

EL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

Bernd HEINRICH*

I. Evolución histórica de la teoría del error

La teoría del error en el Derecho Penal no sólo tiene una larga tradición, sino que también experimenta una historia completamente cambiante. Al respecto, se trata, preponderantemente, de la cuestión de cuáles son los errores que excluyen el dolo y cuáles, no. Respecto de lo último, además, fue y sigue siendo cuestionable si, en relación con otros elementos de la punibilidad (p. ej., la consciencia del ilícito), ellos tienen cierta relevancia o si quedan completamente fuera de consideración. Incluso el autor a quien aquí se rinde homenaje se ha enfrentado ya varias veces con esta temática,¹ de modo que es de esperar que las explicaciones siguientes reciban su interés.

Es sabido que antiguamente se enfrentaban de manera irreconciliable la teoría del dolo² y la teoría de la culpabilidad³. Mientras que según la teoría del dolo no sólo debía considerarse parte integrante del dolo el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos individuales del tipo, sino también el conocimiento de la norma (y, en esa medida, la consciencia del ilícito) —con la consecuencia de que todo error relevante, es decir, también aquel que solamente se refiere a la consciencia del ilícito, excluye el dolo—, la teoría de la culpabilidad considera la consciencia del ilícito como elemento autónomo de la culpabilidad —con la consecuencia de que un error que

* Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derechos de Autor, de la Universidad de Tübingen. Título original: *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, en Manfred Heinrich et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80.º Geburtstag*, t. 1, Walter de Gruyter, Berlín, 2001, pp. 449/465. Traducción al español de Marcelo A. Sancinetti; revisión de la traducción de Guillermo Orce.

¹ Cf., entre otros, Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 95 ss. (sobre el error de tipo), § 21, n.º m. 20 ss. (sobre la consciencia del ilícito); *idem*, *Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960 und die strenge Schuldtheorie*, MschrKrim, 1961, p. 211; *idem*, *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, ZStW, t. 76 (1964), p. 582; *idem*, *Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum*, en: Hirsch (comp.), *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986*, 1987, p. 81; *idem*, *Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt*, JZ, 1996, p. 981; *idem*, *Über Tatbestands- und Verbotsirrtum*, FS Tiedemann, 2008, p. 37.

² Ésta fue defendida, entre otros, por Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II/2, 2.ª ed., 1916, §§ 125 ss.; Mezger, *Strafrecht: Ein Lehrbuch*, 3.ª ed., 1949, § 42, I, § 43, III (en su *Studienbuch Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1954, § 69, III, IV, si bien Mezger confronta, por entonces, con la sent. del BGHSt, t. 2, p. 194, pero sigue aferrándose a la teoría del dolo).

³ Ésta fue defendida, entre otros, por Warda, ZStW, t. 71 (1959), p. 252; Welzel, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, § 22, III; *idem*, JZ, 1952, p. 596 (598).

solamente se refiere a la consciencia del ilícito deja intacto el dolo del autor—. Después de que el BGH, en el año 1952, en su sentencia, que “rompió el molde”, se adhiriera a la teoría de la culpabilidad⁴ y de que también el legislador, en el año 1975,⁵ siguiera a esta teoría mediante su regulación expresa en el § 17, StGB,⁶ la discusión se reaviva hoy en día sólo en forma esporádica⁷ y desempeña cierto papel solamente en ámbitos marginales (así, p. ej., en el tratamiento jurídico del error sobre el tipo permisivo⁸ o en el derecho penal accesorio o bien en el derecho contravencional⁹).

Independientemente de la cuestión de si ahora se debe seguir a la teoría del dolo o a la de la culpabilidad, se tuvo siempre unidad de criterio, sin embargo, acerca de que no todo error debe conducir a excluir la punibilidad. Así, fue reconocido ya tempranamente que habría errores que ni eliminan el dolo ni la consciencia del ilícito, con la consecuencia de que ya no importaría en absoluto la discusión sobre la ubicación sistemática de la consciencia del ilícito en esos ámbitos.

Si uno toma en cuenta la historia del derecho (penal) alemán, está profundamente enraizada desde hace mucho tiempo, al respecto, la separación entre error de hecho, que siempre excluye la punibilidad (“*error facti non nocet*”), y el error de derecho, que deja intacto el dolo o la consciencia del ilícito y que conduce absolutamente a la punibilidad (“*error iuris nocet*”).¹⁰ Así, esta distinción era reconocida también ya en vigencia del § 59, StGB, ant. red., en la antigua jurisprudencia del

⁴ BGHSt, t. 2, p. 194 (204 ss.).

⁵ Mediante la Segunda Ley de Reforma del Derecho Penal (2.ª StrRG), del 4/7/1969; BGBl, I, p. 717, en vigencia desde el 1/7/1975.

⁶ Así, en todo caso, la opinión completamente dominante; cf. sólo Roxin, AT, I, § 21, n.º m. 7 ss.; en forma divergente, solamente, Langer, GA, 1976, pp. 206 ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht*, AT, 10/28; *idem*, *Studienbuch Strafrecht*, AT, 7/89 s.; *idem*, JZ, 1979, pp. 365 ss.; en favor de una “teoría del dolo modificada”, según la cual al menos la consciencia de la dañosidad social de la propia conducta sería parte integrante del dolo, Otto, AT, § 7, n.º m. 61 ss.; § 15, n.º m. 11; *idem*, JURA 1990, 647; *idem*, FS Roxin, 2001, pp. 483, 491 ss.; además, por algunos defensores de la teoría del dolo fue sostenido el punto de vista de que si bien el legislador ha regulado la teoría de la culpabilidad en el § 17, StGB, esta teoría violaría la Constitución, por lo cual las normas correspondientes serían nulas o bien tendrían que ser interpretadas conforme a la Constitución; al respecto, cf. Schmidhäuser, *Strafrecht*, AT, 10/64; en cambio, fue afirmada expresamente, en la sent. del BVerfGE, t. 41, p. 121, la constitucionalidad de la regulación.

⁷ Críticamente en relación con la teoría de la culpabilidad, p. ej., Fakhouri Gómez, GA, 2010, pp. 270 ss.; Freund AT, § 4, n.º m. 75 ss.; cf. además Koriath, JURA, 1996, p. 124 y Naucke, FS Roxin, 2001, pp. 503, 514, quienes se expresan, en este contexto, en forma especialmente crítica respecto de la regulación del § 17, StGB.

⁸ Cf. sobre esta problemática, detalladamente. B. Heinrich, AT, II, n.º m. 1128 ss.

⁹ Al respecto, cf. recientemente, Roxin, FS Tiedemann, 2008, p. 375; además, ya Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 282 ss.; asimismo, *idem*, ZStW, t. 81 (1969), p. 869; *idem*, FS Geerds, 1995, pp. 95, 106; al respecto, cf. también T. Walter, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, pp. 427 s.

¹⁰ LK-Vogel, § 16, n.º m. 2; sin embargo, cf. también Schlüchter, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983, pp. 65 ss., 80 ss.

