarse el autor para poder decir que ha actuado dolosamente (lo que incluye los presupuestos de las causas de justificación), en tanto que los restantes errores (salvo el error de subsunción), deben someterse a la regla del StGB sobre el error de prohibición (penal).

Para fundamentar ese criterio de distinción, se vale Kuhlen de la doctrina sentada por el RG y el BGH, antes y después del giro que representó el reconocimiento de la teoría de la culpabilidad, en doctrina y legislación, que siempre distinguió entre error de hecho y error de Derecho, sobrentendiendo Kuhlen que detrás de la tesis del RG había un reducto de verdad (núcleo de racionalidad) constituido por el hecho de que la justicia penal no puede depender de lo que el ciudadano crea que es justo, lo que dañaría la vigencia de la norma objetiva (resumida en “la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”)⁷⁰. De ahí que se redujera el error relevante al fáctico (*error facti nocet*), y no al error de Derecho (*error iuris non nocet*).

Y cuando aquella doctrina jurisprudencial, se encontraba con los elementos normativos del tipo, como el de “cosa ajena” de los delitos contra la propiedad, resolvía el error sobre la ajenidad de la cosa, como un error sobre el tipo excluyente del dolo, equiparando el error de Derecho extrapenal al error de hecho⁷¹.

Kuhlen, en suma, justifica la distinción error de Derecho penal (no excluyente del dolo) y error de Derecho extrapenal (excluyente del dolo) entendiendo con el RG que mientras que otorgar relevancia al error de Derecho penal (inclusión hecha de otras normas incorporadas a una ley penal y las reglas generales del Derecho penal) pondría en entredicho la autoridad del Estado a través de su poder de definición penal, el error sobre disposición legal ubicada fuera del Derecho penal no lo hace, pudiéndosele otorgar eficacia excluyente del dolo, lo que no ocurre con el error de Derecho penal⁷².

Y para distinguir cuándo el error es de Derecho penal y cuándo de Derecho extrapenal, esencial en los delitos que contienen elementos y remisiones normativas, se sirve Kuhlen del criterio ideado por él, de la *estructura temporal de la norma*⁷³:

⁶⁹ Las tesis de KUHLEN sobre el error que más nos interesan aquí, aunque también desarrolla otras muchas, están oportunamente condensadas en su amplia obra (*Irrtum*, 259 ss.), y muy bien expuestas por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 256 ss., a quien sigo. Vid. KUHLEN, *Irrtum*, 331, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 257. Una buena reflexión crítica sobre la obra de KUHLEN, y su contexto doctrinal y jurisprudencial en Alemania y España, puede verse en Yamila FAKHOURI GÓMEZ, «Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad. Reflexiones al hilo del libro de Lothar Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzaussliessendem und nicht vorsatzausschliessendem Irrtum*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1987», *InDret*, www.indret.com, 3/2011.

⁷⁰ KUHLEN, *Irrtum*, 359, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 258.

⁷¹ KUHLEN, *Irrtum*, 359, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 258.

⁷² KUHLEN, *Irrtum*, 361, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 259.

⁷³ KUHLEN, *Irrtum*, 369 ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 259 ss.

Puesto que las normas penales tienen una vocación de vigencia en el tiempo, pueden presentar una estructura *estática*, según la cual la norma sólo se aplicará en aquellos casos que habrían sido abarcados por ella si hubiese habido que aplicarla en el momento de su promulgación, y no en caso contrario, o una estructura *dinámica*, según la cual la norma quiere abarcar también los casos que en el presente son abarcables por la norma aunque no lo hubiesen sido en el momento de promulgarse aquella. Conforme al primer modelo (estructura estática), ajena a los efectos del Derecho penal, son sólo aquellas cosas que lo hubiesen sido conforme a las normas del Derecho civil de entonces. Conforme al segundo modelo (estructura dinámica), las que lo son a la luz del Derecho civil actual. De ahí que en normas penales de naturaleza estática, sea aplicable la tesis de la sustitución, y no en cambio cuando la norma penal tiene naturaleza dinámica.

Todos los errores (menos el de subsunción) sobre la norma penal de estructura estática constituyen errores de prohibición no excluyentes del dolo, mientras que si la norma penal de partida tiene estructura dinámica los efectos del error variarían según se interprete en un sentido u otro la norma que en la actualidad ha de aplicarse al caso concreto⁷⁴: Ajenas pueden considerarse 1) las cosas que según las reglas del Derecho civil aplicables en cada caso pertenecen a otro, 2) ajenas son las cosas que conforme al Derecho civil vigente en el momento de la acción pertenecen a otro, 3) ajenas son las cosas cuando la relación de otra persona con ellas cumple las siguientes causas de adquisición de la propiedad y ninguna de las siguientes causas de su pérdida; de las cuales las dos primeras dan lugar a error de Derecho penal (no excluyente del dolo), y la última, de Derecho extrapenal (excluyente del dolo).

Y puesto que el Derecho penal actual tiene que adaptarse a la estructura temporal dinámica que caracteriza a la sociedad de hoy, propone Kuhlen entender con carácter general que las normas penales tienen estructura también dinámica, lo que obliga a entender que conceptos como los de ajenidad, sometida a derecho de caza o competente para tomar juramento, requieren el conocimiento de que la cosa es ajena conforme al Derecho civil actual, está sometida al Derecho de caza en la actualidad o el órgano es competente para recibir juramento en el Derecho procesal actual⁷⁵. Siendo, pues, excluyente del dolo el error sobre tales circunstancias.

Ejemplos⁷⁶: Quien cree que un perro no es una cosa ajena a los efectos del hurto, no sufre un error excluyente del dolo, porque el concepto de ajenidad de la norma del hurto lo fija el Derecho penal a sus efectos (tiene estructura estática), siendo este error un error de Derecho penal irrelevante para el dolo. —El error de la persona que cree encubrir un hecho constitutivo de delito (una infracción de tráfico sancionada con multa, no como delito sino como mera contravención), no constituye en

⁷⁴ KUHLEN, *Irrtum*, 371 ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 260 s.

⁷⁵ KUHLEN, *Irrtum*, 381 ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 261 s.

⁷⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 262 s., con remisiones a diversos pasajes de la obra de KUHLEN.

error de Derecho penal, pese a las apariencias (es la ley penal la que determina qué es delictivo y por tanto susceptible de encubrimiento), sino de Derecho extrapenal, pues la norma estática: hecho antijurídico delictivo, definidora del encubrimiento, remite a la ley penal vigente en el momento de la acción (que determina qué es delictivo en ese momento, y qué no, y por tanto no constitutivo de delito su encubrimiento).

La premisa sistemática de Kuhlen, según la cual la cuestión del error sobre la tipicidad y de prohibición no se puede resolver entendiendo que sólo el error sobre el tipo excluiría el dolo, dado que también lo excluye el error sobre los presupuestos de las causas de justificación, a pesar de que las causas de justificación pertenecen al escalón de la antijuridicidad, se puede compartir, como hace la teoría restringida de la culpabilidad, dominante. Pero el hecho de que también la teoría estricta de la culpabilidad, minoritaria, sea coherente, invita a pensar que de la premisa sistemática de Kuhlen va a derivarse poco para el esclarecimiento del error sobre los elementos normativos. Es más, el hecho de que también la teoría restringida de la culpabilidad y la tesis general relacionada con ella, de la división de la teoría del delito en dos escalones: antijuridicidad típica y culpabilidad, funden, pero no confunden, ambas categorías de la teoría del delito, evidencia que también la teoría restringida de la culpabilidad necesita distinguir entre tipicidad y antijuridicidad,⁷⁷.

