

EL ERROR SOBRE
LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE ANTINORMATIVIDAD

Felipe de la Fuente Hulaud

Directores

Dr. Jesús María Silva Sánchez

Dr. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

TESIS DOCTORAL
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA
2015
Departamento de Derecho

EL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE ANTINORMATIVIDAD

INTRODUCCIÓN.....	11
-------------------	----

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA SISTEMÁTICO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE ANTINORMATIVIDAD

1. Welzel y la teoría de los tipos penales abiertos	19
1.1. La distinción entre tipos cerrados y tipos abiertos.....	19
1.2. Los momentos de la antijuridicidad y los elementos del deber.....	21
1.3. Consecuencias en el plano subjetivo	23
1.4. Examen crítico	27
1.4.1. Los "tipos" abiertos no son tipos	29
1.4.2. Tipos abiertos e injusto personal	31
1.4.3. Tipos abiertos y norma de conducta	32
1.5. La doctrina del error como origen de la tesis de los elementos de deber y de los tipos abiertos	33
2. Los elementos del deber en Armin Kaufmann	36
2.1. Introducción.....	36
2.2. Líneas generales del modelo de injusto de Kaufmann.....	37
2.3. Destinatario y sujeto obligado. Concreción de las normas en deber.....	39
2.4. El nacimiento de los deberes especiales y el error sobre los elementos de la autoría	40
2.5. La objetividad del deber especial: la afirmación del dolo y del injusto en situaciones de incognoscibilidad de los presupuestos del deber	44
2.6. Función de la capacidad de acción en el injusto.....	49
2.7. Limitación del objeto del dolo	52
2.8. ¿Revisión treinta años después?	54
2.9. Balance y juicio crítico	56
3. Roxin y los Elementos de Valoración Global	58
3.1. La transición desde los elementos del deber a los elementos de valoración global	59
3.2. La solución al problema de los elementos de valoración global	62
3.3. La divisibilidad e indivisibilidad de los elementos de valoración global	65
3.4. Los elementos de valoración global y las leyes penales en blanco	66
3.5. Repercusiones	67

3.6. Análisis crítico	72
3.6.1. Los elementos de valoración global divisibles	72
3.6.2. Los elementos de valoración global indivisibles.....	75
3.6.3. El origen de la noción de valoración global	77
3.6.4. ¿Son globales las valoraciones contenidas en los llamados elementos de valoración global?.....	79
3.6.5. El régimen de error como criterio de delimitación entre tipo y antijuridicidad.....	83
3.6.6. El drenaje normativo del tipo. De los tipos abiertos a una tipicidad carente de valoraciones globales	86
3.6.7. Reducción normativa del tipo e imputación objetiva: dos tesis contrapuestas acerca de la antinormatividad de la conducta típica.....	87
4. Observaciones generales y reformulación del problema	88
5. El Alcance de las Referencias Típicas a la Antinormatividad del Hecho	91
5.1. ¿Juicios concluyentes de antinormatividad en el tipo?	91
5.1.1. Interpretación de las expresiones típicas alusivas al deber.....	92
5.1.2. Formulación de la norma primaria y permiso.....	96
5.2. Redefinición del problema planteado por las remisiones típicas a conjuntos acotados de reglas de deber.....	103

CAPÍTULO II

EL PROBLEMA SEMÁNTICO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE ANTINORMATIVIDAD

Introducción.....	107
-------------------	-----

SECCIÓN PRIMERA

LAS LEYES EN BLANCO Y LA DOCTRINA DE LA SUSTITUIBILIDAD

A. La distinción entre elementos normativos y elementos típicos en blanco	109
1. Concepto de ley en blanco	109
2. La distinción entre remisiones normativas y remisiones en blanco	113
2.1. Clasificación de las remisiones	114
2.2. Criterios de determinación de las remisiones en blanco.....	116
B. Particularidades de las leyes en blanco.....	125
1. La incorporación de la norma extrapenal al tipo en blanco.....	125
2. La sustitución de los elementos en blanco y la lectura conjunta de las normas	127
2.1. La sustituibilidad de los conceptos de remisión como tesis de integración normativa	130
2.2. Dos sentidos de ley en blanco.....	132

SECCIÓN SEGUNDA
LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS DE LA ULTRACTIVIDAD DE NORMAS
“DESFAVORABLES”

A. Antinormatividad, ultractividad y sentido del tipo	135
1. El problema de la extensión del principio de favorabilidad	135
2. Fundamento de la retroactividad y criterios de limitación	138
3. Retroactividad y desautorización de la norma sustituida	152
3.1. Dimensión horizontal	152
3.2. Dimensión de complementariedad	154
3.3. Dimensión vertical	155
4. Necesidad de pena y ultractividad	156
B. Irretroactividad y remisión normativa	160
1. El carácter de la remisión como límite a la retroactividad de los cambios refutatorios	160
2. Caracterización de las remisiones que hacen posible la aplicación ultractiva de normas de complemento derogadas	162
2.1. Remisiones dinámicas, estáticas y semidinámicas	162
2.2. Origen de las remisiones semidinámicas	164
3. Contextualidad	164
4. Determinación del carácter contextual de un elemento normativo	167
5. Estructura normativa de las remisiones contextuales	168
5.1. Intersistematicidad	168
5.2. Referencia al estatus y formulación normativa	172
6. Función de las normas reenviadas	175
6.1. Sistema del hecho y caracterización de la referencia del tipo	175
6.2. Extratipicidad de las condiciones de estatus. Significado pretípico del hecho	178
7. Elementos contextuales e integridad del tipo	179
8. ¿Son remisiones las remisiones contextuales? Sistema de complemento y sistema de referencia	179
9. Vigencia y validez del sistema de referencia	180
10. Origen de la ultractividad de las normas derogadas: el carácter cerrado de la norma reenviante y la función extensional de la norma reenviada	182
10.1. Variación favorable de las normas integrantes del sistema de referencia de una remisión cerrada intersistemática: ¿lex mitior?	185
10.2. Determinación del sistema aplicable	186
10.3. Sistema del caso y ultractividad	190
10.4. Notas sobre las tesis de Jakobs y de Kuhlén	194
10.5. Recapitulación	200

SECCIÓN TERCERA
LAS LEYES PENALES EN BLANCO Y LA ULTRACTIVIDAD

1. Contextualidad, antinormatividad, ultractividad y sustituibilidad	202
2. Las remisiones cerradas al deber en el derecho positivo	205
2.1. Remisión extensional acompañada de ultractividad	205
2.2. Ejemplos de remisión extensional que no origina ultractividad	212
3. La clasificación semántica de las remisiones y la distinción entre elementos normativos y elementos en blanco	216

CAPÍTULO III

DOLO, ANTINORMATIVIDAD Y ERROR

1. Introducción.....	225
2. Pertenencia típica y dolo.....	226
3. Objeto, presupuestos y plan de la exposición.....	228

SECCIÓN PRIMERA

LA FUNCIÓN DEL DOLO Y SUS RELACIONES CON LA CONCIENCIA DE LA ILICITUD EN LA DOCTRINA

A.El concepto material de dolo como fundamento de la aplicación de las reglas del error de tipo al error sobre la antinormatividad	230
1. El dolo como conocimiento del sentido social de la conducta: la tesis de Roxin.....	231
Examen crítico	235
2. El dolo como decisión contraria al bien jurídico: la posición de Frisch	240
Examen crítico	246
3. La identificación del contenido del dolo con el sentido del tipo: la tesis de Puppe	253
Examen crítico	259
4. El dolo como presupuesto de la capacidad de acción: la tesis de Kindhäuser	264
Examen crítico	268
5. Balance y convergencias.....	273
B. Enfoque prospectivo del dolo y teoría de la culpabilidad	279
1. La equivalencia del conocimiento del hecho y del deber: La tesis de Jakobs.	279
2. La culpabilidad como presupuesto del injusto: la tesis de Pawlik	281
3. La implicación mutua entre dolo y conciencia de la ilicitud: la tesis de Mañalich.....	283
4. Observaciones críticas al enfoque prospectivo del dolo	286
4.1. Críticas a la fundamentación prospectiva de un dolo malo	287
4.2. El regreso a la teoría del dolo y el sistema del delito	291

4.3. Críticas a la función de llamada del dolo. Componentes retrospectivos de esta tesis	297
--	-----

SECCIÓN SEGUNDA
UN ENFOQUE PROPOSICIONAL DEL DOLO

A. Fundamentos	301
1. Introducción.....	301
2. Acción y descripción	304
3. Acciones y descripciones en derecho penal.....	312
4. Dolo, significado del hecho y tipo.....	314
5. Contrafactividad del dolo	318
B. Consecuencias de la tesis propuesta	323
1. El dolo como actitud.....	324
1.1. Objeto y determinación del dolo	324
1.2. Insumos y perspectiva de evaluación.....	328
1.3. Insuficiencias de la tesis cognitiva	332
1.3.1. El problema de la realización del tipo mediante conductas situadas en la porción inferior del riesgo desaprobado	332
1.3.2. Ausencia de fundamento pragmático	337
1.3.3. Ingredientes volitivos de los criterios de determinación del conocimiento propio del dolo	340
1.4. Caracterización general de la tesis propuesta sobre el dolo.....	355
2. El dolo como una actitud hacia una <i>proposición</i> determinada	360
3. El dolo como actitud hacia la proposición contenida en la norma secundaria.	364
3.1. Dolo y norma de comportamiento	364
3.1.1. El dolo como condición de posibilidad de la infracción de un deber	366
3.1.1.1. ¿Normas de comportamiento dolosas?	368
3.1.1.2. Dolo, capacidad de acción e incumbencias	376
3.1.1.3. El dolo como posición favorable para el seguimiento del deber.....	383
3.2. Dolo y norma de sanción	387
3.2.1. Dolo e injusto	388
3.2.2. Dolo, tipo objetivo y tipo subjetivo.....	398
3.3. Dolo, antinormatividad y error	400

CONCLUSIONES	405
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	411
---------------------------	------------

ABREVIATURAS

§	parágrafo
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
art./s.	artículo/s
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
apdo.	apartado
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán)
cfr.	confrontar
CP	Código Penal
CE	Comunidad Europea
dir./s.	director/es
DOXA	DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho
DP	Derecho penal
ed.	edición
FS	Festschrift
JZ	Juristenzeitung
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LO	Ley Orgánica
nm.	número marginal
nota	nota a pie de página
p./pp.	página/s
párr.	párrafo
PG	Parte General
PE	Parte Especial
s./ss.	siguiente/s
sec.	sección
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
trad.	traducción
vid.	vide (véase)

INTRODUCCIÓN

Desde su descubrimiento, hace poco más de un siglo, los elementos normativos del tipo han experimentado una evolución bastante notable. Considerados primero como una anomalía, hoy se admite en forma generalizada que prácticamente todos los componentes típicos son en el fondo normativos. Si formar parte de esa categoría de elementos significa poseer un significado determinado por normas, la verdad es que solo las referencias numéricas contenidas en ciertos tipos, y poco más, escapa a esa caracterización.

Pese a ello, la distinción entre elementos descriptivos y normativos sigue siendo utilizada hoy en día porque sirve para designar, sin pretensión de fijar límites precisos, un grupo de elementos que se caracteriza por poseer un significado más densamente determinado por normas que otros, y en torno a los cuales la objetividad epistémica de cualquier juicio que se emita a su respecto depende principalmente de una asignación social de sentido, a menudo formalizada en normas.

Esta clase de elementos plantea un problema común en el plano cognitivo. Evidentemente no es lo mismo captar que algo es una cosa o una persona, por ejemplo, que comprender que un objeto posee valor cultural, que se está ante un funcionario público o que se tiene el deber jurídico de decir la verdad. La diferencia a que se apunta va más allá del mero hecho de que las posibilidades de error son sin duda mayores en relación con los elementos mencionados en último lugar; la diferencia fundamental estriba en que, tratándose de un destinatario corriente de las normas, sencillamente no se espera que posea la competencia lingüística necesaria para determinar *con propiedad* qué cae o no dentro de los conceptos referidos. De modo que si se parte del supuesto -ampliamente admitido- de que para obrar con dolo es preciso comprender esas determinaciones normativas, se hace necesario fijar entonces un criterio que especifique qué puede contar como conocimiento suficiente de esos caracteres del hecho: si un conocimiento

disminuido –y en qué medida– o uno estrictamente equivalente, solo que formulado con los términos del lenguaje común.

Dentro de este grupo de elementos genéricamente normativos en el sentido ya apuntado, los elementos que expresan la *antinormatividad* de la conducta conforman una categoría aparte. En su caso, el problema no consiste en fijar un criterio de *suficiencia* cognitiva: comprender que algo está mandado o prohibido es fácil y por lo demás no admite estadios intermedios. Antes bien, las razones que especifican a este grupo de elementos son sistemáticas y cognitivas en un sentido particular.

Por lo que atañe a las razones sistemáticas, el empleo de elementos de esta índole en ciertos tipos constituye un buen motivo para poner en duda que la distinción entre tipo y antijuridicidad sea válida respecto de las correspondientes figuras de delito, tal como lo advirtió Mayer en su momento¹. Pero, principalmente, estos elementos plantean un problema muy serio para la apreciación del dolo en el marco de la teoría de la culpabilidad, debido a que la premisa fundamental de esta última – que el dolo y la conciencia de la ilicitud funcionan como exigencias cognitivas independientes en el sistema del delito– se ve directamente cuestionada si por otro lado se acepta que el dolo debe comprender el conocimiento de todos los caracteres típicos del delito y si además la ley incluye la prohibición del hecho entre tales caracteres.

Por cierto, la pregunta acerca de si en estos casos el dolo debe suponer el conocimiento de la ilicitud no solo es importante desde el punto de vista teórico. También tiene una enorme trascendencia práctica en los supuestos de error vencible, debido a las diferencias que existen entre el régimen del error de tipo y el del error de prohibición en este punto. Así, por ejemplo, si la ley define como delito no llevar contabilidad en ciertos casos y un sujeto incurre en esa omisión ignorando venciblemente el deber respectivo, la aplicación de la teoría del dolo conducirá a atribuirle el hecho a título de imprudencia y a considerar su conducta como atípica, a menos que exista un tipo que castigue la realización culposa de ese mismo comportamiento; en cambio, si se aplica la teoría de la culpabilidad, el hecho será imputable a título de dolo y lo más que el individuo podrá esperar será una atenuación de la pena correspondiente.

¹ MAYER, *Derecho Penal*, p. 227 y s.

Entre los partidarios de la teoría de la culpabilidad predomina ampliamente la idea de que el empleo de expresiones alusivas al deber quebrantado en la descripción de ciertos delitos no es, sin embargo, un motivo para renunciar a la distinción entre error de tipo y error de prohibición, pues en general se estima que en ninguno de estos casos la antinormatividad pertenece al contenido del tipo. Según sostienen, algunos de esos elementos expresarían un juicio de desvaloración global del comportamiento, que por su amplitud conduciría a situar esos elementos en el nivel sistemático de la antijuricidad y no en el tipo. Los demás, en cambio, solo operarían una remisión a normas extrapenales de deber que sirven de complemento a tipos insuficientemente formulados (tipos en blanco), de donde se seguiría que lo único que estos incorporarían a su texto es el conjunto de *presupuestos* del deber correspondiente, pero no una evaluación de la ilicitud de la conducta del agente. Por consiguiente, un adecuado análisis de los componentes de antinormatividad arrojaría como resultado un tipo cuyo contenido no representaría obstáculo alguno para una aplicación uniforme de la teoría de la culpabilidad.

No obstante lo que se acaba de señalar, un grupo importante de autores, partidarios también de la teoría de la culpabilidad, considera que la conclusión anterior requiere ser matizada. Más aun, piensan que la separación entre el dolo y la conciencia de la ilicitud debe admitir excepciones, en particular en aquellos casos en que el sentido social o la lesividad de la conducta aparece ligada al hecho de su prohibición. Esta línea de pensamiento podemos verla materializada, por ejemplo, en la distinción que introduce Roxin entre elementos divisibles e indivisibles de valoración global del dolo, y en la exigencia de que en el caso de estos últimos el dolo abarque también la conciencia de la ilicitud del hecho.

Como quiera que sea, mirado desde una perspectiva más general, el problema del error sobre elementos típicos de antinormatividad ofrece sin duda un panorama bastante complejo. Por un lado, un sector minoritario, aunque creciente, de autores defiende la necesidad de reinstaurar de modo general un régimen de *dolus malus*. Por el otro, entre los partidarios de la teoría de la culpabilidad coexisten al menos tres corrientes de opinión: una que estima que la conciencia de la ilicitud *nunca* es objeto del dolo; otra que favorece una aplicación *sectorial* de la teoría del dolo -en el Derecho penal accesorio-, fundamentalmente por razones políticocriminales; y por último, la de quienes consideran que la teoría de la culpabilidad debe admitir excepciones *específicas* -no sectoriales-, ligadas a la función que a su juicio desempeña el dolo en la teoría de la imputación.