Tribunal del *Reich*,¹¹ siendo que el § 59, StGB, ant. red., visto a partir del tenor literal, se asemejaba al actual § 16, StGB.¹² Sin embargo, el Tribunal del *Reich* realizó en años posteriores, en el ámbito del error de derecho (en contraposición al actual § 17, StGB, por entonces aún no regulado de modo autónomo) otras diferenciaciones. Así, si bien el error de derecho “jurídico-penal”¹³ (es decir, el desconocimiento de la norma penal o bien el error sobre su alcance) no exoneraba al autor, el error de derecho “extra-penal” debía tener, en cambio, el efecto de librar de pena –al igual que el error de hecho–.¹⁴ Esto se correspondía por completo a una concepción por entonces ampliamente difundida y que había hallado recepción, incluso, en algunos códigos penales de los Estados alemanes, como, p. ej., en el art. 95 del Código Penal de Sajonia. Tal error de derecho extrapenal concurriría siempre que una ley penal contuviera un elemento del tipo cuya comprensión pudiera derivarse sólo a partir de preceptos del derecho civil o del derecho administrativo (es decir, que, para la interpretación, uno tenía que recurrir a disposiciones que se hallaban fuera del Código Penal). Si, respecto de la norma jurídico penal, se trataba de una ley en blanco, esto conducía a que un error sobre una disposición anclada en otro ámbito jurídico, que “rellenaba el blanco”, fuera considerado, por regla general, como error de derecho extra-penal.¹⁵ Esta constelación de casos aparecía especialmente de modo bien frecuente, cuando el error se refería al derecho penal accesorio.¹⁶ Pero, según los principios de la jurisprudencia de aquel entonces, para la apreciación había, al fin de cuentas, solamente dos alternativas: todo error “relevante” conducía a la exclusión

¹¹ RGSt, t. 1, p. 368; RGSt, t. 2, p. 268; en ese sentido se parte también, parcialmente, de que ya el Tribunal del Reich se hallaba “sobre la base de la teoría de la culpabilidad”; cf. sólo Schroth, *Vorsatz und Irrtum*, 1998, p. 15, invocando RGSt, t. 55, p. 96: la consciencia de la antijuridicidad no sería un requisito del dolo; RGSt, t. 58, p. 247 (249): la consciencia de la antijuridicidad (sólo) sería relevante para el dolo, cuando la antijuridicidad fue incluida como elemento del tipo en la disposición; RGSt, t. 62, p. 289 (296): error sobre la “contrariedad al deber”.

¹² El § 59, StGB, ant. red., rezaba: “1) Si alguien, al cometer una acción punible, no conocía la existencia de circunstancias de hecho que integran el tipo legal o aumentan la punibilidad, no le serán imputables esas circunstancias. 2) Respecto de la punición de acciones cometidas por imprudencia esta disposición rige sólo en la medida en que el desconocimiento mismo no sea imputable a imprudencia.”

¹³ Ejemplos de errores de derecho puramente jurídico-penales se hallan en RGSt, t. 8, p. 172 (173); RGSt, t. 16, p. 83 (86 s.); RGSt, t. 19, p. 253 (254); RGSt, t. 40, p. 326; RGSt, t. 42, p. 26 (27 f); RGSt, t. 57, p. 235 (236); RGSt, t. 62, p. 155 (157); RGSt, t. 62, p. 163 (168); RGSt, t. 68, p. 240.

¹⁴ RGSt, t. 4, p. 233 (239); RGSt, t. 10, p. 233 (235); RGSt, t. 19, p. 87 (89 s.); RGSt, t. 19, p. 209 (211); RGSt, t. 23, p. 374 (375); RGSt, t. 42, p. 26 (27); RGSt, t. 54, p. 152 (162); RGSt, t. 60, p. 69 (75); RGSt, t. 61, p. 429 (431); RGSt, t. 62, p. 155 (157); RGSt, t. 72, p. 305 (309); detalladamente sobre la teoría del error del Tribunal del Reich, Schlüchter (nota 10), pp. 38 ss.; Schroth, *Vorsatz und Irrtum*, 1998, pp. 15 ss.; Tischler, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, 1984, pp. 40 ss.; desde el punto de vista de las consecuencias, Kühlen (*Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*, 1987, p. 359) también considera preferible, aún hoy, la jurisprudencia del Tribunal del Reich.

¹⁵ RGSt, t. 19, p. 209 (211); RGSt, t. 45, p. 382; RGSt, t. 52, p. 99 (100); RGSt, t. 57, p. 15 (17); RGSt, t. 60, p. 425; cf. también RGSt, t. 20, p. 236 (239); RGSt, t. 36, p. 359 (362); RGSt, t. 56, p. 337 (339); RGSt, t. 67, p. 115.

¹⁶ RGSt, t. 42, p. 26 (27); RGSt, t. 50, p. 332 (335); RGSt, t. 54, p. 4 (5); RGSt, t. 62, p. 35 (41).

de la punibilidad por dolo (era indiferente la cuestión de si tal error tenía por objeto el desconocimiento de hechos o el desconocimiento de normas de derecho “extra-penal” o del “derecho penal accesorio”) y todo error “irrelevante” (es decir, especialmente el error de derecho “jurídico-penal”) conducía, en cambio, a la punibilidad. Una “revisión de la evitabilidad”, tal como la prevé el actual § 17, StGB, no se llegaba a dar, como tampoco una atenuación facultativa de la pena.

II. Lineamientos de la situación jurídica actual

Ahora la ley determina —adhiriéndose a la mencionada jurisprudencia del BGH—, en el § 16, párr. 1, StGB, que actúa sin dolo aquel que, “al cometer al hecho, no conoce una circunstancia que integra el tipo legal”. En cambio, según el § 17, StGB, aquel a quien, “al cometer el hecho [le falta] la comprensión de realizar un ilícito”, actúa solamente sin culpabilidad —y ello si y sólo si él no pudo evitar el error—. Al respecto, existe unidad de criterio, en lo esencial, acerca de que, por “circunstancia” que integra el tipo legal, se debe entender sólo una circunstancia fáctica, que el autor tiene que haber desconocido. En cambio, el estar jurídicamente prohibida una acción no es (sobre la base de la teoría de la culpabilidad) una circunstancia de esa índole, que pueda hallar consideración en el marco del § 16, StGB. Por tanto, si el autor yerra sobre la existencia de una norma penal o su alcance, esto no es, precisamente, una tal “circunstancia [...] que integra el tipo legal”. Al autor le falta —si él comprende acertadamente todo lo demás de la situación de hecho— tan sólo “la comprensión de realizar un ilícito”, en el sentido del § 17, StGB. De tal modo, eso se puede resumir a partir del principio: si el autor yerra sobre la existencia de una circunstancia fáctica, concurre un error de tipo a evaluar según el § 16, StGB, que hace decaer el dolo. Si, en cambio, él yerra sobre la valoración jurídica de una situación de hecho reconocida acertadamente a partir del hecho real, entra en consideración solamente un error de prohibición, según el § 17, StGB, que deja subsistente el ilícito del hecho y sólo puede ser considerado en el nivel de la culpabilidad. En este caso, por tanto, el autor supone erróneamente que una conducta efectivamente punible no estaría conminada con pena, sino que sería conforme a derecho, porque él —a pesar de reconocer acertadamente la situación de hecho— yerra sobre la valoración jurídica de un acontecer determinado.