Por su parte, el “núcleo de racionalidad” que Kuhlen ve en la doctrina jurisprudencial del RG sobre el error, distinguiendo entre error de hecho (relevante para excluir el dolo) y error de Derecho (no excluyente del dolo), equiparando por extensión al primero el error de Derecho extrapenal, se revela a la postre muy artificial, como muestra, sin ir más lejos la existencia de elementos normativos del tipo, que por contemplar hechos valorados previamente, no permiten distinguir dónde termina el hecho y dónde comienza la valoración, y han dado lugar a las muy interesantes consideraciones de Herzberg⁷⁸ y Puppe⁷⁹ sobre la captación del sentido de los elementos normativos (y, por extensión, de los descriptivos). De la misma manera que tampoco es nítida la distinción entre Derecho penal y Derecho extrapenal que esquemáticamente perseguía el RG, como muestra el hecho de que el concepto de encubrimiento, p. ej., a pesar de estar contenido en Derecho penal, produce los efectos del error sobre el Derecho extrapenal, como al contrario, errores de Derecho extrapenal, el de ajenidad de la cosa, p. ej., según muchos, es un concepto penal cuyo error resulta por tanto irrelevante. Como el mismo Kuhlen reconoce⁸⁰.

⁷⁷ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, *F*³, 441 ss.

⁷⁸ HERZBERG, *GA*, 1993, 441.

⁷⁹ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 354.

⁸⁰ KUHLEN, *Irrtum*, 566 s.

Esos intentos de distinción, del RG y, siguiéndole, Kuhlen, ya obsoletos, no deben confundirse con la distinción, la relevante, entre lo que tiene que conocer, dolo, el autor y, si no, error sobre el tipo, y el desconocimiento evitable del error de prohibición. Con lo que se corrobora el acierto de la teoría de la culpabilidad introducida, en su día, en doctrina, jurisprudencia y legislación. Por cierto, una teoría no tanto orientada al desconocimiento que la vigencia del Derecho penal no puede soportar, como a la capacidad de actuar fiel al Derecho o culpabilidad que el Derecho debe exigir a los ciudadanos⁸¹.

Finalmente, el de la estructura temporal de la norma penal, estática o dinámica, es un buen experimento de Kuhlen, que si bien descartado como criterio *a priori* a elegir por el legislador, como le han reprochado todos los críticos⁸², ejemplificándolo en la regulación civil de la adquisición y pérdida de la propiedad, a los efectos de los delitos contra la propiedad, sí puede ser un buen criterio de interpretación de la ley penal⁸³, pues siendo toda regulación penal dinámica, puede ayudar aquel criterio para hacer una aplicación de la norma penal extensiva o restrictiva, en línea, como después se verá, con lo irresoluble, en última instancia, de las distinciones jurídicas esenciales, como en nuestro caso, la distinción entre tentativa inidónea y delito putativo, error sobre el tipo y error de prohibición.

El criterio de Kuhlen, sobre todo, refuerza el de los restantes autores estudiados, sobre la necesidad de conocer el sentido de la prohibición de normas penales con elementos y remisiones de carácter normativo.

III. Conclusiones

a. *Toma de posición*

Formulado en términos más complejos: el autor se ha tenido que representar las circunstancias que hacen antijurídico su comportamiento (inclusión hecha de por qué lo hacen), pero no necesariamente que el ordenamiento lo cualifica como antijurídico (lo que pertenece en su caso a la culpabilidad). O formulado en términos más simples: el autor se ha tenido que representar las circunstancias por las que el hecho es punible, pero no que lo es. En todo caso, Herzberg⁸⁴ separa lo que se ha tenido que representar el autor para que el hecho sea típico, representación que incluye la comprensión de lo que hace típico su comportamiento, del conocimiento y comprensión de que ese comportamiento forma parte de un tipo penal. Aislando, pues, lo que *indeclinablemente se ha tenido que representar el autor de un delito*

⁸¹ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG, F*, 1057 ss.

⁸² Vid. por todos Claus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y otros), 1997, 469 ss.

⁸³ KUHLEN, *Irrtum*, 370 ss. Vid. también la crítica de HERZBERG, *JZ* (48), 1993, 1021 ss.

⁸⁴ HERZBERG, *GA*, 1993, 441.

cuyo tipo contiene algún elemento normativo, no bastando una representación vaga de su antijuridicidad.

Al sostener la idea de que el autor, para poder decir que ha actuado típicamente (ya, incluso en lenguaje coloquial, se dice: “en el sentido requerido en Derecho penal”), ha tenido que comprender el sentido (la *intensio*) de la norma cuya infracción constituye al injusto punible (los hechos realizados como explicación de las circunstancias aludidas en las oraciones que contiene el tipo de injusto). Y al sostener que así ha de ocurrir tanto con los tipos que incluyen elementos normativos como con los que incluyen sólo elementos descriptivos. Al argumentar de esta manera, pues, Puppe⁸⁵ exige y facilita la comprobación de que el autor, aunque sea lego, se ha tenido que representar *el sentido de la prohibición contenida en el tipo penal, descartándose el dolo de no ser así.*

Partiendo del *injusto de la decisión*, según el cual en todo delito hay cuando menos un hecho precedido de una *decisión en contra del sentido de la norma penal* (tentativa inidónea), es *a la luz del dolo* como Frisch⁸⁶ resuelve el problema del error sobre los elementos normativos, pues sin su representación *no se puede decir que se haya actuado en el sentido requerido por el tipo penal* (previamente acotado mediante reducción teleológica, a veces muy compleja en delitos que los contienen).

La característica principal común a los tres autores estudiados es la de abordar la cuestión de los elementos normativos desde la necesidad de captar el sentido del tipo delictivo en el que aparecen, tipo que colorea de sentido a todos los elementos que lo componen otorgándosele de igual modo al elemento en cuestión. Ello entraña lógicamente que también, a su vez, se insista en el sentido del mismo elemento descriptivo, que, contrapuesto tradicionalmente al normativo, se venía entendiendo que no necesita de captación de su sentido en el tipo del que forma parte, habida cuenta de que ese sentido coincidiría con su significado puramente naturalista, captado psicológicamente como tal, como fenómeno de la naturaleza (causalidad).

El hecho de que, efectivamente, desde hace mucho tiempo, la dogmática de elementos muy teñidos de naturalismo, como la causalidad, haya suscitado muchas cuestiones sobre su constatación y evidenciado el caudal de conocimientos previos que requiere su aplicación por parte de quien quiere transformar el mundo, p. ej., causando una muerte en el homicidio, y los difíciles problemas de distinción entre causalidad real y causalidad putativa, y su correlato tentativa inidónea/delito putativo, facilita la nivelación que se ha producido recientemente de elementos descriptivos y normativos en torno al sentido⁸⁷.

⁸⁵ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 354.

⁸⁶ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 199.

⁸⁷ Vid. CUELLO CONTRERAS, «Sobre la posibilidad y necesidad de distinguir entre conocimiento ontológico y conocimiento normológico», en: *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA y otros (coords.), 2013, 75 ss.

Precisamente algunos problemas interpretativos suscitados por elementos “descriptivos”, como la causalidad, ya en la época del RG, no fácilmente resolubles con distinciones tan toscas como la que meramente diferencia entre error de hecho y error de Derecho (el error sobre las leyes de la causalidad, ¿es error de hecho o error de Derecho?), evidenciaron la necesidad de proceder a una elaboración de los criterios de interpretación de los elementos del tipo penal más refinada. Lo que coincidió con la necesidad de resolver si los elementos normativos del tipo debían ser tratados como hechos o como valoraciones. Todo eso influyó en la eclosión de la teoría de la culpabilidad, con su manifestación más genuina a nuestros efectos, de la distinción entre error sobre el tipo y error de prohibición. Convirtiéndose el tipo en la sede donde resolver de manera unitaria, con sus diferencias específicas, el tratamiento que habría de darse al error sobre uno u otro elemento.