Como se comprenderá, la posibilidad de llevar a la práctica este planteamiento localmente distintivo con un cierto grado de seguridad jurídica depende de que las diversas categorías definidas por este conjunto de autores puedan ser delimitadas entre sí con suficiente claridad, lo cual constituye desgraciadamente un ideal que incluso los partidarios de este punto de vista reconocen que es difícil de alcanzar. Si se pregunta por ejemplo qué clase de elemento es el deber tributario en los delitos contra la Hacienda, es posible encontrar en la doctrina respuestas de toda clase: que es un elemento normativo del tipo, un elemento en blanco, un elemento de valoración global indivisible o un elemento de valoración global indivisible². Y aunque es probable que el del delito fiscal sea un caso extremo, la situación resultante parece dar de todas formas la razón a quienes consideran que los criterios que maneja la doctrina en esta materia son completamente manipulables en función de los resultados que se quiera obtener, y por lo mismo propugnan un regreso a la teoría del dolo³.

La presente investigación aborda el problema del error sobre los elementos típicos de antinormatividad precisamente desde el punto de vista que pretende establecer distinciones locales; es decir, desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad y con el objetivo de analizar las particularidades que dichos elementos plantean a esta concepción del dolo y de la conciencia de la ilicitud. Se acepta, entonces, la premisa de separación cognitiva que ella postula -sin perjuicio de que se reflexione sobre su justificación en el momento oportuno- y se dejan de lado todas las propuestas relacionadas con una aplicación sectorialmente restringida de la misma.

Dividiremos el trabajo en tres capítulos, dos dedicados a examinar su dimensión objetiva, y el último, la subjetiva. La necesidad de separar estos planos tiene aquí, si cabe, aun más importancia que en otros lugares, debido a que no es infrecuente que en las discusiones sobre este tema entremezclen ambas clases de consideraciones, y sobre todo porque una porción muy importante del problema subjetivo suele ser resuelto ya en el plano objetivo, aunque con razones que, como esperamos mostrar, permanecen vinculadas a las concepciones que sus defensores abrazan en materia de dolo y de error. Esto último genera una situación similar a la que en su momento tuvo lugar a raíz del debate en torno a la teoría de los elementos negativos del tipo y el diseño del injusto, que, tal como se planteó a

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, p. 404 y ss.

³ FAKHOURI, *Delimitación entre error de tipo y error de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, p. 489 y ss.

mediados del siglo pasado, fue sobre todo el campo de batalla de dos versiones rivales de la teoría de la culpabilidad.

El estudio de la dimensión objetiva o normativa del problema se hará distinguiendo las dos clases de razones esgrimidas para rechazar la pertenencia de la antinormatividad al tipo. Distinguir entre ellas tiene relevancia porque mientras los argumentos del primer grupo reconocen que (una porción de) los elementos de antinormatividad expresan un juicio sobre la contrariedad de la conducta a deber - que pertenecería sin embargo a la antijuridicidad-, los que se manejan en el marco de la doctrina de las leyes penales en blanco niegan, en cambio, que los correspondientes elementos típicos posean ese significado. Por consiguiente, en el primer capítulo examinaremos las razones de orden sistemático que conducen a la doctrina mayoritaria a concluir que los elementos típicos de antinormatividad no pertenecen al tipo, y en el segundo, las razones semánticas o normológicas por las que la doctrina llega a esa misma conclusión en el caso de las leyes en blanco. En el capítulo final analizaremos la dimensión estrictamente subjetiva del problema del error y cómo su solución, aun en el marco de la teoría de la culpabilidad, depende de la concepción fundamental que se tenga acerca de la función que desempeña el dolo en la atribución del hecho punible.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA SISTEMÁTICO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE ANTINORMATIVIDAD

1. WELZEL Y LA TEORÍA DE LOS TIPOS PENALES ABIERTOS

El primero en plantear una tesis completa sobre los elementos de antinormatividad, comprensiva tanto de su posición sistemática como de las soluciones aplicables a las hipótesis de error, fue Welzel. Sin duda tenía buenos motivos para ello. Algunos autores antes que él habían postulado la posibilidad de mantener la imputación dolosa en casos de error vencible sobre la ilicitud y conceder solo una atenuante de responsabilidad⁴, pero no fue hasta el traslado del dolo al tipo que la idea de segregar la conciencia de la ilicitud del dolo encontró un correlato sistemático que le sirviera de sustento. Habida cuenta de ello, era prácticamente inevitable que Welzel tuviera que enfrentarse en algún momento al desafío que le plantean a ese modelo unos elementos típicos que al tiempo que describen la conducta hacen referencia a su antijuridicidad. De hecho, la elaboración de una respuesta apropiada a ese reto le planteó muchas dificultades y lo obligó a retroceder en no pocas ocasiones. Su *teoría de los tipos abiertos* es el resultado de esos esfuerzos y probablemente sea también el fruto más cuestionado de toda su obra.

1.1. La distinción entre tipos cerrados y tipos abiertos

Comúnmente se califica como abierto un tipo penal que especifica insuficientemente la conducta delictiva y que abre con ello un margen de discrecionalidad judicial que resulta intolerable desde el punto de vista del principio de legalidad. No es ese, sin embargo, el sentido en que se califica como abierto un tipo que emplea elementos de antinormatividad.

Lo que Welzel intenta poner de relieve es un rasgo sistemático que caracterizaría a ciertas descripciones delictivas, un rasgo que alteraría las relaciones normales entre tipicidad y antijuridicidad, y que obligaría a efectuar una indagación "positiva" de esta última. Explica Welzel que mientras en el caso de un tipo normal ("cerrado") la constatación de la antijuridicidad del hecho se lleva a cabo a través de un

⁴ Es el caso de Frank y de v. Hippel, por ejemplo, quien de hecho presentaba ideas absolutamente concordantes con las tesis normativas dominantes en la actualidad. Cfr. FELIP Y SABORIT, David, *Error iuris*, p. 30, especialmente notas 16 y 17.

procedimiento negativo, consistente en el mero descarte de las causas de justificación, ciertos tipos penales (“abiertos”) carecerían de las determinaciones suficientes como para acusar la existencia de un hecho materialmente antijurídico, cuya ilicitud pudiera establecerse a través de ese mismo procedimiento. Tratándose de estas figuras la *materia de la prohibición* quedaría recién delimitada, por tanto, con la ayuda de conceptos sistemáticamente pertenecientes a la antijuridicidad pero distintos de las causas de justificación⁵. Refiriéndose al delito de coacciones (§240 StBG), señala Welzel:

“En esta disposición se describe (entre otras) como acción típica coaccionar a otro a realizar cierta conducta mediante la amenaza con un mal grave. En la medida que este tipo está delimitado legalmente, comprendería modos de comportamiento tan corrientes, que difícilmente podrían ser materia de la prohibición. El agregado del §240, inc. 2, según el cual la coacción sería antijurídica cuando el empleo del respectivo medio coercitivo para la consecución del fin perseguido es reprobable, contiene un juicio de valor puro (“reprobable”), pero no un criterio que permita deducir qué acciones se están mentado materialmente”⁶.

De este modo, podría haber amenazas de un mal grave eventualmente apropiadas en función de las circunstancias –y por ello lícitas, pero sin embargo típicas– que solo quedarán excluidas de castigo “a través de un juicio de valor autónomo del juez”⁷ sobre la reprobabilidad del hecho. Por cierto, la autonomía presupuesta por un juicio de esta índole puede ser cuestionada desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pero el punto que Welzel pone aquí de relieve no está relacionado con el respeto al principio de legalidad, en el sentido de si la ley contiene las suficientes especificaciones del hecho, sino con cómo se encuentran distribuidas tales determinaciones en el sistema del delito. De hecho, entre los supuestos alguna vez

⁵ CÓRDOBA RODA lo explica del siguiente modo: «...junto a los tipos cerrados, existen ciertas figuras (tipos abiertos), comprensivas de determinados elementos (“especiales elementos de la antijuricidad” o “elementos del deber jurídico”) cuya apreciación requiere de un juicio de antijuricidad. Estos elementos deben ser desglosados del ámbito del tipo y referidos al de la antijuricidad. En esta clase de figuras legales (tipos abiertos), tras la apreciación del tipo –que, a diferencia de lo que sucede en los tipos cerrados, no produce efecto indiciario del injusto–, el esclarecimiento de la antijuricidad requiere de dos fases: afirmación de la presencia de esas ‘características especiales de la antijuricidad’ –que fundamentan el deber jurídico del autor –, y averiguación de que no concurre causa de justificación alguna» (CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Derecho Penal de Maurach*, I, p. 352, citando la 6ª edición de *Das Deutsche Strafrecht* de Welzel, p. 72).

⁶ WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 98.

⁷ WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 99.

incluidos por Welzel en esta categoría, hay también algunos en que los factores extratípicos de ilicitud son aportados por la ley y no por el juez, como ocurre en los delitos especiales y en la comisión por omisión.

1.2. Los momentos de la antijuridicidad y los elementos del deber

Como se puede advertir, los tipos catalogables como abiertos son tipos que corresponden a figuras en que la ley se vale de términos de alguna manera alusivos al deber o a su contravención para describir el comportamiento delictivo. Pero el verdadero origen de esta categoría no se encuentra en ese hecho, sino en la opinión de Welzel en el sentido de que tales menciones no serían componentes típicos sino elementos pertenecientes a la antijuridicidad.

El fundamento de esa apreciación es claramente el concepto de tipo que maneja: si la función del tipo es describir la materia de la prohibición⁸, la prohibición misma no puede formar parte de su contenido⁹. La ilicitud de la conducta es, por tanto, un aspecto que debe examinarse recién en la antijuridicidad.

A estos elementos los denominó Welzel "*momentos especiales de la antijuridicidad*" o "*elementos del deber jurídico*"¹⁰, sin llegar a hacer de ellos una categoría consistente, ni a establecer tampoco una doctrina uniforme sobre el error recaído a su respecto¹¹. Más aun, a lo largo de sus diversos trabajos en esta materia varió

⁸ WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 58.

⁹ Tampoco el resultado, en rigor. Un desarrollo exhaustivo de esta visión de injusto, en ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Crítico al respecto, CEREZO MIR: como bien señala este autor, la materia abarcada por una prohibición se limita a la conducta descrita y a las circunstancias de su ejecución, pero no puede extenderse al resultado real que se consecuencia de ésta. Por lo tanto, lo correcto sería afirmar que "al tipo de lo injusto pertenecen todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, aunque, en algún caso, no estén descritos en la ley y aunque no pertenezcan a la materia de la prohibición o del mandato" (*Curso de derecho penal español*, PG, II, p. 96).

¹⁰ No parece que WELZEL haya hecho de esas expresiones un uso especialmente distintivo. CÓRDOBA RODA, por ejemplo, entiende que las empleaba como sinónimas (*Notas*, p. 353), aunque es presumible que con la primera pretendiera designar las referencias a la contrariedad a Derecho de la conducta y con la segunda, las menciones al deber quebrantado por el agente.

¹¹ CÓRDOBA se queja de esta situación: "Welzel tan sólo separa una pequeña parte de 'elementos normativos', del tipo, y los atribuye, como 'características del deber jurídico' o 'especiales características de la antijuridicidad', al ámbito de la antijuridicidad. No queda claro qué es lo que debe ocurrir con el resto de 'elementos normativos'. La cosa resulta tanto más oscura por cuanto Welzel no define el concepto de 'característica especial de la antijuridicidad'. Se limita el gran penalista alemán a

constantemente de opinión acerca de qué tipos podían ser considerados abiertos y qué efectos debía generar una equivocación del agente sobre cada elemento del deber en particular.

En las últimas ediciones de su *Derecho penal*, y probablemente a causa de las críticas suscitadas por su postura, las referencias a los momentos de la antijuridicidad son más bien escasas¹². Menciona como ejemplos el carácter reprochable de la coacción del §240, inc. 2, StGB; la "validez jurídica" de una ley u ordenanza, en el delito de instigación a su desobediencia, del §110; la "conformidad a derecho" de la actuación del funcionario, en el delito de resistencia a la autoridad del §113; la voz "competente" de los §§110, 116 y 137¹³, y "la falta de autorización", en diversas figuras delictivas¹⁴. Pero en trabajos anteriores sostuvo que debían considerarse momentos especiales de la antijuridicidad los llamados "elementos de la autoría" ("funcionario", "testigo", "abogado", etc.), el hecho previo en el encubrimiento, el deber jurídico en los delitos de omisión (tanto propios como impropios), el deber de cuidado en los delitos culposos, la falta de adecuación social y la falta de autorización para realizar la conducta típica en todas sus aplicaciones¹⁵.

Una cosa es clara, en todo caso: que a juicio de Welzel los tipos de las figuras que emplean esa clase de elementos carecerían de una determinación material completa del hecho constitutivo de infracción de norma¹⁶, de modo que la indagación de la ilicitud del acto que se lleva a cabo en el estadio siguiente de análisis del delito debería comprender, como se ha dicho, una primera etapa de

dar unas pocas notas peculiares de estas características y a ir calificando, en una serie sucesiva de escritos, determinados elementos de la figura legal como 'especiales características de la antijuridicidad' (Notas, p. 352.)

¹² En la última edición señala, de hecho, haber "sobrestimado" la presencia de las características especiales de la antijuridicidad (*Derecho penal alemán*, p. 99).

¹³ Ya derogados. En cualquier caso, WELZEL señala al respecto que estos elementos serían "presupuestos objetivos de la antijuridicidad de la acción, independientes del dolo", y no meras condiciones objetivas de punibilidad, "puesto que su ausencia no excluye únicamente la punibilidad, sino también la antijuridicidad de la acción del autor" (*Derecho penal alemán*, p. 99).

¹⁴ No en aquellos en que sólo se alude a las causas de justificación.

¹⁵ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 6-19.

¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, p. 106 y ss.

afirmación del respectivo elemento de deber, seguida del habitual proceso de descarte de las causas de justificación¹⁷.

Así, para establecer la reprobabilidad de la conducta constitutiva del delito de coacciones del §240 StGB, el juez tendría que efectuar antes que todo una indagación libre de las circunstancias relevantes, no determinadas previamente por la ley, para evaluar si los medios de persuasión típicos empleados por el agente han sido desproporcionados o no¹⁸.

En los demás casos, la actividad del juez se encontraría en cambio mucho más acotada. Tratándose por ejemplo de conductas ejecutadas en contravención de órdenes o acciones legítimas de funcionarios (§ 113), la tarea del juez se reduciría a averiguar si las actuaciones de estos últimos se han mantenido o no dentro del marco de sus atribuciones. En tales supuestos, lo que determina la pertenencia de la legitimidad de la actuación del funcionario a la antijuridicidad no es por tanto la amplitud de la valoración encomendada al juez, sino la consecuencia normativa que se sigue de ella, cual es que si el funcionario ha obrado correctamente la conducta de resistencia desplegada por el agente habrá sido *ilegítima*¹⁹.

Este ejemplo muestra con elocuencia hasta qué punto el tipo postulado por Welzel para estas figuras es sobreinclusivo. El tipo del delito de resistencia comprendería también la oposición contra acciones *ilegítimas* de funcionarios estatales, así como los tipos de los delitos especiales y de comisión por omisión tipificarían por su parte las acciones de sujetos no cualificados y no garantes.

1.3. Consecuencias en el plano subjetivo

Desde un punto de vista meramente práctico, sin embargo, las consecuencias más importantes de esta tesis se encuentran en el ámbito del error. Si los elementos del deber pertenecen a la antijuridicidad y no al tipo, deben ser objeto de la conciencia de la ilicitud y no del dolo, por lo que las equivocaciones en que incurra el agente a su respecto deben ser tratadas conforme al régimen más estricto del error de

¹⁷ WELZEL, *Nuevo sistema del Derecho penal*, p 94. Por lo mismo, en esta categoría no ingresarían aquellas referencias típicas a la ilicitud cuyo único alcance es poner de manifiesto la posible concurrencia de causas de justificación.

¹⁸ WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 99; ROXIN, *Derecho penal, PG, I*, nm. 10/43, p. 298.

¹⁹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 8.

prohibición. Además, y por aplicación de la regla de inversión, la suposición errónea de la concurrencia de dichos elementos daría lugar a un delito putativo (impune) y no a una tentativa inidónea (punible).

Esta ampliación del contenido de la conciencia de la ilicitud en desmedro del contenido del dolo se torna por supuesto mucho más sensible si paralelamente se es partidario, como Welzel, de la teoría estricta de la culpabilidad. Porque entonces no solo quien ignorase el deber emanado de un momento especial de la antijuridicidad, sino también quien ignorase la concurrencia de sus presupuestos fácticos, tendría que ser castigado con la pena (eventualmente) atenuada del delito doloso correspondiente.

