

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 nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987, 597 págs.

Yamila Fakhouri Gómez

Universitat Pompeu Fabra

1. Presentación de la problemática

La regulación del error, tanto en España como en Alemania recoge la delimitación entre lo que se ha dado en llamar *error de tipo*, relativo al desconocimiento, total o parcial, de los elementos que conforman el tipo de injusto, y *error de prohibición*, relativo al carácter antijurídico de la conducta (art. 14 CP y §§ 16, 17 StGB). La regulación legal no dice, sin embargo, nada en relación con *cómo* ha de distinguirse entre ambos contenidos de conciencia y *si* tal delimitación es posible y/o se encuentra justificada.

En su escrito de habilitación, publicado en 1987, que lleva por título “*Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*”, Lothar KUHLEN pretende dar respuesta a la primera de las cuestiones planteadas y, para ello, se propone demostrar que la antigua distinción entre error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal empleada por el RG tiene un “núcleo racional” (p. 359) que resultaría idóneo para determinación del objeto del dolo y, con ello de los errores que tienen el efecto de excluirlo frente a aquellos que lo dejarían intacto. La monografía se enmarca en una clara tendencia constatable en la Alemania de los años 80 en esta línea¹ si bien, con base en la regulación actual, y a diferencia de lo que ocurría en tiempos del RG se encontraría, no obstante, fuera de duda, que tanto el error inevitable como el error de prohibición (incluso el evitable) adquieren relevancia en la determinación de la responsabilidad penal del sujeto.

2. Antecedentes: la doctrina del RG. Breve apunte acerca de su recepción en España

Las falsas representaciones del autor se analizaban, en las primeras décadas del siglo XX, en el nivel de la culpabilidad. Esta concepción del injusto como categoría objetiva que se desprende de la concepción clásica y neoclásica del delito, tenía como consecuencia que la cuestión del error no presentara interés desde una perspectiva sistemática. Desde una concepción objetiva del injusto, las cuestiones relativas al dolo y al error adquirirían relevancia exclusivamente en el nivel de la culpabilidad, al ser en este donde se englobaban todos los elementos subjetivos.

El RG partía de la regulación del § 59 RStGB para la punición a título de dolo o de imprudencia en los supuestos de error, según la cual, el desconocimiento –en el momento de la comisión de una acción punible– de las circunstancias del hecho recogidas en el tipo

¹ Así BLEI, JA, 1973, p. 604; BURKHARDT, JZ, 1981, pp. 683 y ss.; DARNSTÄDT, JuS, 1978, pp. 441 y ss.; DOPSLAFF, GA, 1987, pp. 21 y ss.; ENDRULAT, *Der „Umgekehrte Rechtsirrtum“: Untauglicher Versuch oder Wahndelikt? Überlegungen zu einem speziellen Irrtumsproblem anhand von Dogmen der allgemeinen Irrtumslehre, des Schuldprinzips und des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts*, 1994, § 4/548 y ss. (tercera parte); HAFT, JuS, 1980, pp. 590 y ss.; EL MISMO, JA, 1981, pp. 281 y ss., especialmente 283 y ss.; HERBERGER, «Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht» en KOCH (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, pp. 124 y ss.; HERDEGEN, «Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof», en *25 Jahre Bundesgerichtshof*, 1975, pp. 206 y ss.; HERZBERG, JuS, 1980, pp. 469 y ss. (473); KINDHÄUSER, GA, 1990, pp. 409 y ss.; PUPPE, GA, 1990, pp. 145 y ss.; RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, pp. 346 y s. En España parece retomar la delimitación entre error de hecho y error de Derecho PÉREZ MANZANO, CDJ, 1994, pp. 242 y ss. (246).

legal o de aquellas circunstancias que elevaban la punibilidad, excluiría la responsabilidad penal, al no resultarles imputables al autor tales circunstancias. Ello se plasmó en la exclusión de la culpabilidad dolosa. Quedaba de este modo expresamente tipificada la impunidad en caso de error sobre los hechos, sin que se hiciera, sin embargo, mención alguna acerca del tratamiento penal que debía recibir el error sobre el Derecho.

En lo que respecta al error de Derecho, El RG partía de una presunción *iuris et de iure* de conocimiento global de las normas. Cualquier error que recayera sobre los enunciados jurídicos –que podía afectar tanto al desconocimiento de los elementos recogidos en los tipos penales que introducen una remisión a otra norma jurídica, como al propio desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta–, era calificado como irrelevante y, por tanto, punible a título de dolo. La única excepción a esta regla general venía dada por los casos en los que el desconocimiento del Derecho tuviera su origen, a su vez, en el desconocimiento de alguna circunstancia fáctica perceptible por los sentidos, en cuyo caso se apreciaba un error de hecho.

En un momento posterior, el RG, a la vista de las dificultades que planteaba la aplicación de esta jurisprudencia –por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el sujeto llevaba a cabo una errónea valoración del supuesto de hecho que llevara a pensar que su conducta se encontraba permitida por el ordenamiento–, introdujo una modificación en su interpretación del § 59 RStGB. De este modo, manteniendo la tesis de la irrelevancia del error sobre el Derecho, se llegó a la conclusión de que sólo el error acerca de la norma penal misma, especialmente el error sobre la existencia o el alcance de esta, debería ser irrelevante para la exclusión de la responsabilidad penal. Por el contrario, el error que tuviera su origen en una representación errónea o incorrecta de normas pertenecientes a otros ámbitos del Derecho tales como el Derecho civil o administrativo, esto es, que tuviera naturaleza extrapenal, se equiparaba al error de hecho y tenía la virtualidad de excluir el dolo del autor². La responsabilidad por el error se determinaba, en consecuencia, a partir de una imputación de conocimientos, con absoluta independencia de la situación psicológica del sujeto. De este modo se perseguía evitar que el autor pudiera hacer valer a su favor el error acerca de la ley penal, partiendo de la consideración de que las normas penales constituían normas tan fundamentales para las condiciones de vida mínimas en la sociedad, que sólo el autor podía ser responsable de un error sobre las mismas³. Se trataba en este punto de defender los intereses generales de la comunidad frente a las valoraciones individuales concretas que pudieran colisionar con ellos.

² RGSt 3, 49, 50 y s. (22 de noviembre de 1880); 4, 234, 235 y s. (27 de mayo de 1881); 5, 407, 410 (1 de febrero de 1882); 8, 172, 173 (2 de noviembre de 1882); 8, 147, 149 (8 de febrero de 1883); 8, 104, 105 y ss. (15 de febrero de 1883); 8, 215, 217 (12 de abril de 1883); 10, 234, 236 y s. (3 de marzo de 1884); 11, 90, 94 y ss. (18 de septiembre de 1884); 12, 275, 276 (19 de febrero de 1885); 16, 83, 86 (2 de mayo de 1887); 19, 87, 90 (12 de marzo de 1889); 19, 209, 211 (26 de marzo de 1889); 19, 257, 260 (30 de abril de 1889); 19, 298, 301 y s. (6 de junio de 1889); 20, 235, 239 (14 de febrero de 1890); 25, 150, 151 (27 de febrero de 1894); 33, 32, 34 (2 de enero de 1900); 33, 71, 74 (15 de enero de 1900); 52, 99, 100 y ss. (10 de junio de 1918); 54, 4, 5 (16 de octubre de 1919).