El elemento común lo proporcionó el sentido, del que ahora nos ocupamos. ¿En qué consiste y de qué naturaleza es la captación del sentido inherente a todo tipo penal? Pues el sentido parecía pertenecer a la culpabilidad (error de prohibición), pero ahora vemos que también pertenece al tipo, debiendo ser objeto de representación del dolo. Qué significa comprender el sentido de una prohibición (si no, error sobre el tipo)? Qué significa conocer y comprender la punibilidad de un comportamiento (si no, error de prohibición)?

Como ocurre con la *intencionalidad*, y con estructura semejante a la suya⁸⁸, el sentido o *significado* tampoco es un cuerpo extraño en teoría del delito: Lo que el Derecho quiere prevenir y cuya infracción el Derecho penal amenaza con pena ha de tener necesariamente un *sentido* que lo hace digno de su interés; sentido que es previo a su captación por el Derecho. Matar a otra persona es el significado de la acción que el Derecho penal capta como homicidio.

Sólo lo que el destinatario de la norma capta como “matar a otro” puede ser objeto de punición en la norma del homicidio.

El sentido, por lo demás, no es algo añadido a la captación de lo contenido en el tipo, sino algo inherente a la misma. Quien capta lo descrito en el tipo, ha captado su sentido. Quien no capta el sentido de lo que hace no ha captado ni realizado lo descrito en el tipo.

La explicación de este fenómeno del Derecho penal tan relevante para el dolo reside en el hecho de la socialización. Nadie nace con un sistema de percepciones y valoraciones propio conformado al margen de la sociedad. Se trata de un aprendizaje realizado de principio a fin en sociedad, de manera que, amoldado al sistema dominante en la sociedad o como reacción hacia él, la captación del sentido de los hechos sociales y su valoración está mediatizada por los demás. El filósofo Donald

⁸⁸ Vid. CUELLO CONTRERAS, «La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil. La función definidora del elemento subjetivo del delito en Derecho penal con especial referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, ejemplificada en la *insolvencia* y el *decomiso*», en: *Indret penal*, www.indret.com, 2/2019, 14 ss.

Davidson⁸⁹ lo formula muy gráficamente cuando afirma que el niño que mira la mesa captándola como mesa lo hace siempre en presencia de un adulto que contempla el mismo objeto. El niño no capta la mesa sin la transmisión de lo que es captar una mesa a través de la experiencia de sus mayores.

Se explica así también que no haya contradicción entre la afirmación de que el sujeto ha de haber comprendido el sentido de lo que hace y la irrelevancia de la discrepancia que pueda haber entre la valoración que de los hechos, *los mismos hechos*, pueda hacer el sujeto que actúa y la de la sociedad, a favor de la valoración de la sociedad: Que el individuo pueda tener un código propio más rígido que el de la sociedad al valorar esos hechos, o más laxo, es irrelevante, en favor de la valoración de la sociedad (siempre que como Puppe⁹⁰ dice, haya consenso social sobre la valoración). La razón estriba en que quien realiza valoraciones discrepantes con las sociales lo sabe, y él mismo se jacta de ello, porque a valorar aprendemos mediante el proceso de socialización iniciado desde la infancia; de manera que es imposible que alguien se haya formado un sistema de valoraciones sin contrastarlo con el de otros y los demás, incluido el predominante en la sociedad.

Pero los hechos de referencia del individuo y de la sociedad han de ser los mismos (su parte descriptiva)⁹¹. De ahí que se exija siempre que el sujeto haya captado exactamente los hechos sobre los que versa su discrepancia de valoración con la de la sociedad.

Por otra parte, el sentido de la acción punible requiere a veces que se sepa que ese comportamiento que se tiene el propósito de acometer es ya objeto de una valoración previa en otro orden normativo diferente al penal, donde resulta desaprobado respecto a ese otro fin al que sirve el orden normativo considerado. Cuando ocurre así, que el comportamiento desaprobado penalmente es ya objeto de desaprobación previa en orden normativo anterior, no se puede decir que se ha comprendido el significado de ese comportamiento, que lo hace relevante a efectos penales, si no se ha comprendido el significado de esa valoración previa que adorna y caracteriza al comportamiento. *Es lo que ocurre con los elementos y remisiones de carácter normativo*. Que, a su vez, hace, como han demostrado convincentemente los autores estudiados, que su relevancia como objeto valorado en ese orden previo *debe haber sido captada por el autor del comportamiento típico que la contiene para poder decir que ha actuado dolosamente*. De ahí que a la luz del dolo sea donde haya que comprobar si el autor ha actuado conforme a la valoración del comportamiento exigida por el tipo en cuestión, y no en caso contrario.

⁸⁹ «Las condiciones del pensamiento» (1988), en: *Mente, mundo y acción. Claves para una interpretación* (introducción y traducción de Carlos MOYA), 1992, 160

⁹⁰ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 381.

⁹¹ A nadie se le oculta, no obstante, la dificultad última de aislar absolutamente la parte descriptiva del hecho, de su valoración social.

Parece claro, pues, que más allá del conocimiento del sentido de los elementos descriptivos que contenga el tipo, p. ej., el homicidio, lo que arroja, a veces, a problemas de delimitación muy difíciles, como el del conocimiento nomológico sobre la causalidad, que puede dar lugar a que haya que distinguir entre tentativa y delito putativo, tentativa real e irreal, el conocimiento de los elementos normativos del tipo que los contenga requiere también la captación de ese elemento, de su sentido. De manera que como resto de distinción, si se quiere, entre elemento normativo y elemento descriptivo, puede quedar que mientras elementos descriptivos, como la causalidad, explican muy bien la existencia de las modalidades de imputación subjetiva del dolo y la imprudencia con sus diversas subcategorías, especialmente el dolo eventual, con los elementos normativos ocurre algo semejante a lo que ocurre con los delitos que requieren intencionalidad, como, p. ej., la estafa, que no admiten formas de comisión penalmente relevantes que no sea el dolo. Ahora, sólo se trata de explicar una vez más la existencia en el sistema penal de hechos delictivos donde el acento diferenciador reside en el conocimiento de lo que hace desaprobado al comportamiento. Sin conocimiento fehaciente (actual) de que la víctima es o puede ser menor de edad, la cosa es o puede ser ajena, la sentencia es o puede ser manifiestamente injusta, etc., no se realiza el tipo delictivo de violación, hurto o prevaricación. *La función que cumplen los elementos y las remisiones normativas en Derecho penal es la misma que cumple la exigencia de intencionalidad: acotar la responsabilidad penal sobre la base del tipo subjetivo, más allá del objetivo. Una prueba más de la relevancia indeclinable del tipo subjetivo.*

b. Casuística

a'. *¿Error de hecho y error de Derecho extrepenal/error de Derecho penal o error sobre el tipo/error de prohibición?*

Tras el debate suscitado por la obra de Kuhlen, sobre la vuelta al régimen del error de la época del RG, a pesar de la evolución de la teoría del delito y la misma intervención del legislador, debe estar más claro que la distinción genuina y eficaz en materia de error en Derecho penal, es la que distingue entre error sobre el tipo y error de prohibición, robustecida tras el debate. Pero para evitar la tentación de la recaída, deben estar más claras varias cosas acerca del error sobre los elementos normativos del tipo en torno a los que ha versado el debate del que nos ocupamos aquí.