No es una consecuencia menor, y de hecho Welzel no estuvo dispuesto a aceptarla más que en unos pocos casos. Solo la aplicó consecuentemente al componente de legitimidad de la actuación del funcionario, a la validez jurídica de una ley, a la competencia del juez, y a la falta de autorización y de adecuación social del acto²⁰. En definitiva, la aplicó a elementos respecto de los cuales el desconocimiento de sus presupuestos puede no resultar tan decisivo para la valoración de la voluntad del autor.

En los demás supuestos prefirió en cambio otras soluciones, que conviene examinar caso a caso.

a) En relación con el *carácter reprobable de la conducta* en el delito de coacciones y de amenazas Welzel sorteó el excesivo rigor de las consecuencias ya mencionadas planteando que la reprobabilidad debe ser evaluada en función de los fines *perseguidos* por el agente, y sin tener en cuenta las circunstancias objetivamente existentes pero desconocidas para él. Por lo tanto, si alguien se equivoca al apreciar los presupuestos que de hecho habrían permitido calificar como reprobable su acción, no incurre en un error de tipo ni de prohibición, sino que se excluye la reprobabilidad de la amenaza y con ella su antijuridicidad²¹.

²⁰ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 6 y ss.

²¹ En las ediciones 3ª y 4ª de su *Strafrecht*, WELZEL se distancia de la solución dada por el BGH al caso de quien había amenazado a su pareja con denunciarla penalmente por un hecho delictivo porque creía que contaba con un derecho de indemnización emanado del hecho punible. En realidad, tal derecho, que habría validado su conducta como un acto habitual de presión, no le asistía, con lo que su amenaza se convertía efectivamente en un medio extorsivo. El BGH resolvió la situación como un error de tipo, sosteniendo que todos los elementos determinante de la reprobabilidad son

b) Para los *elementos de la autoría* -inicialmente calificados como elementos del deber²²- Welzel ideó una tesis particular. Sostuvo en una primera etapa²³ que *el surgimiento del deber* especial requería no solo que concurrieran en el individuo las calidades correspondientes (la calidad de funcionario, por ejemplo), sino también que este tuviese conocimiento de ello. Por lo tanto, si este conocimiento (del hecho de ser funcionario) llegaba a faltar, lo que quedaba excluido era el deber y, por tanto, la antijuridicidad de la conducta, mas no el dolo²⁴.

Con esta modificación Welzel lograba varias cosas. De partida, que el error sobre los alcances del deber quedase sometido a las reglas del error de prohibición; segundo, que solo pudiera imponerse pena en caso que el sujeto hubiese estado al tanto de las circunstancias fundantes de su obligación²⁵ y, tercero, que el sujeto que se creyese erróneamente portador de una calidad especial o se creyese jurídicamente obligado por ella sin estarlo, quedase impune (delito putativo).

Adicionalmente, el hecho de que este componente cognitivo condicionante del deber no formase parte del dolo le permitía a Welzel concebirlo con más flexibilidad que al dolo, de modo que en lugar de reclamar que el individuo tuviese una conciencia *actual* de su condición exigió solo una conciencia *actualizable* de la misma, lo cual por cierto resultaba mucho más acorde con el modo como los hechos fundantes de una determinada calidad especial pueden estar presentes en la mente de un sujeto.

Posteriormente²⁶, Welzel cambiaría de opinión y regresaría los elementos de la autoría al tipo, declarando la necesidad de que fuesen cubiertos por el dolo o, más

elementos del tipo penal. A juicio de WELZEL, la conducta es típica y dolosa, pero no antijurídica, porque el acto no es reprochable (Cfr. ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 31 y ss.).

²² Una exposición detallada de las opiniones de WELZEL acerca de los elementos de la autoría y sus consecuencias sobre la participación en delitos especiales, puede verse en GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp.100-107.

²³ Hasta la quinta edición de su *Strafrecht* (ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 43 y s.).

²⁴ Un planteamiento que luego retomaría KAUFMANN; *infra*, apartado 2.

²⁵ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 10-12 y 43 y s.

²⁶ A partir de la sexta edición de su *Strafrecht* (ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 44, y GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 101 y 104 y ss.). En la décima edición de esa obra, WELZEL dice sobre la tentativa inidónea en delitos especiales lo siguiente: "La creencia errónea del autor [sobre su deber] no puede producir esta obligación especial que es presupuesto también para la punición de la tentativa, pues solamente la real posición de deberes, como funcionario o soldado, puede y debe producir aquella conciencia especial de deberes sobre cuya lesión se basa la punibilidad especial" (*Derecho*

matizadamente, por un "conocimiento actualizable en el momento del hecho"²⁷. Conforme a este nuevo esquema, muy cercano al que luego propondría Roxin, el conocimiento de los *presupuestos* de la autoría volvería a ser un componente del tipo subjetivo, y el conocimiento del *deber* emanado de ellos sería nuevamente identificado con la conciencia de la ilicitud, generándose entonces un error de prohibición en el supuesto de que el agente ignorase su deber, y un delito putativo en el caso de que lo supusiera erróneamente²⁸.

c) Para los *delitos omisivos* Welzel planteó una solución diferenciada. En el caso de la *omisión propia*, sostuvo que la *situación* de la que emana el deber es un elemento del tipo que debe ser abarcado por el dolo del agente, pero que el deber de actuación mismo pertenece a la antijuridicidad, y que su conocimiento integra la conciencia de la ilicitud²⁹.

En cambio, respecto de la *comisión por omisión* inicialmente sostuvo, en línea con su tesis general sobre los tipos abiertos, que tanto los *presupuestos* como el propio deber de evitación del resultado pertenecen a la antijuridicidad; pero posteriormente varió su posición y terminó planteando que los *presupuestos* de la posición de garante deben entenderse incluidos en el tipo³⁰. Pese a ello, mantuvo que el error sobre dichos *presupuestos* no configuraría un error de tipo sino un motivo de exclusión de la *antijuridicidad* de la omisión (de modo similar a lo sostenido respecto de los deberes especiales)³¹.

penal, PG, p. 199). En la explicación, muy similar, contenida en la última edición de su libro, se omite, sin embargo, la acotación "que es presupuesto también para la punición de la tentativa". No cabe duda de que mantiene Welzel su opinión de que sólo hay delito putativo en la acción de quien se cree alcanzado por un deber que no tiene, pero parece que ya no es tan definido su parecer respecto de si sería punible como tentativa en error de prohibición vencible la de quien conoce los *presupuestos* del deber mismo pero ignora el deber que emana de ellos.

²⁷ Cfr. ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 11.

²⁸ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 44.

²⁹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 15 y ss.

³⁰ La misma solución que ROXIN luego generalizaría a través de su teoría de los elementos de valoración global. *Vid infra* apartado 3.

³¹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 50 y ss. Con el retorno de los *presupuestos* del deber al tipo Welzel conseguía evitar que un garante que yerra en la apreciación de las circunstancias correspondientes pudiera ser castigado por una comisión omisiva dolosa, pero al excluir la aplicación de las reglas de tipo hacía por otro lado imposible el castigo en supuestos de error reprochable.

d) Finalmente, en materia de *conocimiento del hecho previo en el encubrimiento*, Welzel distingue según que se trate de la modalidad real o personal de este delito³². Respecto de la primera, sostiene que el dolo debe comprender el conocimiento del hecho y el de su carácter ilícito, pero no así el de su calificación punitiva exacta (como delito o contravención) ni el de su punibilidad, conocimientos que en cambio sí serían relevantes para el dolo de la modalidad personal de encubrimiento³³.

1.4. Examen crítico

Como ya se adelantó, la tesis de los tipos abiertos despertó desde un comienzo una fuerte oposición en la doctrina y hoy apenas es objeto de una referencia histórica en los manuales de Derecho. Con todo, no es raro que se afirme que la existencia de los tipos abiertos debe ser admitida, pero que la *teoría* de los tipos abiertos debe ser rechazada³⁴. Lo que se intenta decir con eso es que efectivamente existen figuras que contienen referencias al deber, pero que esos elementos pertenecen al correspondiente tipo delictivo³⁵.

Sentado esto, el punto que permanece sin despejar es el del alcance que tendrían esas referencias. Algunas de ellas son interpretadas como meras alusiones a la

³² ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 13 y ss.

³³ Estas diferencias entre uno y otro caso, y entre ambas configuraciones del dolo respecto de lo que se seguiría de su tesis sobre los elementos especiales de la ilicitud evidentemente se explican por las características propias de la figura de encubrimiento. Más aun, si se piensa detenidamente, casi no hay motivo para que WELZEL incluyera el hecho previo entre ese grupo de componentes, pues difícilmente podríamos hablar aquí de un tipo penal abierto y de una implicación necesaria del juicio de ilicitud.

³⁴ De modo especialmente confuso, CÓRDOBA RODA, *Notas*, p. 354.

³⁵ Un buen ejemplo de este modo de expresarse lo ofrece LUZÓN PEÑA. Luego de reconocer la existencia de elementos del deber en muchos tipos penales, señala que la existencia de los tipos abiertos debe ser reconocida (*Curso de Derecho penal, PG, I*, p. 353). Con ello se refiere a la existencia de tipos en los que su relación con la antijuridicidad, que en general se presenta como de regla-excepción, se halla invertida, en el sentido de que la realización de los “restantes” elementos típicos no supondría una afectación de bienes jurídicos (op. cit., p. 354). Es claro, porque alude a los “restantes” elementos del tipo, que considera los elementos del deber como típicos, pero entonces no se explica que hable de tipos abiertos o de tipos cuya relación con la antijuridicidad está invertida. Si el tipo (positivo) no concurre completo, nunca será indiciario de antijuridicidad. Y si se da íntegramente e incorpora elementos de la antijuridicidad, será un tipo completamente cerrado, que es justamente lo que sostiene ROXIN, a cuya teoría por lo demás LUZÓN adhiere.

posibilidad de configuración de circunstancias justificantes, carentes de significado y efectos propios. El propio Welzel sostiene por ejemplo que ese es el cometido que cumpliría el componente "sin autorización" en la mayoría de los casos³⁶.

Fuera de esas situaciones, se hace necesario tomar partido acerca del contenido de esos elementos típicos, pues para resolver las situaciones de error es preciso dilucidar antes si lo que integra el tipo son solo los presupuestos del deber denotado por esos componentes o el deber mismo.

Ahora bien, de la teoría de los tipos abiertos de Welzel, el rasgo que se ha considerado más significativo y que ha concentrado la atención preferente de la doctrina es la reducción del contenido del tipo que ocasiona esta tesis al situar los elementos de deber en la antijuridicidad. Es esta conformación supuestamente abierta de los tipos correspondientes la que ha recibido un mayor rechazo, al punto que son verdaderamente muy pocos autores los que han adherido a ella³⁷.

³⁶ Es la opinión a que llega en *Derecho penal alemán*, p. 99.

³⁷ A favor de esta tesis cabe considerar a KAUFMANN, aunque con matices importantes (*vid infra* apartado 2), a cuya tesis sobre los elementos de la autoría adhiere CUELLO CONTRERAS, *Derecho Penal español*, PG, I, pp. 390-391), y CÓRDOBA RODA, *Notas I*, 1962, pp. 351-356, quien, en este sentido, luego de ofrecer diversos ejemplos del Código español, señala: "Los tipos portadores de estos elementos constituyen tipos abiertos" (p. 354), a lo que un poco después añade la siguiente explicación, suficientemente aclaratoria de su punto de vista: "Todos los elementos valorativos de la figura legal cuya apreciación no implique la antijuridicidad de la conducta, constituirán, en cambio, "elementos normativos *del tipo*" (no características de la antijuridicidad)". DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 110, nota 43, menciona en este grupo de autores a SÁINZ CANTERO (PG, 1990, p. 542) y a LUZÓN PEÑA (PG I, 1996, p. 353-356), pero no parece que ellos suscriban la tesis de los tipos abiertos. El primero, luego de exponer lo que se entiende por esa clase de tipos y de indicar que, a su juicio, en la mayor parte de los casos se trata de menciones típicas a las causas de justificación, se refiere a la importancia de esas menciones señalando: "al concurrir la característica de la antijuridicidad expresamente exigida por el tipo, la conducta dejará de ser típica, mientras que, si no se referenciara expresamente no sería antijurídica pero sí típica. Por otro lado, el error sobre su existencia constituirá un error sobre el tipo, en los casos en que se alude a ellas expresamente, y no un error sobre la prohibición que es lo que constituiría en caso de no expresarse en el tipo". Ambas afirmaciones implican un claro reconocimiento del carácter típico de esos componentes, e incluso parecen sugerir una verdadera unificación del injusto en esos casos. Con respecto a Luzón, véase la nota anterior. Por su parte, CEREZO MIR (*Curso de Derecho Penal*, PG, p. 95, nota 60) menciona a MAURACH (*Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Verlag C. F. Müller, 1971, p. 288) como seguidor de la teoría, pero estimo que está en lo cierto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO cuando lo ubica en la posición contraria (*El error*, p. 110, n. 44). En su *Tratado* (1962) I, p. 349 y s. MAURACH dice, en efecto, que: "No producen, por el contrario, efecto indiciario del injusto los llamados *tipos abiertos*", pero acota enseguida que considera como tales aquellas conminaciones penales en las que "la tipicidad misma está subordinada a la antinormatividad de la

1.4.1. Los “tipos” abiertos no son tipos

La gran mayoría de los autores considera que la postulación de un tipo abierto es completamente inadmisibile, partiendo de las propias bases establecidas por Welzel en esta materia³⁸. Jescheck resume la situación del siguiente modo:

«...si el tipo es entendido como tipo de injusto sólo puede ser concebido de un modo “cerrado”, porque de lo contrario le faltaría justamente su cualidad de tipo. Esto significa que el tipo debe contener sin excepción la totalidad de los elementos determinantes del injusto de una modalidad delictiva y que la cuestión relativa a la antijuridicidad sólo puede ser determinada en sentido negativo, esto es, en el sentido de su exclusión por la intervención de causas de justificación»³⁹.

La radicación de los elementos del deber en la antijuridicidad es por consiguiente contraria a la delimitación de las categorías que componen el injusto. Si el tipo penal debe describir una forma específica de quebrantamiento normativo o, en palabras de Welzel, expresar la materia de la prohibición, entonces un enunciado que describe una conducta que no llega a constituir una infracción de norma no contiene un tipo.

Welzel intentó hacer frente a esta inconsistencia en la segunda edición de su *Nuevo Sistema*, introduciendo una modificación en el concepto general de tipo. A partir de entonces pasa a afirmar que la función del tipo sería la de seleccionar las acciones *relevantes* para el derecho penal, describiendo aquellas que caen gravemente fuera

acción; [de tal modo que] si la acción no puede ser considerada desde el punto de vista material como constitutiva de injusto, resultará eliminada ya su tipicidad, sin que se precise recurrir a una especial causa de justificación” (sin cursivas en el original). Por otro lado, en MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal Parte General I*, (1994), p. 417, niega *incluso la existencia de tipos abiertos en ese sentido*, indicando que “los casos que suelen considerarse como tales admiten otras soluciones adecuadas”.

³⁸ Calificándolo como rechazo “prácticamente general”, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 106. En Alemania cabe mencionar -solo a vía de ejemplo y sin considerar a los autores que en cualquier caso rechazan un concepto neutral de tipo- a ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 87 y ss.; HIRSCH, *La doctrina de los elementos negativos del tipo penal*, p. 366 y ss.; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal, PG*, I, p. 417; JAKOBS, *Derecho penal, PG*, nm. 6/61, p. 196 y s. En España la rechazan expresamente CEREZO MIR, *Curso*, p. 95, nota 60; LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 354; COBO/VIVES, *Derecho penal, PG*, p. 341, CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal, PG*, p. 504 y s.; SUAY FERNÁNDEZ, “Los elementos normativos del tipo”, p. 133.

³⁹ JESCHECK/WEIGEND, op. cit., p. 264.

del orden social establecido⁴⁰. Pero es dudoso que con esa nueva formulación haya conseguido mejorar las cosas. Como destaca Roxin⁴¹, los tipos abiertos describen también sucesos que en el fondo son irrelevantes desde el punto de vista jurídico⁴². Qué sea relevante o no, depende por completo del criterio que se utilice para determinarlo, y si tal criterio reside en la afectación del orden social, quiere decir que la relevancia de la conducta dependerá precisamente de los factores positivos de ilicitud que Welzel traslada a la antijuridicidad. Un tipo de coacciones que abarca conductas no reprobables, por ejemplo, o uno de comisión por omisión que comprende la inactividad de sujetos no garantes, describe tales sucesos precisamente en una perspectiva que todavía no es significativa para el Derecho.