³ RGSt 1, 368, 369 y s. (16 de abril de 1880); 2, 268, 269 (25 de septiembre de 1880).

La aplicación de estos presupuestos dio lugar a que recibieran la calificación de errores de Derecho penal y, por tanto, irrelevantes para el dolo, los errores sobre la prohibición contenida en la norma penal, en definitiva, sobre el carácter antijurídico de la conducta, así como los errores sobre la existencia y el alcance de una causa de justificación (con independencia de si la norma reguladora de la misma tenía naturaleza penal o extrapenal). Tenían, sin embargo, consideración de errores de Derecho extrapenal los que recaían sobre circunstancias del tipo relativas a relaciones o situaciones jurídicas así como los que recaían sobre normas de complemento de un tipo penal en blanco ajenas al Derecho penal, esto es, sobre remisiones a normas extrapenales, y también los errores acerca de los límites de una causa de justificación extrapenal⁴.

El hecho de que el RG pretendiera, a través de su jurisprudencia, que la irrelevancia del error únicamente perjudicara al autor cuando el desconocimiento de los normas penales tuviera sus “raíces en el desconocimiento de las convicciones morales del pueblo”⁵, fue el motivo por el cual también recibían la calificación de error de Derecho extrapenal aquellos errores sobre el Derecho penal que recaían sobre lo que se ha dado en llamar el Derecho penal accesorio. En este ámbito se exigía el conocimiento de la obligación de actuar para la apreciación del dolo⁶. Dentro de la categoría de error de Derecho extrapenal encontraron acogida también las falsas representaciones sobre la norma de complemento de una norma penal en blanco que no se encontrara en el mismo contexto que la propia ley penal⁷. También recibían la consideración de errores sobre el Derecho extrapenal aquellos sobre las circunstancias del hecho (§ 59 RStGB) que tenían por objeto “elementos jurídicos”⁸. Estos elementos normativos se delimitaban a su vez de la correspondiente norma penal a la hora de calificar el error que se producía como error de Derecho penal o extrapenal⁹.

Las dificultades con las que se encontró el RG a la hora de fijar el ámbito del Derecho penal y del Derecho extrapenal le llevaron, no obstante, a incurrir, en no pocas ocasiones, en contradicciones a la hora de calificar una falsa representación sobre el Derecho como error de Derecho penal o extrapenal en el supuesto concreto¹⁰. Igualmente se criticaba, por parte de la doctrina, la falta de un criterio material conforme al cual llevar a cabo la delimitación entre los distintos ámbitos del Derecho.

⁴ Vid. el resumen sobre la jurisprudencia del RG recogido en BGHSt 2, 194, 197 y s. (18 de marzo de 1952).

⁵ HARTUNG, DRZ, 1949, p. 343.

⁶ *Archiv für Gemeines Deutsches und für Preußisches Strafrecht*, (22), 1874, pp. 493 y ss.; RGSt 52, 99, 102 (10 de junio de 1918). Cfr. también RGSt 42, 26, 27 (23 de octubre de 1908); 50, 332, 335 y s. (9 de febrero de 1917); 54, 4, 5 (16 de octubre de 1919); 62, 35, 41 (21 de febrero de 1928).

⁷ RGSt 20, 235, 239 (14 de febrero de 1890); 36, 359, 362 (6 de julio de 1903); 56, 337, 339 (11 de mayo de 1922).

⁸ RGSt 12, 275, 276 y s. (19 de febrero de 1885).

⁹ RGSt 1, 368, 370 (16 de abril de 1880). Dentro de su definición de norma penal el RG incluía “el contenido y el alcance de la norma penal” (RGSt 4, 98, 100 [9 de abril de 1881]), “la existencia y sentido de la ley penal” (RGSt 11, 90, 96 [18 de septiembre de 1884]; 19, 209, 211 [26 de marzo de 1889]), “el sentido y contenido de la ley penal” (RGSt 12, 275, 276 [19 de febrero de 1885]) así como “la ley penal y su alcance” (RGSt 16, 83, 86 [2 de mayo de 1887]).

¹⁰ En detalle sobre la aplicación práctica de los postulados del RG SCHLÜCHTER, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983, pp. 40 y ss.

En España se produjo una evolución similar, si bien, a diferencia de lo que ocurría en Alemania, en nuestro país nunca existió una regulación del error sobre los hechos. Con anterioridad a la introducción de la distinción entre error de tipo y error de prohibición en el art. 6 bis a –con base en la LO 8/1983, de 25 de junio–, la única norma de Derecho positivo reguladora de la materia era el art. 2 CC en su versión anterior a la reforma de 1974. En virtud de esta norma, que establecía que “el desconocimiento de las leyes no exime de su cumplimiento”, el error sobre el Derecho resultaba irrelevante. La interpretación que se hizo en nuestro país por parte de la jurisprudencia de este precepto se mantuvo acorde con su tenor literal, resultando de aplicación el principio *error iuris nocet*¹¹. No obstante, el sentimiento de justicia llevó a que se emprendieran intentos, a través de distintos mecanismos, de admitir la relevancia de, al menos, ciertos errores sobre las normas jurídicas. Así, en paralelo con la evolución que sufrió la jurisprudencia del RG, se propugnó, aunque con excepciones, la asimilación del error de Derecho extrapenal a la falsa representación sobre los hechos, de manera que el dolo quedara excluido también en estos supuestos¹². Las oscilaciones a la hora de calificar como error sobre el Derecho penal o extrapenal pondrían, sin embargo, de manifiesto que, al igual que ocurría con la jurisprudencia del RG, la decisión acerca de la clasificación del error en una u otra categoría se tomaba atendiendo a lo que se consideraba más justo en el supuesto concreto¹³.

3. La continuidad de la doctrina del RG en la actualidad

La inseguridad jurídica que caracterizaba esta jurisprudencia, unida a la sensación de que la calificación como error de hecho o error de Derecho penal o extrapenal se llevaba a cabo en función de la solución que se consideraba más justa, así como la imposibilidad de armonizar la irrelevancia del error sobre el Derecho penal con el principio de culpabilidad, llevaron a la doctrina a buscar otras soluciones en materia de error. De este modo, el principio *error iuris (criminalis) nocet* resultó de aplicación –también por parte de BGH– hasta su conocida sentencia de 18 de marzo de 1952 (BGHSt 2, 194), que marcó el punto de

¹¹ Cfr., al respecto, entre otras, las SSTS de 16 de marzo de 1871 (RJ 1871\22); 22 de enero de 1875 (RJ 1875\20); 7 de octubre de 1916 (RJ 1916\45). En contra, sin embargo, STS de 19 de diciembre de 1962 (RJ 1962\4886), que destaca por ser la única en este sentido.