Sin embargo, de esta distinción —en sí inequívoca— entre un “error de hecho” y un “error sobre la valoración jurídica” (que se corresponde con la originaria distinción del Tribunal del *Reich* entre error de hecho y error de derecho), la opinión completamente preponderante en el Derecho Penal quiere hacer, sin embargo, una excepción, en caso de los llamados elementos “normativos” del

tipo”.¹⁷ A este respecto, se trataría de elementos del tipo que pueden ser averiguados sólo valiéndose de una valoración jurídica, así, p. ej., el elemento “ajena”, “documento”, “injuria”, “funcionario público”.¹⁸ La contraposición a ello la constituirían los llamados elementos “descriptivos” del tipo,¹⁹ por lo cual se entiende elementos que más bien son de carácter descriptivo, y que, como regla completamente general, emplean conceptos del lenguaje coloquial cotidiano, que precisamente no requieren un conocimiento jurídico y pueden ser percibidos por los sentidos, como, p. ej., los elementos “cosa”, “destruir” u “hombre”²⁰. En la *praxis* esto conduce a que, en caso de error constatado, tenga que ser analizado siempre si el elemento del tipo correspondiente puede ser captado por los sentidos (entonces, elemento descriptivo) o si sólo puede serlo espiritualmente (entonces, elemento normativo).²¹

Si concurre un “elemento normativo del tipo”, el autor podría sufrir entonces, aun en caso de un error sobre la valoración jurídica, excepcionalmente, un error de tipo (que excluye el dolo), según el § 16, StGB. Los enfoques en la fundamentación de por qué esto tendría que ser así, al igual que los criterios de diferenciación acerca de cuándo es este el caso, son, al respecto, sin embargo, muy heterogéneos. Así, se explica en particular que habría ámbitos en los cuales no se le podría exigir al autor captar siempre correctamente todos los contextos jurídicos. La consciencia acerca de si, p. ej., una cosa es “ajena” en el sentido del § 242, StGB, justamente no requiere sólo que el autor “perciba” el objeto “por los sentidos”, sino también y, precisamente, que tome conocimiento sobre la valoración jurídica previamente dada por el ordenamiento jurídico, de procesos que convierten a una cosa en “propia” o en “ajena”. Quien yerra sobre la situación de dominio, justamente no sabe que la cosa es “ajena”. Por ende, en el caso de los elementos normativos del tipo sería necesario un “conocimiento total de la significación”,²² en caso contrario el hecho no podría

¹⁷ Al respecto, cf. BGHSt, t. 2, p. 194 (197); BGHSt, t. 3, p. 110 (123); BGHSt, t. 3, p. 248 (255); BGHSt, t. 3, p. 400 (402 s.); BGHSt, t. 4, p. 80 (85 s.); BGHSt, t. 5, p. 284 (288); BGHSt, t. 7, p. 261 (263 s.); BGHSt, t. 8, p. 321 (323); BGHSt, t. 15, p. 382 (338); BGHSt, t. 48, p. 322 (328 s.); Baumann / Weber / Mitsch, AT, § 21, n.º m. 4; Herzberg / Hardtung, JuS, 1999, p. 1074; Kühl, AT, § 13, n.º m. 11; Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 10 ss., 100 ss.; en general, se considera a Max Ernst Mayer como quien “descubrió” estos elementos normativos del tipo; cf. *idem*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1915, pp. 182 ss.; sobre la evolución de este concepto, Engisch, *FS Mezger*, 1954, pp. 127 ss.; Schlüchter (nota 10), pp. 7 ss.

¹⁸ Según Roxin, AT, I, § 10, n.º m. 57, 100, estos elementos requieren una “comprensión espiritual”, mientras que los elementos descriptivos exigen solamente una “percepción sensorial”; así también Schlüchter (nota 10) p. 19.

¹⁹ Sobre la cuestionabilidad e irrealizabilidad de una distinción de esta clase entre elementos descriptivos y normativos del tipo, cf. B. Heinrich, AT, I, n.º m. 125 ss., 271; además, *idem*, AT, II, n.º m. 1087, así como *infra*, punto III.

²⁰ * En el sentido *genérico*, de “ser animado racional” (*Mensch*). (N. de Tr.)

²¹ Cf. también Schlüchter (nota 10), p. 16: si ya el legislador ha “valorado” y el juez sólo tiene que llevar a cabo aún esta valoración, existiría un elemento descriptivo. En cambio, estaría dado un elemento normativo cuando el legislador dejara la valoración en manos del juez.

²² Cf. sólo Jescheck / Weigend, AT, § 29, II, 3a; Roxin, *FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 384.

ser considerado como cometido dolosamente. Pues se llegaría en última instancia a consecuencias inequitativas, si uno tratase a un error del autor sobre la valoración (jurídica) de un elemento normativo del tipo, recién en el nivel de la culpabilidad, como error de prohibición, para lo cual, además, la jurisprudencia pone altas exigencias al considerar su evitabilidad.²³ Además, se dice que el legislador, mediante el empleo de elementos normativos del tipo expresa precisamente que el autor tiene que tener una representación del bien jurídico protegido.²⁴ Roxin lo formula de modo plástico: “El reproche de ser un criminal doloso lo merece sólo aquel cuya actitud interior valorativa se aparta de la del legislador, y en el que podemos constatar una formación de conciencia ético-jurídica reprochablemente insuficiente, no ya aquel que, teniendo una clase de personalidad fiel al derecho, yerra sólo en el ámbito de la percepción externa o en el conocimiento intelectual”.²⁵

En lo que concierne a la cuestión de cuándo habrá de estar dado, entonces, en caso de elementos normativos del tipo, aun en caso de un mero error sobre la valoración jurídica, un error de tipo según el § 16, StGB, la respuesta es basada por muchos en “una valoración paralela en la esfera del lego”:²⁶ Sólo si el autor –según la naturaleza del lego– ha reconocido el contenido de significación jurídico-social del respectivo elemento del tipo (y de su acción correspondiente), estaría satisfecho el elemento cognitivo del dolo. Si, en cambio, él ha percibido, por cierto, sensorialmente un objeto y, en esa medida, tenido pleno conocimiento de la situación de hecho, pero en el caso respectivo no comprendió una subsunción jurídica dificultosa y, por ello, desconoció el contenido de significación de su actuar, entonces, un error de derecho de esa índole tendría que conducir, excepcionalmente, a la exclusión del dolo, si, según la “naturaleza del lego”, era comprensible. Pues en este caso el autor no podría captar, posiblemente, que él realizaría un tipo. Es que uno, por esa razón, no podría exigirle a un “lego” en derecho –así se argumenta– que comprendiese

²³ Cf. BGHSt, t. 4, p. 1 (5).

²⁴ Müller-Magdeburg, *Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen*, 1999, p. 198.

²⁵ Roxin, *FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 376.