A ello hay que sumar que en el marco de un injusto de dos niveles es indispensable definir el tipo de un modo que sea capaz de dar cuenta con cierta precisión de sus límites y de sus relaciones con la antijuridicidad. En esta perspectiva, Roxin lleva la razón cuando observa que la noción de tipo que subyace a la tesis de Welzel es la de un tipo hasta cierto punto aún más neutro que el de Beling⁴³. Como se sabe, este autor enfatiza que una de las características del tipo sería su neutralidad valorativa; pero hay buenas razones para pensar que, correctamente contextualizada e interpretada, esa forma de expresarse no pretende excluir del tipo toda valoración normativa del hecho, sino únicamente su antijuridicidad⁴⁴. Y la prueba de ello se encontraría precisamente en que algunos de los elementos que Welzel traslada a la antijuridicidad -la legitimidad de la actuación del funcionario en el delito de desobediencia del §113, por ejemplo- fueron considerados por Beling como elementos *típicos* de las figuras respectivas⁴⁵.

⁴⁰ WELZEL, *Nuevo sistema*, p. 80; ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 155 y s.

⁴¹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 156. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 112.

⁴² Frente a esto, no cabe replicar argumentando que si un hecho figura en un tipo penal ya no es un suceso irrelevante, pues es obvio que una definición del tipo que se apoye en esa noción de relevancia sería completamente circular.

⁴³ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 169 y ss.

⁴⁴ También este punto admite ciertas matizaciones: vid. ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 71.

⁴⁵ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 71.

1.4.2. Tipos abiertos e injusto personal

Una construcción como la de los tipos abiertos está también sujeta a un cuestionamiento muy serio a partir de otro pilar de la concepción welzeliana del delito, como es la teoría del injusto personal. De acuerdo con ésta, la oposición de una conducta al ordenamiento jurídico reside esencialmente en el desvalor de acto, y por lo tanto en el defecto de la orientación de voluntad que se expresa en el dolo y en la culpa.

Pues bien, como en este esquema el conocimiento de la ilicitud no forma parte del dolo, es claro que éste último sólo puede ser desvalorado si el acto que es objeto de la representación del agente puede serlo en primer lugar. El problema que plantean los tipos abiertos en este plano es, así, bastante evidente: si ellos no describen más que una acción jurídicamente incolora, no hay manera de que el dolo de su ejecución pueda cimentar un injusto personal en su caso⁴⁶.

Como vimos, Welzel también procuró hacerse cargo de este problema introduciendo ciertos retoques que evitaran la configuración de un injusto subjetivamente neutro. Así lo hizo en relación con la reprochabilidad de las coacciones, respecto de la posición de garantía en la comisión por omisión y respecto de los elementos de la autoría, requisitos para cuya configuración sostuvo que era indispensable la concurrencia adicional de un componente de orden cognitivo⁴⁷. Pero esta idea no consigue evitar que el dolo en esos delitos siga siendo tan neutro como los propios tipos de esas figuras; solo logra impedir que la voluntad de realización de esos actos pueda ser calificada de *antijurídica* sin el concurso de un elemento de conciencia que dé sustento a alguna clase de desvaloración, lo que a la larga termina restituyendo su carácter personal al injusto, pero de un modo completamente forzado.

Estas correcciones específicas, en todo caso, no cubren la totalidad de los supuestos que Welzel incluye en la categoría de los tipos abiertos. Por eso, la crítica formulada por Roxin en el sentido de que en los demás casos la realización de los tipos en

⁴⁶ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 139-140.

⁴⁷ Para la apreciación de la reprobabilidad exigió tomar en cuenta los fines perseguidos por el autor, con lo que en caso que las circunstancias fundamentadoras del reproche fuesen ignoradas por el autor –o circunstancias excluyentes del mismo erróneamente presupuestas por éste–, la misma antijuricidad de su comportamiento quedaba descartada. Algo similar ocurre en los otros dos casos, en los que reclamó el conocimiento de los presupuestos del deber de garante y de la posición especial para el surgimiento del deber y su contravención.

situación de ignorancia de las circunstancias fundamentadoras de la ilicitud daría lugar a la afirmación de un injusto sin desvalor de voluntad y, en su caso, a la imposición de una pena atenuada por delito doloso que resulta incongruente con las líneas generales del sistema⁴⁸, sigue siendo pertinente. Por lo demás, es difícil ver en la propuesta de sujetar el surgimiento del deber a ciertas condiciones subjetivas algo más que una solución *ad hoc*, destinada a paliar aquí y allá un defecto que en el fondo deriva de la propia concepción de los tipos abiertos, y a paliarlo -cabe agregar- al costo de excluir la posibilidad de sancionar las ejecuciones culposas de tales comportamientos (por ausencia del requisito subjetivo del deber) y de establecer un régimen de condiciones dispares para el surgimiento del deber jurídico que carece de justificación.

1.4.3. Tipos abiertos y norma de conducta

Por la misma razón ya apuntada, la conciencia de las circunstancias contenidas en un tipo abierto es incapaz de proporcionar al sujeto una orientación acerca de su acto. El dolo que surge de un tipo de esas características es completamente "ciego" o asignificativo, y sin el auxilio de los correctivos locales ya examinados de ninguna manera podría servir de base a la afirmación de un injusto personal⁴⁹. Todo esto es evidentemente consecuencia de aceptar que el tipo penal pudiera contener una conducta no constitutiva de infracción de norma, en contra de las líneas fundamentales trazadas por el propio Welzel⁵⁰. Por eso, nuevamente tiene razón Roxin cuando afirma que:

⁴⁸ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 142-150.

⁴⁹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 152 y ss.

⁵⁰ HIRSCH se refiere a este aspecto señalando que la teoría welzeliana del tipo penal modelo (así denomina al tipo penal que no incluye la ausencia de causas de justificación) "contiene una contradicción respecto a la adecuación y los llamados tipos penales 'abiertos'" (HIRSCH, *La doctrina*, p. 350; sus opiniones sobre el lugar sistemático de la adecuación social pueden verse en pp. 351-358). Si el tipo ha de contener la materia de la prohibición y ha de expresar un primer nivel de valoración jurídica de la conducta, no es admisible -señala- que en algún caso pueda captar comportamientos desde todo punto de vista irrelevantes para el Derecho penal y socialmente adecuados. Los momentos de la antijuridicidad y los elementos del deber -concluye- deben pertenecer al tipo.

“los tipos abiertos contradicen la concepción de Welzel sobre la esencia de la materia de prohibición, pues no expresan al autor una norma de comportamiento clara y utilizable”⁵¹.

1.5. La doctrina del error como origen de la tesis de los elementos de deber y de los tipos abiertos

Las decisiones adoptadas por Welzel en esta materia no dejan de llamar la atención, pero de ninguna manera son un misterio. El origen de la obstinación que muestra al tratar los elementos del deber como componentes positivos de la antijuridicidad se encuentra sin duda en su rechazo tajante a admitir esa clase de elementos en el tipo, pues ello habría comprometido quizás en forma definitiva su tesis central sobre el dolo y el error. Puede que la teoría de los tipos abiertos le haya traído muchos dolores de cabeza, pero entre situar esa clase de determinaciones en el tipo o en la antijuridicidad es probable que la opción por esta última alternativa haya sido efectivamente el mal menor. Era preferible aceptar una inconsistencia puntual que comprometer la estabilidad de un sistema que había sido capaz de articular un injusto subjetivo fundado sin embargo en un dolo independiente de la conciencia de la ilicitud.

Roxin interpreta que el fracaso de la teoría de los tipos abiertos es en el fondo un fracaso de la teoría estricta de la culpabilidad. A su juicio, las incompatibilidades que evidencia esta doctrina en relación con la teoría del injusto personal serían el

⁵¹ Este es un punto importante para Roxin. Lo es en sí mismo, pero en la exposición de este autor -y para la posterior derivación de los elementos de valoración global- cobra particular importancia porque le permite levantar un cuestionamiento general contra la teoría del error de Welzel. En esta obra temprana Roxin se manifiesta como un decidido partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, que considera precisamente como una consecuencia lógica de la teoría del injusto personal. Una valoración objetiva (en el sentido de normativa) de la actitud del agente está necesariamente incompleta -sostiene- si omite considerar si éste se ha representado circunstancias que conforme al ordenamiento jurídico lo habilitarían para ejecutar la conducta. Tal es la tesis de la teoría limitada de la culpabilidad, aceptada por Roxin y actualmente por la mayor parte de la doctrina, pero hoy más por razones políticocriminales que como una consecuencia ligada a la teoría de los elementos negativos del tipo, que hoy tanto dicho autor como la mayor parte de la doctrina rechazan.

producto de una tendencia objetivizante presente ya en la teoría de la culpabilidad que Welzel sustenta⁵²:

“la concepción de Welzel de que los presupuestos objetivos de las causas de justificación son elementos componentes de la antijuridicidad, contiene una determinada tendencia contraria a las teorías de lo injusto personal, del contenido valorativo del tipo y de la esencia del tipo como materia de la prohibición. El tratamiento de los elementos del deber jurídico asume esta tendencia, pero al mismo tiempo va considerablemente más allá...”⁵³.

De hecho, cabría preguntarse si acaso este no es un indicio de que la teoría del injusto personal refuta la teoría estricta de la culpabilidad. La pregunta es válida porque, como se ha dicho, la teoría de los elementos del deber es tributaria de la teoría estricta de la culpabilidad, pero a la vez contradice los postulados del injusto personal. Roxin no se plantea esta cuestión en esos mismos términos, pero sí sostiene, como se ha dicho, que la incapacidad de explicar los elementos del deber es un fracaso de la teoría de la culpabilidad que Welzel sustenta⁵⁴. En realidad, al decir eso va un poco más allá de lo que los resultados de su investigación le permiten afirmar. Es cierto que la fricción entre ambas construcciones pone de manifiesto que al menos una de las dos es errónea, pero no que ambas lo sean. Por otro lado, precisamente la inconsecuencia que se advierte entre la fundamentación de la teoría estricta de la culpabilidad y el tratamiento del error sobre los elementos del deber impide considerar las opiniones de Welzel sobre este último tema como un resultado consecuente, susceptible de ser valorado como una expresión de los defectos dogmáticos de la primera. Otra cosa es que pueda haber razones adicionales para rechazar la teoría estricta de la culpabilidad⁵⁵, como Roxin lo muestra convincentemente⁵⁶, pero los resultados obtenidos por Welzel en materia de elementos del deber no pueden, por ese solo hecho, ser incluidos en dicha lista.

En todo caso, no cabe duda de que el efecto combinado de la teoría de los momentos de la antijuridicidad y la teoría estricta de la culpabilidad tiene

⁵² Citando a Arthur Kaufmann, expresa, casi en tono de reclamación: “la muerte de un hombre no implica todavía la materia de la prohibición; al contrario, la materia de la prohibición es la muerte que no es consecuencia de una acción necesaria de guerra o de defensa” (*Teoría del tipo penal*, p. 153).

⁵³ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 157.

⁵⁴ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 209.

⁵⁵ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, p. 127 y ss.

⁵⁶ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 178 y ss.

repercusiones significativas de cara a la fundamentación de las soluciones en materia de error. Como se sabe, la tesis de que en los casos de error evitable sobre los presupuestos de las causas de justificación la pena correcta sería la derivada del injusto doloso se sustentaría, según los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, en que la realización de un hecho típico impone a su autor un deber intensificado de diligencia en el examen de las circunstancias en que actúa. Por lo tanto, quien quebranta ese deber al creerse víctima, por descuido suyo, de una agresión ilegítima que no es tal, debería responder, se dice, a título doloso por el hecho realizado en su supuesta defensa⁵⁷. Es un razonamiento que descansa en una cuestionable asimilación entre dolo e infracción de deber, para cuya justificación el referido argumento no aporta demasiado realmente. Pero dejando ese aspecto de lado, lo que interesa recalcar aquí es que la mayor intensidad de ese deber derivaría de la conciencia que el autor tendría en tales casos de ejecutar una acción que se sale de los cauces normales, una acción que sólo en presencia de circunstancias excepcionales podría ser permitida⁵⁸. Pues bien, esto es algo que está completamente excluido cuando se trata de la realización de la conducta prevista en un tipo abierto. Cuando en esos casos el agente incurre en descuido al apreciar las circunstancias fundamentadoras del elemento de deber, de ninguna manera puede decirse que ello tenga lugar bajo la conciencia de realización de un hecho excepcional que imponga deberes especiales de cautela, de donde se sigue que la afirmación del dolo en esos supuestos (al menos en los que no se introducen correctivos *ad hoc*) no es explicable ni aun por las razones que presuntamente justificarían la teoría estricta de la culpabilidad⁵⁹.

Todas estas inconsistencias conducen a poner seriamente en duda la afirmación de Welzel en el sentido de que los elementos del deber serían "el resultado de una

⁵⁷ Una reflexión importante, si se tiene en cuenta que lo que la teoría estricta de la culpabilidad viene a sostener es que el hecho motivado por la creencia evitable en una justificante putativa es más grave que cualquier realización imprudente del mismo acto.

⁵⁸ Sobre el punto replica ROXIN: "El mayor contenido de disvalor que justifica la aplicación de la pena correspondiente al delito doloso, reside ante todo en que el autor hace algo conciente que supera los límites de lo socialmente tolerable -más que en el hecho de ser conciente de la transgresión de tales límites-." (*Teoría del tipo penal*, p. 188).

⁵⁹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 208. Punto que en cierta forma ya LANGE había puesto de manifiesto al sostener que el hecho de que el propio Welzel admitiera la realización típica en casos de adecuación social y en los de tipos abiertos demostraba que no era efectiva la postulada diferencia valorativa entre un comportamiento atípico y uno típico pero justificado (JZ 1953, p. 9; citado críticamente por HIRSCH, *La doctrina de los elementos negativos del tipo*, p. 348 y ss.).

aplicación consecuente de su dogmática a ciertos tipos penales complicados”⁶⁰. De hecho, las evidentes tensiones de esa tesis con las líneas generales del injusto y del tipo de Welzel muestran elocuentemente lo contrario. En realidad, si algo explica las decisiones tomadas por Welzel en esta materia es la clara discordancia entre el contenido de ciertos tipos penales y su tesis fundamental sobre la separación del dolo y la conciencia de la ilicitud, en el entendido de que el dolo haya de abarcar el conocimiento de la totalidad de los elementos típicos.

Es claro que su decisión de recortar el contenido de esos tipos a la medida de su tesis sobre el dolo es objetable desde todo punto de vista, pero como veremos más adelante no está claro que todos sus críticos estén en condiciones de arrojar la primera piedra en esta materia.

En todo caso, si el rechazo prácticamente unánime a la posición de Welzel está justificado, quiere decir que el problema que los tipos portadores del elementos de antinormatividad representan para la teoría de la culpabilidad requiere de una respuesta distinta.

2. LOS ELEMENTOS DEL DEBER EN ARMIN KAUFMANN

2.1. Introducción

Kaufmann, al igual que Roxin, comparte la apreciación fundamental de Welzel, en el sentido de que el juicio de deber que denotan los elementos de antinormatividad no puede formar parte del tipo penal. Su posición en este punto está mucho más cerca de Welzel que la de Roxin, y en cierta forma puede considerarse una versión más depurada pero también más extrema del mismo punto de vista. La tesis de Kaufmann es que los elementos del deber no son componentes del tipo sino *presupuestos* suyos. No pertenecerían a la estructura del hecho punible, sino a un estadio previo: el de la concreción de la norma de comportamiento en deber personal.

Como se sabe, la tarea que Kaufmann aborda en su *Teoría de las normas* es construir un modelo normativo que pueda dar sentido a la afirmación de un injusto

⁶⁰ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 158.

subjetivo en forma previa al examen de culpabilidad⁶¹. Como es lógico, en el contexto de esa obra el problema concerniente a si ciertos elementos de la descripción de un hecho deben encontrar su sede en el tipo o en la antijuridicidad tiene una importancia más bien secundaria en relación con el problema relativo a la fundamentación general del deber. Lo que le interesa a Kaufmann es dilucidar si la tesis central de Binding -según la cual la teoría del delito puede y debe construirse como la teoría de la infracción de una norma de conducta- es verdadera, y en su caso delinear las correspondientes estructuras de imputación en sintonía con el giro fundamental representado por la teoría del injusto personal de Welzel.

Esto le lleva a embarcarse en una amplia reflexión sobre el modo de concebir las normas, sus relaciones con los juicios de valor, la concreción de las normas generales en deberes personales, la determinación de los presupuestos de su infracción y la existencia, por tanto, de un injusto, así como sobre el concepto de reprochabilidad y la estructura normativa de la justificación. No es este el lugar para resumir los resultados de su investigación, sino solo el de describir las líneas generales que hagan comprensible su pensamiento en torno a los elementos del deber.

De los momentos de la antijuridicidad mencionados por Welzel, Kaufmann se ocupa solo de tres: del componente "sin autorización" empleado en ciertos tipos penales, de las referencias a la "validez" o legitimidad de leyes u órdenes administrativas y sobre todo de los "elementos especiales de la autoría", que son lo que juegan el papel más importante en su construcción y en los que concentraremos nuestro análisis.

