

Los elementos normativos y el error

CELIA SUAY HERNANDEZ

Profesora titular de Derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO.—I. Introducción.—II. El artículo 6.º bis a) del Código penal y el artículo 13 del anteproyecto de 1990.—III. La conceptualización dogmática de los elementos normativos y el error.—IV. La discusión doctrinal en España.—V. Crítica a la posición tradicional.—VI. Opción a favor de la Filosofía Analítica del Lenguaje.—VII. Presupuestos doctrinales.—VIII. Posición personal: A) Los elementos normativos. B) Objeto del error y proceso de imputación. C) Error de subsunción. D) Supuestos concretos. D.1) Términos legales normativizados. D.2) Términos legales vagos. E) Los elementos normativos y las leyes penales en blanco. F) Error de tipo y error de prohibición.—IX. Resumen.

I. INTRODUCCION

El presente trabajo trata acerca de las definiciones de elemento normativo y de las consecuencias que se derivan para el tratamiento del error en el ámbito del tipo; en particular para el denominado error de subsunción. Van a ser abordados pues, dos tipos de problemas, los correspondientes a la teorización general del error y los que resultan de las propias características de los elementos normativos.

Tras la regulación del error en el artículo 6.º bis a) del Código penal, la discusión general del error se ha de reconducir a la interpretación que se ha hecho de dicho artículo. Los elementos normativos, por el contrario, son una creación doctrinal que no depende directamente de precepto legal alguno; es por tanto una cuestión que ha de ser abordada en el marco de la discusión teórica, y con presupuestos vinculados, preferentemente, a criterios formales y sistemáticos; en definitiva, convencionales.

Según esta última consideración, las soluciones que aquí se proponen se basan en determinadas aportaciones de la llamada Filosofía ana-

lítica del lenguaje. Orientación que si bien hasta la fecha no ha influido apreciablemente en los trabajos de dogmática penal que se realizan en España, ya ha consolidado su presencia en la discusión que se lleva a cabo en Alemania. Se ha optado por dicha metodología por entender que desde planteamientos analíticos se facilita la solución de los problemas que tradicionalmente se han suscitado acerca del error sobre elementos normativos. Por tanto, el material teórico precedente sobre Derecho penal se agrupa en dos apartados: el de los trabajos realizados según la metodología dogmática tradicional (apartados III y IV) y el de aquellos otros que toman en consideración los conceptos utilizados por la Filosofía analítica del lenguaje (apartado VII). No obstante, se ha procurado mantener la vinculación entre los conceptos y terminología de la dogmática tradicional y de la Filosofía analítica (en particular a partir del apartado VI), así como con los términos legales, especialmente con los del artículo 6.º bis a) del Código penal y los del artículo 13 del Anteproyecto de reforma del Código penal de 1990.

II. EL ARTICULO 6.º BIS A) DEL CODIGO PENAL Y EL ARTICULO 13 DEL ANTEPROYECTO DE 1990

No es ésta la ocasión para resucitar la polémica en torno a qué teoría responde el artículo 6.º bis a), o en qué medida responde más a una o a otra, o a cual de sus variaciones (1). Me interesa constatar, eso sí, que al menos semánticamente ha eludido la terminología de ambas: ni se menciona la dicotomía error sobre los hechos, error sobre el dere-

(1) El artículo 6.º bis a) del Código penal coincide en lo fundamental con el artículo 20 del Proyecto de 1980. Es por ello que, en general, la interpretación del uno puede aplicarse a la del otro. Del mencionado artículo 20 se ha dicho mayoritariamente que responde a la teoría de la culpabilidad (cfr. HUERTA TOCILDO (1980: 91), BACIGALUPO (1981: 919), ROMEO CASABONA (1981: 740), MAQUEDA ABREU (1983: 701), CEREZO MIR (1985 a: 345, nota 44) y (1985 b: 279), ROXIN (1987: 81) y que “es rehusada la Teoría del dolo” (TORIO, 1980: 249), e incluso que “quedan absolutamente excluidas del ámbito interpretativo del artículo 20 del Proyecto las soluciones que al problema jurídicopenal del error proponen las denominadas “teorías del dolo”” (ZUGALDIA ESPINAR, 1981: 514). Sin embargo, también se ha defendido la posibilidad de interpretarlo a favor de la teoría del dolo, al menos el tercer párrafo (cfr. MIR PUIG (1981: 644) y (1985: 548 y s.), COBO-VIVES (1987: 500), JOSHI JUBERT (1987: 698). Lo cual ha sido contraargumentado (cfr. BUSTOS RAMÍREZ (1985: 713), CEREZO MIR (1985 b: 280). También hay posiciones eclécticas (cfr. RODRÍGUEZ RAMOS (1980: 1), CUELLO CONTRERAS (1987: 278, de acuerdo con el art. 1.º). Más allá de la polémica a favor o en contra de la teoría del dolo y de la culpabilidad, MUÑOZ CONDE (1989: 43) propone que la interpretación del artículo 6.º bis a) se libere de la adscripción del intérprete a una u otra teoría del error, tal y como hace con su propia propuesta. BUSTOS RAMÍREZ (1985: 712), por su parte, entiende que la discusión en torno al artículo mencionado no tiene que ser subsidiaria de la que se ha producido en Alemania acerca de las teorías del dolo y de la culpabilidad, y que del artículo 6.º bis a) surge un planteamiento diferente.

cho, propia de la teoría del dolo, ni la de error de tipo, error de prohibición propia de la teoría de la culpabilidad. En el borrador del Anteproyecto del Código penal de 1990, artículo 13, se menciona la palabra “hecho”, sin embargo, no se contrapone a “Derecho”, ya que en el 3.º párrafo se habla de “error” invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción (2).

Según el artículo 6.º bis a) hay que diferenciar entre el error que recae sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, de la creencia errónea de obrar lícitamente. Me interesa señalar también, que según el texto legal, no es obligado atenerse estrictamente a las reglas de la teoría del dolo ni de la culpabilidad. Sin embargo, la diferenciación entre los supuestos propios de los dos primeros párrafos y del tercero, es realizada por la doctrina de acuerdo con los conceptos de la teoría del error. Es por ello que en este trabajo la investigación la llevó a cabo según la terminología propia de la teoría del error y posteriormente las conclusiones obtenidas las referiré a las expresiones legales que se contienen en el artículo 6.º bis a) y en el artículo 13 del mencionado Anteproyecto de 1990.

Doy preferencia, no obstante, a la terminología de la teoría de la culpabilidad por dos razones. En primer lugar porque los autores españoles y el Tribunal Supremo la utilizan mayoritariamente (3), y en segundo lugar, porque el error sobre elementos normativos tienen mayores repercusiones en el seno de esta teoría.

Hay que advertir que para la teoría del dolo, y dado que el dolo, como *dolus malus*, se integra tanto del conocimiento de los hechos como del conocimiento de la antijuricidad, el error sobre un elemento normativo del tipo excluye el dolo, tanto se considere que estos elementos, o una parte de ellos, pertenecen a la antijuricidad o a la tipicidad. Por el contrario, la teoría de la culpabilidad diferencia entre el error que recae sobre los elementos del tipo y el error que recae sobre la cognoscibilidad de antijuricidad. En el primer caso se trata

(2) No interpreto, pues, la nueva denominación en el sentido de la teoría del dolo. Por tanto, la palabra “hecho” no se refiere a los hechos desnudos, en sentido naturalístico, sino a los hechos en los que también intervienen elementos jurídicos en los casos en que lo exige la redacción legal.

(3) El primer y segundo párrafo se refieren al error de tipo y el tercero al de prohibición (cfr. MAQUEDA ABREU (1983: 702), BACIGALUPO (1985: 65 y ss., matizadamente), MIR PUIG (1985: 210), CUELLO CONTRERAS (1987: 280), JOSHI JUBERT (1987: 698, y 700 para la jurisprudencia). No obstante, en un primer momento se planteó una superposición entre los párrafos 1 y 3 del artículo 6.º bis a), pues tanto abarcaría los errores de tipo como los de prohibición (cfr. BACIGALUPO (1981: 919 y ss.), en sentido próximo ZUGALDIA ESPINAR (1981: 514).

de un error de tipo y en el segundo, de un error de prohibición. Presupuesto básico de este planteamiento es poder diferenciar claramente los elementos del tipo de los que fundamentan la antijuridicidad.

Por lo que respecta al artículo 6.º bis a) hay que tener en cuenta que mayoritariamente se considera que los dos primeros párrafos se refieren al error que recae sobre los elementos del tipo y el tercero sobre la prohibición. No obstante, las consecuencias que se hacen derivar para la solución de los casos concretos no son uniformes (4). Ello es debido a que, por una parte, no existe una construcción unitaria del concepto de tipo y por otra, a que el propio error de tipo es definido de manera diversa por los partidarios de las formulaciones estricta y limitada de la teoría de la culpabilidad. Por lo que respecta al error sobre los elementos del tipo (positivo) no se discute que venga regulado en los dos primeros párrafos del artículo 6.º bis a), y ello tampoco parece discutible para la palabra "hecho" del Anteproyecto de 1990.

El error de prohibición está regulado en el tercer párrafo del artículo 6.º bis a), y 13 del Anteproyecto de 1990. Según las diversas formulaciones doctrinales, el error de prohibición consiste en el desconocimiento de la licitud, de la antijuridicidad, de la significación antijurídica de la conducta, o que el hecho se halla prohibido por la ley (5). El error de prohibición se puede derivar del desconocimiento de la norma penal en sí, de su vigencia y de la existencia o límites de una causa de justificación o norma de autorización (6). Hay acuerdo en que el error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación, considerada en su conjunto, es un error de prohibición (7). La discusión se plantea acerca de la calificación que merece el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, pero éste, es un aspecto de la cuestión cuyo tratamiento no forma parte de este trabajo.

Aquí interesa más considerar las diferencias entre el error en el ámbito del tipo y en el de la antijuridicidad. En la doctrina se ha discutido si el tipo de conocimiento, a cuya ausencia se alude en los dos primeros párrafos del artículo 6.º bis a), es de diferente entidad que el del tercero. Es decir, se ha discutido qué ha de entenderse por "creencia erró-

(4) Cfr. BACIGALUPO (1985: 65 y 78) y JOSHI JUBERT (1987: 717) sobre las diferentes propuestas por la doctrina.

(5) Cfr. MIR PUIG (1985: 208 y 536), OCTAVIO-HUERTA (1986: 308), QUINTERO OLIVARES (1986: 411), COBO-VIVES (1987: 493 y 496), MUÑOZ CONDE (1989: 22).

(6) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ (1984: 490), BACIGALUPO (1985: 78 y s.), OCTAVIO-HUERTA (1986: 312), COBO-VIVES (1987: 496).

(7) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ (1984: 490), OCTAVIO-HUERTA (1986: 312), COBO-VIVES (1987: 496), JOSHI JUBERT (1987: 698).

nea”, y si dicha creencia errónea es cualitativamente análoga a la falta de conocimiento que produce un error de los mencionados en los dos primeros párrafos.

Según Bustos Ramírez (1985: 711 y ss.), no se trata de un problema de conocimiento, sino de valoraciones referidas a lo justo o injusto del comportamiento, a la conciencia o comprensión cultural de los valores y de la racionalidad del propio sistema jurídico y político; de ahí que en el tercer párrafo se mencione la creencia y no el error. Esta posición se ha criticado, porque el error de prohibición quedaría como un problema de conciencia diferente sin que se hubiera resuelto la delimitación entre conocimiento y conciencia, y ello tendría que ver con los casos de delincuencia por convicción (8).

La materia, regulada en el tercer párrafo del artículo 6.º bis a) es lo que tradicionalmente se ha denominado desconocimiento de la antijuridicidad, y en eso no hay discrepancias doctrinales. Entendiendo que el desconocimiento de la antijuridicidad ha de ser desconocimiento, por parte del sujeto, de la contradicción entre el ordenamiento jurídico y una conducta concreta, que afecta a un bien jurídico, bajo particulares circunstancias de hecho conocidas correctamente. Para el sujeto significa una creencia errónea en cuanto a su situación frente al Derecho. Este tipo de desconocimiento, en general, ya no es de la misma clase que el desconocimiento de elementos en el ámbito del tipo; es por ello que se puede establecer una diferenciación entre los respectivos conocimientos (9).

Entiendo pues, que en el tercer párrafo del artículo 6.º bis a) se regulan aspectos referidos a la apreciación jurídica que el sujeto tiene de sus actos. Es decir, si el sujeto sabe, o no, que se enfrenta al Derecho —en su conjunto y no sólo a una parte de él— una vez que ha conocido todos los elementos que constituyen la conducta conminada con pena, incluso aquellos que tienen que ver con el conocimiento de cuestiones jurídicas. Es decir, si sabe que con la realización del hecho se sitúa en una posición enfrentada al Derecho. En particular se da el error de prohibición cuando el sujeto cree, que la conducta no es contraria al Derecho en general, o bien cree que en aquel supuesto particular, la conducta queda justificada o disculpada a pesar de ser, en general, contra-

(8) Cfr. MUÑOZ CONDE (1989: 28, nota 29) y CUELLO CONTRERAS (1987: 287). Vid. COBOS GÓMEZ (1987: 161 y ss.) para la discusión general.

(9) Según consideraciones axiológicas, para BUSTOS RAMÍREZ (1985: 713), “no es, por tanto, un problema de conocimiento de aquél u otro elemento, sino que el obrar en su conjunto se cree lícito, es decir, se le da una valoración positiva, no se estima que es injusto o delicto. No estamos pues al nivel de la estructura del conocimiento, sea de carácter fundamental sensorial o intelectual, respecto de un determinado elemento o supuesto, sino de la conciencia concreta que tiene el sujeto respecto del conjunto de su obrar”.

ria al Derecho. Esta conciencia que el sujeto tiene de su posición frente al Derecho es una manera más pragmática de expresar que el sujeto tiene una creencia errónea respecto de la licitud de su obrar de la antijuridicidad o respecto del valor que protege el Derecho. Pues este criterio puede ser comprobado por el juez con más facilidad que lo erróneo o acertado de la conciencia sobre la licitud en términos generales, ya que del plan estructurado por el autor siempre se pueden tomar indicaciones que lo corroboren (10). Lo dicho también vale para la expresión “error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”, del artículo 13 del Anteproyecto de 1990. En VIII F) se volverá sobre ello.

Hechas las anteriores precisiones respecto de la regulación legal del error, corresponde ahora ocuparse de la discusión acerca de la naturaleza de los elementos normativos del tipo.

III. LA CONCEPTUALIZACION DOGMATICA DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS Y EL ERROR

Reseñar la historia de lo que ha sido la discusión dogmática acerca de los elementos normativos excedería con mucho los límites de este trabajo. Por tanto, aquí me voy a limitar a exponer los orígenes de la discusión, las cuestiones dogmáticas en ella implicadas, y los efectos que produce un error acerca de dichos elementos.