²⁶ Sobre este concepto, BGHSt, t. 3, p. 248 (255); BGHSt, t. 4, p. 347 (352); Baumann / Weber / Mitsch, *AT*, § 21, n.º m. 5; Jakobs, *AT*, 8/49; Jescheck / Weigend, *AT*, § 29, II, 3, a; Arthur Kaufmann, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, 1982, pp. 1 ss.; Köhl, *AT*, § 5, n.º m. 93; MüKo-Joecks, § 16, n.º m. 41; Otto, *AT*, § 7, n.º m. 14; Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 101; Schönke / Schröder-Sternberg-Lieben, § 15, n.º m. 43a; Warda, *JURA*, 1979, p. 80; Wessels / Beulke, *AT*, n.º m. 243; críticamente al respecto, Herzberg / Hardtung, *JuS*, 1999, p. 1075; Kindhäuser, *AT*, § 27, n.º m. 28; *idem*, *Lehr- und Praxiskommentar*, § 16, n.º m. 9 s.; *idem*, *GA*, 1990, pp. 417 ss.; Kühlen (nota 14), p. 204 ss.; LK-Vogel, § 16, n.º m. 30; NK-Puppe, § 16, n.º m. 45 ss.; Puppe, *AT*, I, § 15, n.º m. 11 ss., 32; Roxin, *FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 380, 384; Schlüchter (nota 10), pp. 67 ss.; Schulz, *FS Bemmman*, 1997, p. 246; Stratenwerth / Kühlen, *AT*, § 8, n.º m. 72; el concepto se reconduce a Mezger, *JW*, 1927, pp. 2007 s.; *idem*, *JZ*, 1951, p. 180; *idem*, *Studienbuch Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1954, § 68, I, 1a, § 69, II, 2; también en Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. III, 1918, § 165, III, se halla el giro “subsunción [...] al modo del lego”; en cambio, Welzel, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, § 13, I, 4; *idem*, *JZ*, 1954, p. 279, habla de “valoración paralela en la consciencia del autor”.

acertadamente una cuestión jurídica (al menos ligada a un tal elemento normativo del tipo) extremadamente compleja. En esa medida, por tanto, el dolo concurriría sólo cuando él comprendiese correctamente el núcleo esencial de significación del elemento del tipo que entra en consideración. Entonces, en tales casos no sería necesaria una subsunción acertada bajo un elemento del tipo determinado (por tanto, en ese sentido un mero error de subsunción con pleno conocimiento de la significación sería irrelevante). Por tanto, si el autor sabe, p. ej., que el trazo de una línea en el apoya-vasos de cerveza posee un cierto valor probatorio, y borra por ello uno de tales trazos, actúa dolosamente, aun cuando él no subsuma el apoya-vasos mismo bajo el elemento del tipo “documento”. Pues justamente alcanzaría con que él supiese, “según la naturaleza del lego”, que él destruye prueba relevante en el ámbito del tráfico jurídico.²⁷ Pero, por otro lado, se argumenta que en aquellos casos en los cuales el autor ha comprendido el núcleo conceptual de un elemento determinado (por tanto, que él, p. ej., a partir del principio de qué entiende el ordenamiento jurídico bajo el concepto “propiedad”), pero sufre, en ámbitos marginales, un error normativo que es comprensible según la naturaleza del lego (es decir, el autor, p. ej., parte de la base, tras la propagación del instituto jurídico del “*leasing*”, de que él, como tomador de un *leasing*, devendría en propietario del vehículo) a él no se le podría imputar esto. Por ello, también en este caso tendría que decaer el dolo en el nivel del tipo (y no recién la consciencia del ilícito en el nivel de la culpabilidad). Roxin²⁸ enriqueció esta doctrina en torno al elemento del conocimiento necesario del “sentido social”: sólo si el autor entiende, además del conocimiento de los hechos, también el “sentido social de su obrar”, se podría partir de que él infringió dolosamente una norma penal. O dicho a la inversa: si una errónea valoración jurídica le encubre al autor el sentido social de su obrar, se excluye el dolo relativo a la circunstancia de hecho normativa en cuestión, aun cuando comprenda completamente los hechos que subyacen en la base.²⁹ Respecto de los elementos del tipo que mezclan lo normativo con lo descriptivo el autor tendría que percibir sensorialmente los elementos descriptivos y haber comprendido espiritualmente el contenido normativo, en caso contrario, también en este caso se excluiría una conducta dolosa.³⁰

²⁷ Al respecto, cf. también Traub, JuS, 1967, p. 116.

²⁸ Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 100 ss.

²⁹ Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 104.

³⁰ Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 100.

III. Crítica de esta teoría

En lo que sigue, esta “doctrina” de los elementos normativos del tipo habrá de ser sometida a una valoración crítica. Pues si uno —sobre la base de la jurisprudencia originaria del Tribunal del *Reich*— parte de que la distinción entre un error sobre la concurrencia de una circunstancia fáctica y uno tal sobre la valoración jurídica en sí se puede llevar a cabo de manera bien simple³¹ y que también conduce a consecuencias justas, hacen falta buenas razones para desligarse de esta diferenciación en sí clara. Tal como se demostrará, los pocos casos en los cuales, en la *praxis*, es aceptado, excepcionalmente, un error de tipo según el § 16, StGB, en un caso de error sobre un elemento normativo del tipo, aun si consiste en una errónea valoración jurídica, no hacen que “valga la pena” “diluir” toda la teoría del error en su conjunto, especialmente porque estos casos pueden ser recogidos de mejor modo por vía de una aplicación generosa de la evitabilidad (o inevitabilidad) en el marco del error de prohibición según el § 17, StGB, en el nivel de la culpabilidad. Esto vale, en particular, también en razón de que, tal como aún también habrá que demostrar, hasta ahora no se ha logrado hallar criterios de delimitación asibles respecto de cuáles son los casos de error de derecho que deben conducir, “excepcionalmente”, a excluir el dolo. Antes bien, la *praxis* actual conduce, en ese sentido, a una creciente inseguridad jurídica, que puede ser evitada mediante criterios de delimitación más inequívocos.

Como primera manifestación, resalta el hecho de que la diferenciación llevada a cabo por el criterio preponderante entre elementos descriptivos y normativos del tipo apenas es realizable ya considerada en sí misma. Trazar un límite inequívoco en este ámbito no es posible.³² Pues todo elemento descriptivo del tipo contiene, en ámbitos límites, también una valoración jurídica.³³ La cuestión de si una pista de esquí de fondo³⁴ o la de si un animal³⁵ son cosas en el sentido de los §§ 242, 303, StGB, es asimismo, en última instancia, una cuestión jurídica, como lo es la clasificación

³¹ La ventaja de una “clara delimitación” es acentuada también por Schlüchter (nota 10), p. 58, pero censura a esta solución, sin embargo, al final; cf. también Traub, JuS, 1967, pp. 116 s.

³² Así también Baumann / Weber / Mitsch, AT, § 8, n.º m. 17 s.; Dopsch, GA, 1984, p. 1; B. Heinrich, AT, I, n.º m. 127; Kindhäuser, JURA, 1984, p. 465; MüKo-Freund, previo a §§ 13 ss., n.º m. 15 s.; NK-Puppe, § 16, n.º m. 41; Schmitz, JURA, 2003, p. 594; Stratenwerth / Kühlen, § 8, n.º m. 69 ss.; Wessels / Beulke, AT, n.º m. 132.

³³ Así claramente Gössel, GA, 2006, p. 281: “elementos puramente descriptivos no hay”; T. Walter, (nota 9), p. 221: “No hay [...] elementos ‘puramente descriptivos’”; además, Ambos, JA, 2007, pp. 2 s.; Puppe, AT, I, § 15, n.º m. 31; Roxin, AT, I, § 10, n.º m. 11, 59; así ya Eric Wolf, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, 1931, pp. 56 ss.

³⁴ La cualidad de cosa fue rechazada en este caso por la sent. de BayObLG, NJW, 1980, p. 132.