2.2. Líneas generales del modelo de injusto de Kaufmann

Según se ha dicho, el interés principal de Kaufmann consiste en diseñar las bases conceptuales de un injusto no culpable, entendido como la infracción de una norma de comportamiento. El punto de partida de su trabajo es la aceptación de la tesis bindingniana de que las reglas que ordenan el castigo de determinados comportamientos están lógicamente precedidas de otras que expresan mandatos o

⁶¹ Sobre la evolución del pensamiento sobre la norma penal, véase SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", p. 559 y ss.

prohibiciones, dirigidos no al juez sino a los ciudadanos en general y que adoptan el carácter de una conminación: “no debes hacer esto” o “debes hacer esto otro”⁶².

De modo similar, estas normas de conducta se sustentan en juicios de valor. Si determinadas acciones son mandadas o prohibidas, ha de ser indudablemente porque su ejecución u omisión es vista como preferible a la alternativa contraria⁶³. Kaufmann precisa sin embargo que no se trata de una valoración única sino de una cadena de valoraciones. La más general de ellas tiene un carácter positivo y recae sobre las realidades a las que atribuimos el carácter de bienes jurídicos⁶⁴. De ella se desprende por contraposición un segundo juicio de valor, de signo negativo, que alcanza a todos los sucesos que tienen alguna incidencia perjudicial sobre dichos bienes, cualquiera sea su origen, como podría ser, por ejemplo, la muerte (accidental o no) de una persona o la simple destrucción de un ecosistema por la caída de un meteorito. En un tercer nivel se sitúan los juicios de valor que recaen sobre las acciones u omisiones humanas que producen o tienden a producir aquellos estados de cosas desvalorados en el nivel precedente⁶⁵. Kaufmann recalca que son estos últimos juicios los que brindan sustento a las normas de comportamiento (y no los que desvaloran estados de cosas), y puntualiza entonces que toda norma manda precisamente aquello que es inadmisibile que sea omitido o prohíbe aquello que es inadmisibile que sea realizado⁶⁶.

La norma así formulada es una expresión general del deber. Pero la obligatoriedad de un comportamiento en una situación dada requiere un paso adicional de concreción de la norma en deber personal⁶⁷. Un aspecto central de la tesis de Kaufmann consiste en que el surgimiento del deber es independiente de la conciencia que el individuo tenga de él. Los mandatos y las prohibiciones -sostiene- bien pueden ser cumplidos o quebrantados por individuos que ignoren el deber que pesa sobre ellos, o que ni siquiera estén en condiciones de conocerlo. Tal como lo postula el sistema estándar del delito, la cognoscibilidad del quebrantamiento de

⁶² KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, pp. 47-87, 136.

⁶³ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 87.

⁶⁴ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 90 y ss.

⁶⁵ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 93-97.

⁶⁶ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 87, 98, 134.

⁶⁷ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 171 y ss.

la norma es irrelevante en el injusto y solo adquiere relevancia en la culpabilidad, en el marco del error de prohibición⁶⁸.

2.3. Destinatario y sujeto obligado. Concreción de las normas en deber

Separándose de una de las tesis de Binding, según la cual las normas tendrían diferentes destinatarios dependiendo de si son formuladas de modo general o dirigidas a un grupo determinado de personas (como las que subyacen a los delitos especiales), Kaufmann sostiene que todas las normas, sin distinción alguna y por lo tanto también las especiales, tienen como destinatarios a la totalidad de las personas⁶⁹. Sin embargo -precisa-, una cosa es el momento de imperatividad abstracta de la norma y otra cosa muy distinta es su *concreción en un deber* para un sujeto determinado⁷⁰. Las normas especiales sólo dan origen a deberes personales de hacer u omitir en las situaciones previstas por ellas y en relación con las personas en que concurren las calidades exigidas en cada caso.

Esta fase de concreción de la norma en deber supone que se cumplan dos clases de condiciones. De una parte se requiere, como es obvio, que el individuo tenga la calidad exigida y que concurren las circunstancias en que cobra actualidad el mandato que la norma expresa. Pero además, es preciso que el sujeto cuente con "capacidad de acción"⁷¹.

Explica Kaufmann que la "forma ideal abstracta de la obligación por parte del derecho"⁷² que contiene la norma se concreta en deber cuando se verifica objetivamente la situación que esta prevé y el individuo es consciente de ella. Ese momento no coincide con el del juicio de valor que subyace a la norma, sino que es anterior a éste. "El juicio de valor sobre el acto -señala- se concreta con la

⁶⁸ Visiones críticas en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, p. 601 y ss, y MIR PUIG, *Estado pena y delito*, p. 130 y ss.

⁶⁹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 165. La razón fundamental que cita en apoyo de esa opinión es, básicamente, que si las normas especiales no obligaran a todos no sería posible castigar a los partícipes *extranei* en un delito especial, cfr. op. cit, p. 163 y ss. Véase también GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 108-127.

⁷⁰ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 167 y ss; SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", p. 560 y s.

⁷¹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 184 y ss.

⁷² KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 184.

realización de su objeto en determinado acto⁷³ –como cuando alguien da muerte a otro–, pero “la norma, al contrario, no puede esperar la realización de su objeto”⁷⁴. Es preciso que se concrete *antes del comienzo del acto*, de donde se sigue que la prohibición se concreta con respecto a un individuo determinado que *estaría en condiciones de llevar a cabo el acto prohibido*, es decir, con respecto a los “*capaces de acción*”⁷⁵.

Esta capacidad de acción, o capacidad de tomar la decisión que es objeto de la norma, comprende tres elementos. Es necesario (a) que el individuo capte las circunstancias que constituyen la situación de cumplimiento⁷⁶. Enseguida, es preciso (b) que el sujeto esté en condiciones de calcular el curso de la acción prohibida, en virtud de su conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes y de su saber causal en general⁷⁷. Y, finalmente, es necesario (c) que el sujeto pueda realizar la decisión tomada⁷⁸.

2.4. El nacimiento de los deberes especiales y el error sobre los elementos de la autoría

El nacimiento de los deberes especiales requiere, entonces, que se verifique lo que podríamos denominar la antesala del acto prohibido (la situación en que surge el deber de omitir), que el individuo cuente con capacidad de acción (siendo consciente de lo que ocurre) y que además posea de hecho la calidad relevante. Notablemente, sin embargo, no es necesario que sea consciente de ella, basta con que la posea, aunque él no lo sepa.

⁷³ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 184.

⁷⁴ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 184-185.

⁷⁵ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 185, destacado en el original. Antes ha dicho: “la norma no puede formular un deber concreto, pues en el momento de su sanción no se conoce los presupuestos que fundamentan el deber que ella impone” (p. 173).

⁷⁶ Según KAUFMANN, el individuo tiene que ser “consciente de las circunstancias que determinan el objetivo de la norma. El sujeto tiene que haber reconocido entre las ‘circunstancias ya existentes’ el objeto del hecho (o los objetos del hecho) como tales, es decir, como existentes. En el caso de la norma del homicidio, p. ej., el sujeto tiene que haber conocido concretamente la existencia de un hombre” (*Teoría de las normas*, p. 186).

⁷⁷ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 187.

⁷⁸ Kaufmann, *Teoría de las normas*, p. 188.

Kaufmann es muy enfático en esto y se preocupa de desarrollar ampliamente su punto de vista sobre el particular. A su juicio, el elemento de la autoría de la norma especial no tiene nada que ver con la situación concreta ni con la capacidad de acción de un individuo⁷⁹.

“Antijurídico es el acto que reúne los elementos de la acción si el autor ostenta la calificación exigida, es decir, cuando denota efectivamente los elementos de la autoría. *La valoración no depende aquí de la conciencia del autor*⁸⁰.”

Es importante recalcar que la conciencia a la que Kaufmann alude aquí no es la conciencia del deber que recae sobre el sujeto especial, sino la conciencia de los *presupuestos* de su condición de obligado. El siguiente párrafo despeja cualquier duda al respecto:

“el sujeto de la norma no necesita saber o *poder saber* que para él se han dado las circunstancias que fundamentan el puro elemento del deber. Para la concreción [de la norma], es suficiente con que el individuo *de hecho* esté caracterizado por los elementos que definen al sujeto de la norma. *Su conciencia actual o actualizable respecto de la existencia de estas circunstancias es totalmente indiferente para la cuestión de la concreción del deber emergente de la norma*”⁸¹.

Al sostener que la incognoscibilidad (“saber o poder saber”) de los presupuestos de la condición de obligado especial no obsta al surgimiento del deber, Kaufmann se ubica en una posición extrema respecto de los elementos de la autoría. A diferencia de Welzel, quien siempre entendió que el conocimiento del agente debía abarcar los presupuestos de la calidad especial –ya como condición del deber mismo o bien como parte del dolo de los delitos especiales–, Kaufmann sostiene que dicho conocimiento es ajeno al injusto y que su lugar propio es la culpabilidad, como componente de la conciencia de la ilicitud.

Las consecuencias de este predicamento en materia de error son fáciles de reconocer⁸²: habrá error de prohibición tanto si el sujeto cualificado ignora la existencia o el alcance de su deber, como si ignora ya el propio hecho de ser funcionario, padre u obligado tributario, por ejemplo. Y en el caso de que su error

⁷⁹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 188.

⁸⁰ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 204.

⁸¹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 189, destacado añadido en “poder saber”.

⁸² Sobre las consecuencias en materia de participación, véase GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 114 y s.

sean vencible, habría que imponerle la pena atenuada del delito doloso correspondiente.

El propio Kaufmann se ocupa no obstante de destacar que esta última posibilidad se ve prácticamente excluida por dos razones. Primero, porque en los casos en que el elemento de autoría designe una calidad relacional –o “interpretable”– del sujeto con la acción o con el objeto de la acción (como la de ser padre de la víctima, por ejemplo), el conocimiento necesario para afirmar el dolo necesariamente tendrá que extenderse a la existencia de dicha relación⁸³. Y segundo, porque si, fuera de esos supuestos, el individuo desconociera su condición, por ese solo hecho quedaría inhabilitado para comprender la ilicitud de su hecho, con lo que en definitiva su culpabilidad resultaría siempre excluida⁸⁴.

Ofreciendo un paralelo con la postura de Welzel, Kaufmann comenta esta última situación señalando que:

“si el autor no llega a ser consciente de tales circunstancias [las que fundamentan su calidad especial], entonces no habrá obtenido la conciencia de la antijuridicidad concreta. Si él no tuvo conocimiento, su error sobre la norma es disculpable; pues sin conocimiento de la relación vital fundamentadora del deber no puede ser consciente de la antijuridicidad de la acción. Por lo tanto, existe acuerdo con Welzel en el resultado, en la medida en que el conocimiento falso del elemento de la autoría conducirá a la no punibilidad; sólo que para Welzel desaparecerá ya la antijuridicidad, y según mi posición faltará la reprochabilidad”⁸⁵.

En su opinión, entonces, el error sobre los presupuestos del deber –evitable o inevitable– produciría un error *invencible* de prohibición. Esta manera de resolver el problema ha sido criticada por Roxin, quien considera que, al margen de que la impunidad puede ser una buena solución en muchos casos, para sustentarla Kaufmann termina acudiendo a una ficción no demostrada de invencibilidad⁸⁶.

De hecho, lo que Kaufmann plantea no es siquiera un caso normal de aplicación de las reglas del error de prohibición. Según él, en toda hipótesis de error sobre los presupuestos del deber, sea vencible o invencible, al individuo le estaría completamente vedada la comprensión sobre el deber. Eso puede ser verdad, pero no hace invencible su error. La evitabilidad del mismo depende de la posibilidad de

⁸³ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 206 y s.

⁸⁴ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 226 y ss.

⁸⁵ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 211, nota 227.

⁸⁶ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 247.

evitar el error fáctico que impide el reconocimiento del deber. De modo que si, conforme a la teoría estricta de la culpabilidad –que tanto Welzel como Kaufmann defienden–, un individuo supone errónea pero evitablemente los presupuestos de una causa de justificación, incurrirá en un error vencible de prohibición aun cuando, ya incurrido en ese error, no haya podido acceder al deber⁸⁷.

Por lo tanto, la solución que presenta Kaufmann, si bien plausible desde el punto de vista punitivo, no es de ninguna manera una consecuencia natural de su doctrina, sino el resultado de introducir un correctivo dogmáticamente inconsistente en el análisis. Lo que en realidad fluye de su postura es la posibilidad de castigar con la pena atenuada del dolo a quien realiza una conducta incurrido en un error invencible sobre la posesión de la calidad típica, pues eso es lo que se desprende *directamente* de sostener que para la infracción de un deber especial y la configuración del injusto respectivo es indiferente que el autor sepa o *pueda saber* que es portador de la calidad correspondiente.

Cabría pensar que la opinión de Kaufmann sobre tales elementos viene determinada por la necesidad de mantener el carácter inculpable del injusto antinormativo, pero eso no es así. Para sostener ese modelo de lo ilícito lo único que se necesita es segregar de él la *conciencia* del deber⁸⁸, lo que se consigue valorando el error sobre la ilicitud en la culpabilidad. Ni siquiera es necesario que la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación tenga que ceñirse al régimen del error de prohibición; esto puede quedar abierto a discusión, como la que tiene lugar entre las versiones estricta y limitada de la teoría de la culpabilidad. Lo que llama la atención de la postura de Kaufmann es que sea partidario de afirmar la existencia de un deber especial, de una infracción al mismo y

⁸⁷ Cuando Kaufmann afirma que el error de prohibición fundado en un error sobre la calidad especial es siempre un error invencible, sustituye el objeto de la evaluación de vencibilidad haciéndola recaer no sobre el error determinante (referido a las circunstancias fundadoras del deber) sino sobre el que sería su consecuencia (el error sobre la ilicitud misma). Si esto se aplicara con carácter general al error sobre los presupuestos de una causa de justificación en el marco de la teoría estricta de la culpabilidad, absolutamente todo error sobre las mismas, por reprochable que fuese, daría lugar a un error de prohibición invencible, cosa que nadie estaría dispuesto a aceptar, mucho menos un partidario de la teoría estricta de la culpabilidad.

⁸⁸ Algo que mucho autores –entre ellos KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 189– consideran erróneamente como una exigencia lógica. En verdad, el agente no necesita *saber* que el acto que ejecuta es ilícito, le basta *creerlo*. Para él, la conciencia de la ilicitud no supone la efectiva ilicitud del acto. El único que necesita *saber* que el acto es antijurídico antes de examinar la culpabilidad es el juzgador.

de dolo aun en supuestos de incognoscibilidad de los supuestos fundantes de ese deber.

Ante esto, cabe preguntarse cómo puede surgir, según su visión de las normas, un deber concreto sin que el autor especial tenga o pueda tener conocimiento de la calidad que lo convierte en tal. Asimismo, será preciso aclarar qué concepción abriga Kaufmann del dolo como para que sea posible afirmarlo aun en las condiciones indicadas y cómo se concilia todo ello con una teoría del injusto personal. A ello dedicaremos las siguientes secciones, sin perjuicio de que en el último capítulo será necesario volver a estos temas desde otro ángulo.

2.5. La objetividad del deber especial: la afirmación del dolo y del injusto en situaciones de incognoscibilidad de los presupuestos del deber

La aseveración de Kaufmann en el sentido de que para la concreción del deber especial en deber personal basta la capacidad de acción y de que el agente no necesita estar en condiciones de conocer la calidad que lo convierte en sujeto obligado por la norma, reposa indudablemente sobre la idea de que la conducta y la condición del sujeto que la realiza son cosas completamente distintas⁸⁹. Y lo son, desde luego, pero lo que Kaufmann tiene que justificar es la *importancia normológica* de esa diferencia, es decir, por qué habría de dispensarse un tratamiento tan distinto al conocimiento sobre la acción y al conocimiento de la calidad obligante.

El origen de su visión sobre este asunto se halla en su concepción del objeto de la norma y de la capacidad de acción, sobre la que gravita fuertemente la concepción finalista del comportamiento humano. Para Kaufmann, las circunstancias que constituyen la condición especial de la autoría tendrían que ser claramente distinguidas de la acción misma porque aquéllas provienen –dice– de una “situación temporal, espacial y objetivamente distinta”⁹⁰. De esa separación temporal y espacial deduce luego que tales circunstancias *no pertenecerían* a la acción y que, por lo mismo, no requerirían ser abarcadas por el dolo, en tanto que capacidad de realizarla.

⁸⁹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 189.

⁹⁰ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 189.

La expresión dogmática más clara de esta forma de ver las cosas surge cuando Kaufmann se pregunta enseguida si los elementos puros del deber (aquellos que no consisten en una relación con el objeto de la acción) pertenecen o no al tipo⁹¹ y si acaso es necesario que el dolo del agente "se extienda hasta su propia condición de funcionario"⁹². Su respuesta es que todo depende de los conceptos de dolo y de tipo que se manejen. Si el tipo -sostiene- se restringe a los denominados "elementos de la acción", la tesis de que el dolo debe abarcar todos los elementos del tipo es correcta, pero si bajo el concepto de tipo deben quedar comprendidos también los elementos "que definen al sujeto de la norma", entonces "la tesis según la cual el dolo se extiende a todos los elementos del tipo objetivo, es falsa"⁹³.