¹² Esta nueva orientación se recoge por primera vez en la STS de 16 de marzo 1892 (RJ 1892\161). Cfr. asimismo SSTS de 7 de febrero de 1899 (RJ 1899\72), de 19 de junio de 1929 (RJ 1929\198), de 7 de marzo de 1944 (RJ 1944\358), 6 de diciembre de 1944 (RJ 1944\1315), de 6 de junio de 1945 (RJ 1945\779), de 28 de febrero de 1946 (RJ 1946\198), de 26 de marzo de 1951 (RJ 1951\851), de 18 de marzo de 1960 (RJ 1960\686), de 4 de febrero de 1963 (RJ 1963\416), de 16 de marzo de 1964 (RJ 1964\1466), de 26 de mayo de 1964 (RJ 1964\2763), de 12 de abril de 1965 (RJ 1965\1994), de 1 de febrero de 1969 (RJ 1969\484), de 26 de mayo de 1970 (RJ 1970\2211) y de 30 de octubre de 1976 (RJ 1976\4385).

¹³ Cfr., en este sentido, las SSTS de 13 de mayo de 1896 (RJ 1896\107) y de 14 de abril de 1900 (RJ 1900\150), que resuelven de manera distinta un supuesto de hecho prácticamente idéntico; de 18 de marzo de 1931 (RJ 1931\120); de 23 de enero de 1963 (RJ 1963\233); de 14 de febrero de 1963 (RJ 1963\859), frente a lo establecido tan sólo tres días antes en relación con un caso similar (sentencia de 11 de febrero de 1963 [RJ 1963\487]); de 21 de mayo 1965 (RJ 1965\2491); de 26 de septiembre de 1968 (RJ 1968\3687) y de 22 de abril de 1969 (RJ 1969\2317). En algunas sentencias más recientes se amplía el elenco de errores en los que puede incurrir el sujeto y que adquieren relevancia para la determinación de la responsabilidad penal. Así, la STS 24 de octubre de 1981 (RJ 1981\3877) distingue el error de Derecho penal, extrapenal, y el error de prohibición, pudiendo excluirse la culpabilidad del autor en los dos último supuestos. Las SSTS de 30 de enero de 1979 (RJ 1979\277) y de 4 de octubre de 1982 (RJ 1982\5588) reconocen un efecto excluyente del dolo a aquellos errores de Derecho penal que tienen su origen en el desconocimiento de la antijuridicidad material, si bien prescinden de su calificación como error de prohibición.

inflexión, y que supuso para la mayoría de la doctrina alemana la adopción oficial de la teoría de la culpabilidad en materia de error sobre la base de la delimitación entre error de tipo y error de prohibición.

Fueron fundamentalmente razones de política criminal –como era evitar la laguna de punibilidad que se produciría al aplicar los postulados de la teoría del dolo a los supuestos de error de prohibición vencible– las que llevaron a la adopción de un sistema del delito de corte finalista en el que el dolo se encuentra separado del conocimiento de la antijuridicidad, adquiriendo cada uno de ellos relevancia en los niveles de la tipicidad y la culpabilidad respectivamente. El grado de conciencia que se exige al autor es diferente en ambos niveles de la teoría del delito: mientras que en el ámbito del tipo se exige el conocimiento de los elementos que lo conforman, en el ámbito de la culpabilidad, respecto del error de prohibición, resulta suficiente que el sujeto pudiera conocer la prohibición para afirmar el dolo.

KUHLEN se muestra, sin embargo, escéptico respecto del hecho de que la mencionada sentencia haya operado los cambios esperados en materia de error. En opinión de este autor, a pesar de haberse producido la sustitución formal del binomio error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal por el de error de tipo y error de prohibición, resultaría apreciable una continuidad de la doctrina del RG en la jurisprudencia del BGH en aplicación de la actual regulación del error (pp. 158, 180 y s., 216). De este modo, si bien la valoración paralela en la esfera del profano se considera expresamente por el BGH un requisito indispensable para la determinación del dolo¹⁴, lo cierto es que en numerosas decisiones de este tribunal se pone de manifiesto una tendencia a declarar irrelevantes todos los errores que se producen en el ámbito valorativo, sobre todo cuando tienen su origen en apreciaciones jurídicas equivocadas. Así, a modo de ejemplo, en relación con el delito de prevaricación de abogado regulado en el § 356 StGB, que castiga la conducta de aquel que defiende a dos partes diferentes en el “mismo asunto jurídico”, el BGH parte de la base de que este elemento típico es conocido por el sujeto cuando “conoce todas las circunstancias de las que resulta el concepto del mismo asunto jurídico”; en definitiva, cuando el sujeto fuera consciente de los hechos relevantes. Se apreciaría un error de prohibición si, conociendo tales circunstancias, se representara de manera errónea el concepto “el mismo asunto jurídico”, o si clasificara tales circunstancias conocidas en un concepto diferente¹⁵. Asimismo el conocimiento de los hechos –a saber, “que el lugar donde el sujeto trabaja supone una expresión de la autoridad del Estado y que él mismo, en calidad de empleado, ha de realizar una serie de actividades que no se limitan a la de mera ayuda, como sería la de limpieza”–, se considera suficiente por este tribunal para afirmar que el sujeto es consciente de su cualidad de funcionario, sin que se exija para la afirmación del dolo una valoración paralela en la esfera del profano por parte del autor¹⁶. También respecto de las lesiones especialmente peligrosas reguladas en el § 223a StGB bastaría para la afirmación del dolo que el autor conozca las “circunstancias del hecho a partir de las

¹⁴ Cfr. BGHSt 3, 248, 255 (28 de octubre de 1952).

¹⁵ BGHSt 18, 192, 195 (16 de noviembre de 1962); también BGHSt 7, 261, 263 y s. (24 de marzo de 1955).

¹⁶ Así BGHSt 8, 321, 323 (8 de noviembre de 1955), en relación con un delito especial que sólo puede llevarse a cabo por estas personas.

cuales se desprende por regla general la peligrosidad de ese tipo de actos”, sin que se considere necesario el conocimiento de tal peligrosidad. Con esta solución el BGH pretende evitar “la impunidad de aquellos autores que, debido a su falta de escrúpulos y a su falta de reflexión, no son conscientes de la peligrosidad que su conducta supone para la vida”¹⁷ (pp. 158 y ss., 180 y ss.). Se anteponen, por tanto, criterios de política criminal a la calificación que correspondería en aplicación del criterio de la valoración paralela (en relación con la falta de precisión y fiabilidad de este criterio pp. 205 y ss.).

Tal tendencia no es exclusiva de Alemania y se aprecia también en la jurisprudencia del TS. Como ejemplo de ello puede señalarse un supuesto en el que se condena por un delito de intrusismo a una licenciada en Medicina que, pensando que se encontraba habilitada para ello, realiza actos propios de la profesión de estomatólogo. El tribunal aprecia un error de prohibición señalando que “el error de tipo habría existido en este supuesto si hubiera creído tener el título de estomatólogo sin poseerlo en realidad”¹⁸.

Más allá de ello, en opinión de KUHLEN, sólo cabría hablar de un efectivo abandono de la delimitación “horizontal” entre las diferentes clases de error si *todo* error relativo a la tipicidad de la conducta tuviera el efecto de excluir el dolo y cualquier otro error ajeno a este ámbito recibiera la calificación de error de prohibición. Con el reconocimiento del *error de subsunción* saldría, sin embargo, a la luz la división, en el nivel de la tipicidad, entre el error de tipo, que excluiría la responsabilidad a título de dolo, y el error de subsunción, que no tendría tal efecto. La necesidad de delimitar, a su vez, en relación con los elementos típicos lleva a este autor a afirmar la imposibilidad de delimitar los supuestos de error en el marco del sistema del delito (pp. 102, 158 y s.).