³⁵ Esto, especialmente después de la introducción del § 90a, BGB, por la “Ley para el Mejoramiento de la Posición Jurídica del Animal en el Derecho Civil”, del 20/8/1990, BGBl, I, p. 1762, requiere al menos una fundamentación más detallada; cf. sobre esta cuestión, en particular, Küper, JZ, 1993, p. 435.

de a partir de en qué momento del nacimiento comienza a existir un “hombre”. Sin embargo, los elementos del tipo “cosa” y “hombre” son considerados ejemplos clásicos de elementos descriptivos.³⁶ Por otra parte, también los llamados elementos normativos del tipo contienen múltiples factores que describen. Así, p. ej., un “documento” —usualmente un “clásico” elemento normativo— tiene que ser comprensible, en todo caso, de modo óptico-visual, lo que presupone que es perceptible por los sentidos.³⁷ También el elemento “ajena” requiere que el autor —antes de que pueda ponerse a hacer una valoración jurídica— sepa cuáles son los sucesos fácticos que tienen la consecuencia de que una cosa llegue a estar en la posesión de una persona determinada. Por cierto, en el caso particular seguramente se pueda hablar de un elemento teñido “más normativamente” o “más descriptivamente”; pero esta distinción no promete una ganancia real que vaya más allá. En ese sentido, se puede dudar también de si la propuesta de Roxin³⁸ de denominar como normativos solamente a aquellos elementos “que pueden ser presentados y pensados en absoluto sólo bajo la presuposición lógica de una norma” pueda ser apropiada para justificar la existencia de esta categoría conceptual. Pues, ¿por qué debería presuponer, p. ej., precisamente el elemento del tipo “documento” un “sistema normativo jurídico o social”³⁹, mientras que, en cambio, el concepto de cosa, no? Esto rige tanto más si se piensa en que de ningún modo existen normas, que, p. ej., para el caso de una definición del concepto de “documento” puedan ser de especial ayuda (lo mismo vale, p. ej., también para el concepto, reconocido como normativo, de “injuria”, en el sentido del § 185, StGB).⁴⁰ En cambio, el concepto de cosa del § 242, StGB —tal como ya se mencionó: en sí un “clásico” elemento descriptivo—, suele ser definido recurriendo al § 90, BGB, es decir, a una norma de otro ámbito jurídico.

Pero incluso si uno reconoce —como Roxin— la distinción con la pauta de que hay elementos del tipo en cierto modo mezclados con lo descriptivo y normativo (lo cual podría ser que fuese el caso, probablemente, en la mayoría de los elementos del tipo) y si uno, para actuar dolosamente, tiene que percibir sensorialmente los elementos descriptivos, mientras que comprender espiritualmente, empero, los contenidos normativos,⁴¹ es totalmente poco claro cuándo podrá admitirse que concurre la comprensión espiritual exigida (según una valoración paralela en la esfera

³⁶ B. Heinrich, *AT*, I, n.º m. 127; Roxin, *AT*, I, § 10, n.º m. 11; Eric Wolf (nota 32), pp. 56 ss.

³⁷ Roxin, *AT*, I, § 10, n.º m. 59.

³⁸ Roxin, *AT*, I, § 10, n.º m. 60, invocando a Engisch, *FS Mezger*, 1954, pp. 127, 147; así también Schlüchter (nota 10), p. 21.

³⁹ Así, Roxin mismo (en *FS Tiedemann*, 2008, 375, 384) parte de que el concepto de “documento”, como concepto jurídico de un tipo penal, sólo requiere el “conocimiento de la significación social”.

⁴⁰ Al respecto, cf. T. Walter (nota 9), pp. 220 s.

⁴¹ Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 100.

del lego) o el conocimiento del “sentido social”. ¿Por qué, p. ej., aquel que hace salir el aire de un neumático de automóvil y, al hacer eso, cree que sólo una lesión en la sustancia caería bajo el elemento de “dañar” del § 303, StGB, sufriría un error de subsunción irrelevante,⁴² mientras que aquel que, “sobre la base de reflexiones jurídicas igual de equivocadas, se considera a sí mismo propietario de la cosa (en verdad ajena)” no podrá ser penado por daño en una cosa (o por hurto), si él destruye (o sustrae) dolosamente la cosa?⁴³ ¿No tendría que regir esto también cuando el autor –según la naturaleza del lego probablemente apenas más comprensible– tiene la idea de que una cosa que le fue prestada está, “hasta su devolución”, en su propiedad, y, por ello, para él no es ajena o bien cree que él deviene en propietario de una cosa mediante la conclusión de un contrato de compra-venta (aun sin acuerdo ni tradición, § 929, BGB)? ¿O bien cómo se debe hacer la clasificación del conocimiento (o desconocimiento) de la ajenidad, si el autor, al cartero que quiere entregarle una encomienda al vecino de aquél, lo induce a que le entregue el paquete, engañándolo con decir que él mismo sería el vecino?⁴⁴ ¿Ha comprendido el autor el “sentido social” de su obrar, cuando parte de que si bien le ha “vendido gato por liebre”⁴⁵ al cartero (y, en esa medida, actúa totalmente “de mala fe”), cree empero que éste le ha transferido el paquete de manera válida desde el punto de vista del derecho civil (si bien sujeto a impugnación)?⁴⁶ Si luego él tira el paquete, porque tiene un contenido inútil para él, pero cree que no destruye por eso una cosa ajena, dado que ésta sí le fue transmitida válidamente, la opinión preponderante tendría que llegar aquí (probablemente) a excluir el dolo, aunque el autor sabía exactamente que se comportaba de modo miserable.

Pero, más allá de ello, la doctrina de los elementos normativos del tipo conduce en caso de tipos con aspectos en blanco también a inconsistencias claras. En tales tipos, que regulan por ellos mismos una punibilidad de forma no completa, sino que se remiten a otras normas (sea a normas de otra parte de la misma ley, sea a normas de otras leyes), resulta que es oscuro a qué elementos tiene que referirse el dolo del autor. La opinión probablemente aún dominante parte de que sufre un error que excluye el dolo sólo aquel que yerra, en caso de tipos con aspectos en blanco, sobre

⁴² Ejemplo según Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 101.

⁴³ Ejemplo, asimismo, según Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 103; cf. también *idem*, *FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 380.

⁴⁴ Al respecto, cf. la solución del caso en B. Heinrich, *JURA*, 1999, p. 585.

⁴⁵ * En el original alemán: “*übers Ohrs gehauen*”, literalmente: “asestar un golpe por encima de la oreja”. El dicho proviene de la disciplina de la *esgrima*; originariamente indicaba que un contendiente tocaba al otro en la cabeza (por encima de la oreja); con el tiempo devino en un dicho para aludir a una acción de “embaucar”. De allí el giro usado en el texto. (N. de Tr.)