Conviene detenerse aquí un momento. En la sección anterior vimos que, en una primera etapa, Welzel sostuvo que los elementos de la autoría debían ser calificados como elementos del deber, y que por lo tanto no se les debía considerar como elementos típicos sino como momentos de la antijuridicidad. Pese a ello, mantuvo que para el surgimiento del deber personal era indispensable que el individuo tuviese conciencia de los hechos fundantes de su condición, a propósito de lo cual mencionamos en su momento que esta solución tenía entre otros problemas el inconveniente de hacer imposible el castigo a título culposo en las hipótesis de ignorancia vencible de tales presupuestos. Kaufmann, en cambio, considera haber demostrado que el nacimiento del deber especial solo requiere que el individuo obre con capacidad de acción y posea la calidad requerida, pero no que esté al tanto de ella o pueda siquiera estarlo; y plantea que lo mismo vale para atribuir una infracción dolosa de ese deber. Lo dice de un modo oblicuo, calificando como falsa la idea de que el dolo tenga que abarcar la totalidad de los elementos del tipo, incluyendo los de la autoría, pero al afirmar esto va mucho más lejos que Welzel. No solo extrae los elementos de la autoría del tipo, sino que los sustrae de toda posible relación con el conocimiento del agente. Es verdad que luego neutraliza los efectos punitivos de ese planteamiento concediendo un error invencible de prohibición allí donde ya vimos que no podría haberlo con una aplicación regular de las reglas del error, pero evidentemente eso no mejora las posibilidades de conciliar su concepción del tipo y del dolo con un injusto concebido como infracción de una norma.

⁹¹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 198.

⁹² KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 199.

⁹³ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 199.

En apoyo de su postura Kaufmann añade un par de argumentos dogmáticos con los que intenta mostrar que extender el dolo a la calidad del agente sería incorrecto. Ambos se apoyan sin embargo en una concepción "ontológica" del dolo, ya abandonada, que reduce el contenido de este elemento a aquello que puede ser deseado por el agente como objeto de un cambio futuro.

Sostiene, en efecto, que si la condición especial del sujeto tuviese que formar parte de su dolo habría que aceptar la teoría del *animus auctoris*, la cual le parece con toda razón un planteamiento rechazable sobre la autoría en general⁹⁴. Si tal fuera el caso -acota-, un interviniente inidóneo que careciera de dominio del hecho pero que quisiera su realización como propia tendría que ser castigado como autor de una tentativa inidónea. Además, "habría que considerar al partícipe (cómplice) que obra con *animus auctoris* como autor (putativo) de una tentativa inidónea, y por cierto como autor del hecho principal tentado del que es sujeto inidóneo por carencia de dominio del hecho. De esta forma se habría creado el paralelo consecuente respecto de la punibilidad de un sujeto inidóneo por carencia de otras calidades específicas del autor"⁹⁵.

De más está decir que este no es un buen argumento. De hecho, lo que Kaufmann tendría que justificar es la afirmación del deber, no en desconocimiento de la calidad especial, sino sin posibilidad de conocerla. Pero aun dejando eso de lado, del hecho de que el individuo deba obrar con conocimiento de su calidad especial no se sigue en absoluto que tenga que querer el hecho como propio, ni mucho menos que quererlo de esa manera permita calificar como autoría la intervención de un sujeto no calificado. Por último, cabe agregar que la teoría del *animus auctoris* plantea un criterio para la atribución del hecho en calidad de autor, pero de ninguna manera nos dice que los elementos de delimitación jurídica del círculo de los autores puedan ser reemplazados por la sola creencia de ser portador de ellos.

En segundo lugar argumenta Kaufmann que si el dolo tuviese que abarcar la calidad requerida por el tipo, sería necesario que el agente obrase con conciencia *actual* de

⁹⁴ Esta relación la justifica señalando que, en tal supuesto, el dolo "tendría que abarcar también la persona del autor desde todo punto de vista... pues sólo de esta manera sería posible fundamentar la extensión del dolo a la calidad de funcionario, de soldado, etc." (KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 200).

⁹⁵ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 201.

su condición al momento de ejecutar la conducta típica⁹⁶. Sin embargo, esta afirmación se encuentra atada, como ya se ha dicho, a una concepción del dolo centrada en la volición, que solo admite como objeto suyo aquello que puede tener el carácter de una meta -la acción misma⁹⁷ y las consecuencias que esta pudiera producir-, pero no los elementos preexistentes al hecho, como la propia condición del agente. Ello restringe sin motivo tanto *la relación volitiva* del sujeto con los objetos de su representación como *la clase de objetos* que podrían caer dentro de su esfera. De hecho, Kaufmann sostiene que la calidad del sujeto no podría ser materia del dolo: "Yo no podría -dice- querer realizar en el hecho el ser funcionario"⁹⁸. A lo sumo podría actuar "con la *conciencia* (actual) de ser un funcionario, así como es posible hacerlo con el *conocimiento* (actualizable) de serlo", pero ello sólo sería "una conciencia acompañante del acto", y no "un componente de la voluntad de realización"⁹⁹ (que en realidad es todo lo que se necesita para el dolo).

Esa identificación entre dolo y finalidad, y sobre todo esa manera de concebir la finalidad del autor, ha sido dejada atrás por la doctrina hace mucho tiempo, por lo que no tiene mucho sentido quedarse en este punto. Pero aun así, uno se ve movido a preguntar por qué la calidad de funcionario no podría formar parte del tipo y ser objeto de una mera "conciencia acompañante del acto", como planteaba Welzel. Quizás no sería la solución más elegante, pero sin duda que produciría resultados mucho menos perturbadores que prescindir por completo de las representaciones del agente sobre la calidad típica, tanto en términos de resultados concretos pero sobre todo en cuanto a su compatibilidad con los postulados de la teoría del injusto personal¹⁰⁰. Aquí se hace evidente que Kaufmann no quiere conceder margen

⁹⁶ Por esa razón Kaufmann piensa que si las calidades personales tuviesen que ser abarcadas por el dolo, sólo podría obrar dolosamente un funcionario que ha pensado en su condición de tal al momento de delinquir, y no uno "que en el momento del cohecho sólo ha pensado en el dinero, pero no en su posición de obligado" (KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 205).

⁹⁷ De alguna manera identificada prescindiendo al menos parcialmente de los hechos preexistentes.

⁹⁸ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 202.

⁹⁹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 202.

¹⁰⁰ En este sentido, probablemente lo más difícil de asimilar de toda esta argumentación de Kaufmann sea lo contraintuitiva que resulta. Según él, como el dolo es conceptualmente más exigente, no puede satisfacerse con una mera conciencia acompañante de ser funcionario; luego, *el hecho doloso se configura sin esa conciencia* (!). Es verdad que, así definido, no puede decirse que falte ningún elemento del dolo, pero desde el punto de vista valorativo la conclusión es desconcertante.

alguno a un condicionamiento subjetivo del deber, por lo que está dispuesto a darle al conocimiento de sus presupuestos el mismo tratamiento que al conocimiento del deber mismo. Esto puede verse muy claramente reflejado cuando afirma que:

“además, esta conciencia [la de ser funcionario] sería normalmente la conciencia de violar un deber que incumbe a un funcionario, pues se trata precisamente de la conciencia de un presupuesto que fundamenta el deber del sujeto (funcionario). Esto no tiene, por cierto, nada que ver con la voluntad de realización”¹⁰¹.

Contra lo que sugiere Kaufmann, conciencia de los presupuestos del deber y conciencia del deber mismo son evidentemente cosas distintas, tanto en la teoría como en la práctica¹⁰². Un sujeto consciente de su condición de tutor, de abogado o de funcionario, puede hacer u omitir algo sin tener conciencia de los alcances de su deber. Para el diseño de un modelo de injusto no culpable lo único que se requiere es evitar que la ignorancia sobre el deber mismo impida la concreción de la norma en deber para el obligado¹⁰³.

¹⁰¹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 202.

¹⁰² En un importante pasaje del que ya hemos extractado una parte, Kaufmann da a entender lo contrario. Refiriéndose al conocimiento del sujeto calificado acerca de su condición de tal, dice: “Su conciencia actual o actualizable respecto de la existencia de estas circunstancias es totalmente indiferente para la cuestión de la concreción del deber emergente de la norma. *Si fuese de otra manera, entonces, el conocimiento del deber sería ya presupuesto del deber mismo; una imposibilidad lógica*” (*Teoría de las normas*, p. 189). Pero esto no es verdad: ni el conocimiento del deber sería un presupuesto del deber mismo (pues sólo se trata del conocimiento de sus presupuestos), ni tampoco es contradictorio presuponer el conocimiento del deber para el surgimiento del deber mismo.

¹⁰³ La reticencia de Kaufmann a permitir que el injusto de los delitos especiales abarque siquiera una brizna de conciencia sobre los presupuestos del deber viene en alguna medida condicionada también por su rechazo a los efectos que atribuye a la alternativa opuesta, esto es, por la posibilidad de que la suposición errónea de los presupuestos de la calidad especial conduzca a dar por concurrente una tentativa inidónea donde no puede existir deber ni quebrantamiento alguno. Lo curioso es que la opinión de Welzel, de la que Kaufmann, sin embargo, se apartó de modo expreso, tendía precisamente a solucionar ese problema. Recordemos que al establecer la exigencia de un conocimiento (actualizable) de los presupuestos de la autoría como un elemento de la antijuridicidad condicionante del deber mismo, Welzel había conseguido el efecto de evitar que la suposición errónea de dichos presupuestos fundamentara una tentativa. Dejando de lado otras consideraciones, el defecto de esta solución se hacía sentir más bien en el ámbito de la culpa, toda vez que al verse excluido el deber también en virtud de un desconocimiento evitable de la condición especial se hacía imposible el castigo del comportamiento a título culposo. Pero, ciertamente, este no es un defecto que pudiera molestar a alguien que, como Kaufmann, tampoco permite el castigo a título culposo, más que en los supuestos de relación especial entre autor y acto, y que concede en todos los demás casos la impunidad al agente, por razón de su supuesta inculpabilidad.

2.6. Función de la capacidad de acción en el injusto

Lo que ocurre en el caso de las normas especiales revela un aspecto importante, que puede ser generalizado señalando que la *noción común de deber* que subyace a la distinción entre deberes generales y deberes especiales en Kaufmann es indiferente al hecho de que una parte del supuesto normado pueda ser incognoscible. Esto es bastante sorprendente, tanto desde el punto de vista del surgimiento del deber como de la afirmación del dolo, y mueve a preguntarse qué utilidad tiene –conceptualmente hablando– exigir capacidad de acción para el quebrantamiento de un deber especial, si una porción de sus presupuestos no requiere ser abarcada por esa capacidad de acción.

Frente a esto, es posible que Kaufmann replicara que la calidad especial del autor no pertenece al contenido de la norma¹⁰⁴, y que por lo tanto es falso que él afirme la existencia de un deber aun en condiciones de incognoscibilidad parcial del supuesto normado. Sin embargo, aun cuando en su modelo eso pueda ser efectivo, ocurre que ese es precisamente uno de los rasgos más artificiales de su construcción. Pues, independientemente de que se le considere o no parte del contenido de la norma especial, es indudable que la calidad del autor es un *presupuesto* del deber que ella impone, y por lo tanto que, en el modelo del deber que Kaufmann nos ofrece, la cognoscibilidad de uno de sus *presupuestos* es prescindible y en última instancia intrascendente.

Esto resulta especialmente llamativo de cara a la imputación dolosa. Según la noción generalizada del mismo, el dolo comprende la conciencia *de todo aquello que fundamenta el injusto*, es decir, de todo aquello que da origen al deber y su infracción. En contraste, la afirmación de su quebrantamiento en condiciones de

¹⁰⁴ Kaufmann presenta el problema de las calificaciones personales como un problema de calificación de la autoría: “En el ámbito de las normas especiales se requiere para la fundamentación del deber, además de la concreta capacidad de acción del sujeto, que éste presente una calificación especial. Si el acto prohibido por el especial deber de omitir es realizado, surgirá de la especial calificación del capaz de acción la específica calificación de autor. Ésta constituye un ‘puro elemento del deber’, pues como presupuesto del deber tiene el mismo contenido que los elementos de lo injusto (mientras que la acción surge de la capacidad de acción). La calificación especial de autor es en consecuencia tan personal como el acto mismo” (*Teoría de las normas*, p. 209). En esta exposición, la concurrencia de la calidad especial es un elemento de adjetivación necesaria de una autoría que en lo tocante al injusto ya está fundada en una capacidad de acción que no consulta la conciencia de la condición especial.

incognoscibilidad de los presupuestos de la autoría da lugar en este modelo a la afirmación de un injusto doloso en un supuesto en que ni siquiera debería ser posible la afirmación de la culpa.

Pero además, si en el sistema de Kaufmann todo el correlato subjetivo de la concreción de la norma en deber viene dado por una capacidad de acción que no necesita abarcar la totalidad de sus presupuestos y que, en tanto que representación *parcial* de los mismos, carece evidentemente de valor orientativo, quiere decir entonces que la razón por la que se exige dicha capacidad no puede estar relacionada con el seguimiento de la norma.

Si nos preguntamos qué es exactamente lo que lleva a Kaufmann a exigir capacidad de acción para la infracción de un deber en general, la respuesta habrá que buscarla en la manera como entiende la relación entre norma y *juicio de valor*.

Kaufmann explica que esa relación puede concebirse de muchas maneras, dependiendo del contenido que se asigne al juicio valorativo correspondiente¹⁰⁵, y de si valoración y deber se conciben como entidades separadas e independientes la una de la otra o como una sola cosa¹⁰⁶. Él mismo defiende la idea de que la esencia de la norma radica en su función directiva o "teleológica", que -subraya- *no debe* ser confundida con el juicio de valor sobre acciones lesivas en que se apoya¹⁰⁷.

Tomando como base lo anterior, podemos preguntarnos entonces si la razón por la que el surgimiento del deber exige capacidad de acción está conectada con el juicio de valor que precede a la norma o con el imperativo que ella expresa. Probablemente la respuesta de Kaufmann sería que la verdad está en una combinación de ambas cosas, debido a que en su sistema el juicio de valor (de tercer nivel) y la norma recaen exactamente sobre el *mismo objeto*. Sin embargo, la sola convergencia entre lo que es objeto de valoración y lo que es objeto de

¹⁰⁵ Así, el objeto del juicio de valor relacionado con la norma "no matar" puede situarse, por ejemplo, en el evento mismo de la muerte de una persona y abarcar todos los sucesos causantes de ella (supuesto que la causalidad sea el criterio de conexión entre las acciones y los estados de cosas desvalorados), o bien puede reducirse de modo que alcance sólo procesos humanos, y entre éstos, sólo aquellos que podamos llamar acciones, o aun sólo acciones que reúnan determinadas cualidades generales de acuerdo con el criterio de desvalor reconocido.

¹⁰⁶ En este sentido, las propuestas van desde una posición como la de Mezger, sustentadora de la existencia de "normas de valoración" y "normas de determinación", hasta la de quienes separan tajantemente el juicio de valor de la norma, pasando por quienes, como Goldschmidt, consideran que se trata de dos dimensiones, valorativa e imperativa, de una misma norma.

¹⁰⁷ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 101-119.

mandato deja intacta la pregunta planteada. Si tomamos en cuenta la observación de Kaufmann en el sentido de que los juicios de valor son "estáticos" (o retrospectivos) mientras que los imperativos son "teleológicos" (o prospectivos)¹⁰⁸, podemos reformular la duda anterior preguntándonos qué clase de razones son las que hacen necesaria la capacidad de acción. Planteada así, la respuesta surge casi por sí sola luego de examinar lo que ocurre con los elementos de la autoría: dado que la representación de *solo una parte* de los presupuestos de una norma carece de valor orientativo, es obvio que la capacidad de acción no está pensada para cumplir una función desde ese punto de vista.

Esto puede llamar un poco la atención, y con buenos motivos, porque pone en evidencia que el concepto de deber en Kaufmann es mucho más "estático" u objetivo de lo que a primera vista parece. De hecho, una mirada atenta al razonamiento que despliega en esta materia permite confirmar esa impresión.

Kaufmann presenta la capacidad de acción como una exigencia derivada (también) del carácter imperativo de la norma. Él pretende proporcionar a la teoría del injusto personal de Welzel una fundamentación independiente, anclada en las "estructuras normativas", y se pregunta entonces qué puede ser contenido de un deber. Citando a este último, responde que solo que puede serlo *aquello que puede ser cumplido por el hombre*.

"La norma se dirige por tanto a la capacidad, al 'poder' del hombre. (...) Exigir y esperar algo sólo es posible... 'de la voluntad. Por eso solamente acciones voluntarias pueden ser los comportamientos a los cuales se vinculen los deberes del orden de protección'"¹⁰⁹.