Frecuentemente se conviene en que la expresión “elemento normativo” la introduce en la dogmática penal Max Ernst Mayer en 1915. Sin embargo, Herberger señala como origen un trabajo de Eduard Kohlrausch publicado en 1904, en un libro colectivo en memoria del centenario de la muerte de Kant (11). En este trabajo, de inspiración neokantiana, Kohlrausch plantea la diferencia entre descripciones y valoraciones; diferencia que se corresponde con un dualismo metodológico referido a las ciencias de la naturaleza y a las ciencias del espíritu, propio de la filosofía neokantina. Los elementos normativos se van a caracterizar con precisiones ontológicas, epistemológicas y sistemáticas, que se corresponden con las siguientes notas:

- a) no son perceptibles sensorialmente,

(10) Así, por ejemplo, se hace en las STS de 7 de julio de 1987 (*La Ley* 1987-4, 347), 3 de noviembre de 1987 (*La Ley*, 1988-1, 323) y 26 de enero de 1988 (*La Ley*, 1988-1, 653), que se ocupan de supuestos de evasión de capitales, ya que se dice que de la clandestinidad del plan estructurado se infiere que los intervinientes no tenían una creencia errónea acerca de la ilicitud de la evasión del capital. Es decir, de los hechos probados se deduce que los sujetos conocían su posición frente al Derecho, y que por tanto no concurría el supuesto del tercer párrafo del artículo 6.º bis-a).

(11) Se trata del trabajo de Eduard Kohlrausch “Über deskriptive und normative Elemente im Vergleichungsbegriff des Strafrechts”, Halle, 1904 (cfr. HERBERGER, 1976: 124).

- b) están referidos a procesos de valoración o de comprensión intelectual no descriptivos, y
- c) son elementos de la antijuridicidad.

Tres notas que evidentemente están relacionadas con el elemento intelectual del dolo y con el error, puesto que aluden al objeto del dolo, al modo en el que se obtiene el conocimiento del objeto y a la calificación dogmática como error de tipo o error de prohibición. Se puede decir que en la discusión dogmática las dos primeras notas se han mantenido pero no la tercera, puesto que mayoritariamente se acepta que los elementos normativos son elementos del tipo y no de la antijuridicidad. Sin embargo han aparecido otros elementos que han obtenido para sí dicha cualidad, sin que se puedan diferenciar claramente de los elementos normativos en los casos concretos. Me refiero, en particular, a las especiales características de la antijuridicidad, a los elementos de valoración global del hecho o a las leyes en blanco, a los que aludiré más adelante.

Para comprender las consecuencias sistemáticas que resultan de la introducción de los elementos normativos en la dogmática penal, es útil recordar que según el estado de la teoría del delito en aquel momento, al tipo se lo caracterizaba sin referencias a contenidos de valor (12). Según la conceptualización de Beling, el tipo sólo contiene elementos objetivos, es decir elementos cuya realización en el mundo exterior es perceptible sensorialmente. Mayer, al igual que Beling, diferencia entre esencia de la antijuridicidad y su relación con el tipo. Sin embargo, para Beling la antijuridicidad es puramente negativa, antijurídico significa meramente contrariedad (formal) al Derecho. Por el contrario, Mayer define la antijuridicidad materialmente: antijuridicidad es contrariedad a las normas de cultura. Las normas jurídicas no son sino normas de cultura reconocidas por el Derecho. Un comportamiento no es antijurídico porque sea típico, sino que es típico porque es antijurídico (contrario a una norma de cultura). No obstante, para Mayer la tipicidad sigue siendo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad: el tipo penal da a conocer qué normas de cultura y en qué ámbito han sido reconocidas jurídicamente. Esa función indiciaria la da el tipo como un todo, es decir, la antijuridicidad del comportamiento la muestran la totalidad de los elementos típicos. Y es frente a esta regla donde aparecen los elementos normativos como excepción: en tanto, generalmente, la antijuridicidad es señalada por la totalidad de los elementos típicos, hay tipos que contienen elementos que no contribuyen a la función indiciaria, sino que más allá de esto, fundamentan la antijuridicidad. Estos son los elementos normativos del tipo. Para Mayer son parte, *ratio essendi*, puros elemen-

(12) En lo que sigue me baso en los trabajos de KUNERT (1958: 28 y ss.) y TISCHLER (1984: 60 y ss.), donde se da una completa panorámica de lo que ha sido el desarrollo de la dogmática alemana relativa al error sobre los elementos normativos.

tos de la antijuridicidad, y por tanto impuros elementos del tipo, cuerpos extraños en él.

Tras la introducción de los elementos normativos éstos fueron aceptados rápidamente por la doctrina. Grünhut diferencia entre conceptos normativos estrictamente jurídicos y generales. Mezger los clasifica en tres grupos: jurídicos, culturales y subjetivos, en atención a la procedencia de los criterios de valoración. Más allá de esto, entiende que la interrelación entre los elementos del ser y los referidos al juicio de valor impide realizar una separación tajante entre tipicidad y antijuridicidad. De modo que la adecuación típica de una acción ya no es *ratio cognoscendi* sino *ratio essendi* de la antijuridicidad.

Conviene observar que la introducción de los elementos normativos, así definidos, está en la base de las profundas transformaciones originadas en el sistema del delito. Por una parte la puesta en discusión del sistema Liszt-Beling y su sustitución por el sistema causalista valorativo, y por otra, las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad que habrían de llevar al desarrollo del tipo total de injusto. Junto a ello, la discusión acerca de qué clase de conocimiento requieren los elementos normativos en las realizaciones dolosas y si un error en ellos es un error de tipo o de prohibición.

Del desarrollo posterior es conveniente señalar las dos posiciones más significativas respecto del procedimiento con el que el autor puede captar en el mundo de los hechos la especificidad de los elementos normativos. Ambas posiciones, que se mantienen fieles al presupuesto neokantiano de contraposición entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, pueden ser representadas por Mezger y Welzel, respectivamente. Para Mezger, el autor ha de realizar una valoración en tanto que para Welzel lo que ha de realizar es un acto de comprensión intelectual. Para Mezger, lo específico de los elementos normativos es que precisan de una valoración de los hechos. Para Welzel, los elementos normativos se diferencian de los descriptivos, en que su contenido de significación sólo puede ser comprendido intelectualmente. En cualquier caso, para la imputación dolosa ni basta el mero conocimiento de los hechos, ni se necesita una exacta subsunción por parte del autor. Antes bien, éste ha de comprender la significación del elemento (típico) en su contenido material, sin que sea preciso que le dé un nombre concreto. Estas exigencias constituyen lo que se conoce con el nombre de valoración paralela en la esfera del profano —según expresión de Mezger— o de juicio paralelo en la conciencia del autor, en expresión de Welzel. Fórmulas, que tienen su antecedente en el criterio propuesto por Binding, de la subsunción al modo del profano.

Sin embargo, dichas indicaciones generales no son un criterio operativo eficaz para reconocer a los elementos normativos. En realidad, con la introducción de los elementos normativos se inició también el problema de su delimitación de aquellos otros elementos que no son normativos, y de su caracterización frente a los descriptivos. Cuestión hasta

la fecha irresuelta, y cuestión en absoluto fácil de resolver desde estos presupuestos. Ello se pone en evidencia en la discusión iniciada por Welzel en torno a determinados tipos considerados abiertos, vinculados a expresiones tales como “adecuada a derecho”, “válido jurídicamente”, “competente”, etc., cuyo contenido ha de ser completado con normas procedentes de otras ramas del Derecho (Welzel, 1969: 82). Según Welzel, estas expresiones son presupuestos objetivos de la antijuridicidad del comportamiento, que no dependen del dolo. Es decir, los términos anteriormente citados —y otros análogos— son “especiales características de la antijuridicidad”, no son circunstancias del hecho. Por tanto, un error sobre éstos es un error de prohibición (Welzel, 1969: 168). Junto a ellos estarían los elementos normativos referidos a expresiones tales como “carácter lascivo”, “ajenidad”, “embargo”, “documento”, “funcionario” etc. En este caso, determinados errores son errores de tipo (Welzel, 1976: 233; 1969: 166), y otros errores, en el caso de elementos normativos complicados, son, por el contrario, errores de subsunción equivalentes al error de prohibición (Welzel, 1976: 242 y s.; 1969: 173 y s.).

Roxin ha criticado la posición de Welzel —y a su vez la de Armin Kaufmann— porque no permite una nítida diferenciación entre los elementos del tipo, las causas de justificación y los momentos de la antijuridicidad. En general rechaza que esos elementos que para Welzel son especiales características de la antijuridicidad, sean exclusivamente tales elementos de la antijuridicidad, puesto que también contribuyen a la descripción del hecho (Roxin, 1970: 66 y ss.; 1979: 99 y s.). Rechaza también que sean únicamente elementos pertenecientes al tipo o que sean considerados como condiciones objetivas de punibilidad. Según Roxin se trata de elementos que tanto aluden al injusto como a la antijuridicidad formal. Por tanto son elementos que han de ser situados tanto en el tipo como en la antijuridicidad. Consecuentemente, un error sobre ellos tanto puede llevar a un error de tipo como a un error de prohibición. Habrá error de tipo en tanto la falsa representación tenga que ver con su aspecto descriptivo determinante de lo injusto. Habrá error de prohibición en tanto el error, con un correcto conocimiento de las circunstancias que constituyen el injusto, haya recaído sobre la prohibición (Roxin, 1970: 132 y ss.; 1979: 209 y ss.). Con Roxin se da entrada a lo que se conoce como elementos de valoración global del hecho.

En este contexto hay que tener en cuenta también la caracterización de ciertos elementos como conceptos complejos. Estos, al igual que sucede con los elementos normativos, se refieren a hechos valorados; pero por el contrario, el dolo únicamente ha de abarcar la propia situación de hecho, como condición necesaria y suficiente (Weber, 1953: 161). Sin embargo, los elementos normativos sí que han de ser captados tanto en los hechos como en la valoración (cfr. Weber, 1953: 162). La dificultad está en que no se proporcionan criterios con los que diferenciar entre los elementos normativos y los conceptos, sino que para ello se remite a la parte especial (Weber, 1953: 162). El error sobre los hechos es error

de tipo y el error sobre la valoración, error de subsunción como subespecie del error de prohibición (Weber, 1953: 164).

También se ha relativizado la distinción entre elementos normativos y descriptivos, dado que también los elementos descriptivos contienen componentes normativos. No obstante, y a pesar de la relativización mencionada, los autores siguen diferenciando —al menos conceptualmente— entre elementos descriptivos y normativos.

Tischler, historiador y último monografista en Alemania de este tema, reconoce que no se ha establecido una clara delimitación entre los elementos descriptivos y normativos. El problema consiste en que, por una parte, los elementos normativos contienen ciertos momentos de realidad comprensible sensorialmente, es decir elementos descriptivos. Por otra parte, los elementos descriptivos señalan también contenidos que van más allá de la pura cognición; de modo que su significación social no puede ser comprendida mediante un mero conocimiento de los hechos. Por tanto, el dolo referido a elementos descriptivos del tipo presupone también una valoración paralela en la esfera del profano. Aunque ciertamente en muchos elementos descriptivos esa valoración va dada con el conocimiento de los hechos. En ellos, el paso de la percepción sensorial a la comprensión de su contenido de significación social es sencillo, en tanto que en los normativos el paso de la aprehensión sensorial a la comprensión intelectual del contenido de sentido puede ser difícil y complicado. Entre los elementos descriptivos y normativos no hay ninguna diferencia cualitativa fundamental, sino cuantitativa; ninguna diferencia en cuanto a la clase de comprensión, sino de grado. Todos los elementos del tipo son más o menos descriptivos o normativos (Tischler, 1984: 34 y ss.). Para este autor, y ahora según consideraciones prácticas, el tránsito del error sobre elementos normativos del tipo al error de prohibición es tan resbaladizo, la frontera entre ambos es tan difusa, que la jurisprudencia puede traspasarla en ambas direcciones (Tischler, 1984: 365).

Resulta desolador comprobar que tras el exhaustivo estudio de Tischler —que abarca la teorización del error sobre elementos normativos desde sus orígenes en 1915 hasta 1983— no se pueda dar una definición precisa y operativa de los elementos normativos. Consecuentemente, las cuestiones relativas al conocimiento que fundamenta el dolo y el error sobre dichos elementos tampoco pueden ser convenientemente precisadas.

IV. LA DISCUSION DOCTRINAL EN ESPAÑA

La repercusión que las anteriores cuestiones han tenido en la doctrina española ha sido diversa. En general, los elementos normativos se contraponen a los descriptivos (cfr. Bustos Ramírez, 1989: 168). Las de-

finiciones que de ellos se dan también suelen ser de carácter epistemológico, pues están en función del procedimiento utilizado para conocerlos. Según estas definiciones, los elementos normativos se aprehenden o comprenden mediante un proceso intelectual o valorativo. Así opinan Rodríguez Mourullo (1978: 260), Bacigalupo (1984: 84 y 1985: 69), Bustos Ramírez (1989: 168), Gómez Benítez (1984: 193), Muñoz Conde (1984: 45), Cerezo Mir (1985 a: 332). Como variantes se pueden mencionar la de Quintero Olivares (1986: 77 y 322), de carácter metodológico, que orienta la valoración en la indagación de otras ramas del Derecho. La que da Mir Puig (1985: 172) es de carácter normativo factual: los elementos normativos “aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social”.