Con la vuelta a una delimitación horizontal, KUHLEN persigue evitar los problemas que plantea la delimitación entre el nivel del tipo y la antijuridicidad como contenidos de conciencia sobre los que recae el error de tipo y de prohibición respectivamente (p. 222).

4. La determinación del objeto del dolo sobre la base del criterio de la “estructura temporal” de las normas penales

4.1 Error de hecho y error de Derecho

La posibilidad de llevar a cabo la delimitación entre error de hecho y error de Derecho constituye el presupuesto necesario para la recuperación de la tesis defendida por el RG. En este sentido, KUHLEN se apoya en el modelo empleado por RÜRMANN¹⁹ para distinguir entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho en el ámbito de los recursos a decisiones judiciales (pp. 347 y ss.).

¹⁷ BGHSt 19, 352, 353 (23 de junio de 1964); también BGHSt 2, 160, 163 (29 de febrero de 1952).

¹⁸ STS de 19 de marzo de 1990 (RJ 1990\2557).

¹⁹ RÜRMANN, «Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage», en KOCH (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, pp. 242 y ss.

Con base en las conclusiones alcanzadas por este autor, KUHLEN concluye que cabe hablar de error de Derecho cuando la representación del sujeto difiere de una premisa general de la justificación interna de una condena penal. Por el contrario, se aprecia un error de hecho cuando tal representación no se corresponde con una premisa singular de tal justificación (pp. 350 y s.). Para mostrar cómo opera esta delimitación entre premisa general y singular y, con ello, entre error de hecho y error de derecho, este autor se vale de una sentencia del RG que resolvía sobre un error acerca del concepto de “llave falsa” (§ 243.3 según el tenor literal antiguo o § 243.I.1 StGB)²⁰. Para ello El RG intentaba determinar sobre qué premisa de la justificación interna recaía la representación del autor. Las premisas posibles eran las siguientes:

P 1 Una llave que no está destinada a la apertura conforme a Derecho de un candado por parte de la persona autorizada para ello es una llave falsa.

P 2 Una llave cuyo destino es modificado con posterioridad no está destinada a la apertura conforme a Derecho de un candado por parte de la persona autorizada.

P 3 El destino de una llave para la apertura conforme a Derecho de un candado queda anulado retroactivamente cuando tal candado estaba destinado a abrirse conforme a Derecho y cuando la persona autorizada declara, con anterioridad al hurto, que no desea que la apertura se produzca.

P 4 La llave empleada estaba originariamente destinada a la apertura conforme a Derecho del candado y este destino fue variado por la persona autorizada con anterioridad al hurto a través de una declaración reconocible hacia el exterior.

El supuesto de hecho vendría descrito por P 4, constituyendo, por tanto, la única premisa singular, concurriendo, por tanto, un error de hecho cuando el autor yerra sobre este extremo. Las falsas representaciones sobre el resto de premisas recaerían sobre normas jurídicas.

Para los supuestos problemáticos KUHLEN desarrolla una regla adicional. Aquellas premisas generales que puedan entenderse como concretizaciones de normas han de ponerse en relación con la justificación interna. Por el contrario, las declaraciones relativas a la probabilidad, en tanto que premisas relativas a la experiencia, han de ponerse en relación con la justificación externa, de manera que un error sobre las mismas tendría el efecto de excluir el dolo (p. 353).

El hecho de que las premisas singulares puedan venir a su vez descritas por premisas singulares y generales hace que, no obstante, resulte dudoso dónde ha de trazarse el límite entre error de hecho y error de Derecho. Para ello KUHLEN considera decisiva la cuestión acerca del momento en que ha de interrumpirse la concretización de la norma, es decir, cuándo cabe partir de la base de tanto el juez como el autor se refieren a lo mismo. Sólo

²⁰ RGSt 52, 84 y ss.

entonces puede considerarse que el error recae sobre los hechos, dado que no es posible que el mismo tenga su origen una diferente comprensión del lenguaje. La delimitación entre premisas singulares y generales no sería, por tanto, absoluta, sino que dependería de la comprensión lingüística que se presume.

4.2 Error de Derecho penal y extrapenal

A continuación KUHLEN se ocupa de analizar si existe alguna razón plausible para que una parte de los errores sobre el Derecho tengan el efecto de excluir el dolo y, en el caso de ser así, cómo éstos pueden delimitarse de manera clara del resto. Dado que, en opinión de este autor, las normas extrapenales, en tanto que concretizaciones de las normas penales, pertenecen a la justificación interna, una delimitación entre error de Derecho penal y extrapenal sólo sería posible realizando un corte horizontal en la concretización de las normas, es decir, a partir de la separación de los elementos normativos de las normas jurídicas que los constituyen (p. 366).

Para trazar el límite entre aquello que se incluye en el ámbito penal y las normas y valoraciones ajenas al mismo, *Kuhlen* se apoya en el criterio de la estructura temporal de las normas, distinguiendo entre normas *dinámicas* y normas *estáticas* (pp. 370 y ss.).

a) La capacidad de sustitución en las remisiones estáticas y en las remisiones dinámicas

El legislador contaría con dos opciones para tomar en consideración la dimensión temporal cuando introduce remisiones normativas en los tipos penales: podría recurrir a una “norma estática” (*statische Normierung*), de manera que la norma de complemento sería aquella existente en el momento de la inclusión del tipo penal en el ordenamiento; o podría optar por una “norma dinámica” (*dynamische Normierung*). En este último caso, el tipo penal se vería complementado entonces por la norma que recoge el ordenamiento en el momento del hecho, y ello aunque, cuando se introdujera el tipo en el ordenamiento, el contenido de la norma de remisión fuera diferente (p. 369).

Un ejemplo de normación estática sería el elemento típico “ajeno” en el delito de hurto (§ 242 StGB o art. 234 CP), que se complementarían con las normas del CC existentes en el momento de la tipificación del delito. Cabría hablar, sin embargo, de normación dinámica si se interpretara como “ajeno según las normas del Derecho civil válidas en el momento en que se lleva a cabo la acción enjuiciada”.

Cada normación tendría un significado distinto, que podría traducirse en diferencias extensionales respecto del tipo penal: así, la extensión de la norma penal en los supuestos de normación estática no se vería afectada por los cambios a los que estarían sometidas las normas de complemento en una sociedad en constante movimiento. Tales cambios sí afectarían, sin embargo, a la extensión de la norma penal en los supuestos de normación dinámica.

b) La “tesis de la sustituibilidad” y el criterio de la “estructura temporal”

1. La crítica habitual que se hacía a la jurisprudencia del RG era que la delimitación entre ambas clases de error sobre el Derecho –penal y extrapenal– era arbitraria, y se trazaba atendiendo a lo que se consideraba más justo y de una manera formalista. Ello se argumentaba sobre la idea de que la introducción de remisiones a otras normas o no en los tipos penales era una mera cuestión de técnica legislativa. Así, con base en denominada “tesis de la sustituibilidad”, desarrollada por BURKHARDT²¹ y secundada por la doctrina absolutamente mayoritaria, se parte de la idea de que los elementos del tipo penal podrían ser sustituidos por el contenido de las normas de remisión –generalmente extrapenales–, que resultarían, en este sentido, equivalentes. El Derecho extrapenal pasaría, en consecuencia, a convertirse en Derecho penal, sin que ello supusiera una modificación del ámbito de protección del mismo.