Esa misma *voluntad* constituye a la vez el *objeto del juicio de valor* que fundamenta la norma. Lo que se valora, según Kaufmann:

"no es la causalidad en tanto 'acontecimiento' o 'suceso', sino la 'composición teleológica de la intencionalidad' del hombre"¹¹⁰; "lo decisivo aquí es únicamente el valor (o desvalor) de acto"¹¹¹.

Por eso,

"sólo los juicios de valor sobre acciones finales serán, en consecuencia, fundamento de una norma"¹¹².

¹⁰⁸ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 99.

¹⁰⁹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 140.

¹¹⁰ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 93, con cita de Welzel.

¹¹¹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 94.

Y uniendo ambos momentos extrae la siguiente conclusión:

“Entonces, el cumplimiento de la norma significa la creación del objeto de un juicio de valor positivo o la no creación del objeto de un juicio de valor negativo. (...) *El objeto de la norma es idéntico con el objeto del correspondiente juicio de valor*”¹¹³.

“La existencia de la norma depende de los mismos presupuestos sin los cuales los correspondientes juicios de valor no tienen validez alguna”¹¹⁴.

Como podemos apreciar, en esta manera de enlazar el objeto del juicio de valor y el objeto del deber se confirma claramente que el juicio retrospectivo tiene la prioridad. La voluntad que es objeto de la valoración y del mandato es la voluntad desvaliosa. Invertiendo las expresiones arriba citadas acerca del cumplimiento de la norma, podemos decir que su infracción consiste en la *creación de la voluntad desvalorada*.

Aparece así algo muy llamativo en el marco de una teoría del injusto personal: *aunque el objeto del juicio de valor y el objeto del deber sean una misma cosa, la conciencia del objeto del deber no abarca la totalidad del objeto desvalorado*¹¹⁵. Ello pone de relieve que la objetividad que se hace patente en el caso de las normas especiales no es un carácter exclusivo de esta clase de normas. Es una consecuencia del planteamiento general de Kaufmann, que en este sentido puede ser caracterizado como un sistema de injusto objetivista, matizado con un ontologismo de corte finalista.

2.7. Limitación del objeto del dolo

Las consecuencias de la postura que hemos estado analizando se proyectan, como es natural, sobre el dolo y el sistema del error, así como sobre la participación en los delitos especiales. Pero lo único que acá nos interesa sin embargo es aclarar cómo

¹¹² KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 142.

¹¹³ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 98, cursivas en el original.

¹¹⁴ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 134.

¹¹⁵ Esta disparidad entre la base de desvaloración y el contenido de la conciencia tiene más de un origen. Desde luego arranca en parte de la concepción ontológica del dolo que maneja Kaufmann, y que ya hemos comentado, pero también del hecho de que tener la calidad de obligado no es objeto de la norma, en el sentido de que no es parte de lo que ella ordena o prohíbe hacer. Tomando esto en cuenta, no parece que sea verdad entonces que el objeto del juicio de valor que precede a la norma y el objeto de la norma sean siempre coincidentes, pues es obvio que la calidad especial tiene que formar parte de los elementos abarcados por ese juicio de valor.

entiende Kaufmann el injusto, qué lugar ocupan los elementos de la autoría y por qué la falta de cognoscibilidad de sus presupuestos es compatible según él con la atribución de un quebrantamiento doloso de un deber especial.

En referencia a este último tema, sostiene Kaufmann que:

“...el dolo, como lo característico del acto, nada tiene que ver con la calificación del autor; en tanto voluntad de acción, el dolo sólo puede referirse a los elementos de la acción”¹¹⁶.

Esta limitación del objeto del dolo a la “acción” se deja sentir también en otros lugares. Cuando Kaufmann analiza las consecuencias de la aplicación de su doctrina sobre los deberes especiales a casos concretos, toma como modelo el antiguo delito del § 173 StGB, referido al incesto. No es una elección casual. Este es un delito especial, pero al mismo tiempo es uno de esos casos en que la calidad del sujeto co-define al objeto de la acción y que *por ese motivo* requiere estar cubierta por el dolo¹¹⁷:

“En la medida en que la relación de parentesco es aquí, al mismo tiempo, elemento de la autoría tanto como de la acción, el dolo no puede faltar a su respecto”¹¹⁸.

Ahora bien, si se relea un pasaje comentado un poco más arriba es posible percibir cómo esa limitación incide también sobre el dolo *en los delitos comunes*. Al referirse a la capacidad de acción Kaufmann señala que el individuo tiene que:

“captar la situación en que se halla, de tal manera que sea consciente de las circunstancias que determinan el objetivo de la norma. El sujeto tiene que haber reconocido entre las ‘circunstancias ya existentes’ el objeto del *hecho* (o los objetos del hecho) como tales, es decir, como existentes. En el caso de la normas del homicidio, p. ej., el sujeto tiene que haber conocido concretamente la existencia de un hombre; en el caso de un hurto, la existencia de una cosa mueble que está bajo custodia de otra persona”¹¹⁹.

¹¹⁶ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 210.

¹¹⁷ Por lo mismo, resulta un tanto insólito que Kaufmann intente probar las virtudes de su posición sobre los deberes especiales ensayando soluciones en casos de error precisamente sobre la base de este precepto, pues es claro que la implicación de la calidad especial en el objeto de la acción y su inclusión en el dolo anula precisamente lo que tiene de particular la tesis de este autor en el ámbito de estos delitos.

¹¹⁸ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 206.

¹¹⁹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 186; las comillas sobre “circunstancias ya existentes” son de Kaufmann.

Entre lo “ya existente”, el autor debe reconocer el “objeto del hecho”. Como se ve, en este esquema es indiferente si el dolo comprende o no el conocimiento de todos los elementos que permiten desvalorar el acto desde el punto de vista de la norma. Lo importante es que abarque la acción y nada más. En este sentido, no es para nada trivial que el dolo sea incluido en la propia formulación de la norma:

“Tienes que obrar (dolosamente, voluntariamente, debes dirigir tu voluntad en este sentido...)”, o bien: “No debes obrar (dolosamente)”¹²⁰.

A tal grado de química pureza llega, entonces, la neutralidad valorativa del dolo en este sistema que incluso quien *cumple* la norma actúa dolosamente.

2.8. ¿Revisión treinta años después?

En un artículo titulado *Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad*, publicado casi tres décadas después de *Normentheorie*, Kaufmann vuelve a ocuparse de los elementos del deber, y concretamente de la cuestión de si el deber mismo pertenece de alguna manera al tipo o a la antijuridicidad.

Es frecuente que se afirme que en esta nueva aproximación al tema Kaufmann dio un giro importante a sus opiniones, sobre todo en relación con los elementos de la autoría¹²¹. Como sabemos, con anterioridad había sostenido que estos elementos no pertenecen al tipo, siguiendo así una línea similar a la del primer Welzel pero con una fundamentación distinta. En este nuevo estudio Kaufmann se manifiesta partidario de tratarlos como elementos típicos y objeto cognitivo del dolo, pero introduciendo alcances que es preciso tener muy en cuenta para entender adecuadamente su posición.

El giro que da de su postura es en realidad bastante menos dramático de lo que podría pensarse. El cambio se limita a que en este artículo Kaufmann sostiene que todas las calidades especiales son “interpretables” y que por consiguiente la categoría de los elementos “puros” del deber es en la práctica un conjunto vacío. Nada más cambia en su planteamiento.

Como se recordará, con la expresión “elementos puros de la autoría” Kaufmann alude a las calidades especiales que no consisten en una relación entre el sujeto y la acción o el objeto de esta. Pues bien, Kaufmann asegura que no existen delitos con

¹²⁰ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 136.

¹²¹ GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 108.

esa clase de elementos en el ámbito del derecho penal nuclear, y que es dudoso que los haya o pueda haberlos fuera de él¹²². Por consiguiente, todas las referencias a condiciones especiales del autor harían referencia a calidades del agente de alguna manera implicadas en el propio significado del acto típico¹²³, y que en esa medida pertenecerían al tipo y tendrían que ser cubiertas por el dolo, asumiendo que “la representación del autor ha de abarcar la total relación autor-hecho”¹²⁴.

No es una variación menor, ciertamente, pero en el contexto general de su doctrina es apenas una modificación contingente que deja intactas las estructuras. El concepto de dolo no ha cambiado un ápice, ni tampoco la razón por la cual la calidad especial podría ser admitida como elemento del tipo, ni mucho menos el papel que el deber desempeña en la teoría del delito.

El deber especial sigue siendo en sí mismo una cuestión ajena al tipo¹²⁵. Si la calidad del agente pertenece ahora a esa porción del injusto es porque, entre los demás elementos del deber, la autoría especial aparece como una cualidad relacional que forma parte de lo que el agente debe comprender de la acción que ejecuta.

No deja de llamar la atención que la ausencia total de elementos puros de la autoría no sea vista por Kaufmann como una posible refutación de su tesis sobre la naturaleza de esos elementos. Como sabemos, del hecho de que la calidad especial del agente no pertenezca a lo que la norma le ordena o le prohíbe al sujeto obligado, Kaufmann deduce que no pertenece al tipo ni requiere ser cubierta por el dolo. Por lo mismo, la circunstancia de que esta conclusión no parezca ser sostenible *en ningún caso* debería ser motivo para pensar que quizás haya un error en ese razonamiento¹²⁶. No es sin embargo lo que Kaufmann piensa, y él mantiene

¹²² KAUFMANN, “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad”, p. 86 y s.

¹²³ En palabras de KAUFMANN, en estos casos “el sujeto y la materia de la norma, autor y acción u omisión típicas, resultan caracterizados al mismo tiempo mediante una relación especial entre el sujeto y su acción o mediante el no ejercicio o ejercicio defectuoso de una función por parte de su titular” (“Fundamento”, pp. 86-87).

¹²⁴ KAUFMANN, “Fundamento”, p. 89.

¹²⁵ Lo mismo ocurre con el deber de actuar en los delitos omisivos; sobre esto, cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, pp. 143-148.

¹²⁶ La interpretabilidad de las calidades especiales muestra que su concepción del tipo y del dolo, centrada únicamente en la acción que la norma manda o prohíbe realizar, es incorrecta. De hecho, si KAUFMANN fuese consecuente con esa concepción del tipo tendría que procesar esas relaciones justo del modo contrario a como lo hace: dada la calidad especial como presupuesto del deber, la acción que al sujeto se le ordena realizar u omitir tendría que ser identificada con prescindencia de sus vinculaciones con el hecho. Pero si en la gran mayoría o en todos los casos resulta imposible separar

su idea de que, de no ser por esa co-implicación en la conducta, la calidad especial sería un elemento del deber ajeno al tipo, tal como sigue sosteniéndolo respecto de los *presupuestos de validez*¹²⁷.

2.9. Balance y juicio crítico

Como vimos en su momento, Welzel nos presenta un tipo del que extrae los elementos del deber, argumentando que estos pertenecen a la antijuridicidad, no obstante lo cual hay buenas razones para pensar que la razón de fondo es que esa clase de juicios no pueden formar parte del dolo en un sistema regido por la teoría de la culpabilidad.

La crítica más recurrente a su tesis hace ver que un tipo abierto como el que este autor postula ni siquiera contiene un supuesto de infracción de norma, y que este recién vendría a ser establecido a través de una indagación “positiva” de la antijuridicidad en el estadio siguiente del sistema del delito¹²⁸.

Kaufmann nos plantea un tipo de características muy similares, pero de un modo que en cierta medida logra esquivar el cuestionamiento anterior. También el suyo es un tipo desprovisto de ciertos elementos del deber. Pero dado que en su modelo la verificación de los presupuestos de tales elementos constituye un paso previo a la tipicidad, no se puede esgrimir en su contra que dé paso a la afirmación de un hecho típico no constitutivo de infracción de norma.

En apoyo de este diseño, Kaufmann argumenta que existe una razón nomológica que obliga a entender que los elementos no pertenecen al tipo ni a la estructura del delito en general. Sostiene que la existencia de un deber se verifica en un momento previo a la tipicidad, y que de hecho el tipo *presupone* el quebrantamiento de una norma que antes se ha concretado en deber. Por eso, la concreción de la norma en deber en los delitos especiales dependería de la posesión de la calidad requerida y

del dolo y del tipo ese factor relacional, lo que ello muestra es que el enfoque de KAUFMANN sobre ambas categorías es equivocado.

¹²⁷ Concretamente respecto de la competencia de un funcionario y de la eficacia jurídica de una ley, de una orden o de una autorización administrativa (KAUFMANN, “Fundamento”, p. 92 y s.). Sobre ellas señala que no pertenecen al tipo ni a ningún otro elemento del delito, sino que lo preceden lógicamente: “de la construcción del delito en tres escalones -sentencia- solo forman parte las normas o prescripciones jurídicas válidas” (op. cit., p. 99). En la doctrina española, esta tesis es seguida por CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, PG, t. I, p. 390 y s.

¹²⁸ *Vid supra* apartado 1.4.

de capacidad de acción, pero en sí misma esa posesión no sería parte del hecho típico, sino un presupuesto para la concreción del deber que el agente infringe con su comportamiento, de modo que la realización del tipo y la afirmación del dolo serían compatibles no solo con la falta de conciencia del deber especial sino también con la imposibilidad de conocer los presupuestos fácticos de dicho deber.

Esta tesis la mantiene Kaufmann hasta el final, solo que morigerada en sus consecuencias prácticas (después de las críticas de Roxin y otros autores¹²⁹) gracias a una ampliación de la categoría de los elementos "interpretables" de la autoría hasta cubrir la totalidad el espectro de los tipos especiales.

Aunque no es este el momento oportuno para llevar a cabo una crítica global al planteamiento de Kaufmann¹³⁰, es preciso poner de relieve que ya la propia afirmación de la existencia de una infracción de norma en condiciones de incognoscibilidad del deber es cuestionable, sobre todo si se pretende dar a esa infracción un carácter *personal*. Pero Kaufmann va aun más lejos que esto. Para él hay injusto -e injusto doloso- incluso si el sujeto especial no puede conocer los fundamentos de su calidad típica. Esta construcción es inadmisibles, y solo se sostiene porque Kaufmann neutraliza sus consecuencias prácticas mediante una alteración de las reglas de apreciación de la invencibilidad del error de prohibición y mediante la creación de una categoría de elementos "interpretables" de la autoría que fagocita a su contrapartida y que en el fondo niega la plausibilidad dogmática de su tesis.

Lo que está en juego detrás de todo esto es sin embargo su concepción del deber. A su juicio, un sujeto está obligado por la norma aunque no tenga cómo saberlo; solo la reprochabilidad del quebrantamiento depende de su cognoscibilidad. Probablemente la cuestión de fondo es que en su modelo, estar jurídicamente obligado a algo no es el fruto de una comunicación -al menos posible- entre emisor y destinatario, no es el resultado de una relación comunicativa, sino un estado objetivo resultante del hecho de ser destinatario de una norma, encontrarse en una situación de cumplimiento y tener la capacidad de realizar la conducta sobre la que recae el deber, todo ello en forma independiente de que el sujeto conozca o ignore

¹²⁹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 110 y ss.

¹³⁰ *Vid infra* Cap III, sec 2ª, B, 3.1.

el deber y de que los hechos que lo conviertan en obligado especial de cara a la norma puedan resultarle totalmente inaccesibles¹³¹.

Por consiguiente, ya la idea que tiene Kaufmann del proceso de concreción de la norma en deber es insatisfactoria¹³². La afirmación del injusto en situación de incognoscibilidad de los presupuestos del deber especial solo es posible porque la subjetivización del mismo tiene lugar en su sistema a través de una subjetivización del operando de la norma (que describe acciones dolosas). Es decir, no es la noción de deber lo que se subjetiviza en su modelo; lo único que se subjetiviza –en forma inapropiada, por lo demás¹³³– es su objeto.

Por último, y como veremos más adelante, posiblemente el mayor error de su postura resida en abordar los elementos del deber desde la norma de conducta, errando la perspectiva que es relevante para el tipo. Es verdad que la calidad especial no forma parte de aquello que la norma le ordena hacer u omitir al sujeto obligado, pero, al margen de que de eso no cabe deducir las consecuencias que Kaufmann extrae en materia de concreción del deber, ocurre que tratar la capacidad de acción, el dolo y el contenido del tipo como un momento del deber introduce también una importante distorsión en el análisis.

3. ROXIN Y LOS ELEMENTOS DE VALORACIÓN GLOBAL

Es probable que el autor que más atención haya puesto al problema de los elementos típicos denotativos del deber sea Roxin. Su primera obra importante constituye precisamente una amplia indagación crítica sobre la teoría de los tipos

¹³¹ “La norma es obligante –dice–, o sea, es norma, en tanto y en cuando se apoya en un juicio válido de valor, sea que se halle expresa o no. De aquí se deduce que la concreción de la norma abstracta en relación a un sujeto determinado no resulta de que éste conozca su deber” (*Teoría de la normas*, p. 171).