Como se muestra a continuación, la cuestión acerca de si el error que recae sobre elementos normativos del tipo lleva a un error de tipo o de prohibición, no es pacífica; las mayores dificultades se producen en el análisis de los supuestos concretos: sobre todo si hay que decidir si se está, o no, ante un elemento normativo. Al igual que en Alemania, el problema tiene su origen en la diversidad terminológica y conceptual (13). Por lo que hace a la teoría de los tipos abiertos, a los especiales elementos de la antijuridicidad, o a los elementos de valoración global del hecho, la aceptación ha sido diversa. En un primer momento Córdoba Roda (1962: 354) admitió la diferencia entre las características especiales de la antijuridicidad y los elementos normativos de carácter valorativo, que pertenecen al ámbito de la tipicidad. Un error sobre los primeros es un error de prohibición, en tanto que sobre los segundos es un error de tipo. Bacigalupo (1985: 66 y ss.) entiende que el error que recae sobre elementos normativos puede llevar en unos casos al error de tipo y en otros al error de prohibición; un error acerca de elementos que contienen referencias a la antijuridicidad ha de ser tratado como un error de prohibición, en razón de “una mejor distribución de los riesgos de la vida social”. Sin embargo rechaza la construcción de los elementos de valoración global del hecho. Cobo-Vives (1987: 256 y 495), por el contrario, han rechazado la construcción de las características especiales de la antijuridicidad aunque no excluyen la existencia de cláusulas con referencias a la antijuridicidad. Sin embargo, y por lo que hace a los elementos normativos opinan que el error de tipo puede ser error de derecho si tiene su origen en una comprensión errónea del alcance de un término normativo. También Cerezo Mir (1985 a: 318, nota 67) ha rechazado la construcción de los tipos abiertos. En ambos casos porque se entiende que pertenecen al tipo (de injusto) todos los elementos que constituyen lo injusto específico de cada figura delictiva. Con el mis-

(13) Cfr. MUÑOZ CONDE. 1989: 129, para las dificultades que se plantean en los casos concretos, y 97 para la discusión al término “indebidamente” del artículo 349 del Código penal, con indicaciones. Cfr. LUZÓN PEÑA (1991: 14) acerca de las posibilidades interpretativas del término “ilegalmente” del artículo 184.

mo fundamento Octavio-Huerta (1986: 167) tampoco admiten dicha construcción. Para estos autores, en los casos en los que ciertas características típicas obliguen al juez a formular juicios de valor de carácter general, o a establecer una relación con otros elementos del tipo, lo procedente es atenerse a los métodos regulares de interpretación. Por su parte, Gómez Benítez (1984: 194 y s.), interpreta ciertos términos legales como “elementos que condicionan la antijuridicidad del hecho, pero no su tipicidad”, los cuales no son auténticos elementos normativos del tipo, aunque rechaza que determinados “elementos especiales de la antijuridicidad” aludidos por Welzel sean tales, pues se trataría de auténticos elementos normativos. Bustos Ramírez (1989: 168 y 259), diferencia entre elementos normativos y referencias a la antijuridicidad, en particular causas de justificación; aunque en los casos en los que sobre el sujeto recaen deberes específicos, lo que podría ser una causa de justificación se transforma en causa de atipicidad. El error que recae sobre elementos normativos es error sobre elemento esencial integrante de la infracción penal, recaiga sobre los presupuestos objetivos o sobre la valoración, a no ser que se refiera a la prohibición. Mir Puig (1981: 344 y s., 537 y s.), desde los planteamientos de la teoría de los elementos negativos del tipo se ha adherido a la construcción de los elementos de valoración global del hecho. En cuanto al error que recae sobre los elementos del tipo opina que debe tratarse en forma unitaria, sea un elemento normativo o descriptivo y recaiga sobre hechos o sobre el Derecho, Mir Puig. Muñoz Conde (1989: 131), en la actualidad considera que el error sobre elementos normativos o referentes a la antijuridicidad utilizados en la descripción del comportamiento típico, ha de ser tratado como un error sobre elemento esencial integrante de la infracción penal.

De este breve resumen, se concluye que en la discusión española relativa al error sobre elementos normativos, se utilizan los mismos conceptos y se caracterizan de igual manera que en la discusión alemana.

V. CRITICA A LA POSICION TRADICIONAL

De lo expuesto hasta aquí se evidencia una falta de precisión en la definición y caracterización de los elementos normativos, que repercute negativamente en el tratamiento del error. Como características de los elementos normativos se pueden señalar las siguientes notas:

- a) Se definen a partir de la contraposición entre percepción sensorial y contenidos de significado social.
- b) Los elementos normativos han de ser completados con valoraciones.
- c) Se utiliza un proceso, cuya dinámica no se concreta, a través del cual se llega desde la percepción sensorial a la comprensión del contenido de significado.

d) Se ha relativizado la distinción entre elementos normativos y descriptivos, en tanto que la interpretación teleológica de estos últimos los “normativiza”, y en tanto los elementos normativos también se integran de componentes descriptivos.

Los elementos normativos, caracterizados en tal manera, resultan excesivamente imprecisos para lo que conviene a la seguridad jurídica; no se sabe exactamente qué son, cómo se los puede reconcer, ni cómo opera el procedimiento con el que se decide si el sujeto los abarcó intelectualmente en medida suficiente; pero a pesar de ello cumplen un papel relevante en los trabajos de la doctrina y en la jurisprudencia.

Desde los presupuestos de la Filosofía analítica del lenguaje, Herberger ha criticado a la posición tradicional en los aspectos esenciales. El *criterio de la no perceptibilidad sensorial* es elemental e intuitivo y no resulta útil para determinar a los elementos normativos. Por otra parte, frecuentemente encierra confusiones terminológicas y de niveles de lenguaje (14). El *criterio de la comprensión intelectual* inicialmente planteado por Welzel no diferencia correctamente entre la extensión y la intensidad de los términos (15). Welzel diferencia entre el error que recae sobre la significación social de un determinado ámbito de cosas y el que recae sobre el concepto. En el primer caso se excluye el dolo y en el segundo se trata de un error de subsunción. Pero a decir verdad, todo aquello que es relevante en cuanto a la significación social de un evento, se incluye en la intensidad de la expresión correspondiente. De donde resulta que un error sobre la significación social de una acción, generalmente, será también un error sobre, al menos, un elemento del concepto (Herberger, 1976: 134).

El *criterio de la complementación valorativa* tiene dos formulaciones. La primera caracteriza a los elementos normativos como conceptos vacíos; en este caso el juez goza de una amplia libertad para darles contenido, incluso con valoraciones extralegales. Con razón, esta primera formulación es inaceptable para Herberger. En la segunda formulación la complementación valorativa es una forma de precisión de aquellos elementos con componentes descriptivos vagos. Pero en este caso se rea-

(14) Se suelen confundir, por una parte las cualidades de los objetos con los propios términos teóricos, y por otra el lenguaje objeto con el metalenguaje. Así ocurre con esta definición —de Heimann Trosien—: “como descriptivos son denotados aquellos elementos (Merkmale) que son perceptibles sensorialmente”. Aquí se evidencia la equivocidad de la palabra “Merkmal”: “perceptibles sensorialmente” son las cualidades de los objetos; dichas cualidades no pueden ser descriptivas, pues como “descriptivas” se caracteriza a las construcciones lingüísticas. Cuando se dice que las cualidades de un objeto son perceptibles sensorialmente se hace una declaración perteneciente al lenguaje objeto. Cuando se califica una parte de tal declaración como descriptiva se hace una declaración sobre una declaración, es decir, se coloca uno en el plano metalingüístico (HERBERGER, 1976: 129).

(15) Acerca de los conceptos propios de la Filosofía analítica que aquí se mencionan vid. enseguida VI.

liza una operación que ya es similar al procedimiento con el que se concretan expresiones descriptivas con intensión vaga. Sin embargo, la valoración de la primera formulación difiere sensiblemente del método de precisión de la segunda. Pues en este caso el juez ha de fundamentar qué elementos introduce, desecha o modifica y por qué lo hace; de este modo se pueden delimitar las modificaciones jurisprudenciales: habrá una modificación cuando los objetos que con seguridad caen bajo la “vieja” intensión, sólo parcialmente pueden ser incluidos en la “nueva” intensión (Herberger, 1976: 145 y s.) Merece la pena destacar estas observaciones, pues ciertamente el método analítico resulta más claro y racionalmente más fundado que el procedimiento valorativo.

Más allá de la problemática relativa a la distinción entre elementos descriptivos y normativos, está también la de decidir, en el caso concreto, si se trata de elementos del tipo o de la antijuridicidad, o bien si son elementos que pertenecen a ambas categorías dogmáticas; o en todo caso, cómo diferenciarlos de los elementos descriptivos, de las especiales referencias a la antijuridicidad, de los elementos de valoración global del hecho, de los conceptos complejos, de los conceptos en blanco o aun de las propias leyes penales en blanco (cfr. Muñoz Conde, 1989: 36 y s.). Esta diversidad terminológica muestra la diversidad y conflictividad conceptual y, consecuentemente, la ausencia de una definición operativa de los elementos normativos. Dicha conflictividad, claro está, repercute negativamente en la necesaria distinción entre el error de prohibición. Por una parte porque no resulta fácil, en los supuestos concretos, diferenciar a los elementos normativos de aquellos otros que contienen componentes propios de la antijuridicidad, y por otra, porque frecuentemente los elementos normativos precisan del conocimiento de cuestiones jurídicas que presuponen, a veces, el conocimiento de alguna forma de contrariedad al Derecho. Sin embargo es importante decidir si un supuesto concreto es un error de tipo o un error de prohibición ya que las repercusiones prácticas, a su vez, también son muy importantes en el caso del error vencible. Si un error se califica como error vencible de tipo y el delito en cuestión no admite la realización culposa, entonces procede la absolución. Por el contrario, si tal error vencible es considerado de prohibición entonces se aplica la pena del delito doloso aunque atenuada (uno o dos grados, según el art. 66).

VI. OPCION A FAVOR DE LA FILOSOFIA ANALITICA DEL LENGUAJE

Como ya he indicado, este tema del error que tiene que ver con los elementos normativos del tipo se puede tratar desde los presupuestos de la Filosofía analítica del lenguaje. En mi caso esta opción se debe a mis simpatías por el realismo jurídico, y en particular por la definición

denorma jurídica que he asumido, como oración inscripción externa y positiva (16). Desde esta perspectiva lo relevante son las palabras del texto legal. A ellas, por otra parte, nos vincula el principio constitucional de legalidad así como el artículo 4.º del Código civil. Al principio han de estar las palabras. Sólo después se podrá construir, conceptualizar o valorar tanto cuanto se quiera. Pero si el punto de partida son las palabras, el mejor método de trabajo lo proporcionará la disciplina que se ocupa del estudio de las cuestiones con ellas implicadas: la Filosofía analítica del lenguaje.

Frente a las posiciones tradicionales, las que parten de los presupuestos de la Filosofía analítica suponen un giro metodológico, sin que por ello se hayan de desvincular, necesariamente, de las aportaciones de las anteriores. Hay que tener en cuenta que entre las posiciones tradicionales, cada vez gana mayor número de adeptos la tesis que relativiza la distinción de los elementos normativos en el tipo (17). Este es precisamente el punto de contacto con las posiciones que sí parten de presupuestos lingüísticos; pues desde esta perspectiva, todos los términos que integran la redacción legal se asemejan en que su significado se puede determinar a través de un mismo procedimiento. Lo cual supone que, de partida, no se establecen diferencias, sin que ello haya de impedir ulteriores distinciones entre los términos legales. La línea tradicional que se inicia con Mayer, caracteriza a los elementos normativos a través de las categorías dogmáticas: los elementos normativos no son *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, sino *ratio essendi*. Por el contrario, la línea analítica parte del significado de las palabras. Pero ello no impediría, posteriormente y en el caso que se estimara conveniente, establecer distinciones sistemáticas entre los diversos términos de las redacciones legales.

Antes de pasar adelante, es conveniente introducir algunos términos propios de la Filosofía analítica, aunque sea someramente.

De acuerdo con presupuestos analíticos vamos a considerar que las palabras, símbolos o términos, son los elementos primitivos, no ulteriormente descomponibles, y las reglas semánticas las que establecen la relación entre los símbolos —o cadenas de símbolos— del lenguaje y su significado. El significado de un símbolo o palabra (nombre) se determina a través del sentido o intensión y de la referencia o extensión que se le ha asignado en el lenguaje de que se trate. La intensión está referida al mundo de los conceptos, reglas de aplicación, dogmática o meramente de las definiciones explicativas; estos conceptos son connotados por la expresión correspondiente. La extensión, en cambio, nos lle-

(16) Para los planteamientos del realismo jurídico vid. HERNÁNDEZ MARÍN (1986: 316 y s.).

(17) Cfr. TISCHLER (1984: 37), con abundantes indicaciones doctrinales acerca de la idea según la cual todos los elementos del tipo son a la vez más o menos normativos y descriptivos.

va al conjunto de objetos reales a los que designa o se refiere la palabra. La conexión entre la expresión que designa o denota y el objeto designado o denotado, se denomina relación semántica de referencia (18).

Sin embargo, los términos del lenguaje, las palabras, presentan dos clases de problemas. Por una parte, un determinado grado de imprecisión, debida a la vaguedad y ambigüedad inevitables, y por otra, sucede que hay palabras sin extensión o referencia. Aquí no me voy a ocupar de estas cuestiones que pertenecen a la teoría general de la interpretación del Derecho, desde donde se han propuesto soluciones para superar estos inconvenientes (19). Me interesa constatar, no obstante, que las dificultades derivadas de la imprecisión de las palabras también están presentes en la construcción conceptual, pues no hay que olvidar que en la actualidad, se acepta mayoritariamente que el punto de partida para la construcción dogmática es el texto de la ley.

Es conveniente mencionar también la existencia de dos clases de lenguaje, el técnico o lenguaje de los juristas —como metalenguaje del Derecho— y el común de los profanos, que no coinciden exactamente en el plano intensional y, frecuentemente, tampoco en el plano extensional (20).

VII. PRESUPUESTOS DOCTRINALES

A continuación me voy a referir a las posiciones doctrinales que toman en consideración las aportaciones de la Filosofía analítica. En la monografía de Tischler, ya mencionada, esta corriente se presenta como una tendencia actual que aparece en la década de los años setenta. Allí se alude únicamente a las posiciones de Thomas Darnstädt y Maximilian Herberger; a ellas me voy a referir a continuación, así como a las posiciones de Ellen Schlüchter, Arthur Kaufman, Urs Kindhäuser e Ingebor Puppe aparecidas en los años ochenta y noventa, que también toman en consideración presupuestos analíticos y de la teoría de la comunicación.

Maximilian Herberger constata que la interpretación teleológica de los términos legales usual, hace que no se pueda establecer diferencia alguna entre elementos descriptivos y normativos. Por su parte, diferen-

(18) Para una introducción general a las categorías semánticas vid. GARRIDO (1983: 217 y ss.) y HERNÁNDEZ MARÍN (1989: 35 y ss.), ambos con indicaciones.

(19) Se pueden encontrar indicaciones al respecto en HERNÁNDEZ MARÍN (1989: 35 y ss.), y en HERBERGER-KOCH, 1978. Para dar solución al problema de las palabras sin referencia, resulta útil el procedimiento de la paráfrasis o circunlocución que se propone en ROSS, 1976, *passim*, que ya había conocido Bentham, y que luego influyó en la teoría de las descripciones de Bertrand Russell (cfr. MORESO MATEOS, 1986: 129 y ss., con indicaciones).

(20) Vid. HERNÁNDEZ MARÍN (1989: 40 y 237 y ss.) y HERBERGER-KOCH (1978: 811). Sobre Derecho penal vid. KAUFMANN (1982: 27 y ss.) y SCHLÜCHTER (1983: 911).

cia entre expresiones descriptivas y valorativas. Las valorativas contienen un componente descriptivo y otro emotivo, a diferencia de las descriptivas, que sólo contienen componentes descriptivos. Los componentes descriptivos se refieren a cualidades de los objetos y posibilitan así su identificación. El componente emotivo transmite una valoración de los objetos, y desempeña el mismo cometido que la intensión en los elementos descriptivos. Es por ello que no se toma en consideración en la valoración paralela, pues en este ámbito sólo es relevante el componente descriptivo de la expresión valorativa (Herberger, 1976: 141 y ss.).