KUHLEN considera que esto sería así, efectivamente, siempre y cuando el análisis del tipo se limitara al momento de la creación de la norma (*Normsetzung*). No obstante, sería precisamente la existencia de la mencionada normación dinámica lo que haría fracasar la “sustitución” del elemento de la norma penal por la norma de complemento. Así, al no resultar posible tal sustitución en estos casos, la posibilidad de distinguir entre el ámbito del Derecho penal y extrapenal se mantendría intacta al menos en este ámbito (pp. 369 y s., 430). La delimitación entre el ámbito penal y extrapenal se llevaría a cabo, entonces, a partir del criterio de la estructura temporal. Para ello habría que determinar en qué medida los elementos de los tipos penales serían susceptibles de ser sustituidos por su concretización (pp. 370 y ss).

KUHLEN considera que pertenecen al Derecho penal tanto las normas de partida –los tipos penales–, como aquellas concretizaciones que tengan su misma estructura –estática–. Por el contrario, los parámetros de enjuiciamiento (*Beurteilungsmaßstäbe*), jurídicos o extrajurídicos, que forman parte del Derecho penal de manera dinámica, conformarían el ámbito previo extrapenal. El error sobre el Derecho extrapenal se produciría, por tanto, cuando la norma de remisión sobre la que yerra el autor no tuviera la misma estructura temporal que la norma remitente, es decir, en aquellos supuestos en que no fuera posible llevar a cabo la subsunción. El error sobre la norma de complemento sería entonces un error de Derecho extrapenal (pp. 371 y ss.).

2. Para KUHLEN, el criterio de la estructura temporal y el motivo por el cual el error evitable sobre el Derecho penal no excluye el dolo se encontrarían estrechamente relacionados: el empleo de la normación estática, supone que el legislador tome una serie de decisiones relativas al contenido, mientras que, con formulación dinámica, se vería descargado en relación con el mismo.

a) La opción del legislador penal de introducir en el tipo una remisión normativa con una estructura temporal diferente de la de la norma de partida supondría, en este sentido, la renuncia a ejercer su poder de definición, de manera que las falsas representaciones sobre

²¹ BURKHARDT, *JZ*, 1981, p. 687.

estas remisiones no lo pondría en entredicho, resultando tolerable la exclusión del dolo en estos casos. Lo mismo ocurriría respecto de los errores sobre el supuesto de hecho, que también tendrían la virtualidad de excluir el dolo: al no verse cuestionada ninguna norma por parte del autor, estos errores tampoco supondrían un ataque a las normas penales (p. 346).

b) En relación con las normas de remisión que tienen la misma estructura temporal que la norma de partida, el legislador penal sí ejercitaría su poder de definición, de modo que el error sobre las mismas no podría dar en ningún caso lugar a la exclusión del dolo, ya que, de otro modo, la validez de la norma penal se vería cuestionada a partir de la representación concurrente del autor (pp. 400 y ss.).

3. La función que se asigna por regla general a las normas penales en blanco sería la de adaptación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales. Consecuentemente, en relación con este tipo de normas, la única clase de remisión que resultaría plausible sería la dinámica (pp. 385 y s.). El error sobre las normas penales en blanco debería englobarse, por tanto, en el ámbito extrapenal, excluyente del dolo. Esta solución se aproxima al tratamiento que el RG otorgaba al error sobre esta clase de normas y se aleja, a su vez, de la solución defendida por la doctrina mayoritaria en el marco de la teoría de la culpabilidad, según la cual el error acerca de su existencia dejaría intacta la responsabilidad dolosa. Respecto de las remisiones calificadas como elementos normativos del tipo (“ajeno”, “competente”, “sujeto al derecho de caza”) o como elementos descriptivos (“peligroso”, “veneno”), su inclusión en el ámbito del Derecho extrapenal les asegura un tratamiento más beneficioso en materia de error que, además, coincide con el tratamiento considerado correcto por la doctrina mayoritaria en aplicación de la distinción sistemática entre error de tipo y error de prohibición (p. 389).

c) La exclusión del dolo en el caso de error sobre Derecho extrapenal: la dinamización del Derecho penal como motivo de la falta de información

El empleo por parte del legislador de una normación dinámica acarrearía importantes problemas de información que adquieren relevancia en materia de error (pp. 402 y s.). Así, el empleo de esta técnica legislativa, unido al constante cambio de las normas extrapenales de complemento de los tipos penales –que también podrían estructurarse de manera dinámica, remitiendo, a su vez, a otras normas cambiantes–, haría que el conocimiento de lo que se encuentra prohibido o permitido resulte cada vez más difícil para los destinatarios de las normas. Se plantea, por tanto, la cuestión acerca de cuál ha de ser la reacción ante su desconocimiento. En este punto el autor se hace eco de las reflexiones de LUHMANN²² acerca de la gestión de las expectativas en el marco de un sistema y de la delimitación que el mismo realiza entre la gestión cognitiva y normativa (p. 405).

KUHLEN contempla la posibilidad de no reconocer un efecto excluyente del dolo en estos supuestos, de manera que los costes de la dinamización del Derecho penal corrieran por

²² LUHMANN, *Rechtsoziologie*, 1972, pp. 40 y ss.

cuenta del autor, haciéndose primar, por tanto, el interés general frente al particular. Este autor se decanta, sin embargo, por la opción contraria. El alto grado de dinamización alcanzado por la legislación penal llevaría a la renuncia del mantenimiento de las expectativas lesionadas por tal dinamización, lo que tendría incidencia respecto de la imputación subjetiva: la exclusión del dolo en los supuestos de error sobre el Derecho extrapenal descargaría al individuo de los riesgos relativos a la información implícitos a la dinamización del Derecho penal, teniendo en cuenta, por tanto, sus intereses individuales en este ámbito (p. 405).

El motivo por el cual tanto el error sobre los hechos como el error de Derecho extrapenal tendría la virtualidad de excluir el dolo resultaría comprensible: al no cuestionarse una norma penal, no se produciría un ataque respecto de la generalidad material de las normas (pp. 343 y ss.).

La tesis del autor alcanza, en consecuencia, en un doble objetivo: 1) mantener la fuerza definitoria del Derecho penal (*Definitionsmacht*) por encima de las representaciones subjetivas individuales, de manera que el error sobre el Derecho penal no excluiría el dolo; y 2) descargar al ciudadano del riesgo de errores que se originaría a partir de la existencia de un Derecho penal dinámico en expansión, lo que llevaría a la exclusión del dolo en los supuestos de error sobre el Derecho extrapenal.