El análisis realizado ha mostrado que, a la luz del régimen del error, el tratamiento del punto sobre el que había versado el error admitía separar artificial y formalmente su naturaleza de error de hecho o error de Derecho, según versara sobre el hecho o sobre su valoración, para asignarle efectos diversos (relevante el uno, irrelevante el otro). Establecido lo cual, sería automático y equitativo equipa-

rar el error de Derecho extrapenal al error de hecho, pues al fin y al cabo quien lo sufrió no puso en entredicho al poder punitivo del Estado (lo que sí hace quien ignora normas de Derecho penal = absolutamente esenciales para la convivencia).

En cambio, a la luz del dolo, a la luz de lo que el autor tiene que conocer y querer para cometer un delito, para llevar a cabo lo que más daña la convivencia, la cuestión cambia. A la luz del dolo, no se pueden separar hecho y valoración, con el ejemplo paradigmático de los elementos normativos, como cosa ajena, por la sencilla razón de que el dolo en los delitos que contiene el elemento normativo cosa ajena, requiere que el autor se haya representado una cosa con la propiedad de ser ajena. Quien desconoce que la cosa es ajena, no está actuado en el sentido de los delitos contra la propiedad. Y todo ello muestra que hecho, en sentido jurídico, es siempre un hecho valorado, que impide la distinción del RG entre error de hecho y error de Derecho.

Algo diferente ocurre con la distinción error de Derecho extrapenal/error de Derecho penal. Aquí, sí se puede distinguir. Pero no al modo tradicional, sino al modo requerido por la introducción de la distinción entre error sobre el tipo y error de prohibición, en la que los llamados errores en la antesala de Derecho penal⁹², incluido el mismo Derecho penal (encubrimiento), incluyen hechos valorados, con los elementos normativos a la cabeza, que sobre la base de requerir la completa captación de su sentido por el dolo del autor, en cuya ausencia no actúa ni típicamente, puede contraponerse, en el sentido previsto por las regulaciones legales del StGB y el CP⁹³, al conocimiento o desconocimiento evitable de que lo realizado es antijurídico y por eso está prohibido (y amenazado con pena).

El conocimiento de todo lo que tiene que conocerse antes de comenzar a actuar típicamente (incluidos los elementos independientes y el conocimiento nomológico), conocimiento ontológico⁹⁴, separable del conocimiento nomológico aplicado al realizar la acción típica (no en balde cuestionado recientemente en la doctrina para añadir confusión a esta compleja materia de la causalidad, la autoría [inidoneidad del autor], etc.)⁹⁵, inclusión hecha de su sentido, es contenido del dolo, a cuya luz se resuelve el problema del error como se disuelve en abril la nieve del invierno.

Sin que pueda sustituirse en ningún caso ese conocimiento por una especie de valoración paralela o de otro en lugar del autor, o pueda derivarlo el autor de elementales principios de protección de los bienes jurídicos (vid. infra b'). *Los elementos normativos ha de conocerlos el autor. De ahí la amplia restricción del dolo que experimentan los delitos que los contienen.*

⁹² No necesariamente en el sentido de la teoría del mismo nombre, elaborada para distinguir entre tentativa inidónea y delito putativo.

⁹³ Vid. las amplias exposiciones de KUHLEN, *Irrtum*, 121 ss., FRISCH, *Justificación y exculpación*, 158 ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 139 ss., 233 ss., FAKHOURI GÓMEZ, *InDret*, www.indret.com, 3/2011. 1 ss., 4, 16 ss.

⁹⁴ CUELLO CONTRERAS, *LH-Rodríguez Ramos*, 79

⁹⁵ CUELLO CONTRERAS, *LH-Rodríguez Ramos*, 75 s., 82 ss.

b'. *Dolo y valoración (¿valoración paralela?)*

La componente intelectual del dolo puede ser definida (redefinida) como captación del sentido genuino del comportamiento descrito en el tipo a través de todos y cada uno de los elementos utilizados por el legislador para su caracterización como hecho punible. Sin el conocimiento ontológico (= presupuestos fácticos y valorativos concurrentes y percibidos por el autor en el momento de actuar) y el conocimiento nomológico que necesitamos para manejarnos por la vida para transformarla o mantenerla también en el sentido que espera de nosotros el ordenamiento jurídico, no se puede explicar nuestro comportamiento a ningún efecto, tampoco al que quiere prevenir el Derecho penal.

Puesto que de la captación del sentido de un tipo penal que no contiene remisiones normativas especiales, como el homicidio del art. 138 CP, y del ingente caudal de conocimiento nomológico previo que exige poder decir que alguien ha matado en sentido jurídico penal, ya me he ocupado en otro lugar⁹⁶, y no es objeto de especial atención en este ensayo, centraremos nuestra consideración en lo que exige el dolo respecto a aquellos elementos que de una manera u otra contienen remisiones a órdenes normativos de una u otra naturaleza, que el dolo habrá de representarse para poder decir que se da completo. Dicho de otra manera: cuándo puede darse por constatado que el autor del delito captó el hecho que se le imputa como hecho desaprobado por orden normativo previo al penal.

Pues bien, lo que evidencian los estudios antes analizados de Herzberg⁹⁷, Puppe⁹⁸ y Frisch⁹⁹, es que sin la representación exacta de lo que el hecho para ser punible requiere, de desaprobación en el orden normativo de remisión, el elemento que lo contiene no puede darse por realizado dolosamente, decayendo por tanto la calificación del hecho como delictivo.

Dolo directo, de primero y segundo grado, dolo eventual, etc., son magnitudes graduales de injusto¹⁰⁰ que además de dar contenido al indeclinable elemento subjetivo inherente a toda imputación penal, también la imprudente, permiten que el legislador las utilice para acotar la imputación en aquellos casos que lo estime oportuno, reduciendo la responsabilidad penal a casos de presencia especial del elemento subjetivo, reservando los demás casos, p, ej., al Derecho civil, como ocurre dentro del Derecho penal patrimonial con la estafa, requerida de dolo directo de primer grado o intencionalidad.

Otras veces, por la propia naturaleza del objeto de protección o, simplemente, el sentido de la protección penal de que venimos hablando, el tipo penal circunscribe

⁹⁶ CUELLO CONTRERAS, *LH-Rodríguez Ramos*, 75 ss.

⁹⁷ HERZBERG, *GA*, 1993, 446 s.

⁹⁸ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 364 s.

⁹⁹ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 206 s.

¹⁰⁰ CUELLO CONTRERAS, «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 2 (2009), 37 ss.

la imputación a los casos de conocimiento seguro de la concurrencia del elemento independiente de la acción típica o conocimiento fehaciente (actual) de que el elemento puede concurrir. La edad de la víctima en los delitos sexuales, p. ej., es capital para diferenciar entre el libre ejercicio de la libertad sexual y el comportamiento delictivo a pesar del consentimiento de la víctima, por su inmadurez. Lo que aconseja circunscribir la punición a conocimiento seguro de la minoría de edad de la víctima, o a la representación actual de que puede ser menor sin posibilidad de descartarlo de buena fe. No bastando para estimar el dolo que, por la juventud, que no minoría de edad de la víctima, cupiera la remota posibilidad de que la víctima, pese a su madurez, pudiera ser todavía menor de edad, es decir, los casos mas alejados de lo que sí quiere proteger la norma penal¹⁰¹. Etc.