⁴⁶ Lo que no es el caso, pues, para una transmisión son necesarios, según el § 929, BGB, un acuerdo y una tradición. En el presente caso falta, sin embargo tal acuerdo, pues el cartero no actuó como representante, sino sólo como cartero para el remitente del paquete. Pero este remitente querría hacer sólo una oferta de acuerdo frente al vecino y no frente al autor. Por ello, no hay un acuerdo válido; al respecto, cf. B. Heinrich, *JURA*, 1999, p. 589.

los requisitos típicos de la norma complementante (mientras que solamente debe ser considerado como error de prohibición un error sobre la existencia de la norma complementante).⁴⁷ En cambio, la opinión contraria, a la que entretanto se ha adherido también Roxin⁴⁸, opina que también es relevante un error sobre la mera existencia de la norma que complementa el blanco como tal, de modo que un desconocimiento correspondiente de esta norma conduce a un error de tipo.⁴⁹ El último punto de vista es problemático al respecto, en particular, si uno concuerda seriamente con la teoría de la culpabilidad, en ese sentido dominante.⁵⁰ Sin embargo, es llamativo que aquellos que defienden este punto de vista, en parte observan expresamente que, en el derecho penal accesorio, así como en el derecho penal contravencional, precisamente no tendría que ser aplicada la teoría de la culpabilidad, sino la teoría del dolo⁵¹ o bien, al menos, llegar a las consecuencias que corresponderían, en ese ámbito, a aquellas de la teoría del dolo.⁵² Pero de ese modo se cerraría también aquí el círculo y se llegaría (probablemente), desde el punto de vista de las consecuencias, nuevamente a la jurisprudencia del Tribunal del *Reich*, que, como regla general, consideraba como relevante un error sobre normas extrapenales⁵³ o del derecho penal accesorio.⁵⁴ Sin embargo, esta consecuencia parece problemática –al menos en lo que concierne a las disposiciones en blanco– en razón de que la punibilidad, en el ámbito del desconocimiento de la prohibición, dependería con frecuencia de casualidades de redacción legislativa. Así, p. ej., el legislador, en el marco del tipo penal del § 108b, párr. 1, UrhG (Ley de Derechos de Autor), renunció a hacer una remisión, en sí posible, a las normas prohibitivas que subyacen en los §§ 95a, 95c, UrhG, y adoptó la prohibición

⁴⁷ Así, la opinión dominante; cf. sólo BGHSt, t. 3, p. 400 (403; el elemento del “servir de modo contrario a deber” en el § 356, StGB, se remite a los ordenamientos de la abogacía de los derechos estaduales; un error sobre un elemento del tipo allí contenido conduciría a un error de tipo; un error sobre el elemento de la “contrariedad al deber” como tal, en cambio, a un error de prohibición); Jescheck / Weigend, AT, § 29, V, 3; Kindhäuser, AT, § 27, n.º m. 33; Maurach / Zipf, AT, I, § 23, n.º m. 9, § 37, n.º m. 12; MüKo-Joeks § 16, n.º m. 44; Schönke / Schröder-Sternberg-Lieben, § 15, n.º m. 100 s.; Warda, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955, pp. 36 ss.; de modo aprobatorio, sólo en relación con una ley en blanco “impropia”, LK-Vogel, § 16, n.º m. 40.

⁴⁸ Roxin, FS Tiedemann, 2008, pp. 275, 381; de otro modo, todavía, en Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 111.

⁴⁹ Fakhouri Gómez, GA, 2010, p. 264; Herzberg, GA, 1993, p. 457; Lange, JZ, 1956, p. 73; *idem*, JZ, 1957, p. 234; Müller-Magdeburg (nota 23), p. 125 s., 128; NK-Puppe, § 16, n.º m. 64; Puppe, GA, 1990, pp. 166, 168 ss.; Schröder, MDR, 1951, p. 389; Schroth (nota 11), pp. 36 s., 60 s.; Tiedemann (nota 9), pp. 387 s.; *idem*, ZStW, t. 81 (1969), p. 876; *idem*, Geerds-FS, 1995, pp. 95, 108; T. Walter (nota 9), pp. 361 ss.; al respecto, cf. también Dietmeier, *Blankettstrafrecht – Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, 2002, p. 239; Kuhlen (nota 14), pp. 385 ss., 421 ss., 429 s., 543 (en todo caso respecto de las llamadas “remisiones dinámicas”).

⁵⁰ Así también MüKo-Joeks, § 16, n.º m. 44.

⁵¹ Tiedemann, FS Geerds, 1995, pp. 95, 106.

⁵² Roxin, FS Tiedemann, 2008, pp. 375, 382.

⁵³ En torno a lo cual Roxin (FS Tiedemann, 2008, pp. 375, 380) propone hablar no de errores de derecho extrapenal, sino de errores extratípicos.

⁵⁴ Cf. *supra*, I.

material, en forma expresa, en el texto del § 108b, párr. 1, UrhG, para hacer a éste más “inteligible”.⁵⁵ En el caso del § 108b, párr. 2, UrhG, al legislador no le pareció necesario proceder así y se satisfizo con una remisión al tipo prohibitivo del § 95a, párr. 3, UrhG. Este diferente modo de proceder estuvo motivado, como se mencionó, exclusivamente en lograr una mejor inteligibilidad del texto. Pero esto no puede conducir —o no debería— a considerar como error de tipo el desconocimiento de la prohibición del § 95a, párr. 3, UrhG, como consecuencia del carácter de aspectos en blanco del § 108b, párr. 1, UrhG, y, en cambio, como error de prohibición, a aquellos de los §§ 95a, 95c, I, UrhG.

Sólo para complementar se debe hacer referencia, en este ámbito, a otras cuestiones abiertas: si se les reconoce a las leyes en blanco, junto a los tipos que (solamente) emplean “elementos normativos del tipo”, una función autónoma, es problemática la cuestión de cómo deben ser distinguidas ambas figuras jurídicas una de otra⁵⁶ y si —y, en su caso, en qué medida— ambos grupos quedan sujetos a una “valoración paralela en la esfera del lego”. Así, p. ej., es discutible ya la cuestión de si, respecto de la “ajenidad” de la cosa en el § 242, StGB, se trata “solamente” de un elemento normativo del tipo o si el § 242, StGB, ya constituye una ley en blanco, que recién tendrá que ser rellenada mediante normas jurídicas extrapenales (a saber, aquellas del Código Civil).

Si, en cambio, uno sigue a la opinión (aún) dominante, habría que preguntarse si todos los elementos de las normas que complementan un blanco deben ser considerados “elementos normativos”, tan sólo en razón de que, para la comprensión del tipo penal, justamente haga falta esta otra norma⁵⁷ o bien si la respectiva otra norma debe ser siempre primero “puesta” dentro del texto de la prescripción penal para, acto seguido, analizar en el caso particular si el elemento “puesto” aparece como descriptivo o normativo.⁵⁸ Si, p. ej., según el § 106, UrhG, es punible aquel que reproduce, “en otros casos que los legalmente permitidos”, una obra protegida por derechos de autor, sin el consentimiento del autor, entonces uno tendrá que considerar estos casos legalmente permitidos (en primer lugar, regulados en los §§ 44a ss., UrhG) al interpretar el tipo del § 106, UrhG. Pero, ahora bien: ¿se convierten todos los elementos recogidos en los §§ 44a ss., UrhG, en

⁵⁵ BT-Drucks., 15/837, p. 35; al respecto, cf. *MüKo-Heinrich*, § 108b, UrhG, n.º m. 2.

⁵⁶ Sobre esta problemática, cf. sólo *LK-Vogel*, § 16, n.º m. 38; *Schönke / Schröder-Sternberg-Lieben*, § 15, n.º m. 103.