5. Valoración y propuesta de delimitación entre error excluyente del dolo y aquel que no tiene ese efecto

1. La aplicación del criterio de la estructura temporal para la definición del objeto del dolo encuentra numerosos obstáculos, que se enumeran a continuación.

a) En primer lugar, la distinción entre normación dinámica y estática –que sirve de base al criterio de la estructura temporal– no resultaría operativa: tanto el art. 2. 1 CP, como del § 2 párrafo 1º StGB, afirman que la pena y sus consecuencias se determinan en atención al Derecho existente en el momento del hecho. Ello no resultaría compatible con la existencia de las remisiones estáticas, sobre todo teniendo en cuenta que lo establecido en ambos preceptos también resultaría de aplicación a las normas de complemento de los tipos penales. Ello es puesto de manifiesto por HERZBERG a partir de un ejemplo²³: un hijo extramatrimonial que, siendo heredero único, destruyera parte de la herencia, en realidad no hubiera heredado si nos remontáramos a 1871 (momento en que se introdujo la norma en el BGB) y hubiera destruido una cosa “ajena” para él, debiendo responder por tanto, por un delito de daños del § 303 StGB. Por otra parte, KUHLEN no se encuentra en disposición de nombrar un ejemplo de remisión estática. Así, si bien hace referencia al antiguo § 27.1 PostG, un análisis en mayor detenimiento muestra que se trata igualmente de una remisión dinámica²⁴.

²³ HERZBERG, JZ, 1993, p. 1021

²⁴ En relación con esta cuestión, por todos, BACHMANN, *Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, 1993, pp. 58 y s.

b) Como señala el propio autor, la aplicación del criterio de la estructura temporal se vería condicionada, además, por la necesidad de determinar cuándo se ha producido una remisión normativa y qué carácter –dinámico o estático– tiene la misma (p. 414). Para dar una respuesta a esta cuestión, KUHLEN remite a la interpretación del tipo penal en concreto. Así, por ejemplo, el error acerca del hecho de que los animales se engloban también dentro del concepto de “cosa” a los efectos del delito de hurto, se calificaría como error sobre el Derecho penal, irrelevante para el dolo (pp. 528 y s.). Sin embargo, algunos autores advierten de la posibilidad de considerar que, en este supuesto, se produce una remisión dinámica al ámbito del Derecho civil (§§ 90 y 90a BGB), debiendo calificarse el error, consecuentemente, como error sobre el Derecho extrapenal, excluyente del dolo²⁵.

KUHLEN no se muestra contrario a la calificación como remisión dinámica. Desde su punto de vista, lo decisivo en materia de dolo y error sería si tal concepto de “cosa” tiene carácter penal o si se pone en relación de manera dinámica con el Derecho civil vigente. La doctrina mayoritaria considera que la protección penal se ve limitada a través de una concepción restrictiva del concepto de cosa, que es más limitada de la que se maneja en el Derecho civil, de manera que no cabría considerar que se produce, en este caso, una remisión (pp. 529 y s.).

Este desplazamiento del problema a la Parte especial del Derecho penal podría hacer pensar que, al igual que ocurría en la jurisprudencia del RG, la calificación como error sobre Derecho penal o extrapenal se produciría, en definitiva, atendiendo a criterios de justicia.

c) PUPPE²⁶ señala los problemas que plantea este criterio de la estructura temporal en relación con el tratamiento que ha de recibir el error sobre las normas penales en blanco. Así, también en los supuestos en los que se produjera una remisión estática –a través de un “concepto vacío” (*Leerbegriff*)–, habría que partir de la base de que las normas a las que se remite se encuentran vigentes, ya que, de otro modo, la norma penal no tendría sentido. Por este motivo, no habría ninguna razón por la cual la norma de complemento no debiera ser abarcada por el dolo del autor (como sería el caso si la remisión fuera dinámica, en aplicación de la tesis de KUHLEN): la aplicación de este criterio llevaría a la paradoja de que “precisamente respecto de las formas más puras de norma penal en blanco, y sólo respecto de ellas, la pena del dolo no se encontraría condicionada al conocimiento de la norma de complemento”.

d) La aplicación de la tesis de este autor llevaría asimismo a resultados insatisfactorios respecto de las remisiones al Derecho extrapenal que tienen una función puramente definitoria: al tener una estructura temporal diferente a la del tipo penal, el error sobre

²⁵ HERZBERG, JZ, 1993, p. 1023; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Tomo I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, § 12/120. Sería precisamente el hecho de que este criterio de la estructura temporal pueda interpretarse de diferentes formas resultando, por tanto, “manipulable” –unido a que, el aspecto temporal no sería el aspecto central– lo que lo convertiría en un criterio de dudosa aplicación a los ojos de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos*, 2008, p. 436.

²⁶ PUPPE, ZStW, (102), 1990, pp. 899 y s.

estas definiciones extrapenales excluiría la responsabilidad dolosa. Para clarificar el problema, HERZBERG se vale de otro ejemplo²⁷: una chica de 20 años mantiene relaciones sexuales con su padre adoptivo. La chica ignora que, para el Derecho, el padre adoptivo es considerado también un pariente en sentido jurídico. La aplicación consecuente de su teoría llevaría a KUHLEN a afirmar la concurrencia de un error sobre el Derecho extrapenal, excluyente del dolo, en virtud de la remisión que se produce en este caso al § 1589 BGB. El sentimiento de justicia le lleva, sin embargo a calificar como error de subsunción, irrelevante para el dolo, en la línea de la doctrina mayoritaria (p. 532).

e) Por último, resultaría cuestionable el hecho de que se produzca el abandono del poder de definición por parte del legislador respecto de las remisiones normativas que tienen una estructura temporal diferente al tipo penal. Para el análisis de esta cuestión se distingue entre las remisiones internas, dentro de los propios Códigos penales, y las remisiones externas, a normas que se encuentran fuera de los mismos.

La mención al carácter “antijurídico” de la conducta constituiría una remisión interna: para conocer esta circunstancia resultaría necesario conocer las normas contenidas en el Código penal. Al tratarse de una normación dinámica –aquello que es antijurídico varía con las sucesivas reformas del CP–, el error sobre las concretizaciones de este elemento afectaría al ámbito extrapenal y el error sobre el concepto “antijurídico” excluiría, por tanto, el dolo. Sin embargo, resultaría especialmente desafortunado afirmar que se ha producido en este caso un abandono por parte del legislador penal de su poder de definición, ya que es precisamente el legislador penal quien resulta competente para dictar las normas penales – así como las normas jurídicas relacionadas con ellas²⁸. KUHLEN no podría explicar por qué en estos casos el error del autor no entraría en concurrencia con la exigencia de generalidad material de las normas penales.

En las remisiones normativas a normas que se encuentran fuera de los Códigos penales, podría entenderse que el legislador penal abandona su poder de definición, en la medida en que tales normas de complemento surgirían y serían modificadas con independencia de su actividad, aunque no cabría extraer esta conclusión necesariamente. En la teoría de KUHLEN el abandono del poder de definición tendría lugar exclusivamente respecto de la normación dinámica, sin que resulte plausible el motivo por el cual ello no deba extenderse a la normación estática: la norma de referencia sería dictada, también en estos casos, por una instancia extrapenal. Por otra parte, tampoco podría afirmarse una absoluta desconexión entre el Derecho extrapenal de complemento y la norma de partida. En la articulación de la norma de partida, el legislador habría debido tener en cuenta los materiales del Derecho extrapenal que quiere introducir. Más allá de ello, afirmar que el legislador abandona su poder de definición supondría asumir que este acepta los eventuales cambios en el ámbito de aplicación de la norma penal que surjan de la modificación de las normas de complemento. Ello resultaría discutible, en la medida en que al legislador penal siempre le quedaría el recurso de sustituir el concepto de remisión por

²⁷ HERZBERG, JZ, 1993, p. 1023.