Pues bien, de la necesidad de rigor exigido por los autores estudiados a la hora de dar por presente en la representación del autor del delito la valoración inherente al elemento normativo de los delitos que lo contienen, cabe colegir que de la misma manera que se exige conocimiento seguro del elemento normativo en delitos como el del art. 257 (frustración de la ejecución)¹⁰², todos los tipos que contienen elementos y remisiones normativas requerirán el conocimiento fehaciente de los mismos. Pues sin conocimiento de la valoración de remisión del elemento normativo, no puede decirse que el sujeto haya actuado en el sentido de la norma penal que lo contiene. *Sin representación dolosa de la valoración previa que la norma penal quiere reforzar, no tiene sentido la norma penal que la contiene.*

Los elementos normativos no pueden realizarse por imprudencia. Es cierto que existen modalidades imprudentes de delitos que contiene remisiones normativas, como, p. ej., la insolvencia punible. Pero, como luego veremos (IV.), la relación entre la modalidad dolosa de estos delitos y la imprudente no responde al esquema de los delitos de resultado, donde el salto del dolo a la imprudencia es gradual. Aquí, la imprudencia requiere una estructura específica como consecuencia de las características de los elementos normativos.

Se ilumina así otro de los grandes mitos que la doctrina venía utilizando para manejarse ante las ingentes dificultades interpretativas que siempre presentan las

¹⁰¹ Vid. al respecto, FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grudfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, 383 s., para quien el autor que sostuvo relaciones sexuales con persona que podía ser menor de edad, actuó con dolo (abuso de menores) salvo que de buena fe hubiera descartado a posibilidad de tal cosa. Especulaciones sobre la marcha en el momento de los hechos para suggestionarse de que aquella no es menor, no bastan (criterio elaborado por FRISCH sobre resoluciones emblemáticas de la jurisprudencia alemana y que utiliza para reforzar su tesis sobre el dolo como representación del peligro de lesión del bien jurídico o de concurrencia del elemento independiente del comportamiento típico, que hacen innecesaria la figura del dolo eventual). Vid. también Armin KAUFMANN, «El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría del la culpabilidad sobre los límites del dolo» (trad. Rodrigo Fabio SUAREZ MONTES). *ADP*, 1969, 185 ss., 200, para quien no sólo la creencia fehaciente de que la víctima es mayor de edad excluye el dolo (VON WEBER); también la duda, resuelta como hemos visto antes en FRISCH, puede excluirlo (el dolo eventual).

¹⁰² Vid. CUELLO CONTRERAS, *InDret penal*, www.indret.com, 2/2019, 27.

remisiones normativas en Derecho penal, de la fórmula heurística de la “valoración paralela en la esfera de lo profano”¹⁰³. Frente a la que los autores estudiados en este ensayo contraponen contundentemente la idea del conocimiento exacto requerido para poder hablar de dolo. Sin temor, además, de que con ello sea imposible constatar el dolo en los delitos que las contienen, como ha mostrado convincentemente Puppe¹⁰⁴ con los ejemplos paradigmáticos de las falsedades y la ajenidad.

Más allá de la utilidad del topos “valoración paralela en la esfera del profano” ante elementos del tipo de difícil intelección para el ciudadano, e incluso el juez, que puede dificultar su aplicación, el simple hecho de que, directamente, sin apelar a las regulaciones jurídicas, el ciudadano podría deducirlas muchas veces de la propia necesidad de proteger bienes jurídicos esenciales, cometido del Derecho penal, debería alertar de que así no se debe suplir la exigencia de que en el Estado de Derecho las normas no deben deducirse de la razón (aunque esta ayude a comprender las regulaciones), sino conocidas y comprendidas como parte del ordenamiento jurídico objetivo. La culpabilidad, que sí podría deducirse intelectualmente aunque no hubiese normas de Derecho positivo (las hay, aunque muy genéricas)¹⁰⁵, exige que su objeto de referencia sean las normas jurídicas de Derecho positivo y objetivo, no las derivadas de la valoración del profano. Por eso, el topos, lo ha reducido muy bien Puppe, a los elementos que contienen un puro juicio de valor (“cruel”) y aún así, ajustado al dominante en la sociedad.

c'. *Tentativa inidónea y delito putativo*

Respecto a la idea sustentada por Puppe, según la cual las consecuencias derivadas de elementos jurídico-institucionales como cosa ajena, embargada o sometida al Derecho de caza, segregables de los presupuestos de los que el Derecho las hace depender, dan lugar a tentativa inidónea (no delito putativo) cuando el autor las ha considerado ajena, embargada o sometida a Derecho de caza sin serlo, porque el concepto de ajenidad a los efectos de la tentativa en los delitos contra la propiedad y el patrimonio es distinto al del Derecho civil y el mismo Derecho penal, bastando a aquellos efectos que el autor crea que la cosa no le pertenece —a la que se opondría Burkhardt, para quien ampliaría el ámbito del Derecho penal admitirla (la tentativa) allí donde se ha creído transmitida por una forma de adquisición de la propiedad no reconocida por el Derecho civil—, muestra una vez más que nunca se llegará a distinguir nítidamente entre tentativa inidónea y delito putativo, porque jamás se podrá establecer, de una vez por todas, la frontera entre objeto valorado y valoración del objeto inherente a todo proceso de interpretación, que evidencia su

¹⁰³ Una excelente exposición sobre el origen y la génesis de este topos puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los lementos normativos*, 270 ss., 351 ss.

¹⁰⁴ PUPPE, *CPCr* (47) 1992, 356, 365.

¹⁰⁵ Vid. Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, ed. Gerhard DORNSEIFER y otros, 1992, 84.

complejidad a la hora de distinguir entre tentativa idónea y delito putativo en Derecho penal¹⁰⁶.

Cuando Puppe¹⁰⁷ sostiene que Burkhardt identifica al delito putativo con la *extensio* del tipo, siendo así que, en realidad, se corresponde con la *intensio* —el hecho de que el autor crea que una cosa es ajena sin serlo lo que está es ampliando la *extensio* del delito contra la propiedad, no su *intensio*, igual que amplía la *extensio* de un homicidio quien dispara sobre un espantapájaros creyéndole una persona, y en ambos casos hay tentativa inidónea—, está evidenciando que *intensio* y *extensio* dependen de qué grado de *concreción* se asigne a la norma.

Efectivamente, no hace falta saber cómo adquirió la propiedad sobre la cosa la persona desconocida a quien el autor se la roba, bastando que el ladrón sepa que no es suya, por lo tanto ajena, aunque después se supiera que la cosa pertenecía al ladrón, desconociéndolo éste en el momento del robo: tentativa inidónea, pero sí es dudoso que cometa tentativa (inidónea) quien cree que la cosa vendida pertenece al comprador ya antes de la transmisión de la propiedad, que sucederá cuando el comprador pague el último plazo, por lo que cree cometer una apropiación indebida si entretanto la vende a un tercero, pues conocía algo incompatible con la posibilidad de que la cosa sea ajena pese a que por un error de Derecho no deduzca alguna consecuencia de su conocimiento, que es el prototipo de delito putativo.