Del trabajo de Herberger hay que destacar las agudas críticas que formula a la posición tradicional mencionadas más arriba. Su propuesta está referida a las expresiones valorativas. La solución que propone es análoga a la de los conceptos complejos, y ha de ser objetada, como ya ha hecho Schlüchter (1983: 24 y s., y 75 y s.), en tanto los componentes emotivos no pueden ser totalmente reducidos a sus presupuestos fácticos.

A diferencia de Herberger, *Thomas Darnstädt* rechaza la caracterización de los elementos normativos basada exclusivamente en cualidades valorativas. Reconoce como expresiones valorativas aquellas expresiones en las que junto a un componente descriptivo hay otro de opinión o de recomendación. Así ocurre con elementos normativos tales como “experimentado” (*‘weidmännish’*). En este caso se describe determinado comportamiento y se expresa además que “de ese modo ha de comportarse un cazador”. Sin embargo, en otros elementos normativos no hay tales componentes de recomendación, cual sucede con la expresión “operaciones de un banco” (*‘Geschäfte einer Bank’*) (Darnstädt, 1978: 442). Por el contrario, los elementos típicos, como símbolos lingüísticos vinculan determinadas cualidades a los correspondientes objetos. De acuerdo con Searle diferencia entre hechos naturales e institucionales. Los primeros se corresponden con el tradicional entendimiento de las ciencias naturales sobre la construcción del mundo, con referencia a estados físicos o psíquicos o cualidades que pueden ser descritas totalmente. Las institucionales resultan de aquellas naturales que tienen relevancia para los miembros de la sociedad. Desde estos presupuestos, elementos normativos del tipo son aquellos elementos (típicos) referidos a hechos institucionales; es decir hechos a los que por lo menos se les asigna una cualidad social. Consecuentemente, el dolo del autor ha de abarcar esas cualidades institucionales o la relevancia social del hecho. Con Welzel, pero con nueva terminología, diferencia entre errores sobre objetos extralingüísticos y errores sobre el contenido semántico de la norma. Los primeros dan lugar a un error de tipo y los segundos de prohibición (Darnstädt, 1978: 443 y ss.).

En definitiva, se puede decir que Darnstädt no introduce modificaciones relevantes, más allá de reformular la posición de Welzel con la terminología propia de la filosofía analítica.

Según *Urs Kindhäuser* es posible diferenciar los elementos descrip-

tivos de los normativos sin forzar las cosas, aunque la constatación de los elementos del tipo descriptivos y normativos puede ser verificada, en un sentido amplio, según el mismo esquema. No utiliza para ello el criterio de la percepción sensorial o de la comprensión intelectual, ya que no podrían ser aplicados a términos conceptuales que han de ser definidos en razón del lugar que ocupan en una teoría (por ejemplo, energía nuclear o rayos ionizantes).

Los elementos descriptivos se refieren a cualidades naturales y los objetos son asignados al marco de juicios teóricos. Los juicios teóricos implican la constatación y la aclaración de un hecho en bruto (*factum brutum*), en el sentido de que dicen lo que es, expresan las cualidades que caracterizan al objeto en el mundo.

Los elementos normativos se refieren a cualidades convencionales y los objetos son asignados al marco de juicios prácticos. Los juicios prácticos aluden a cómo han de ser realizadas las acciones, cuándo son verdaderas o falsas; expresan aquello que rige o está en vigor; pero no dicen cómo son los objetos o cómo se los identifica. Antes bien son cualidades que sólo resultan de las actitudes de los hombres con las cosas o con otros hombres. Son cualidades que deben su existencia a una regla social. Los juicios prácticos se refieren a la coordinación de interacciones. La cuestión de si una determinada regla es más adecuada que otra para solucionar un problema de coordinación tiene que ver con el propio problema en el marco de una discusión moral o jurídica.

Los elementos normativos son valorativos pero sólo y en tanto son utilizados para comparar o graduar. Las valoraciones no son expresión de sentimientos, sino que comunican un contenido asertivo, proporcionan un dato acerca del lugar que ocupa el objeto valorado en una escala que responde a un estándar aceptado para valorar tal clase de objetos. Así, cuando se dice que tal objeto es un documento o una cosa ajena, no se está diciendo nada positivo ni negativo, ni se recomienda ni se rechaza el objeto, ni éste es admirado o condenado. Ahora bien, ello presupone que el juzgador acepta las reglas del estándar que se aplican (Kindhäuser, 1984: 465 y ss.).

Kindhäuser entiende que si una expresión, sea un predicado normativo o descriptivo, es utilizada en una aserción para caracterizar un objeto, entonces se ha de distinguir entre el contenido, el sentido, de la aserción y las condiciones fácticas que han de darse para que esa aserción sea verdadera. El problema en este contexto está en la diferenciación entre el error sobre el contenido de una aserción (es decir, un error sobre el sentido de la aserción) que incluye al predicado típico y el error sobre las condiciones bajo las cuales esa aserción es verdadera.

Se plantea si como objeto del dolo bastan las condiciones de la realización del tipo, o bien la responsabilidad dolosa exige una actuación con una representación conceptual que por lo menos sea equivalente al sentido del tipo, y se muestra partidario de la primera posibilidad. Según ello, si el autor no considera pornográfico un escrito con determi-

nado contenido yerra sobre el sentido del predicado “pornográfico”; él no conoce correctamente su contenido porque no sabe que a las características de ese concepto también pertenecen las cualidades que presenta el escrito en cuestión. Este error de sentido no es relevante para el dolo, sino, tal vez, como error de prohibición. En cuyo caso, lo relevante no es si el sujeto pudo o tuvo que abarcar el sentido del predicado “pornográfico”, sino si podía o tenía que comprender la dañosidad potencial del escrito para el desarrollo de la juventud, y con ello lo ilícito de su difusión.

Los errores, pues, quedan clasificados en dos categorías: errores sobre el sentido (de las palabras) y errores sobre los hechos. El error sobre el sentido de las palabras (sobre “el contenido de la norma fijado en el tipo”) llevará a un error de prohibición, relevante en el ámbito de la culpabilidad. El error sobre los hechos (“sobre los presupuestos fácticos bajo los que la expresión es aplicada en un caso concreto”) llevará a un error de tipo que excluye el dolo (Kindhäuser, 1990: 407 y ss.).

De la posición de Kindhäuser hay que destacar que la determinación de los elementos normativos y descriptivos la lleva a cabo según un mismo esquema, en el que no intervienen los criterios de percepción sensorial o comprensión intelectual. Claramente, en el caso de los elementos normativos se alude a un estándar, reglas o normas con los que se determina su contenido asertivo.

Sin embargo, en su propuesta se utilizan las categorías de verdad/falsedad en el contexto de un discurso prescriptivo, el de las normas jurídicas, con el cual son incompatibles. Si por el contrario, dichas categorías se aplican sólo a los enunciados metajurídicos asertivos de la Ciencia jurídica ello es correcto, pero entonces se está refiriendo el objeto del dolo, no a lo que según el texto legal es la realización típica, sino a las condiciones fácticas para las que el enunciado metajurídico —y por tanto no jurídico— es verdadero. Así, para convenir que determinado escrito es pornográfico se ha llevado a cabo un razonamiento en el que interviene como premisa un estándar —que no es jurídico— con el que se valora el hecho. Ante una diferencia entre las intensiones técnica y vulgar, Kindhäuser entiende que se trata de un error sobre el sentido de una expresión y que por tanto es irrelevante para el dolo. Pero en dicho caso también debería analizarse la aceptación general del estándar utilizado y su divulgación, así como el grado de certeza que proporciona en la determinación de la extensión del elemento típico. Entiendo, por el contrario, que un error del sujeto en cuanto al carácter pornográfico, habida cuenta de la vaguedad del término ha de ser apreciado con mayor flexibilidad, como se expone más adelante.

Para *Ellen Schlüchter*, elementos normativos son aquellos elementos del tipo que remiten a otra norma, jurídica o no. La extensión de estos elementos es esa norma a la que remiten. Ahora bien, los términos de dicha norma también tiene extensión e intensión. De donde resulta, que

los correspondientes elementos normativos tienen una doble referencia. La primera alude a la norma extrapenal a la que remiten y la segunda, a determinados estados de cosas que están comprendidos en los conceptos de la norma a la que el elemento normativo había remitido. De modo que la extensión resultante incluye la suma de todos los posibles ámbitos factuales que constituyen la referencia de dicha norma, así como a sus conceptos. Es esta circunstancia, precisamente, la que otorga a los elementos normativos del tipo su especificidad frente a los descriptivos (Schlüchter, 1983; 23 y ss.). Sin embargo, ello no significa que entre los elementos normativos y los descriptivos haya una diferencia cualitativa, pues ambos denotan un ámbito de un estado de cosas como extensión. La diferencia consiste sólo en el número de operaciones intermediadoras que hay que efectuar hasta llegar a dicho ámbito (Schlüchter, 1983: 144). Por lo demás, en el proceso de subsunción, los elementos normativos no se diferencian del resto de los elementos del tipo. Cuando un elemento se ha de describir intensionalmente y no sólo como una cuestión de hecho, entonces se han de coordinar las circunstancias o estados de cosas extensionales e intensionales (Schlüchter, 1983: 93).

Schlüchter no cae en el frecuente error de origen terminológico y de repercusión materiales, sobre las palabras y los hechos. Por el contrario, diferencia entre los elementos (típicos) que forma parte del tipo y las circunstancias del hecho (*Tat-Umstand*), que son un ámbito de un estado de cosas determinado por los elementos típicos, es decir, su extensión (Schlüchter, 1983: 141) (21).

El entendimiento de las circunstancias del hecho como un ámbito de un estado de cosas que se corresponde con un elemento del tipo, tiene importantes consecuencias para el dolo. Para la realización dolosa, el autor tiene que haber aprehendido todo el ámbito del estado de cosas determinado por los elementos de la correspondiente norma que denotan o se refieren al bien jurídico. Es decir, es determinante que el autor haya abarcado el ámbito del estado de cosas denotado extensionalmente por el correspondiente elemento típico, en la medida en la que han de ser clarificados los componentes referidos al bien jurídico. Ahora bien, y aquí está la peculiaridad de la propuesta de Schlüchter, para la realización dolosa, como regla general, basta con que el autor haya conocido la significación lesiva de su conducta para el bien jurídico. En cambio, no es necesario el conocimiento de la significación global del elemento (normativo) típico (Schlüchter, 1983: 92). Se exceptúa el caso —no hay dolo pues— en el supuesto que el autor haya configurado una representación del hecho que se sale totalmente fuera del marco del

(21) Las circunstancias, que según la redacción legal del párrafo 16 del Código penal alemán, pertenecen al tipo son todos los ámbitos de estados de cosas (descritos) que constituyen la extensión de las características del tipo. Por tanto, una circunstancia pertenece a un elemento normativo en tanto forme parte de su doble extensión (SCHLÜCHTER, 1983: 92).

tipo. En ello consiste el criterio de la visión del ámbito de cosas (*Sachverhaltssicht*) reducida teleológicamente, que propone Schlüchter. Frente a la fórmula de la valoración paralela en la esfera del profano opone, pues, el conocimiento de los componentes del elemento típico referidos al bien jurídico, como criterio para delimitar el error de tipo del error de prohibición (Schlüchter, 1983: 116 y 193) (22).

De lo dicho hasta ahora se exceptúan los elementos de valoración global del hecho, a pesar de que también designan un ámbito de un estado de cosas como extensión. Ello se debe a que los elementos de valoración global del hecho no pertenecen al tipo legal en su conjunto, sino sólo los elementos particulares que denotan el injusto. Únicamente la extensión constituye una circunstancia de las que pertenecen al tipo en el sentido del párrafo 16, en tanto que la valoración misma pertenece a la antijuridicidad (Schlüchter, 1983: 94).

La propuesta de Schlüchter ha sufrido críticas. Se le ha objetado falta de precisión, que no proporcione una clara diferenciación, en los casos límite, entre el error de tipo y el error de prohibición, que no conceda relevancia al error sobre el significado global del elemento típico, y en particular que no va más allá del criterio de la valoración paralela que ella rechaza (cfr. Tischler, 1984: 368; Kuhlen, 1978: 432).

Así, Cramer (1988: com. par. 15, núm. 45) menciona la posición de Schlüchter cuando trata sobre la valoración paralela e indica que llega a las mismas conclusiones, aunque a través del método de la reducción teleológica. Su propuesta adolecería de falta de precisión dado que la determinación de los componentes del elemento típico referidos a la protección del bien jurídico presenta dificultades, y consecuentemente, el ámbito que ha de ser abarcado por el dolo. Por otra parte la determinación del dolo se vincula a conceptos valorativos de difícil precisión, tales como el defecto relevante en la representación del estado de cosas reducido teleológicamente, o representación del hecho totalmente modificada, o supuestos que extensionalmente caen

(22) Así, por ejemplo, el componente referido al bien jurídico que denota el elemento típico documento sería su función como medio de prueba (SCHLÜCHTER, 1983: 131), o en otros casos una función probatoria de una aclaración explicativa referida a una marca comercial o al usuario de un bono para una cantina militar, etc. (SCHLÜCHTER, 1985 b: 377 y s.).

Las críticas que realiza al criterio de la valoración en la esfera del profano se basan en que la diferencia entre las percepciones del profano y las del jurista, en modo alguno afectan únicamente a las valoraciones. No sólo hay diversas consideraciones en la referencia valorativa, sino que, además, se ha de tener en cuenta que diversos individuos pueden captar de diferente manera el estado de cosas, al cual está referida la valoración. La percepción depende de predisposiciones del individuo y de los conceptos disponibles. Así pues el profano y el jurista no sólo valoran de diverso modo, sino que además pueden captar la realidad de diversa manera. Por ello, al sujeto sólo se le puede responsabilizar por dolo cuando hubo conocido la eficacia perjudicial para el bien jurídico de su comportamiento, por lo menos en forma de dolo eventual (SCHLÜCHTER, 1983: 141 y ss.).

totalmente fuera del marco del tipo. Se ha señalado también que en su propuesta es totalmente irrelevante el error acerca de los hechos particulares a los que se refiere el elemento típico interpretado globalmente (Tischler, 1984: 368; Kuhlen, 1978: 432). Ello significa que si el autor conoce la repercusión de su acción para el bien jurídico, entonces actúa con dolo a pesar de un error sobre la realización de alternativas del tipo, o un error sobre la realización de otro tipo, e incluso puede permanecer el dolo en los casos de *double error* (Kuhlen, 1987: 433). También se ha criticado, que oriente la teorización del error en el bien jurídico. Pues de ese modo se dificulta la teorización del error con las dificultades que gravan, ya de por sí, la teorización acerca del bien jurídico (Tischler, 1984: 368; Kuhlen, 1978: 435 y ss.).