²⁸ En este sentido también JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 8/49 nota 109).

un concepto genuinamente penal cuando lo considere oportuno. Además, el legislador penal ejercería su poder de definición en la medida en que decide delegar en otra instancia legislativa y también a partir de la aceptación tácita de los cambios en la norma de referencia.

2. Más allá de las dudas que plantea la distinción entre el Derecho penal y extrapenal a partir de la aplicación del criterio de la estructura temporal, tampoco la conexión entre el abandono del poder de definición del Derecho penal y el tratamiento que recibe del error sobre el Derecho extrapenal resulta convincente. ¿Por qué únicamente los errores sobre concretizaciones de normas que no comparten la estructura temporal de la norma de partida descargarían al individuo de su competencia por el error? El error del sujeto debería adquirir relevancia cuando se enfrentara a los mismos problemas de información que se reconocen en el caso de las remisiones normativas dinámicas. Este sería, por ejemplo, el caso de aquellas regulaciones, dentro del Derecho penal, que no se identifican con normas morales o sociales imperantes en la sociedad concreta, lo que dificultaría su conocimiento por parte de los destinatarios del Derecho.

Por otra parte, descargar al sujeto de la competencia por el error no siempre se encontraría justificado. Así, por ejemplo, KUHLEN califica como remisión dinámica la remisión a las normas del BGB que se produce a partir de la introducción de la referencia al carácter “ajeno” de la cosa en el delito de hurto –§ 242 StGB, art. 234 CP– (p. 370). El error sobre este elemento tendría, de este modo, la virtualidad de excluir el dolo. Ello no se encontraría, sin embargo, vinculado a un problema de información real, ya que las normas del BGB que determinan el carácter ajeno de la cosa se mantienen intactas desde su promulgación.

3. La delimitación entre error de Derecho penal y error de Derecho extrapenal tiene, indudablemente, un núcleo racional: el desconocimiento del Derecho penal no resulta tan comprensible como el desconocimiento de otras normas que no regulan la convivencia en una sociedad concreta y que, por tanto, no son asimiladas por los sujetos a través de la socialización. Ello justificaría el tratamiento más benigno del error sobre el Derecho extrapenal.

Estas afirmaciones no determinarían, sin embargo, que el error sobre las normas penales no deba tener relevancia en ningún caso. Así, el reconocimiento de la vigencia del principio de culpabilidad obliga a excluir la responsabilidad criminal en los supuestos de error inevitable. La consecuencia de ello es que los autores que han intentado rescatar con posterioridad al RG la delimitación horizontal entre los tipos de error se separan de manera expresa de esta jurisprudencia precisamente en lo que respecta a estos supuestos.

3. Por otra parte, este “núcleo racional” debería relativizarse teniendo en cuenta la expansión que está sufriendo el Derecho penal en los últimos tiempos: así, en atención a esta situación, un error sobre el Derecho penal, sobre todo si afecta a estos nuevos ámbitos de imputación –en los que resulta especialmente frecuente el empleo de normas penales en blanco y de elementos normativos–, podría ser tan disculpable o comprensible como el

error que recae sobre normas del Derecho extrapenal. Esta circunstancia no podría, sin embargo, ser tenida en cuenta para la graduación de la responsabilidad criminal a partir de una delimitación rígida entre el error excluyente del dolo y el error que lo deja intacto basada en el lugar donde se encuentra regulada la materia sobre la que recae.

El tratamiento más beneficioso para el autor que incurre en un error sobre el Derecho extrapenal se concibe en la teoría de KUHLEN –y ya por el RG– como el contrapunto a los problemas que, para el conocimiento, acarrea la constante ampliación del ámbito penal que toma referencias del Derecho extrapenal a través de las remisiones normativas. En estos supuestos, los intereses de la generalidad quedarían relegados a los intereses del sujeto individual que incurre en el error (p. 405). Se trata de determinar, en este punto, si esta exclusión de la responsabilidad criminal del autor que incurre en un error sobre el Derecho extrapenal –cuando el ordenamiento en cuestión no recoja la modalidad de comisión imprudente del delito– resulta compatible con la función de garantía del orden social que corresponde a las normas penales. En este sentido, la exclusión de la competencia por el error sobre las normas del Derecho extrapenal de complemento podría hacer peligrar aquello que, precisamente, se pretende proteger a partir de la regulación de cada vez un mayor número de ámbitos de actividad, esto es, la estabilización de la sociedad.

En la medida en que pueda hablarse de una necesidad de “dinamización” –en palabras de KUHLEN– del Derecho penal, también habría de poder garantizarse el funcionamiento de lo “dinámico” en las remisiones. La exclusión de responsabilidad global del riesgo de error se contrapondría precisamente a la finalidad perseguida con dicha “dinamización”. Por esta razón debería resultar posible exigir a los destinatarios del Derecho que se procuren conocimiento de las normas extrapenales de complemento de los tipos penales.

En conclusión, la estabilización de la sociedad a través del Derecho penal precisa no sólo del aseguramiento de los tipos penales en sí mismos, sino también de los instrumentos empleados por el Derecho penal, como son las remisiones (dinámicas) a otros sectores del ordenamiento. Todo ello hace pensar que la afirmación acerca de la concurrencia o no del dolo no puede depender del lugar donde se encuentra regulada la materia. Esta circunstancia podría influir, no obstante, en la responsabilidad penal del autor: las dificultades con las que se encontraría para hacerse con el conocimiento de las normas extrapenales podría tenerse en cuenta de cara a una eventual calificación del error como inevitable, mostrándose de ese modo una mayor comprensión con el defecto cognitivo en estos casos.

4. Perfectamente factible sería, no obstante, la delimitación entre los supuestos de error de hecho y error sobre el Derecho. Así, frente a los errores acerca de *circunstancias fácticas* (por ejemplo, confundir el libro propio con el ajeno, pensar que se declara ante el juez cuando el realidad se trata del secretario del Juzgado, olvidar el negocio jurídico del que se desprende el deber de tributar, confundir una comadreja con otro animal que no se encuentra protegido, etc.), cabe contraponer aquellos que afectan a la *valoración jurídica* del hecho (por ejemplo, desconocer la existencia de la veda o sus límites, ignorar el deber de tributar o

pensar que sólo afecta a determinadas personas o a beneficios obtenidos en otro periodo, pensar que el libro no es ajeno dado que se encuentra en el propio domicilio, pensar que se puede jurar en falso ante el juez).

Aunque el objeto sobre el que yerra el autor sea diferente –el objeto valorado, en el primer caso y la existencia de una norma, esto es, la propia valoración, en el segundo– todos estos errores tendrían, sin embargo, el mismo efecto: el sujeto desconocería el carácter prohibido de la conducta. Sólo el *error sobre la antijuridicidad de la conducta* adquiriría, por tanto, relevancia a la hora de determinar la concurrencia de la responsabilidad a título de dolo²⁹.