La norma del primer caso es muy genérica: ¡No te apoderes de cosas que no te pertenecen! La del segundo, más concreta y compleja: ¡No te apoderes de cosas que eran tuyas, pero ya han dejado de serlo!

d'. Hecho antijurídico de otro como elemento del tipo

Respecto al elemento normativo *hecho antijurídico de otro*, como ocurre con los §§ 258, y 26, 27, encubrimiento y participación, respectivamente, que Herzberg¹⁰⁸

¹⁰⁶ La distinción es tan difícil y oscura, a pesar de la larga historia de los intentos de establecerla, que ROXIN («Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt», *JZ*, 1996, 981 ss., 986) se ve obligado a mediar entre los criterios de BURKHARDT y HERZBERG (que sustenta la misma opinión que PUPPE), distinguiendo entre remisiones a normas extrapenales cuando la penal contiene un conjunto de conceptos (“Sammelbegriff”), p. ej., los delitos susceptibles de encubrimiento o las obligaciones tributarias que pueden dar lugar a delito fiscal, o cuando remite a un único concepto que se puede cumplir de distintas formas, como la propiedad o el patrimonio, en la apropiación indebida y la estafa. Mientras que el error en el primer caso da lugar a delito putativo (el autor creyó que un comportamiento encubierto era delito, cuando en realidad era sólo contravención administrativa), como quiere BURKHARDT, el segundo da lugar a tentativa inidónea (el autor que cree engañar al notario declarando un valor menor del documento a escriturar, siendo así que los notarios cobran por arancel, no sufre un error sobre el concepto de daño patrimonial), como quieren HERZBERG y PUPPE. Con lo que el problema, no resuelto, se traslada, a la dificultad de distinguir entre conceptos y formas de cumplir el concepto. A pesar de la ingeniosa formulación de HEINDINGSFELDER, *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum*, 1991, 162, nota 13 («De la misma manera que....el dolo referido al efecto estupefaciente de la cerveza con alcohol no depende de la técnica de su elaboración, tampoco pueden excluir el dolo referido al elemento del tipo “ajeno” la representación errónea acerca de las reglas jurídicas sobre transmisión de la propiedad. El único objeto necesario del dolo es la representación del autor de no ser el único propietario del objeto»), que cita ROXIN.

¹⁰⁷ PUPPE, *CPCr* (47), 1992, 384, nota 63.

¹⁰⁸ HERZBERG, *GA*, 1993, 453 s. Vid. supra nota 51.

interpreta en clave de necesidad de conocimiento por parte del encubridor y el partícipe respectivamente de que, además de los restantes elementos del tipo de delito en que se participa o encubre, conozca que el hecho es antijurídico y típico en el StGB (a través del § 11), en contra de lo que sustenta la doctrina mayoritaria, concretamente respecto a la participación, para la que basta con que el partícipe actúe dolosamente respecto al hecho principal en el que participa y respecto al mismo hecho en que consiste la participación, no requiriéndose que ni el autor ni el partícipe conozcan en el momento de actuar que el hecho principal y el de participación en él son antijurídicos y punibles; respecto a esta opinión de Herzberg, como decimos, todo parece indicar que estamos más ante una cuestión semántica, que de fondo.

La cuestión planteada es más semántica, que de fondo, porque la mayor parte de los delitos tipificados en el StGB (y en el CP) no contienen elementos ni remisiones normativas, por lo que conductas como las de participación y encubrimiento, sólo susceptibles de comisión a título de *dolo directo*, por la propia estructura de estos actos delictivos (de medio para), sólo exigen el conocimiento de la tipicidad y el sentido del hecho delictivo en el que se participa o que se encubre y de los mismos actos de participación o encubrimiento, *corroborándose que el problema de los elementos normativos como mejor se ilumina es a la luz del dolo*.

Obsérvese, por lo demás, que los únicos casos en los que el partícipe o el encubridor pueden sufrir un error sobre el carácter delictivo del hecho en el que se participa o al que se encubre serán aquellos constituidos por un ilícito, casi siempre administrativo (con el ejemplo paradigmático de los delitos de tráfico a los efectos del encubrimiento) elevado a delito de manera un tanto aleatoria basada en estrategias puntuales de política criminal¹⁰⁹. No hay una problemática específica del dolo del partícipe y el encubridor que vaya más allá de la del dolo del autor del delito principal en el que se participa o encubre.

Con lo que se corrobora que a medida que es más grave la conducta principal en la que se participa o que se encubre, más fácil es conformarse con la captación del sentido de la prohibición (del hecho en el que se participa o que se encubre) para dar por conocida su antijuridicidad delictiva, sin necesidad de exigir conocimiento expreso de que el hecho es delictivo para estimar el dolo.

A la postre, de lo que se trata es, como sostiene Frisch¹¹⁰, de qué nivel de concreción de la norma se exige conocer para estimar su vulneración dolosa: La exi-

¹⁰⁹ Algo parecido puede decirse del conocimiento de la vigencia de la norma en blanco que sustenta PUPPE, *CPCr* (47), 1992, 375: sólo las que remiten a regulaciones muy cambiantes y de ida y vuelta entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, p. ej., plantearán el problema de su desconocimiento. Al mismo sentido parece responder la tesis restrictiva de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error sobre los elementos normativos*, 430, sobre los casos que requieren que el dolo haya abarcado la existencia de la norma de remisión.

¹¹⁰ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 210.

gencia de concreción es graduable; máxima en las remisiones normativas, prácticamente inexistente por innecesaria en el homicidio.

e'. *Elementos normativos y leyes penales en blanco*

Aciertan Herzberg¹¹¹, Puppe¹¹² y Frisch¹¹³ al poner énfasis en la cuestión desdeñada hasta entonces por la doctrina dominante sobre la necesidad de que el dolo del autor, en los delitos con remisiones normativas, haya abarcado con exactitud los presupuestos fácticos de los hechos contemplados por la norma de remisión (inicialmente a otros efectos) y el sentido de aquella regulación de referencia: p. ej., que la veda y el período de la misma taxativamente establecido son necesarios (están tabuizados en el ordenamiento jurídico y por eso penada su infracción) para preservar las especies protegidas de animales. Conocidos esos elementos de la ley de remisión, se cumple lo exigido para el dolo, y pasan a un segundo plano detalles más concretos de la regulación. El cazador que desconocía que ese año el periodo de veda de la especie cobrada se ha ampliado, no ha actuado con dolo porque se representó y creyó cumplir con la norma dada para proteger a esa especie.

Cuestión distinta es que para personas que se dedican habitualmente a una actividad necesitada de reglamentación, como la caza, se establezcan tipos específicos de responsabilidad a título de imprudencia por descuidar especiales deberes de información por quienes las practican, como vemos seguidamente.

e'. *¿"Ignorancia inexcusable" como modalidad específica de imprudencia en los delitos con elementos y remisiones de carácter normativo?*

Como oportunamente trae Puppe¹¹⁴ a colación, si bien ya no puede presumirse que todo el mundo conoce el Derecho, como ocurría antaño, debido a la complejidad de la vida, el hecho de que el medio ambiente, la economía y el fisco sean terrenos en que abundan las leyes y remisiones en blanco del Derecho penal, unido al hecho de que quienes se empeñan en ellos son personas preparadas profesionalmente, justifica que, si bien no pueda presumirse el conocimiento de esa abigarrada normativas con trascendencia penal, a pesar de verse afectados bienes jurídicos esenciales para la convivencia, sí sea conveniente, como apuntó Tiedemann¹¹⁵, incluir además de los emblemáticos tipos dolosos, característicos de estos sectores, tipos imprudentes en los que se tipifique el comportamiento consistente en no haber adquirido el conocimiento de normas sobre cuya infracción (dolosa) pivota la

¹¹¹ HERZBERG, GA, 1993, 457 s.

¹¹² PUPPE, CPCr (47), 1992, 366 s.

¹¹³ FRISCH, *Justificación y exculpación*, 213.

¹¹⁴ PUPPE, CPCr (47), 1992, 376.

¹¹⁵ Klaus TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, 330 ss.

protección proporcionada por este sector del Derecho penal (Derecho penal secundario).