Ingeborg Puppe entiende que para los elementos normativos, no es necesario establecer una especial exigencia del conocimiento del sentido, que no se exige para los elementos descriptivos (la llamada valoración paralela en la esfera del profano), ni tampoco es necesario debilitar esa exigencia para los elementos normativos, como una mera paralelidad, para asegurar un ámbito de aplicación al error de subsunción (Puppe, 1990: 145).

En contra de Schlüchter, se opone a considerar el tipo como un concepto de clase que denote un conjunto de sucesos, al igual que un elemento típico denota un objeto o un individuo (cfr. Puppe, 1990: 147). Por el contrario, concibe los tipos penales como cualidades: los tipos no denotan estados de cosas sino acciones que tienen en común la cualidad de ser la intensión de la expresión de clase; por ejemplo, acciones que tienen la cualidad de ser asesinatos, robos o falsificación de documentos. Ahora bien, ni siquiera esas acciones determinadas a través de ciertas cualidades pueden ser consideradas como la extensión del tipo, puesto que un hecho tal como que A ha matado a B por móviles bajos, no puede ser comprendida si no se sabe que se trata de un asesinato en la manera en que el parágrafo 211 define dicho concepto. Las denominaciones típicas como asesinato, robo o falsificación de documento no son cualidades de los hechos que caen bajo esas denominaciones típicas como su extensión, sino sólo abreviaturas para el hecho mismo, que inadmisiblemente se usan como si fueran sustantivos y con ello suscitan la falsa apariencia de conceptos de clase. Ahora bien, si el tipo no sólo se refiere a un hecho que lo realiza, sino que representa al hecho mismo, ¿cómo logra el tipo referirse a los diversos hechos que igualmente lo realizan? Ello es posible ya que los tipos, como descripciones de los hechos que los satisfacen son incompletos. Tomemos el caso más sencillo de tipo: “quien dolosamente mata a otro”. Esta expresión ni describe un hecho ni proporciona una cualidad de un hecho; tomada en sí misma carece de sentido completo. Una descripción de un hecho se obtiene de esa expresión porque las palabras “quien” y “otro” introducen determinaciones para personas, por ejemplo nombres propios. Un tipo

no es una frase completa sino una función de frase (*Satzfunktion*), la cual representa una referencia entre individuos, que puede ser satisfecha por una diversidad ya que a éstos los deja indeterminados. Así pues, un tipo describe muchos hechos, de igual modo que una función matemática muchas ecuaciones. Un hecho, en el sentido del parágrafo 16 del CP alemán “que pertenece al tipo legal” es lo que la frase significa, lo que obtenemos, cuando sustituimos las variables individuales existentes en el tipo por constantes. De modo que los hechos que pertenecen al tipo legal son descritos por el tipo cuando sus variables individuales se sustituyen por constantes. Ello le lleva a concluir que los hechos no son la extensión, sino la completa intensión del tipo, o dicho corrientemente, su sentido (Puppe, 1990: 148 y ss.), y de ahí que, según esta autora, lo que el sujeto ha de conocer para actuar dolosamente es el sentido del tipo (Puppe, 1990: 145), que entiende como el sentido de la frase que deriva del tipo (Puppe, 1990: 150).

Para constatar si el dolo del autor abarcó dicho sentido, y establecer la distinción con el error de prohibición, propone el siguiente procedimiento: el juez ofrece al acusado frases alternativas (vulgares) para describir los hechos, cuya intensión implica a la frase que deriva del tipo (frase L-equivalentes según la terminología de Carnap que utiliza Puppe). Si el sujeto se halla en un error de tipo nunca afirmará una de tales frases, a no ser que con la afirmación de la frase se halle de nuevo en un error de subsunción (error conceptual) (Puppe, 1990: 152).

La propuesta de Puppe no puede ser compartida. El objeto del dolo es la realización típica, es decir, los hechos efectivamente realizados, y no el sentido o la intensión del tipo, es decir, el resultado de un razonamiento en el que interviene el texto legal, pero también el conjunto de reglas de aplicación, construcciones dogmáticas o interpretativas, etc.; en definitiva, oraciones metajurídicas. En segundo lugar, la cuestión más complicada, la delimitación del error de subsunción no queda resuelta. Pero además, un hecho tal como matar a otro con veneno, no es un asesinato porque esté aludido en el artículo 406 del Código penal. Independientemente de dicho artículo del Código penal, antes y después de él, desgraciadamente, existieron y existirán tales hecho. Lo verdaderamente relevante es que al hecho de matar a otro con veneno se le asocia una pena en virtud del artículo 406. Con el término asesinato, el Código penal no da origen, no crea, ninguna categoría de hechos, sino que tan sólo le da una denominación técnica a determinadas clases de hechos, y a continuación señala la pena que se impondrá si un hecho de tales características se produce. Frente a otros comportamientos también definidos como delito las precisiones anteriores se hacen más evidentes: primeramente se dieron hechos consistentes en contaminar el medio ambiente y posteriormente se tipificaron tales hechos, que hoy denominamos delito ecológico; en un momento anterior al presente exis-

tió el tipo de adulterio pero no en la actualidad, a pesar de que hoy como ayer, existan los hechos constitutivos de aquel tipo, etc.

Arthur Kaufmann ha criticado la valoración paralela en la esfera del profano, por ser una regla de imputación de carácter estático, en la que no se toma en cuenta el proceso de comunicación entre el juez y el autor. Se observan separadamente las valoraciones del autor en su esfera de profano y la del juez como juicio de culpabilidad, y no se refleja la confluencia entre ambas (Kaufmann, 1982: 19 y ss.). El sujeto no tienen ninguna representación jurídica de su hecho, sino que capta únicamente su contenido de significado social. Para este autor, la imputación es un proceso comunicativo entre el juez y el acusado, constituido no sólo por lo que se haya representado el acusado, sino, ante todo, por la correspondencia entre el horizonte de comprensión del autor y del juez, quien determina el significado de la ley mediante sus propios usos del lenguaje (Kaufmann, 1982: 33 y ss.).

En este proceso se ha de tener en cuenta la bidimensionalidad del idioma o dicotomía entre el lenguaje técnico y el lenguaje común. Según Kaufmann, los sujetos hallan la esfera de lo normativo, no en forma de norma abstracta bajo la cual han de subsumir los hechos, sino en forma de concretos modelos de comportamiento o estereotipos, que reconocen en la producción de la situación concreta, sin necesidad de recurrir a especiales procesos mentales como la subsunción o el silogismo (23). En cualquier caso, las representaciones del autor referidas a lo justo o injusto, no se realizan mediante las categorías del lenguaje legal, sino que son determinadas a través del lenguaje común (Kaufmann, 1982: 27 y ss.).

Así pues, la cuestión fundamental, para la valoración paralela en la esfera del profano con la que se ha de fundamentar el dolo, es la siguiente: ¿cómo se pueden corresponder la esfera de la conciencia del profano, configurada a través del lenguaje común, con la esfera de la intencionalidad de la ley fijada en lenguaje técnico, de modo que la imputación de ese conocimiento del profano justifique el dolo? En el proceso de comunicación en que consiste la imputación se diferencian dos planos: el plano del objeto del mundo, expresado en el lenguaje común del autor y el metaplano del mundo del lenguaje técnico del juez. El juez juzga en el metaplano técnico la culpabilidad del autor, él la define como culpabilidad jurídica. La valoración paralela se produce en el juez, él tiene que servir de mediador entre el lenguaje común del mundo del autor y el mundo del lenguaje técnico de la ley penal. En dicho proceso

(23) La cuestión está en decidir si la conciencia del autor acerca de la significación normativa de su hecho ha de consistir en una idea lingüística (*sprachgedanklich*) o basta con un conocimiento consistente en una mera idea material (*sachgedanklich*). Para Kaufmann, la conciencia es siempre conciencia lingüística, pues afirma que donde no hay nombres y palabras no hay acontecimientos en nuestra conciencia: palabras y pensamientos, palabras y significados no han de separarse.

de comunicación entre el autor y el juez, la conciencia de la dañosidad social del autor pasa a ser conciencia del juez acerca de la significación jurídica del hecho. La conciencia de la antijuridicidad sólo se constituye en el proceso, a través del juez, y al autor se le imputa el juicio de culpabilidad. La culpabilidad en sentido jurídico materialmente está, por tanto, en la cabeza del juez (Kaufmann, 1982: 36 y ss.).

Kaufmann plantea en su propuesta la diferenciación —que ya había establecido en trabajos anteriores— entre la conciencia del injusto en sentido material y la conciencia de la antijuridicidad formal. La conciencia del injusto está estrechamente unida con las circunstancias del hecho, de modo que, por regla general, el conocimiento de las circunstancias particulares del hecho también proporciona el conocimiento de lo injusto del hecho total. De modo que conocimiento de las circunstancias del hecho y conocimiento del injusto se dan a la vez en la valoración paralela (Kaufmann, 1982: 10). Sin embargo, lo dicho sólo vale para el Derecho penal sustancial (*Kernstrafrecht*), pues para el Derecho económico, del tráfico, del medio ambiente o político (*Nebenstrafrecht*) el conocimiento del injusto consiste en la conciencia de la antijuridicidad formal. En tales casos únicamente hay conciencia del injusto cuando el autor conoce la prohibición jurídica (Kaufmann, 1982:33).

Entre los críticos, Kuhlen (1987: 463 y ss.) ha señalado que es difícil constatar en el proceso penal la coincidencia entre la conciencia del injusto del autor y la intención de la ley. Por otra parte, entiende que la formulación dinámica de la imputación no es adecuada para solucionar el problema de cuándo y porqué está justificado que baste para el dolo una mera valoración paralela. También critica la tesis de Kaufmann de que en el Derecho penal sustancial (*Kernstrafrecht*) el conocimiento del injusto consiste en la conciencia de la dañosidad de la acción, en tanto que en el Derecho penal especial (*Nebenstrafrecht*) consiste en la de la antijuridicidad formal. Pues ello no es sino la teoría del dolo, con la particularidad de que en la base del Derecho penal sustancial está un concepto material de conciencia del injusto. En su opinión, el análisis de Arthur Kaufmann acerca de la problemática de la valoración paralela no proporciona ningún argumento nuevo para una tal teoría del dolo. Por su parte Maiwald no comparte la idea de que el proceso de imputación se produce en la cabeza del juez, como lo indica la valoración paralela del autor en la realización del hecho y la constatación de dos mundos lingüísticos (Maiwald, 1984: 17).

VIII. POSICION PERSONAL

A) Los elementos normativos

Según lo anterior, en este punto ya se puede admitir que:

1.º El significado de todos los términos legales, sean normativos o no lo sean, se determina a través de su intensión y extensión.

2.º Por tanto, entre los elementos normativos y los descriptivos no hay una diferencia cualitativa en cuanto al modo de determinar su significado.

3.º Los llamados elementos normativos se corresponden con los términos de la redacción legal cuya extensión remite a una norma, regla o estándar comúnmente aceptado en determinado ámbito, que por su parte, también tienen intensión y extensión.

4.º Para conocer el significado de los elementos normativos se ha de conocer esa norma jurídica, o regla social o teórica a la que remiten, pues el significado global de los elementos normativos es la intensión y extensión, resultante en la doble remisión.

Admitidos los anteriores presupuestos nos vamos a ocupar ahora de errores referidos a la intensión y extensión del elemento normativo y/o de la norma a la que aquél remite. Hay que tener en cuenta que, generalmente, la segunda remisión delimita un ámbito de un estado de cosas de perfiles difusos, y que por tanto puede suceder que el juez y el sujeto tengan un entendimiento diferente acerca de los límites de la realidad denotada, derivado de una diferente intensión de los términos. Estos supuestos de error no tienen que ver únicamente con los elementos normativos, sino que también pueden deberse a la presencia de términos legales vagos o ambiguos o a una excesiva “normativización” técnica de dichos términos legales etc.

En la solución de errores de esta clase, tradicionalmente se ha recurrido al concepto de error de subsunción y su instrumento auxiliar, la valoración paralela en la esfera del profano. Pero en la aplicación del error de subsunción a través de la valoración paralela no se toma en consideración las causas que han llevado al jurista y al profano a una diferente comprensión del ámbito tipificado, lo que a veces produce resultados indeseables para la seguridad jurídica. En realidad, para constatar si el sujeto tuvo un correcto conocimiento del ámbito tipificado no se puede olvidar la existencia de diversos niveles de lenguaje. Kaufmann considera dos: el técnico y el común, aunque a los penalistas nos resultaría más útil pensar que hay tres: el lenguaje legal, el dogmático y el común. En determinados casos es conveniente diferenciar entre el lenguaje legal y el dogmático, ya que es evidente que los términos legales modifican su significado en mayor o menor medida cuando son interpretados normativamente. No hay que confundir, pues, el lenguaje legal con la interpretación que los juristas hacen del lenguaje legal. Esta di-

versidad de niveles, así como las particularidades del idioma anteriormente mencionadas (ambigüedad, vaguedad y palabras sin referencia) habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de calificar los supuestos de error en cada caso concreto.

Según estas consideraciones aquí se propone un tratamiento interactivo del error: en aquellos supuestos en que el sujeto sufre un error acerca de la extensión, en un caso concreto, de un tipo de perfiles difusos, y sin restar validez a la interpretación dogmática general, se ha de conceder relevancia al error de subsunción como error de tipo. A continuación se trata sobre ello.

B) Objeto del error y proceso de imputación

En primer lugar ha de ser resuelta una cuestión que concierne al objeto del error: ¿sobre qué recae el elemento intelectual que es presupuesto del dolo? sobre las palabras del texto legal, sobre los conceptos jurídicos —aunque sea al nivel del profano— o sobre los hechos del acontecimiento concreto? Hay una posición, que claramente parte de Welzel, en la que se considera el error que recae sobre las palabras o los conceptos diferenciadamente del error que recae sobre los hechos. Así, por ejemplo, Maiwald (1984: 19) formula esta pregunta: “¿qué se representa un profano con cambio (*Wechsel*) o con acreedor pignoraticio (*Pfandgläubiger*)?” Es obvio que así formulada se indaga acerca de la intensión de dichas palabras. De igual modo hace Dernstädt (1978: 445) cuando diferencia expresamente entre el error sobre el objeto extralingüístico y el error sobre el contenido semántico de la norma. Y Kindhäuser (1990: 407) cuando contrapone el error que recae sobre presupuestos fácticos con el que recae sobre el sentido lingüístico de las expresiones. Como ha indicado Jakobs (1983: 236), no se trata de si el autor conoce el nombre del elemento típico, sino del conocimiento de la cosa.

En el presente trabajo, las posiciones de Schlüchetr y de Kaufmann representan la corriente que refiere el objeto del error a los hechos. Para la primera, el elemento intelectual está referido a un ámbito de un estado de cosas que forma parte de la extensión de los componentes del elemento típico que aluden al bien jurídico. En la posición de Kaufmann el elemento intelectual del dolo también está referido a los hechos. Pues si bien es cierto que en el proceso dinámico o comunicativo de imputación lo que se analiza es la conciencia del sujeto configurada por el lenguaje común, esta conciencia de lo injusto parte del estereotipo o modelo de comportamiento (injusto) que se hace patente con la producción del hecho, y no desde la redacción legal, a diferencia de lo que ocurre con la conciencia del juez (cfr. Kaufmann, 1982: 29).