Los errores de subsunción –en los que una incorrecta interpretación del término legal llevaría al sujeto a pensar que su conducta no encaja en el supuesto de hecho– serían, en principio, en concordancia con lo defendido por la doctrina absolutamente mayoritaria, irrelevantes. Para afirmar la responsabilidad dolosa el sujeto no debería conocer qué se entiende, en relación con los delitos contra la propiedad, por “ajeno”, o cuál sería el sentido del término “documento” en los delitos de falsedades. Sólo si tal interpretación provocara a su vez un ulterior error acerca del carácter prohibido de la conducta sería un error excluyente del dolo, sobre la base de la solución propuesta.

5. La lectura habitual que se hace de la regulación del error actual en España y en Alemania –a partir de la cual el error de tipo y el error de prohibición llevarían aparejado un tratamiento penal diferente– se aleja, sin embargo, de estos postulados. Una armonización con la tesis aquí defendida sólo resultaría imaginable sobre la base de una interpretación de los preceptos legales diferente:

a) En lo que respecta a la mención a “hechos constitutivos de la infracción penal” o a “circunstancias pertenecientes al tipo” del art. 14. 1 CP y del § 16 StGB respectivamente, podría considerarse que tales expresiones no se encontrarían referidas exclusivamente a circunstancias fácticas: ello se encontraría avalado por el hecho de que el error sobre el elemento normativo del tipo se englobe, sin lugar a dudas, en esta categoría por la doctrina científica y la jurisprudencia. De este modo, parece que tendrían cabida en el tenor literal de ambos preceptos aquellos elementos recogidos en los tipos penales que designan hechos sociales con relevancia jurídica. El error acerca de tales elementos que introducen hechos institucionales en los tipos penales llevaría, por tanto, aparejada la exclusión de la pena del delito doloso.

El hecho de que el conocimiento de estos elementos lleve aparejado, por regla general, el conocimiento del injusto, permitiría exigir la concurrencia del *dolus malus* para afirmar la responsabilidad dolosa: así, respecto de estos tipos penales que, por otra parte, representan una amplia mayoría, cabría afirmar que el conocimiento de la prohibición tendría un efecto excluyente del dolo.

En aquellos delitos en los que la perturbación social no resulta evidente, el componente valorativo decaería, identificándose el conocimiento de la prohibición, exclusivamente, con

²⁹ En este sentido ya RGSt 8, 104, 106 (15 de febrero de 1883).

el conocimiento de la antijuridicidad formal. En estos casos, para afirmar el dolo, no resultaría suficiente con el conocimiento latente, incluso intuitivo, de la prohibición, que se derivaría ya de la propia socialización, a partir del conocimiento de las circunstancias típicas. El “hecho de la prohibición” adquiriría, respecto de estos tipos penales, entidad propia, y debería ser abarcado por el dolo para considerar que el autor comprende el significado social de la conducta por la que debe responder penalmente³⁰. De este modo, el error acerca del “hecho de la prohibición” encontraría también cabida en este precepto –al igual que ocurriría con los elementos normativos, que tampoco constituirían “hechos” en sentido estricto–.

Podría esgrimirse que tal interpretación fuerza el texto de la ley. Esto es así, hasta cierto punto. En relación con esta cuestión resultaba más afortunada la redacción del primer párrafo del art. 6 bis a del CP tras la reforma de 1983, que se refería al “elemento esencial integrante de la infracción penal”, lo que podía ponerse sin dificultad en relación con la antijuridicidad. También cabría pensar en una redacción –*de lege ferenda*– que introdujera una referencia expresa al desconocimiento de la prohibición como circunstancia excluyente del dolo en la línea, por ejemplo, del art. 16. 1 CP portugués –si bien en este precepto tal exigencia se limita a algunos supuestos concretos–.

La conclusión que cabe extraer de estas observaciones es que la exigencia del conocimiento de la prohibición para la imposición de la pena del delito doloso podría armonizarse con el tenor literal del art. 14. 1 CP y el 16 StGB, y ello tanto en los tipos en los que el sujeto conoce ya el carácter injusto del hecho a partir de los elementos del tipo penal, como en aquellos en los que resulta posible distinguir entre ambas circunstancias. El error vencible sobre el carácter antijurídico del hecho, excluiría la responsabilidad dolosa del autor y llevaría aparejada la pena del delito imprudente, en su caso, o la impunidad –con independencia de que el mismo tuviera su origen en un error sobre las circunstancias fácticas (incluidos los presupuestos objetivos de una causa de justificación) o sobre la valoración jurídica del hecho–. El error invencible sería siempre impune.

b) La regulación del art. 14. 3 CP y del § 17 StGB, que establece una rebaja de la pena –obligatoria, en el caso español, facultativa, en el alemán– en los supuestos en los que el autor yerra sobre “ilicitud” o el “carácter injusto” del hecho (*Unrecht*), respectivamente, quedaría reservada para aquellos supuestos en los que el sujeto, si bien conoce el carácter antijurídico de su conducta (no resultando de aplicación, por tanto, la regla del art. 14. 1 CP), yerra acerca del carácter *penal* de la prohibición –que podría venir asimismo provocado por un error de subsunción–.

En la línea de la doctrina mayoritaria, no se considera necesario que el sujeto conozca que su conducta atenta contra intereses protegidos por el Derecho penal para afirmar que es consciente del carácter antijurídico de su conducta. De este modo, sería suficiente con que conociera que lesiona valores o intereses protegidos por el Derecho y que su conducta

³⁰ Defiende una solución similar para la regulación peruana del art. 14 CP, que hace referencia al “error sobre un elemento del tipo penal”, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2003, pp. 560 y s., 564 y ss., 587.

llevaría aparejada una intervención *ex officio* del poder coactivo estatal –bien mediante una decisión judicial, bien a través de una intervención policial o bien por la aplicación de otras medidas adoptadas por parte de la Autoridad–, para considerar que conoce el significado antijurídico de su hecho.

Sin perjuicio de ello, la especialidad de las normas penales y, en particular, su importante efecto estigmatizador llevaría a reconocer que el hecho de que una norma lleve aparejada una sanción penal o de otro tipo podría tener influencia en la mayor o menor motivación del sujeto. En este punto entraría en juego la regulación del art. 14. 3 CP y del § 17 StGB que, conforme a la interpretación que aquí se propone, constituiría una *regla de determinación de la pena del delito doloso* cuando el sujeto desconoce que su conducta lleva implícita una sanción *penal* (y no de otro tipo).

Esta interpretación podría armonizarse con la alusión al error sobre la “ilicitud” del hecho en la regulación española ya que, aunque esta referencia se considera generalmente como sinónimo de “prohibición” y, por tanto, de “antijuridicidad”, nada impediría que la misma se entienda como referida a la “ilicitud penal”. Lo mismo podría argumentarse respecto de la regulación alemana, a partir de la alusión al “carácter injusto del hecho”: aunque la doctrina mayoritaria no distinga aquí si se trata de un injusto administrativo, penal o incluso civil, el ámbito de aplicación de esta norma podría quedar limitado al injusto penal. A favor de esta interpretación podría esgrimirse que, al fin y al cabo, esta referencia se recoge precisamente en la ley *penal*, de manera que podría considerarse autoreferencial.