Si se observa bien, estamos ante lo que podría ser la forma característica de la imprudencia para delitos con elementos y remisiones normativas que protejan bienes jurídicos en los que no sea suficiente la modalidad dolosa ni la remisión a otras ramas del Derecho. La estructura de esta forma de imprudencia sería la de quien ignoró las normas que condicionan su actuar en un ámbito determinado, pudiendo y debiendo haberse proporcionado la debida información¹¹⁶.

Ejemplo palmario y digno de estudio con el objetivo de este ensayo, además de esclarecedor, es el nuevo régimen penal de la insolvencia punible no existente antes, que incluye a partir de 2015 una modalidad de *insolvencia punible imprudente* (art. 259. 3 CP), a la que aludiremos después, para terminar.

Puede decirse, pues, que esa estructura es la misma que la existente desde hace mucho tiempo en el Derecho español para un delito no por casualidad caracterizado por la remisión normativa más amplia y compleja que cabe pensar, como la prevaricación judicial (art. 446 s. CP), y conocida como *ignorancia inexcusable*.

Para una primera caracterización de esta modalidad delictiva, puede bastar con mencionar su parecido con la tradicional imprudencia de Derecho, luego sustituida por el error vencible de la teoría de la culpabilidad, como ya desarrollé en La Ley¹¹⁷, al hilo de la prevaricación judicial. Se trataría de un error de prohibición evitable anticipado a la tipicidad, sirviendo los criterios de su determinación (fundamentalmente la exigencia, como poco, de una mínima duda sobre la existencia de normas reguladoras de la actividad que se acomete, que el sujeto desconoce), acorde pues con la naturaleza del error característico de toda imprudencia en el ámbito del Derecho, de las regulaciones jurídicas y diferenciado de la tradicional imprudencia de hecho de los delitos de resultado, respecto a la que es inherente una graduación de los peligros que se hacen correr al bien jurídico y facilita entender el dolo y la imprudencia como magnitudes graduales de injusto¹¹⁸. Lo que no es posible en delitos que circunscriben el dolo al conocimiento fehaciente.

IV. Insolvencia punible imprudente

La reforma del CP de 2015, que introdujo la regulación actual de la insolvencia punible (adaptándola a la promulgación de la Ley Concursal, de 2012), ampliamente inspirada en el régimen previsto para materia tan sensible en el StGB alemán, ha

¹¹⁶ No en vano, Karl ENGISCH, en su gran monografía sobre la imprudencia (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, reimprisión 1964, 283 ss.), colocó entre los supuestos más frecuentes de imprudencia, junto a la realización de acción peligrosa y actuación en situación de peligro, la actuación en situación en la que es necesario cumplir un deber de información previa.

¹¹⁷ CUELLO CONTRERAS, «Jurisprudencia y prevaricación», *LL*, 13804/2001, 1/25.

¹¹⁸ Vid. CUELLO CONTRERAS, *RDPCr*, 3ª época, 2, 2009, 37 ss.

incluido por primera vez entre nosotros la modalidad imprudente de comisión del delito como delito autónomo¹¹⁹. La fórmula empleada para ello por nuestro legislador es la cláusula general del art. 259. 3, mucho más lacónica que su equivalente del StGB. Por eso, vamos a utilizar las reglas específicas de la insolvencia punible imprudente del StGB para ayudar a comprender las formas y estructura que puede presentar la insolvencia punible imprudente en España, dado el laconismo de la regulación del CP. El hecho de que la regulación española de la insolvencia punible dolosa está directa y claramente inspirada en la regulación alemana, como hemos dicho, facilita esta labor.

Puesto que el StGB contempla en su § 283. 1, una serie de acciones y omisiones que pueden determinar la insolvencia o hacerla inminente, igual que en el art. 259. 1 CP español, podemos partir de la premisa de que la modalidad dolosa de insolvencia punible tanto en el Derecho alemán como español, requerirá que el deudor realice *dolosamente* la acción que el ordenamiento jurídico asocia con el peligro de que sobrevenga inmediatamente su insolvencia o la amplíe. Y, al mismo tiempo, la representación y aceptación de que la insolvencia efectivamente sobrevenga [aunque no forme parte del tipo a abarcar por el dolo salvo en las modalidades del art. 259. 2 CP, § 283 (2) StGB]¹²⁰.

Con independencia de la modalidad de dolo que requiere cada una de las acciones tipificadas como insolvencia dolosa (algunas difícilmente concebibles sin dolo directo y ninguna de ellas pensable sin representación y aceptación de que, de su realización, puede sobrevenir la insolvencia), parece claro que la introducción por primera vez en el CP de una insolvencia punible imprudente tiene por finalidad la de *capturar* una responsabilidad penal residual en aquellos casos en los que no se ha logrado probar la existencia de una insolvencia punible dolosa, pese a la gravedad del comportamiento del deudor.¹²¹

La finalidad del Legislador español es la misma del alemán. Con la diferencia de que mientras el Legislador español se ha conformado con la fórmula lacónica del art. 259. 3, el alemán utiliza otra muy pormenorizada que reduce la responsabilidad por insolvencia punible imprudente a unos límites más tolerables, que además pueden ayudar a comprender mejor la estructura de la imprudencia en delitos como éste (repleto de elementos normativos).

Así, el § 283. 4 (1) StGB construye una insolvencia punible imprudente con el equivalente alemán a la conducta de nuestro art. 259. 1. 1ª CP (ocultar elementos patrimoniales incluibles en la masa concursal) con desconocimiento imprudente de

¹¹⁹ El CP de 1995 sólo contenía la modalidad dolosa de insolvencia, regulada además independientemente de la Legislación mercantil. Históricamente, sí se punía en España la modalidad imprudente (quiebra culpable) del Código de Comercio.

¹²⁰ Vid. respecto al Derecho penal alemán: Klaus TIEDEMANN, en: *StGB Leipziger Kommentar*, 10ª ed. (ed. Hans-Heinrich JESCHECK y otros), 1985, comentario al § 283, nm. 1, 3.

¹²¹ Vid. para el Derecho alemán: TIEDEMANN, *LK*, 10ª ed., § 283, nm. 198.

la insolvencia sobrevenida o inminente¹²². Esta modalidad de insolvencia punible imprudente, pues, se construye sobre la acción dolosa característica de la insolvencia punible dolosa y la *ausencia de conocimiento* de la insolvencia que se crea o se puede crear, estribando en ese *desconocimiento evitable* la diferencia entre las modalidades dolosa y la imprudente de insolvencia punible.

El mismo § 283. 5 (1) StGB, construye una segunda modalidad de insolvencia punible imprudente con conductas como la de nuestro art. 259. 1. 5ª (realizar negocio especulativo), 6ª (no llevanza de contabilidad o alteración irregular de la misma), si se realizaron *imprudentemente* pero el *desconocimiento de la posible insolvencia* se produjo al menos por imprudencia, es decir, que también pudo producirse con imprudencia grave e incluso dolo eventual¹²³.

Lo que el StGB (§ 283. 4 (1)) hace es, pues, poner en relación la acción tipificada como peligrosa para el estado ideal del comerciante (que es el de solvencia para afrontar sus posibles deudas) con la situación sobrevenida de insolvencia al menos inminente, de necesaria concurrencia para que el tipo se dé completo, sin que sea necesario que la insolvencia haya sido causada por la acción tipificada por peligrosa (salvo en el supuesto del § 283. 2) (*la insolvencia como delito de peligro abstracto*), y conformarse con la realización dolosa de la acción tipificada como manifestación de la mala praxis comercial si, a pesar de la inconsciencia sobre su solvencia en el momento de llevarla a cabo, estaba en condiciones de conocerla.