Esta segunda corriente es la que estimó correcta: el objeto del error se ha de referir a los hechos acaecidos, a la situación concreta, a un de-

terminado ámbito de un estado de cosas. Es decir, el objeto del dolo está referido a la extensión del término legal concretado en el supuesto correspondiente. Y ello ha de ser así porque los hechos efectivamente acaecidos constituyen inequívocamente la perspectiva del autor. Si el autor algo conoce o algo ignora, es seguro que ese algo tiene que ver con el hecho producido antes que con los conceptos jurídicos, es decir, con la intensión de los términos legales. Los elementos típicos —construcciones conceptuales, no lo olvidemos— no forman parte del mundo del profano; de su mundo forman parte sujetos, objetos, eventos, o relaciones que son denotadas extensional o referencialmente por los términos legales. Sobre todo ello, pues, ha de recaer el conocimiento del autor.

Mas una cosa es el objeto del elemento intelectual del dolo y otra el *modus operandi* en el proceso de imputación, que si no se realiza en la cabeza del juez como dice Kaufmann, al menos es seguro que lo realiza el juez. En este punto hay que tener en cuenta que no puede ser constatado empíricamente si el elemento intelectual ha recaído o no sobre su objeto. Sin embargo, sí que es susceptible de verificación esa conciencia del injusto configurada verbalmente en el lenguaje común a la que se refiere Kaufmann: el juez puede indagar qué nombre, o qué descripción, o a qué modelo de comportamiento refiere el autor el hecho que acaeció realmente, o el género al que pertenece ese hecho, y luego contrastarlo con su calificación técnica. Es en este sentido que el juez tiene que servir de mediador entre el lenguaje común del mundo del autor y el mundo del lenguaje técnico de la ley penal. En mi opinión, esta es una reformulación convincente de la llamada valoración paralela (cfr. Maiwald, 1984: 17, aunque escéptico), pues aquí se parte de los hechos y desde ellos se va hacia las palabras; por el contrario, según el procedimiento tradicional, calificado el hecho según las categorías dogmáticas del jurista, a continuación se examinan los conocimientos jurídicos del profano como si se tratara de dos planos diferentes. Este planteamiento está próximo a la contrastación de intensiones de que habla Herberger (1976: 137) la intensión privada del lenguaje del autor y la oficial, del lenguaje de las instancias jurídicas de decisión. Como Herberger ha advertido, aunque no se disponga de un procedimiento exacto para llevar a cabo la confrontación de intensiones, esta manera de proceder tiene la ventaja que obliga al juez a hacer dos tipos de fundamentaciones acerca de: a) si el autor utiliza una intensión que se aparta de la intensión jurídica ordinaria, y b) si ambas intensiones son suficientemente parecidas. En el primer caso es importante indagar acerca de las causas que han llevado a una separación de las intensiones. Sobre ello se volverá más adelante.

La segunda cuestión a discutir es la *amplitud* en la que el elemento intelectual del dolo del sujeto ha de abarcar el ámbito fáctico denotado por el elemento típico. Consecuentemente con mi adscripción a una teoría del delito basada en el bien jurídico, como punto de partida me ali-

neo con esa antigua tradición que desde Frank orienta la teorización del error en el bien jurídico (cfr. Kunert, 1958: 22 y s.). Con el concepto de bien jurídico que sustento, a saber, el de relación social concreta y dialéctica sintetizada normativamente (Bustos Ramírez, 1989: 155), no se dificulta la teorización sobre el error con problemas propios del concepto de bien jurídico, tal y como ha criticado Tischler y Kuhlen a Schlüchter. Pues la expresión bien jurídico no sólo connota un concepto dogmático de la teoría del delito y de la pena como intensión, sino que también denota un ámbito fáctico como extensión. Es en ese ámbito fáctico donde los sujetos desarrollan su actividad social; y es ese ámbito de la realidad el que el sujeto ha de conocer o ignorar para actuar, respectivamente, con dolo o bajo error.

La cuestión está en decidir si respecto de un término legal que configura a un elemento típico, el sujeto ha de abarcar el ámbito fáctico que puede denotar (en diversos contextos), o bien, ha de abarcar aquél ámbito del estado de cosas reducido teleológicamente a través del bien jurídico. Esta viene a ser la posición de Schüchter, a la que como ya he indicado antes, se le han formulado diversas objeciones. Mas a pesar de las críticas, su posición, en principio, puede compartirse, ya que en la interpretación de los términos legales no sólo intervienen el criterio gramatical, sino otros y particularmente el teleológico concretado en el bien jurídico protegido (24).

Admitida pues, en general, la reducción teleológica del ámbito fáctico denotado por los términos legales a través del bien jurídico, como ámbito que ha de ser abarcado por el dolo del autor, hay que hacer una salvedad. Dicha salvedad tiene que ver con supuestos en los que se ha producido una diversificación de las intensiones técnica y vulgar, y afecta al error de subsunción, aspecto éste que Schlüchter no trata en su trabajo.

C) Error de subsunción

El alcance del llamado error de subsunción es discutido tanto terminológica como materialmente. Según la opinión mayoritaria se da un error de subsunción, si el autor, con total conocimiento de los hechos y

(24) Por ejemplo, según el artículo 249.2.º del Código penal, se impondrá una pena a “los que causaren desperfectos en los caminos de hierro o en las líneas telegráficas o telefónicas, o interceptaren las comunicaciones o la correspondencia...”. En este caso causar un desperfecto tiene un significado concreto en el lenguaje vulgar; sin embargo, reducido dicho ámbito de significado de acuerdo con el bien jurídico que protege los medios de transporte y comunicación en dicho delito, resulta que no cualquier desperfecto será típico, sino sólo aquellos que perjudiquen las comunicaciones. No basta que el sujeto sepa que causa un desperfecto, sino que ha de saber que produce un desperfecto que malogra las comunicaciones (cfr. en sentido análogo STS de 8 de noviembre de 1988) (Aranzadi, 1988/8987).

de su significado social, interpreta erróneamente a su favor el correspondiente elemento típico normativo. Esa errónea subsunción no excluye el dolo cuando el autor, a pesar de su defectuosa representación, es consciente del alcance social de su comportamiento. Esto se debe a que la valoración necesaria para el conocimiento de la significación, basta que la tenga al modo del profano. Es suficiente que el autor, en razón de una “valoración paralela en la esfera del profano” abarque el contenido de significación de la tipificación del injusto del correspondiente elemento. Ello significa que un error de subsunción en ese sentido es irrelevante para el dolo. A pesar de ello, el error de subsunción puede llevar a un error de prohibición (sin necesidad de representaciones erróneas sobre causas de justificación) en los casos en que la falta de representación supone una reducción del ámbito de la norma (Cramer, 1988, com. 1, par. 15, núms. 45 y 46). De modo que si el sujeto tenía una comprensión aproximada de las reglas o estándares que el juez utilizaba para definir el elemento normativo correspondiente, en todo caso, se aprecia un error de subsunción, que como tal es irrelevante en el ámbito del tipo. Pero en general, no entra en discusión la corrección de la opinión que el juez o el jurista tenga acerca del ámbito denotado por el elemento normativo en cuestión.

Según los presupuestos que aquí se han aceptado, la situación que se denomina error de subsunción se puede definir como una incongruencia entre las correspondientes intensiones vulgar y técnica, que lleva, a su vez, a una incongruencia en la extensión. En bastantes de tales casos se podrá ya afirmar la relevancia del error en el ámbito del tipo sin necesidad de llevar el análisis de la situación hasta el plano de la culpabilidad. Esta es la excepción que se ha de plantear, tanto a la propuesta de Schlüchter como a la posición tradicional, a la que antes me refería.

En efecto, si nos tomamos en serio el mandato de determinación que integra el principio de legalidad, se deberá conceder relevancia a la comprensión que el sujeto tiene del significado de un elemento típico en los casos en que no se corresponda el ámbito denotado por el término legal, según la interpretación jurídica usual, con la denotación de dicho término en el lenguaje común. Es decir, cuando la extensión del término legal no resulte la misma en el lenguaje jurídico y en el común. Estos supuestos, calificados como errores de subsunción, puede producirse, principalmente, a causa de la vaguedad y ambigüedad inherente a las palabras, pero también a causa de una interpretación jurídica excesivamente extensa o reducida de los términos legales, o porque las reglas de aplicación o el estándar utilizado por el juez no goce de una aceptación general y unánime en la comunidad jurídica. Así sucede frecuentemente en el caso de los elementos normativos, que como ya se ha expuesto antes, requieren una doble remisión para acotar aquella parcela de la realidad que es su referencia o extensión. En definitiva, se trata de casos en que la diferencia entre la intensión técnica y vulgar no es

debida (o no es debida únicamente) a una disparatada apreciación del sujeto.

Es por ello que no se ve la razón por la cual hayan de ir a cuenta del autor las incongruencias que se puedan dar entre, por una parte sus propias representaciones, y por otra parte el resultado de la interpretación jurídica de expresiones legales demasiado vagas o ambiguas, o entre el particular significado que han adquirido los términos legales, en virtud de determinados usos jurídicos interpretativos. Entiendo, por el contrario, que en los supuestos de falta de correspondencia entre el lenguaje común y el técnico —pero sólo en estos supuestos— se debería dar relevancia al error de subsunción en el ámbito del tipo, y admitir la exclusión del dolo. Aunque ello siempre que el sujeto, efectivamente, desconociera el significado que en el lenguaje técnico tienen dichos términos, a fin de no amparar actitudes fraudulentas, posibles según lo anterior, en aquellos ámbitos donde la aplicación del tipo resulta un tanto incierta.

No hay que olvidar que lo conminado con pena no es cualquier comportamiento que afecte a un bien jurídico protegido, sino aquél que lo afecta en forma típica. Forma típica que queda determinada por las palabras de la ley, pues ni la interpretación jurisprudencial ni la doctrinal son fuente del Derecho penal. Si las palabras de la ley no proporcionan certeza suficiente acerca del ámbito tipificado, entonces no se respeta el principio de legalidad proclamado constitucionalmente. ¿Significa ello que aquí se discute la actividad del jurista en los casos en que, ante la necesaria complementación interpretativa de un término legal, se adoptan unas reglas teóricas que no gozan de aceptación general en la comunidad jurídica, por ejemplo, porque la doctrina esté dividida al respecto? En ningún modo, pues de lo contrario muchos preceptos no podrían ser aplicados.

En realidad aquí se está proponiendo una regla general —más allá de la problemática del error en los elementos normativos— para aquellos casos en que la interpretación dogmática, necesariamente, ha de completar la construcción del tipo. En estos casos se pueden distinguir dos niveles: el de la construcción dogmática y el de la aplicación particular del tipo. En el primer ámbito pueden ser aceptados las creaciones doctrinales, en tanto satisfagan criterios científicos y por supuesto no lleven a soluciones contrarias al Derecho, y en particular a los principios constitucionales proclamados. Sin embargo, en el ámbito de la aplicación particular se ha de tener presente en todo momento que el resultado de la interpretación del tipo va más allá de lo que expresan las propias palabras de la ley, y que por tanto se pone en peligro el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Es por ello que en estos casos se han de tratar los supuestos de error con una mayor flexibilidad, que aquellos otros en que la propia redacción legal no ofrece dudas interpretativas dignas de consideración.

De modo que si el sujeto sufre un error en cuanto a la extensión en un caso concreto de un tipo de perfiles difusos, y sin restar validez a la interpretación dogmática general, se ha de conceder relevancia al error de subsunción como error de tipo. Pues ante cuestiones jurídicas discutidas y discutibles no se ha de tener en cuenta únicamente el estándar jurídico o social que admite el jurista, con independencia del que, fundadamente, pueda asumir el sujeto: ambos han de ser ponderados.

D) Supuestos concretos

Para facilitar la comprensión de las ideas expuestas me voy a referir a continuación a dos grupos de casos de error debidos a una incongruencia entre el significado que los términos legales tienen en el lenguaje técnico y en el lenguaje vulgar. En el primer caso se trata de los términos, dañar (*beschädigen*) y destruir (*zerstören*) que se mencionan en el párrafo 303 del Código penal alemán (25). Estos términos, si bien no son propiamente normativos, han sido normativizados por la interpretación jurídica, de modo que para captar “correctamente” su significado se ha de conocer el estándar jurídico que ha fijado la doctrina, pues dicho significado se aparta a los usos lingüísticos comunes. En el segundo caso se trata de términos legales vagos que se suelen considerar valorativos, tales como “actos lúbricos o de exhibición obscena”, “pornográfico”, “buenas costumbres”, etc., que provocan gran incertidumbre sobre su significado.

D.1) *Términos legales normativizados*

Como ya he indicado supra, me voy a referir, en particular, al delito de daños que se tipifica en el párrafo 303 del Código penal de Alemania. En este párrafo se dice que corresponde una pena de hasta dos años al que, antijurídicamente, daña o destruye una cosa ajena.

El bien jurídico es la propiedad, que podemos entender en un sentido amplio como ámbito de dominio sobre bienes. Los elementos típicos que denotan la conducta son dañar (*beschädigen*) y destruir (*zerstö-*

(25) He tomado estos ejemplos traídos de la discusión en Alemania, en primer lugar porque los conozco en detalle al haber realizado un trabajo sobre los delitos de daños (SUAY HERNÁNDEZ, 1991), y en segundo lugar porque su análisis me hizo reflexionar sobre el fenómeno al que se alude en este trabajo: la actividad interpretativa que viene a transformar el significado que los términos legales tienen en el lenguaje común. En los trabajos que se realizan en España también se pueden encontrar esto que considero extralimitaciones interpretativas, pero, frecuente y afortunadamente, sin tanto esfuerzo argumental para justificarlas en términos dogmáticos.

ren). A la vista de ello ahora nos podemos preguntar si algunos, o todos, de los siguientes eventos realizarían el tipo:

- a) deshinchar las ruedas de un vehículo,
- b) introducir chinches en la habitación de un hotel,
- c) borrar una cinta magnetofónica,
- d) colocar un cartel sobre una pared de la vía pública con un tipo de pegamento inofensivo para la materia de la pared,
- e) alterar el sistema nervioso de un caballo,
- f) enseñarle expresiones procaces a un papagayo.

¿Han de ser calificados como supuestos típicos de daños? Es decir, ¿los eventos mencionados son supuestos consistentes en dañar o destruir cosas? Objetivamente, en todos ellos se han perjudicado las facultades de uso y/o disposición del sujeto con sus objetos. Incluso en el caso de la colocación del cartel, pues se puede considerar que se ha modificado sensiblemente el aspecto de la pared y con ello las sensaciones estéticas del propietario con el objeto de su propiedad, y en definitiva sus posibilidades de uso o disfrute (cfr. Schroeder, 1978: 338).