⁵⁷ Así, *Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts*, 2001, p. 270; *Lauer, Der Irrtum über Blankettrafgesetze am Beispiel des § 106 UrhG*, 1997, p. 86; *Wandtke / Bullinger-Hildebrandt*, § 106, UrhG, n.º m. 35; cf. también *Roxin, FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 381.

⁵⁸ Así, *Reinbacher, Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zum privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz*, 2007, p. 266.

elementos normativos tan sólo por esa remisión⁵⁹ o tiene que ser analizado en el caso particular – según lo “que está puesto” en el § 106, UrhG–, si el elemento “puesto” debe ser considerado descriptivo o normativo?⁶⁰ Ya estas oscuridades muestran cuán insegura resulta una delimitación en el ámbito del error, tan pronto uno admite la posibilidad de dejar que errores de derecho –así sea que fuese aun en casos de excepción– lleguen a tener la cualidad de un error de tipo que excluya el dolo del autor, aunque éste conozca todos los hechos que subyacen a su conducta. Esto no es útil para la seguridad jurídica y tendrían que concurrir razones especiales que se contrapongan forzosamente a admitir un hecho dolosamente cometido y, en última instancia, “sólo” exculpado, en los casos mencionados.

Pero apenas es posible hallar estas razones forzosas. Al contrario, contra la doctrina de los elementos normativos del tipo (y contra el reconocimiento, en parte producido por medio de eso, de un error de derecho como error de tipo) pueden ser expresadas precisamente objeciones también materiales. Pues un tal reconocimiento tendría la consecuencia de que el ordenamiento jurídico, en estos casos, aun habiendo un error sobre la valoración jurídica (o bien un mero desconocimiento de una norma el derecho penal accesorio o extrapenal) clasificaría la conducta en su conjunto del actuante, materialmente, precisamente no como “ilícito” (cometido dolosamente). En este ámbito, como, p. ej., en los delitos contra el patrimonio o en muchos casos, precisamente, del derecho penal accesorio, no existe una punibilidad por imprudencia, por lo cual ya no concurriría en absoluto un ilícito jurídico-penalmente relevante, aunque el actuante violara reglas, que el legislador, justamente, considera un ilícito como tal.

Tomar en cuenta el error que excluye el dolo ya en el nivel del tipo (subjetivo) tiene otras consecuencias –ligadas a ello– que, en el caso de un mero error de derecho, pueden ser muy problemáticas: así, p. ej., los demás partícipes del hecho (posiblemente actuantes de mala fe) no podrán ser penados por una participación en tal hecho, dado que falta un hecho principal antijurídico cometido dolosamente. Sólo entraría en consideración una autoría mediata, la cual, sin embargo, precisamente en el caso de delitos especiales, en los cuales pueden hallarse con frecuencia los “elementos normativos del tipo”, no es posible (el mismo problema se presenta, sin embargo,

⁵⁹ Así, Hildebrandt (nota 55), p. 270; Lauer (nota 55), p. 86; Wandtke / Bullinger-Hildebrandt, § 106, UrhG, n.º m. 35.

⁶⁰ Así, Reinbacher (nota 56), p. 266; cf. también Weber, *Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts*, 1976, p. 291, quien, si bien pretende que los elementos particulares están en el § 106, UrhG, no procede a hacer ninguna distinción entre elementos normativos y descriptivos.

también cuando el hombre de atrás, actuante de mala fe, lleve al agente a un error sobre circunstancias fácticas).

Además, como otro punto crítico se debe explicar que se le sustraería al damnificado por el hecho, dadas ciertas circunstancias, la posibilidad de defenderse de la conducta del autor por medio de legítima defensa. Esto en todo caso queda excluido, si uno, tal como esto, en parte, es defendido,⁶¹ reconoce como agresión ilegítima en el sentido del § 32, StGB, sólo una conducta final-dolosa. Pero, más allá de eso, también hace una diferencia respecto de la legítima defensa, la cuestión de si el agresor se comporta de modo contrario al derecho penal (entonces, con dolo, aun cuando posiblemente actuando sin culpabilidad) o no.

Finalmente, tiene que hacerse reparar en otra incongruencia que se deriva de la doctrina dominante. Pues si los defensores de la doctrina de los elementos normativos del tipo le reconocen al autor un error de tipo, en caso de un error sobre la valoración jurídica o si esto ha de ser el caso, en principio, siempre que el autor, en tipos con aspectos en blanco o en el derecho penal accesorio, no conozca la norma prohibitiva subyacente, entonces se plantea la cuestión de si esta “corrección” en favor del autor en los casos de inversión (en sí, delito putativo impune) repercute en su perjuicio y, en tal caso, posiblemente podría conducir a que, excepcionalmente, exista en sí una tentativa inidónea punible.⁶² Por tanto, dicho a modo de ejemplo, si el autor supone que comete un daño en las cosas, porque él tira una cosa que le ha sido entregada y transferida, creyendo al hacerlo que ésta sigue siendo “ajena” para él hasta que haya pagado completamente el precio de venta, lo cual no es el caso, entonces, consecuentemente, se tendría que admitir no un mero delito putativo, sino una tentativa inidónea. Pues el autor yerra aquí sobre un “elemento normativo del tipo” (ajenidad), lo cual, en el caso inverso, debe conducir a excluir el dolo. También se tendría que penar por tentativa inidónea de falsificación de documento, §§ 267, 22, StGB, a aquel que realiza alteraciones en una copia, reconocible como tal, partiendo él, al hacerlo, de que el ordenamiento jurídico le otorga también a copias, en todo su alcance, el carácter de documento.⁶³ Finalmente, se tendría que admitir también siempre una tentativa inidónea, en lugar de un delito putativo, en los casos en que el autor

⁶¹ Al respecto, cf. Schmidhäuser, *Studienbuch, Strafrecht, AT*, 6/65; cf. también Frister, GA, 1988, p. 305; Freund, AT, § 3, n.º m. 98; Otto, AT, § 8, n.º m. 20, que, sin embargo, además del dolo, dejan que sea suficiente también la imprudencia consciente.

⁶² Al respecto, cf. NK-Puppe, § 16, n.º m. 144 ss.

⁶³ Lo cual no es el caso; cf. sólo BGHSt 24, 140; al respecto, también Heinrich, CR, 1997, pp. 624 s.; en esa medida, consecuentemente, fue admitida una tentativa inidónea por el OLG Düsseldorf, en la sent. publicada en NStZ, 2001, p. 482; en contra de esto, NK-Puppe § 16, n.º m. 158, con otras referencias.

creyera erróneamente, respecto de normas en blanco o en el ámbito del derecho penal accesorio, que existiría determinada norma prohibitiva.⁶⁴ Por cierto, esta consecuencia fue extraída en ocasiones por la jurisprudencia,⁶⁵ pero la bibliografía, preponderantemente, la rechaza, con el argumento de que la doctrina de los elementos normativos del tipo serviría precisamente al fin de exonerar al autor en el marco de valoraciones jurídicamente complicadas, y se revertiría en su contracara si ella, ahora, fuera empleada para fundamentar una punibilidad del autor por una tentativa inidónea.⁶⁶ Sin embargo, esto no es dogmáticamente consecuente. En ese sentido, también la ecuación de que todo error de prohibición invertido conduce a un delito putativo y todo error de tipo invertido, a una tentativa inidónea, tendría que anularse sin necesidad.