De la misma manera que, a la inversa, también el StGB (§ 283. 5) construye una nueva modalidad de insolvencia punible imprudente tomando como referencia el conocimiento de que la insolvencia ha podido sobrevenir ya o podrá hacerlo de forma inminente unido a la realización imprudente de la acción tipificada como peligrosa (del tipo realización de negocio especulativo) para la solvencia del comerciante.

Lo que hace el StGB, pues, es completar la peculiar estructura del delito de insolvencia punible, en cuya modalidad dolosa el comerciante ha de saber fehacientemente que realiza las conductas más impropias de un buen comerciante de cara a la satisfacción de sus deudas (que pueden desencadenar o desencadenarán su insolvencia)¹²⁴, para construir una insolvencia punible imprudente que *no se parece en nada* a la tradicional imprudencia de los delitos de simple resultado, del tipo del homicidio; y basada, más bien, en lo que el comerciante ignora habiendo debido conocer en virtud de lo que sí conoce o él sabe que debió conocer.

Se explica así que la realización dolosa de alguna de las acciones del § 283 (1) StGB sin preocuparse para nada de cómo puede afectar a su solvencia, y causa la

¹²² Vid. TIEDEMANN, *LK*, 10ª ed., § 283, nm. 198 ss.

¹²³ Vid. TIEDEMANN, *LK*, 10ª ed., § 283, nm. 207 ss., con alusiones a la doctrina que cuestiona la posibilidad de esta modalidad de insolvencia imprudente.

¹²⁴ Vid. al respecto, TIEDEMANN, *LK*, 10ª ed., § 283, nm. 1 y 2, vor § 283, nm. 83 ss.

insolvencia que antes ni existía ni era inminente, constituye un claro supuesto de conducta muy impropia de un buen comerciante, infracción de un deber esencial del comerciante con consecuencias civiles grave en la Ley Concursal, y que sería ubicable en el propio orden penal de no estar contemplada expresamente como específica acción punible [§ 283 (2) StGB, art. 259. 2 CP]. Por eso, podemos hablar aquí de *ignorancia inexcusable* como modalidad específica de imprudencia.

Como se explica, mejor aún, que el comerciante que sabe que sobre él se cierne una situación de insolvencia, lo que extrapolando conceptos del tipo subjetivo en los delitos simples de resultado del tipo homicidio abarcaría desde la imprudencia consciente hasta el dolo eventual (de ahí la redacción del StGB), y no es consciente de que lo que está realizando constituye el negocio especulativo que la ley penal quiere combatir amenazando con pena cuando fue dolosamente realizado, está actuando con ignorancia inexcusable, constitutiva de la tradicional imprudencia de Derecho, que, *circunscrito a ámbitos muy concretos*, del tipo profesiones que requieren empeñarse en conocer, el legislador puede hacer uso.

De cuanto antecede cabe extraer dos consecuencias importantes.

La primera, que también la insolvencia punible es un delito eminentemente doloso, como estamos empeñados en exigir de todos los delitos patrimoniales y socioeconómicos, para evitar un desarrollo mastodóntico de sector tan importante y que pueda salpicar al comerciante probo¹²⁵.

La segunda, que esta modalidad de imputación penal, a la que podemos denominar como imprudencia de Derecho o ignorancia inexcusable, no vulnera el principio de culpabilidad.

V. Resumen de conclusiones

1. Los tipos penales que remiten a hechos regulados en normas no penales requieren que el dolo del autor se haya representado y haya captado el sentido del hecho a la luz de la norma de referencia.

2. El problema de los elementos y remisiones de carácter normativo es que, a veces, resulta difícil determinar cuál fue el sentido que el Legislador penal quiso asignarle a la norma de referencia. Pero una vez concretado éste por el intérprete (juez), será fácil determinar qué ha debido representarse el autor para poder afirmar que actuó con dolo.

3. La distinción entre tentativa inidónea y delito putativo en delitos con elementos normativos dependerá del grado de concreción del sentido asignado a la norma de remisión. Mientras más concreto sea el sentido de la norma, mayor grado de conocimiento será necesario para dar por constatado el dolo.

¹²⁵ Vid. CUELLO CONTRERAS, *InDret penal*, www.indret.com, 2/2019, 6.

4. En las leyes penales en blanco es preciso que el autor haya conocido la concreta exigencia de la ley de remisión no penal, no bastando con una vaga valoración profana de que se está haciendo algo antijurídico.

5. Los delitos que contienen elementos y remisiones normativas sólo son susceptibles de comisión dolosa.

6. Cuando la protección del bien jurídico no puede conformarse con la modalidad dolosa y la brindada por otras ramas del Derecho en estos delitos, es necesario que el Legislador cree una modalidad de imprudencia distinta a la común de los simples delitos de resultado, basada en la ignorancia inexcusable de la norma de remisión.

Bibliografía

- Biorn BURKHARDT, «Rechtsirrtum und Wahndelikt —Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG v. 15. 10. 1980», *JZ* 1981, 715, *JZ*1981, 681 ss.
- Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., 2002
- Joaquín CUELLO CONTRERAS, «Jurisprudencia y prevaricación», *La Ley*, 13804/2001, 1/25
- Joaquín CUELLO CONTRERAS, «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 2 (2009), 37 ss.
- Joaquín CUELLO CONTRERAS, «Sobre la posibilidad y necesidad de distinguir entre conocimiento ontológico y conocimiento normológico», en: *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA y otros (coords.), 2013, 75 ss.
- Joaquín CUELLO CONTRERAS, «La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil. La función definidora del elemento subjetivo del delito en Derecho penal con especial referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, ejemplificada en la *insolvencia* y el *decomiso*», en: *InDret penal*, www.indret.com, 2/2019
- Donald DAVIDSON, *Mente, mundo y acción. Claves para una interpretación* (introducción y traducción de Carlos MOYA), 1992
- Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, 2008
- Karl ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, reimpresión 1964
- Yamila FAKHOURI GÓMEZ, «Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad. Reflexiones al hilo del libro de Lothar Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nicht vorsatzausschliessendem Irrtum*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1987», *InDret*, www.indret.com, 3/2011
- Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983
- Wolfgang FRISCH, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán», (trad. Gustavo BRUZZONE y Enrique PEÑARANDA), en *Justi-*

- ficación y exculpación en Derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal)* ed. Albin ESER, Enrique GIMBERTNAT y Walter PERRON, 1995, 157 ss.
- Rolf D. HERZBERG, «Tatbestands- oder Verbotsirrtum?», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, 439 ss.
- Rolf D. HERZBERG, «Zur Eingrenzung des vorsatzausschliessenden Irrtums (§ 16 StGB). Eine kritische Würdigung neuer Versuche im Schrifttum», *Juristenzeitung* (48), 1993, 1017 ss.
- Günther JAKOBS, *Derecho Pena, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS/José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1995
- Armin KAUFMANN, «El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo» (trad. Rodrigo Fabio SUAREZ MONTES). *ADP*, 1969, 185 ss.
- Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, ed. Gerhard DORNSEIFER y otros, 1992
- Urs KINDHÄUSER, «Zur Unterscheidung vom Tat- und Rechtsirrtum», *GA*, 1990, 407 ss.
- Lothar KUHLEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*, 1987
- Ingeborg PUPPE, «Error de hecho, error de derecho, error de subsunción» (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), *Cuadernos de Política criminal* (47), 1992, 349 ss.
- Claus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y otros), 1997
- Claus ROXIN, «Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt», *JZ*, 1996, 981 ss.
- Klaus TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969
- Klaus TIEDEMANN, en: *StGB Leipziger Komentar*, 10ª ed. (ed. Hans-Heinrich JESCHECK y otros), 1985, comentario al § 283.