Veamos ahora qué sucede con el aspecto subjetivo. Supongamos que en todos los casos el sujeto sabe perfectamente que perjudica las facultades dominicales de uso y disposición, pero que ni remotamente se le ocurre pensar que está «dañando» o «destruyendo» una «cosa». Según la propuesta de Schlüchter, el autor habría abarcado los componentes del elemento típico —dañar por ejemplo— referidos al bien jurídico, es decir, el perjuicio para las facultades dominicales, y por tanto actuaría dolosamente. Para la posición mayoritaria se trataría de un error de subsunción irrelevante que no excluye el dolo (26). En definitiva, la solución sería la misma. La solución de la doctrina mayoritarias no es sino la definición más justificada de Schlüchter: el sujeto conocía claramente los componentes del elemento típico referidos al bien jurídico. ¿Pero ello que presupone? Si se admite que se trata de un error de subsunción que no elimina el dolo, es que se admite, sin más, que realizada la valoración paralela se ha entendido que el sujeto, en su esfera de profano, tenía una comprensión suficiente, según lo que la doctrina entiende por dañar o destruir; pues sabía que con su comportamiento perjudicaba las facultades de disposición del propietario. Hay que advertir que la doctrina alemana mayoritaria define un concepto normativo de

(26) Cfr. JESCHECK (1988: 277), para el supuesto de deshinchar las ruedas de un vehículo creyendo que no era un daño porque no había lesión en la sustancia. Cfr. también JAKOBS (1983: 236): quien es consciente que vuelve quisquilloso a un caballo tiene dolo típico de daños aunque no sepa que en Derecho penal los animales se incluyen en el concepto de cosa. De igual modo, MAIWALD (1984: 25) para el sujeto que cree que no realiza el tipo del parágrafo 303 el matar un perro, porque no considera que el animal sea una cosa en el sentido que allí se le da a tal palabra, supuesto aún más problemático que el del caballo. Vid. también CRAMER (1988: par. 15, núm. 45 b).

daño típico a partir de las palabras dañar y destruir, que en definitiva se aparta de los usos comunes.

Los supuestos que he tomado como ejemplos no son de mi invención; todos ellos menos el último —enseñarle expresiones malsonantes a un papagayo— han sido calificados como daño típico por la jurisprudencia alemana (27). Este último, que yo sepa, aún no ha sido calificado como daño típico, aunque Maurach-Schroeder (1977: 267) lo propone como tal.

Mas, ¿qué conclusiones se obtendrían si aplicáramos tan sólo los criterios que aquí nos proporciona la filosofía analítica? Objetivamente considerado se podría constatar que en tales casos no hay correspondencia entre las palabras de la ley y algunos de los eventos que los juristas consideran que forman parte de su extensión. Es decir, no se puede establecer una relación semántica de referencia entre las palabras de la ley y los eventos antes mencionados (28). Ello sólo ocurre si nos situamos en el metaplano del lenguaje técnico de los juristas. Si mantenemos la oportuna distinción entre perjuicio patrimonial y daño, podemos decir que el lenguaje común no permite describir como daños ninguno de estos casos, y por tanto, un error acerca del contenido delictivo del que la interpretación jurídica ha dotado a tales eventos, debería ser relevante, a pesar de que el sujeto haya tenido conciencia material del injusto, pues de lo contrario el principio de determinación o certeza nada garantiza. Como reconoce Kaufmann (1982: 35), el progreso del Derecho penal liberal desde los tiempos de Feuerbach, se nutre de la idea según la cual, la función de la ley penal no sólo es la de constituir los presupuestos, sino también los límites de la pena. Ciertamente ambos datos han de ser tenidos en cuenta. Si político criminalmente se entiende que dañar animales ajenos ha de estar tipificado, lo mejor sería tipificar expresamente este supuesto y no darlo por sobreentendido bajo la idea de destrucción de cosas, pues dicha expresión no identifica el referente deseado en el lenguaje común. Análogamente, si político criminalmente se entiende que la inutilización de una cosa sin daño en la sustancia ha de estar tipificada, lo mejor sería añadir en el texto del párrafo 303 el verbo inutilizar a los verbos dañar y destruir. En otros casos la solución quizás es más complicada, como puede ocurrir con la pa-

(27) Cfr. STREE (1988: com. par. 303, núm. 8b y c), DREHER-TRÖNDLE (1986: com. par. 303, núms. 5 y 6).

(28) Para una comprensión diferente del fenómeno vid. JAKOBS (1983: 237 y s.). Para este autor, términos tales como *beschädigen* y *zerstören* son una subespecie de elementos típicos, referencias normativas, conceptos que presuponen determinadas expectativas en la vida social, y por tanto una norma social; dichas expectativas no surgen del concepto en sí sino que resultan de su aprobación por el Derecho. Es decir, la definición de Jakobs consagra la práctica habitual de la doctrina en estos casos, independientemente de las diferencias que se establezcan con el texto de la ley, y sin preocupaciones por el principio de legalidad.

labra documento, pero se deberían buscar las mejores soluciones de técnica legislativa para denotar el conjunto de objetos que forman su extensión. Por todo ello entiendo que los supuestos de error que se puedan producir en estos casos han de ser relevantes para excluir el dolo.

En España también se podrían producir todos estos problemas, aunque no por una interpretación extensiva de los términos legales, sino más bien por su falta de precisión. En efecto, en el artículo 557 se habla de causar un daño en propiedad ajena, en tanto que en castellano y a diferencia de lo que sucede en alemán, el término daño es de una gran ambigüedad, y por tanto podría dar cabida a múltiples supuestos (vid. Suay Hernández 1991: 16 y ss.).

D.2) *Terminos legales vagos*

El otro grupo de casos al que me voy a referir es el de aquellas redacciones legales con términos tales como “pudor o buenas costumbres” (redacción anterior del art. 431 del Código penal) “actos lúbricos o de exhibición obscena” (actual artículo 431 del Código penal), “pornográfico” (artículo 432 del Código penal y párrafo 184 del Código penal alemán). etc., es decir términos que tradicionalmente se consideran valorativos. ¿Puede ser determinada objetivamente la extensión de estas expresiones? y de ser así ¿con qué grado de certeza?

Según Ferrajoli (1989: 97), la extensión de los términos valorativos no sólo es indeterminada sino también indeterminable, pues no connotan propiedades o características objetivas, sino que expresan sobre todo actitudes y valoraciones subjetivas. Pero ésta no es la posición dominante en la doctrina alemana y tampoco en la española, sino que en general se entiende que tales expresiones encierran, al menos, un componente descriptivo. Así, para Herberger-Koch (1978: 812) se trata de términos en los que concurre un componente significativo y un componente valorativo o emotivo. La significación valorativa supone que su expresión, por regla general, lleva asociada una referencia negativa. Sin embargo, a ello hay que decir que esta circunstancia no los caracteriza, pues la comparten con otros muchos términos legales no considerados valorativos: matar, violar, etc. Kindhäuser (1984: 476 y 471), reforzando la tesis descriptiva, entiende que las mencionadas expresiones remiten a un estándar admitido en determinado ámbito a través del cual se califican por comparación o graduación los hechos correspondientes; en este sentido asertivo dichos términos son valorativos, pero ello no supone que sean expresión de sentimientos.

Ante términos legales de esta clase, entiendo que la posición correcta está en admitir que la extensión de dichas expresiones puede ser determinada objetivamente pero no en términos absolutos, sino en términos relativos. La definición de lo que sea obsceno o pornográfico, por

ejemplo, se ha de realizar de acuerdo con los usos mayoritarios, tanto técnicos como vulgares, de los términos. Aún así subsistirá una zona de indeterminación en cuanto a los contornos de la extensión (29). Para compensar estas dificultades en la aplicación de los tipos concretos, la teoría del error puede jugar un papel importante si se le da una mayor amplitud al error de tipo. Así, por ejemplo, el yerro del sujeto acerca del contenido pornográfico de un escrito o del carácter obsceno de su conducta puede ser considerado como error de tipo. Discrepo pues de la opinión de Kindhäuser (1990: 408 y 410) para quién, si el sujeto conoce que un escrito tiene determinado contenido, un error acerca de su carácter pornográfico sea meramente un error acerca del sentido del predicado “pornográfico”, y como tal un error de prohibición, irrelevante para excluir el dolo.

En mi opinión, lo que caracteriza a este tipo de expresiones es que aluden a una determinada relación comunicativa entre sujetos. Lo que haya de ser considerado, por ejemplo, como “actos lúbricos o de exhibición obscena”, a tenor del artículo 431 Código penal, depende del contexto comunicativo en el que se produce. Por ello, el sujeto ha de saber no sólo que realiza un acto de exhibición, por ejemplo, sino que en aquel contexto es interpretado objetivamente como una invitación o un acto de comunicación de sensaciones lúbricas, independientemente de la opinión que él tenga al respecto (30). Pues como ha señalado Díez Ripollés (1985: 144) —acerca de la anterior redacción de este artículo, que incluía la expresión “(ofensa al) pudor o las buenas costumbres”— se trata de “conductas en las que el autor inserta a la víctima en una acción sexual sin su consentimiento”. Se requiere pues que el sujeto conozca y quiera ese inserción. Si no conoce que su acto lleva asociado tal efecto en aquél contexto, entonces no hay dolo, sino error de tipo.

Esta solución, en la que no se admite la separación entre el acto en sí y su significación comunicativa se aparta de la que proporciona la construcción de los *conceptos complejos*: esos actos de comunicación no

(29) Así se ha expresado DÍEZ RIPOLLÉS (1985: 136 y s.) en un epígrafe titulado “atentado inadmisibles a los principios de legalidad y seguridad jurídica” respecto de la anterior redacción del artículo 431, que incluía los términos “pudor” y “buenas costumbres”: “... después de una vida legal de ciento treinta y cinco años, ya que la formulación básica del precepto se mantiene inalterada desde junio de 1850, la jurisprudencia carece de una interpretación uniforme sobre cuales sean los elementos constitutivos del precepto y su interrelación, incurriendo en continuas contradicciones entre unas sentencias y otras, dentro de un mismo año o mes. También la doctrina carece de criterios uniformes, yendo normalmente a la zaga de la jurisprudencia”.

(30) En manera análoga pero desde una perspectiva axiológica, según KUNERT (1958: 102 y s.), en estos casos el sujeto ha de conocer racionalmente la valoración social que tiene el acto en cuestión, independientemente de su propia valoración al respecto. También en modo próximo la doctrina reclama para el tipo subjetivo del delito del artículo 431 un elemento subjetivo distinto del dolo (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, 1986: 155; MUÑOZ CONDE, 1988: 389).

pueden quedar reducidos a puros actos naturalísticos a efectos del dolo, ni se puede formular una regla operativa según la cual, realizado el acto naturalístico *eo ipso* esté dado el conocimiento de su significación comunicativa; porque puede ocurrir que el sujeto, en virtud de un particular proceso de socialización no considere que su acto, objetivamente, tiene tal significado en aquel contexto, sin que dicha particularidad tenga que ver con ninguna situación de inimputabilidad ni de conciencia errónea. Ciertamente es que en la mayor parte de los casos el sujeto será consciente del mensaje que objetivamente transmite su acto, incluso de su antijuridicidad, pero ello no exime su constatación en cada caso concreto, ni excluye de antemano la posibilidad de un error.

Estimo pues, que un error del sujeto acerca del mensaje que objetivamente transmite su acto (de la semiótica, podríamos decir) es un error sobre un elemento del tipo, un error sobre un elemento esencial y no un error sobre la antijuridicidad. Es por ello que discrepo de la solución aportada por la construcción de las *especiales características de la antijuridicidad* y de los *elementos de valoración global del hecho* (vid. supra III). Construcción esta última que curiosamente asume Schlüchter (1983: 94), a pesar de que parte de presupuestos analíticos, según los cuales, los términos legales con los que se construyen esos elementos de valoración global, no se sustraen a la regla general de determinación de su significado a través de la intensión y extensión.

E) Los elementos normativos y las leyes penales en blanco

En general se dice que la delimitación entre elementos normativos y leyes penales en blanco presenta contornos difusos (31). Tiedemann (1988 a) ha señalado la frecuente utilización incorrecta de la expresión “leyes penales en blanco” por doctrina y jurisprudencia, en particular en el ámbito de los delitos de defraudación fiscal, que contienen elementos normativos jurídicos. La ausencia de un criterio determinante con el que delimitar los elementos normativos de las leyes penales en blanco aporta nuevos problemas a la teoría del error, ya que en este terreno se reconoce una especificidad propia a las leyes penales en blanco. En este caso, la doctrina alemana mayoritaria diferencia entre el error que recae sobre una circunstancia de la norma que complementa a la ley penal en blanco, y el error acerca de la existencia de dicha norma de complementación. En el primer caso se trata de un error de tipo y en el segundo de un error de prohibición (cfr. Cramer, 1988, com. par. 15, núm. 99). En España, Muñoz Conde (1989: 101) se ha manifestado en contra de tal distinción. La corriente minoritaria se plantea la posibilidad de calificar algunos supuestos de error sobre la existencia de la norma com-

(31) Cfr. CRAMER (1988: com par. 15, núm. 103). Vid. MUÑOZ CONDE (1989: 129) para la complejidad de los supuestos concretos en el Código penal.

plementaria como errores de tipo (vid. Tiedemann, 1988 a, y 1988 b).

Ciertamente, tanto en los elementos normativos jurídicos como en las leyes penales en blanco se produce una remisión a otra norma jurídica. Pero la diferencia se ha de establecer acerca de si en la elaboración de la norma a la que se remite interviene una instancia legislativa diferente de la que promulga las leyes penales. El sentido que pueda tener la delimitación entre elementos normativos y leyes penales en blanco, ha de ser el de reflejar las variaciones temporales y espaciales que se puedan producir en el ámbito de lo punible (cfr. Tiedemann, 1988a). Por lo que respecta a los efectos prácticos del tratamiento del error es importante dejar constancia de dichas variaciones temporales y espaciales, puesto que aportarán datos relevantes para decidir acerca de la existencia del error o de si fue vencible o no. Por lo demás, opino con Schlüchter (1985 a: 45) que la distinción entre elementos normativos y leyes penales en blanco no es esencial, desde la perspectiva teórica. La cuestión esencial no es si el autor conoce la existencia de la norma complementaria, sino si conoce el ámbito extensional que denotan los elementos típicos que proceden de la norma en blanco o de la complementaria.

F) Error de tipo y error de prohibición

De la distinción entre el error de tipo y de prohibición, cuando intervienen elementos normativos que remiten a una norma jurídica, se ha dicho que es difícil establecerla y que no se cuenta con una solución plenamente satisfactoria (cfr. Muñoz Conde, 1989: 37). Como ya he indicado en V, entiendo que ello se debe a las dificultades que la caracterización tradicional de los elementos normativos no puede superar y al mal uso que se ha hecho del error de subsunción.