Por lo demás, para el autor, la consecuencia aquí propuesta de separar estrictamente entre error sobre hechos y error de derecho, prácticamente no podría tener efectos perjudiciales. Si uno no puede hacerle el reproche personal por un hecho, en razón de que él no conoce la norma prohibitiva correspondiente y tampoco pudo conocerla, entonces esto debe ser considerado en el nivel en el cual también en otros casos “la reprochabilidad personal” conduce a una impunidad del autor, a saber, en el nivel de la culpabilidad. Aquí el legislador tiene preparado, entretanto (al contrario de la situación jurídica anterior a 1975), con el elemento de la “evitabilidad”, un parámetro flexible, con el cual se puede reaccionar contra el desconocimiento del autor de la norma jurídica.

IV. Consecuencias

Como resultado de lo anterior se puede establecer que una clara delimitación entre un error de tipo y un error de prohibición más bien es diluida, si uno, por vía de la figura jurídica de los “elementos normativos del tipo” —que, sin embargo, no los hay en su forma pura— considerara, en los ámbitos límites, aun a una falsa valoración jurídica o bien al desconocimiento de la significación

⁶⁴ Al respecto, cf. NK-Puppe, § 16, n.º m. 148 s.

⁶⁵ Cf. BGHSt, t. 3, p. 249 (255): aquí el autor supuso erróneamente la competencia de un juez para tomar juramento; asimismo, BGHSt, t. 5, p. 111 (117); BGHSt, t. 10, p. 272 (275 s.); BGHSt, t. 12, p. 56 (58); además, BGHSt, t. 15, p. 210 (213): aquí el autor supuso que cometía una frustración de pena (encubrimiento), puesto que partió erróneamente de que una conducta meramente contravencional constituía una delito; cf. también BGHSt, t. 7, p. 53 (58): aquí el autor yerra sobre la cualidad de documento de los cupones de racionamiento de víveres (en contra, empero, expresamente, BGHSt, t. 13, p. 235 [240 s.]); además, OLG Stuttgart, NJW, 1962, p. 65 (66).

⁶⁶ Bindokat, NJW, 1963, p. 747; Hildebrandt (nota 55), p. 291; Reinbacher (nota 56), p. 276 s.; Schönke / Schröder-Eser, § 22, n.º m. 89; diferenciando, Schlüchter (nota 10), p. 145 ss.; Roxin, AT, II, § 29, n.º m. 409 ss.; *idem*, JZ, 1996, pp. 986 s.

de un elemento del tipo, como excluyentes del dolo. Una clara demarcación, en cambio, es posible, si uno, a la distinción en sí clara y bien acertada entre un error sobre hechos (error sobre una circunstancia fáctica) y un error sobre la clasificación jurídica la refiere a todos los elementos del tipo, independientemente de si éstos están acuñados de modo más bien descriptivo o más bien normativo. El homenajeado de hoy ha denominado esto mismo, alguna vez, de modo plástico, dándole una prioridad al rendimiento erróneo “intelectual” frente al rendimiento erróneo “ético-moral”.⁶⁷ Quien cae víctima de un error de tipo, estaría totalmente integrado socialmente, según sus intenciones, y en unidad con el legislador respecto de lo lícito e ilícito. En cambio, quien actúa en error de prohibición tendría sobre lo lícito e ilícito representaciones diferentes a las de la comunidad jurídica.⁶⁸ A ello no hay nada que añadirle y se derivan al respecto soluciones pulcras, independientemente de si un elemento del tipo está acuñado de modo más bien descriptivo o más bien normativo. Ahora bien, si la “doctrina de los elementos normativos del tipo” realiza, en casos excepcionales, otra delimitación y clasifica un error sobre la cuestión jurídica como error de tipo, al mismo tiempo dominará, empero, una completa oscuridad acerca de cuál es el elemento del tipo que debe ser considerado descriptivo y cuál, normativo; esto ni fomenta la seguridad ni esta distinción le da al juez criterios claros en mano, respecto de cómo debe ser clasificado un error correspondiente del autor. En ese sentido, la discusión acerca de si el autor ha errado sobre una cuestión fáctica o una valoración jurídica se traslada a la de cuál es el “núcleo conceptual” que el autor ha conocido correctamente según la naturaleza de lego o bien en qué medida ha desconocido el “sentido social” o en qué ámbitos marginales se puede rendir una subsunción desacertada, sin que esto excluya un error de tipo. Sin embargo, aquí no hay mucha ganancia. Antes bien, hay que temer que la “valoración paralela en la esfera del lego”, así como el “conocimiento del núcleo conceptual” o del “sentido social” le abran puertas y portones a una manipulación arbitraria. Además, se puede dudar de si los pocos casos en los cuales tal error sobre una valoración jurídica conduce en la *praxis* judicial a un error de tipo justifican una ruptura del principio general de que sólo errores en el ámbito del conocimiento fáctico (y no en el ámbito de la valoración jurídica) pueden conducir a un error de tipo.

Pero tal ruptura es también materialmente inconveniente. Quien sufre un error de derecho o no conoce la norma prohibitiva yerra acerca de que el legislador considera antijurídica y punible determinada conducta. En este caso, empero, tiene que existir un ilícito material que será excluido solamente si el autor desconoce circunstancias ya en el plano fáctico, que conducen a una

⁶⁷ Roxin, ZStW, t. 76 (1964), p. 604.

⁶⁸ Roxin, ZStW, t. 76 (1964), p. 604.

punibilidad. Si él yerra sobre la valoración jurídica de una conducta determinada, le faltará solamente la consciencia del ilícito. Por tanto, si el autor no comprende una subsunción extremadamente complicada o bien una subsunción jurídica discutida de una situación de hecho de la vida bajo un elemento determinado del tipo legal, porque le falta el conocimiento de la significación de este elemento, también tendrá que ser suficiente con concederle, en el nivel de la culpabilidad un error de prohibición (entonces, como regla general, inevitable).

En ese sentido debe ser rechazada la doctrina de los elementos normativos del tipo. Desde el punto de vista de las consecuencias, esto tampoco es desfavorable, de ningún modo, para el autor, en tanto uno pueda decidirse, al analizar la evitabilidad en el marco del § 17, StGB, por no poner exigencias exageradas al “esfuerzo de conciencia”. Si el autor, “según la naturaleza del lego” pudo haber partido, comprensiblemente, de que su conducta no caía bajo la norma prohibitiva, o bien no entendió el “sentido social” de su obrar, entonces ello debería conducir a reconocerle esta circunstancia como error de prohibición inevitable. Aquí pueden ser aplicados por completo aquellos criterios que fueron desarrollados en el marco de la “relevancia” de un error sobre elementos normativos del tipo. Pero, en estos casos, concurre una conducta dolosa, dado que el autor sabe exactamente, en definitiva, qué es lo que hace. A esta consecuencia tampoco parece oponerse nuestro homenajeado, cuando él aboga, al menos para aquellos casos en los cuales una exclusión del dolo no sería compatible con la ley, sobre la base de una “teoría de la culpabilidad flexible”, por una mayor aplicación del error de prohibición inevitable.⁶⁹

⁶⁹ Roxin, AT, I, § 21, n.º m. 38 ss.; cf. también *idem*, FS Tiedemann, 2008, pp. 375, 388 ss.