El problema está en que los tipos con elementos normativos jurídicos incluyen en su extensión normas jurídicas, dotadas a su vez de intención y extensión (cfr. VII A), cuyo conocimiento es necesario para actuar dolosamente. En este ámbito también se hace necesario diferenciar técnicamente entre el error de tipo y el error de prohibición, pues de lo contrario se van a dar efectos indeseables, como ya ha destacado Muñoz Conde (1989: 120), en particular, arbitrariedad.

Cierto es que como señala Kaufmann (1982: 32 y s.), hay una diferencia entre el conocimiento referido al injusto material de lo que podríamos considerar delitos tradicionales (*Kernstrafrecht*) y el que se requiere en los delitos económicos, de tráfico, contra el medio ambiente o político (*Nebenstrafrecht*). Quizás en este planteamiento pueda parecer que resuena la antigua distinción entre delitos naturales y delitos artificiales (cfr. Cerezo Mir, 1985 a: 43 y s.). Sin entrar en dicha discusión se puede constatar que hay casos en los que el legislador ha definido la conducta típica con determinados elementos que presuponen el cono-

cimiento de cierta forma de contrariedad al Derecho, generalmente extrapenal (32). En estos casos, el desconocimiento de algún elemento típico (los normativos) puede consistir, precisamente, en el desconocimiento de una forma de antijuridicidad no penal. No obstante, ello no significa que aquí no se pueda diferenciar entre el error de tipo y el error de prohibición. A decir verdad, el conocimiento de esa forma menor de antijuridicidad, administrativa, fiscal, civil, etc., conlleva una función de alerta, al igual que la infracción de los reglamentos en los delitos culposos. No es que yo opine que el delito de defraudación tributaria o el delito ecológico sean menos naturales que el hurto o la estafa. Lo que sucede es que como delitos son mucho más recientes, y, socialmente, los hechos que le sirven de base no remiten al estereotipo de conducta injusta de una forma tan completa y automática como los otros; al menos, de momento.

¿Cómo diferenciar pues en tales casos el error de tipo del error de prohibición? La distinción conceptual entre ambas clases de errores no presenta problemas, comparativamente con los que se dan en los supuestos concretos. Ahora bien, si la definición de lo que es error de tipo y error de prohibición se establece, además de conceptualmente, desde la perspectiva del sujeto, es decir, desde los hechos que son la extensión de los términos legales, es posible diferenciar:

a) El error del sujeto que recae sobre hechos y cosas, con sus correspondientes características relativas al bien jurídico, sean efectos jurídicos, sociales, comunicativos, etc.: error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal (párr. primero y segundo del art. 6.º bis a) del CP) o error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal (párr. primero del art. 13 del Anteproyecto de 1990).

b) El error del sujeto acerca de la posición en la que él mismo se ha colocado por su hecho (típico y antijurídico penalmente), frente al Ordenamiento Jurídico en su conjunto: creencia errónea de actuar lícitamente (párr. tercero del art. 6.º bis a)), o error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (párr. tercero del art. 13 del Anteproyecto de 1990).

En este supuesto no es necesario que el sujeto sepa que se enfrenta al Derecho penal en particular, o que sea consciente de la punibilidad de su conducta; sino que basta que sepa que se enfrenta a alguna rama del Derecho, tenga el propio sujeto una visión global o particularizada del Ordenamiento Jurídico (33).

(32) Así sucede en el delito del artículo 184, mediante el término "ilegalmente", en el artículo 346, "omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad o composición", o con el delito de defraudación tributaria, artículo 349, merced al término "indebidamente", o el delito del artículo 562, a través de la expresión "sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional", etc.

(33) Para la discusión sobre las relaciones entre la antijuridicidad y la antijuridicidad

Ciertamente que en muchas ocasiones el conocimiento del ámbito fáctico denotado por los elementos del tipo, llevará aparejado el conocimiento de una forma de contrariedad al Derecho, y por tanto, materialmente concurrirán tanto los elementos del error de tipo como del de prohibición. Pero con Muñoz Conde (1989: 130) opino que si respetamos la estructura de la teoría del delito, conceptualmente se ha de dar prevalencia al error de tipo. Ello, por otra parte, no agota las posibilidades del error de prohibición en estos casos, pues claramente se dará si se actúa bajo la creencia errónea de que concurre una causa de justificación, en tanto, claro está, no se hubiera producido ningún error sobre los elementos del tipo (tampoco sobre los normativos).

IX. RESUMEN

La historia de los elementos normativos parece ser la historia de una definición imposible. Desde que hicieran su aparición en la teoría del delito no se los ha podido delimitar convenientemente de sus opuestos, los descriptivos. Incluso es muy dudoso que se haya resuelto definitivamente el cometido sistemático que deban cumplir en la teoría del delito, aunque en la actualidad se entiende, mayoritariamente, que son elementos del tipo. Sin embargo, la polémica resurge en los supuestos concretos cuando se trata de decidir si un error sobre determinado elemento es un error de tipo o un error de prohibición; pues no hay manera de delimitar los elementos normativos de otras creaciones dogmáticas, tales como los especiales elementos de la antijuridicidad, los elementos de valoración global del hecho, los conceptos complejos, las leyes penales en blanco, etc. Las consecuencias prácticas son muy importantes, en particular en el caso de error vencible, y en particular si el tipo no admite la realización culposa.

Según los principios de la Filosofía analítica del lenguaje, entre los llamados elementos normativos y los descriptivos no hay una diferencia cualitativa. Los normativos son aquéllos cuya extensión remite a una norma (jurídica o no), significativa a su vez. Por tanto, su significado viene determinado por la intensión y extensión resultante de una doble remisión. Ello lleva a dos tipos de problemas: 1) los que tienen que ver con la inevitable imprecisión de las palabras, y 2) los que se derivan de la existencia de elementos jurídicos en el tipo, que muchas veces presuponen el conocimiento de una forma de contrariedad a una rama del Derecho.

De los problemas del grupo 1), se han tratado en este trabajo aquéllos supuestos en los que se ha producido una incongruencia entre las

penal, y sus repercusiones en la teoría del error vid COBOS GÓMEZ (1987: 106) y SILVA SÁNCHEZ (1987: 648, nota 3), ambos con indicaciones.

intenciones técnicas y vulgar de términos legales imprecisos, que lleva a una diferencia en las correspondientes extensiones. Salvando las creaciones dogmáticas generales que se puedan haber realizado acerca de dichos términos, aquí se propone como solución de tales supuestos, una comprensión alternativa del error de subsunción en el caso concreto, que amplía el ámbito del error de tipo a costa del de prohibición.

Los problemas del grupo 2) dificultan la necesaria distinción del error de tipo del de prohibición en los casos concretos; pues el dolo (de tipo) exige el conocimiento de determinada forma de contrariedad al Derecho. Para facilitar dicha distinción se propone como regla práctica diferenciar entre a) el error del sujeto que recae sobre hechos y cosas, sean efectos jurídicos, sociales, comunicativos, etc.: error de tipo. Y b) el error del sujeto acerca de la posición en la que él mismo se ha colocado por su hecho (típico y antijurídico penalmente), frente al Ordenamiento Jurídico en su conjunto: error de prohibición.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Enrique

1981. "La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980", en *La Ley*, vol. 1, pp. 919 a 923.

1984. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ed. Temis-Ilanud.

1985. "Error sobre los elementos del tipo y error sobre la antijuridicidad o la prohibición", en *Comentarios a la legislación penal*, vol. V 1.º, AAVV; dirigidos por Cobo del Rosal y Bajo Fernández, pp. 53 a 89. Madrid: Ed. Edersa.

BUSTOS RAMIREZ, Juan

1985. "El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6.º bis a", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fasc. III, pp. 703 a 719.

1986. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Barcelona: Ed. Ariel.

1989. *Manual de Derecho penal. Parte general. Tercera edición aumentada, corregida y puesta al día*. Barcelona: Ed. Ariel.

CEREZO MIR, José

1985 a. *Curso de Derecho Penal español. Parte general. Vol. I: Introducción. Teoría Jurídica del delito*. 3.ª ed. Madrid: Ed. Tecnos.

1985 b. "La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fascículo II, pp. 277 a 284.

COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTON, Tomás

1987. *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

COBOS GOMEZ DE LINARES, Miguel A.

1987. *Presupuestos del error sobre la prohibición*. Madrid: Ed. Edersa.

- CORDOBA RODA, Juan
1962. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona: Ed. Bosch.
- CRAMER, P.
1988. *Strafgesetzbuch. Schönke-Schröder*. 23 ed. München: Ed. Beck'sche.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín
1987. "La teoría de la culpabilidad y el error de prohibición. La reforma del Código penal, de 25 de junio de 1983, algunos años después", en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 32, pp. 273 a 288.
- DARNSTÄDT, Thomas
1978. "Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht", en *Juristische Schulung*, pp. 441 a 447.
- DIEZ RIPOLLES, José L.
1985. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Ed. Bosch.
- FERRAJOLI, Luigi
1989. *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale*. Roma-Bari: Ed. Laterza.
- DREHER-TRÖNDLE
1986. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 43 ed. München: Ed. C. H. Beck'sche.
- GOMEZ BENITEZ, José Manuel
1984. *Teoría Jurídica del Delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid: Ed. Civitas.
- HERBERGER, Maximilian
1976. "Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht", en *Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie*, AAVV a cargo de Hans-Joachim KOCH, p. 124 a 154, Kronberg/Ts.: Ed. Athneäum.
- HERBERGER, Maximilian, y KOCH, Hans-Joachim
1978. "Zur Einführung: Juristische Methodenlehre und Sprachphilosophie", en *Juristische Schulung*, pp. 810 a 817.
- HERNANDEZ MARIN, Rafael
1986. *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*. Madrid: Ed. Tecnos.
1989. *Teoría general del Derecho y de la Ciencia Jurídica*. Barcelona: Ed. PPU.
- HUERTA TOCILDO, Susana
1980. "El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, pp. 75 a 96.

JAKOBS, G.

1983. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín: Walter de Gruyter.

JESCHECK, Hans-Heinrich

1988. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeine Teil*. 4. ed. Berlín: Ed. Dunc-ker & Humblot.

JOSHI JUBERT, Ujala

1987. "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justifi-cación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fascículo III, pp. 697 a 720.

KAUFMANN, Arthur

1982. *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Bei-trag zur allgemeinen Verbrechenslehre*. München: Ed. C. H. Beck'schen.

KINDHÄUSER, Urs

1984. "Rohe Tatsache und normative Tatbestandsmerkmale", en *Juristische Ausbildung*, pp. 465 a 478.

1990. "Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 407 a 423.

KUHLEN, Lotahr

1987. *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsat-
tausschließendem Irrtum*. Frankfurt: Ed. Peter Lang.

KUNERT, Karl Heinz

1958. *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*. Berlín: Ed. Walter de Gruyter.

LUZON PEÑA, Diego Manuel

1991. "Error sobre la ilegalidad de la detención intimidatoria de una au-toridad por un agente de policía" (arts. 231-2.º y 184 CP), en *La Ley de 6-2-1991*, pp. 11 a 18.

MAIWALD, Manfred

1984. *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*. Heidelberg: Ed. R. V. Decker and C. F. Müller.

MAQUEDA ABREU, María Luisa

1983. "El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al ar-tículo 6.º bis a) del Código penal", en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 21, pp. 699 a 718.

MAURACH, Reinhart, y SCHROEDER, Friedrich-Christian

1977. *Strafrecht, Besonder Teil. Teilband 1*. 6. ed. Heidelberg-Karlsruhe: Ed. Müller juristischer Verlag.

MIR PUIG, Santiago

1981. Notas al Tratado de Derecho penal de H. H. JESCHECK. Barcelo-na: Ed. Bosch.

1985. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Ed. PPU.

MORESO MATEOS, José Juan

1986. "Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, pp. 129 a 139, núm. 3.

MUÑOZ CONDE, Francisco

1984. *Teoría general de delito*. Bogotá: Ed. Temis.

1988. *Derecho penal. Parte especial*. 7. ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

1989. *El error en Derecho penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, y HUERTA TOCILDO, Susana

1986. *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. 2. ed. (1. de 1985-86). Madrid: Ed. Rafael Castellanos.

PUPPE, Ingeborg

1990. "Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 145 a 182.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

1986. *Derecho penal. Parte general*. 1. ed. Barcelona: Ed. Gráficas Signo.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo

1978. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Ed. Civitas.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis

1980. "Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto del Código penal", en *La Ley*, 5.12, pp. 1 a 2.

ROMEO CASABONA, Carlos

1981. "El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fascículo III, pp. 739 a 767.

ROSS, Alf

1976. *Tü-Tü*. Traducción de Genaro R. Carrió. Título original "Tü-Tü", en "Festschrift til Henry Ussing", 1951, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

ROXIN, Claus

1970. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. Traducción de Enrique Bacigalupo: *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1979, Berlín: Ed. Walter de Gruyter and Co.

1987. "Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum", en *Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium*, AAVV a cargo de Hans Joachim HIRSCH Baden-Baden: Ed. Nomos.

SCHLÜCHTER, Ellen

1983. *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen: Ed. J. C. B. (Paul Siebeck).

1985 a. "Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht", en *Wistra*, pp. 43 a 97.

1985 b. "Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen Paragraphen 16 und 17 StGB", en *Juristische Schulung*, pp. 373, 527, 617.

SILVA SANCHEZ, Jesús

1987. "Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fascículo II, pp. 451 a 477.

STREE, Walter

1988. *Strafgesetzbuch. Schönke-Schröder* (comentario al parágrafo 303), 23. ed. München: Ed. C. H. Beck'sche.

SUAY HERNANDEZ, Blanca Celia

1991. *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*. Barcelona: Ed. PPU.

TIEDEMANN, Klaus

1988 a. "Blankettstrafgesetz", en *Handwörterbuch des Wirtschafts und Steuerstrafrecht*, original.

1988 b. "Irrtum ber Rechtsfragen", en *Handwörterbuch des Wirtschafts und Steuerstrafrecht*, original.

TISCHLER, Werner Georg

1984. *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandmerkmale. Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems*. Berlín: Ed. Duncker and Humblot.

TORIO LOPEZ, Angel

1980. "El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal", en *La Reforma penal y penitenciaria*, AAVV a cargo de A. Fernández Albor, pp. 247 a 269. Universidad de Santiago de Compostela.

WEBER

1953. "Vom Subsumtionsirrtum", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 161 a 166.

WELZEL, Hans

1969. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlín: Ed. Walter de Gruyter.

1976. *Derecho penal alemán. Parte general*, 2. ed. Traducción de la 11. ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Ed. Editorial jurídica de Chile.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel

1981. "El tratamiento jurídicopenal del error en el artículo 20 del proyecto de Ley Orgánica del Código penal español de 1980", en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 15, pp. 511 a 521.