¹³² Cabe preguntarse qué sentido tiene retroceder al momento anterior a la realización del acto para fijar la capacidad de acción, si la dimensión imperativa es irrelevante. Tiene sentido si uno se pregunta por la posibilidad de comprender una conducta como realización posible del objeto de la norma, pero entonces la concreción del deber tendría que depender en primer término de esa cognoscibilidad y no del conocimiento efectivo de la situación de cumplimiento, y segundo, entre los factores de cuya cognoscibilidad dependería esa posibilidad de realización del objeto de la norma, habría sin duda que incluir los presupuestos de la calidad especial.

¹³³ *Vid infra* Cap III, sec 2ª, B, 3.1.

abiertos de Welzel, a partir de la que Roxin construye su propia respuesta a los problemas planteados por los elementos del deber jurídico. En *Teoría del tipo penal*, Roxin traza su postura fundamental y sienta la tesis que ha mantenido a lo largo de todos estos años, la tesis de los *elementos de valoración global*.

Con todo, ha habido en sus planteamientos una cierta evolución. Esa tesis inicial se ha visto complementada en su *Tratado* con precisiones que no se encuentran en la obra inicial. Además, Roxin ha abandonado la teoría de los elementos negativos del tipo, que en esa primera obra desempeñaba un papel importante desde el punto de vista expositivo, lo que sin duda ha tenido alguna incidencia sobre su posición definitiva.

En gran medida, la teoría de los elementos de valoración global puede verse como un intento de superación de la teoría de los elementos del deber construido sobre dos pilares. Uno de ellos es la crítica a la tesis de Welzel y el otro, su adhesión a la teoría limitada de la culpabilidad. Sin ir más lejos, Roxin plantea su propuesta como un ajuste relativamente sencillo, que tendría la virtud de ofrecer respecto de todos los problemas del error una solución más justa de acuerdo a los parámetros de la teoría limitada de la culpabilidad.

Lo primero que haremos será examinar la crítica que formula Roxin a los elementos del deber de Welzel y exponer su propuesta de reformular esos elementos bajo la categoría de los elementos de valoración global.

3.1. La transición desde los elementos del deber a los elementos de valoración global

Como vimos, según Welzel la presencia de términos alusivos a la antijuridicidad en las descripciones que la ley hace de ciertos comportamientos delictivos obligaría a efectuar una indagación de la antijuridicidad que este autor califica como "positiva". Roxin, en cambio, considera que esa caracterización es errada y que el procedimiento de verificación de la antijuridicidad de una conducta típica es siempre negativo¹³⁴.

¹³⁴ En este sentido, destaca de entrada que ya algunos de los momentos de la antijuridicidad que el propio Welzel menciona vienen formulados en la ley negativamente, como es el caso de "sin autorización" y otros. Y en cuanto a los demás, considera que su formulación positiva es perfectamente intercambiable por una formulación negativa, por lo que no sería más que un efecto estilístico. A su

Discrepa también de la aseveración de Welzel en el sentido de que los elementos del deber expresarían tan solo el carácter debido o prohibido de un acto, sin aportar nada a su descripción. Entiende Roxin que esos elementos también denotan *las circunstancias de hecho fundamentadoras* del deber en cada caso. Su carácter normativo -afirma- nada resta a su carácter descriptivo¹³⁵. Con la palabra "competente", que emplea por ejemplo el §154, no se indica sólo la obligación que una persona tiene de declarar la verdad, sino que "por encima de ello se caracteriza una serie de autoridades autorizadas a recibir el juramento y, por ello, tiene la función de describir en forma objetiva la materia de la prohibición"¹³⁶.

Una vez que se reconoce esta dimensión descriptiva, debe admitirse, según Roxin, que:

"los elementos del deber jurídico no pueden quedar fuera de la caracterización de la materia de la prohibición, de la misma manera que no pueden quedar fuera las circunstancias descriptivas del hecho"¹³⁷.

Por lo tanto, no son ni momentos positivos de la antijuridicidad, ni meros indicadores de ilicitud carentes de contenido descriptivo, sino elementos cuyo rasgo fundamental es exhibir una *especial relación con la antijuridicidad*¹³⁸. En efecto, si bien el conocimiento de un elemento del tipo por regla general no involucra el conocimiento de la antijuridicidad, los "momentos de la antijuridicidad" de Welzel serían una excepción a esa regla. Si alguien sabe que el funcionario al que opone resistencia actúa "legítimamente", entonces no puede suponer que cuenta

juicio, en estos y en todos los casos la antijuridicidad se verifica negativamente, indagando por la posible concurrencia de causas que pudieran justificar la conducta del autor. Y ello sería así porque, en el fondo, todas esas referencias *positivas* a la legitimidad de una orden o una actuación funcional pueden ser reformuladas como exigencias *negativas*, si se las pone en conexión ya no con la persona del juez o del funcionario, sino con la conducta del agente. Tales alusiones a la competencia del funcionario o a la legitimidad de su actuación, recalca, tienen el aspecto de exigencias positivas sólo porque desplazan la mirada *desde el autor al objeto de la acción*. Pero dado que la legitimidad de lo que hace el funcionario determina la ilicitud de la resistencia que protagoniza el agente, tales elementos en definitiva sólo expresarían que quien "propone la realización de un delito no tuvo ninguna autorización para obrar, quien se resiste no está amparado por la defensa necesaria; el testigo no estaba autorizado a declarar falsamente" (ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 93). En consecuencia, los juicios positivos de Welzel no serían más que un sustituto lingüístico del examen negativo que es usual en la comprobación de la ilicitud de cualquier comportamiento típico.

¹³⁵ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 95 y ss.

¹³⁶ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 97,

¹³⁷ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 98.

¹³⁸ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 122 y s.

con una autorización para actuar en la forma en que lo hace¹³⁹. Enfatizando esta idea, Roxin llega a decir incluso que “la conciencia de que el funcionario actúa en el legítimo ejercicio de su cargo, está acompañada en todos los casos con *certeza lógica* de la conciencia de la antijuridicidad”¹⁴⁰.

En los delitos omisivos sucedería lo mismo. Porque “si se considera el deber de actuar o de evitar el resultado como un componente del tipo, la conciencia de la antijuridicidad se da unida con el conocimiento de las circunstancias de tales deberes”¹⁴¹. Y otro tanto ocurriría, a su juicio, con el elemento “sin autorización”, con la “competencia” y con la “validez jurídica” de una ley o de una orden.

Sobre esas bases, Roxin plantea una nueva caracterización de los elementos del deber, que presenta ahora como elementos dotados de una *doble faz*, en cuanto que, por un lado, describirían el hecho y, por el otro, albergarían “en sí el juicio de antijuridicidad”¹⁴². Lo especial de su relación con la antijuridicidad radicaría, entonces, en esto: en expresar una *valoración jurídica sobre el hecho considerado en su integridad*. Precisamente por ser circunstancias “valoradoras totales” o “abarcantes de la antijuridicidad”, es que estos elementos pondrían al autor “en conocimiento directo de su deber jurídico”¹⁴³.

Conforme a esta nueva caracterización, la lista de los elementos del deber, transformados ahora en elementos de valoración global, sufre algunos cambios. Por una parte, se excluye de ella: (a) el carácter reprobable de las coacciones¹⁴⁴; (b) el elemento “sin autorización”, en ciertos supuestos¹⁴⁵; (c) los elementos de la

¹³⁹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 123.

¹⁴⁰ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 125, destacado añadido.

¹⁴¹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 126.

¹⁴² ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 131.

¹⁴³ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 131.

¹⁴⁴ ROXIN señala que en las figuras de amenazas y coacciones sólo se aludiría a una reprobabilidad de carácter social y no a una derivada de la contravención de una norma, por lo que su conocimiento no haría al agente conocedor de su ilicitud (*Teoría*, pp. 134-135). Posteriormente cambiaría de opinión sobre este punto: “Así pues, el término ‘reprobable’ no es una descripción típica, sino que significa tanto como ‘de modo socialmente nocivo en grado intolerable’, o ‘materialmente antijurídico’; y contiene, igual que si únicamente se utilizara el requisito ‘antijurídicamente’, una valoración definitiva del injusto relativa a la totalidad del hecho. Por eso, la ‘reprobabilidad’ como tal, exactamente igual que la ‘antijuridicidad’, no pertenece al tipo”. (*Derecho penal, PG*, I, nm. 10/47 p. 300).

¹⁴⁵ Saber que se obra sin autorización tampoco implicaría saber que se contraviene el derecho: quien realiza una rifa sin autorización puede estar conciente de ello pero ignorar que dicha

autoría¹⁴⁶, y (d) la calificación del hecho previo en el encubrimiento¹⁴⁷. En todos los casos el motivo de la exclusión es el mismo: el conocimiento de la circunstancia en cuestión no necesariamente proporcionaría al autor conciencia de la antijuridicidad de su conducta.

Por otro lado, hay también algunas adiciones: las leyes penales en blanco y los elementos subjetivos del tipo. Para ejemplificar la primera inclusión Roxin se refiere al delito de caza furtiva, contenido en el §292 del Código Penal alemán, que castiga a "quien lesiona un derecho de caza ajeno" a través de la realización de ciertas conductas. Esa enunciación del tipo -añade- comprende un elemento de valoración global, porque provee a quien esté consciente de ella del conocimiento de la ilicitud de su acto. Ese conocimiento sería asimismo inseparable de ciertos ánimos especiales, como el de apropiarse antijurídicamente la cosa, referido en esos mismos términos en el tipo penal de hurto¹⁴⁸. Y, por último, sería inseparable también del concepto de pretensión impositiva, integrante del delito de fraude fiscal, pues "si alguien conoce la concreta pretensión impositiva del Estado con respecto a él, no puede pensar que no tiene que cumplir con su deber de pago"¹⁴⁹.

3.2. La solución al problema de los elementos de valoración global

Replanteadas las cosas de esa manera -y hecha además una clara y argumentada opción por la teoría limitada de la culpabilidad¹⁵⁰-, Roxin acomete la búsqueda de una solución al problema del conocimiento de los elementos de valoración global que sea capaz de satisfacer la premisa valorativa de la teoría limitada de la culpabilidad, según la cual "sólo podrá aplicarse la pena del delito doloso, si el

autorización es necesaria. Por supuesto -señala Roxin-, la situación sería diferente si en esos tipos penales se hablase de la "autorización requerida" o al menos si ello se exigiese tácitamente; pero en la medida en que eso no sea así, el mencionado elemento no denotaría a su juicio la antijuridicidad de la conducta (*Teoría del tipo penal*, p. 134).

¹⁴⁶ Al respecto indica Roxin que "quien sabe de su calidad de funcionario sólo conoce, por ello, su deber de fidelidad mayor, pero no su deber en el caso concreto" (*Teoría del tipo penal*, p. 135).

¹⁴⁷ De modo similar, señala que quien conoce la prohibición o la punibilidad del hecho previo no deduce de ello necesariamente la prohibición del encubrimiento (*Teoría del tipo penal*, p. 135).

¹⁴⁸ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 136-137.

¹⁴⁹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 137.

¹⁵⁰ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 177-209.

autor conoce todos los elementos fundadores del injusto positivo y no supone circunstancias que excluirían lo injusto jurídico-penal¹⁵¹.

Pues bien, a la luz de este criterio surge con claridad que las dos alternativas que se presentan para situar los elementos de valoración global en el sistema del delito resultan igualmente insatisfactorias. Si se les trata como componentes del tipo, dice Roxin, se introduce también en él la valoración total del hecho, lo que transformaría en objeto del dolo un contenido que de acuerdo a la teoría de la culpabilidad no le corresponde, y haría del conocimiento de la ilicitud un presupuesto de la tipicidad de la conducta. "Para la teoría de la culpabilidad en todas sus especies, esta concepción del tipo resulta insostenible", concluye¹⁵². En cambio, si se les sitúa como momentos de la antijuridicidad, tal como hizo Welzel, se llega a una situación coincidente con la teoría estricta de la culpabilidad -que Roxin rechaza-, y se despoja igualmente al tipo de su contenido esencial de determinación del injusto¹⁵³.

La solución se encontraría en separar lo que pertenece a cada nivel. En los elementos de valoración global -dice Roxin- "se entrelazan elementos que sirven a la descripción, con otros que son determinantes del injusto"¹⁵⁴. La verdad está en el punto medio de entre ambas alternativas¹⁵⁵; en dividir los elementos del deber jurídico:

"de forma tal que la parte determinante de lo injusto se incluya entre los elementos del tipo, y el elemento que contiene la antijuridicidad formal pase a formar parte de la antijuridicidad"¹⁵⁶.

De ello, extrae las siguientes consecuencias en materia de error directo:

"un error sobre un elemento del deber jurídico es un error de tipo en la medida en que la falsa representación se refiera al elemento descriptivo y determinante de lo injusto; al contrario, habrá un error de prohibición cuando el autor con completo

¹⁵¹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 209.

¹⁵² ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 211.

¹⁵³ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 211 y s.

¹⁵⁴ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 213.

¹⁵⁵ ROXIN descarta atribuir a los elementos de valoración global el carácter de condiciones objetivas de punibilidad, como sostienen algunos, porque tales elementos son verdaderos presupuestos del injusto que ni pueden ser sustraídos al tipo, ni pueden ser imputados al margen de las posibilidades del autor de tomar conocimiento de ellos.

¹⁵⁶ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 214.

conocimiento de las circunstancias decisivas para lo injusto, yerra sobre la prohibición de la acción”¹⁵⁷.

Y en cuanto al error inverso: que la suposición errónea de cualquiera de las circunstancias determinantes del injusto provocaría una tentativa inidónea (punible), mientras que la creencia en la punibilidad de un acto constituiría sólo un delito putativo, un resultado que también armoniza con las ideas generales arriba expuestas¹⁵⁸.

Es decir, tomando como referencia los elementos del delito, el sistema del error quedaría configurado de la siguiente manera: todas las circunstancias constitutivas del tipo total, fundamentador del injusto, serían objeto del dolo, por lo que el error directo sobre ellas lo excluiría, mientras que el inverso daría lugar a una tentativa inidónea. La valoración del acto, que es efectuada en la antijuridicidad, sólo sería, en cambio, objeto de la conciencia de la ilicitud, por lo que su ignorancia provocaría un error de prohibición y su suposición errónea, un delito putativo. Así se mantiene la simetría del sistema sin sacrificar la justicia, acota Roxin.

Algunos ejemplos de la aplicación concreta de este criterio a los elementos de valoración global servirán para ilustrar su rendimiento práctico: (a) en cuanto a la “legitimidad” de una orden y a la “competencia” de un funcionario, tenemos que si el sujeto confunde a una autoridad con otra no facultada para el acto, obrará sin dolo; si, en cambio, conoce la situación pero cree que la autoridad que le recaba información no está autorizada para ello, como en el caso del sospechoso inocente que se cree libre de la obligación de dar a conocer su identidad a la policía, incurre en un error de prohibición¹⁵⁹; (b) en los delitos omisivos, tanto propios como impropios, si el individuo no sabe que quien se ahoga es su hijo, por ejemplo, incurre en error de tipo, mientras que si estando consciente de haber encerrado a alguien no se cree obligado a liberarlo, incurre en un error de prohibición¹⁶⁰.

Así, según Roxin, se llega a soluciones uniformes y más adecuadas, sobre todo si se las pone en relación con algunas de las sostenidas por Welzel. Para evitar el castigo de quien desconoce la identidad de la persona que peligra (y a la que está obligado a auxiliar), ya no es necesario demandar un conocimiento especial cuya ausencia debería eliminar la ilicitud del acto, sino que basta con el dolo para ello. Además, si

¹⁵⁷ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 214.

¹⁵⁸ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 250 y ss.

¹⁵⁹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 220-224 y 229-230.

¹⁶⁰ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 224-228.

ha habido descuido de parte del garante en reconocer el suceso, la exclusión del dolo deja paso a la consideración de la culpa, una posibilidad que el planteamiento de Welzel vedaba injustificadamente. Tampoco se corre el riesgo contrario, el de incluir íntegramente el deber de garante en el tipo, que redundaría en castigar como autor de una tentativa inidónea a quien se cree obligado a intervenir en un suceso que en realidad no lo obliga a ello. Y por último, la solución de Roxin resulta también adecuada respecto de otros “elementos del deber”, al impedir el castigo a título doloso de quien haya obrado creyendo contar con una autorización inexistente.

3.3. La divisibilidad e indivisibilidad de los elementos de valoración global

La distinción ya vista entre el sustrato de la valoración, por una parte, y la valoración expresada en los términos de la ley, por la otra, no siempre puede ser trazada con claridad. En ciertos casos la conexión entre uno y otro aspecto es tan fuerte que sencillamente se torna inescindible. En tales situaciones, según Roxin, hay que reconocer que se está en presencia de elementos de valoración *indivisibles*, en los que el adecuado conocimiento de los elementos típicos se confunde con el de la ilicitud de la conducta.

Esta idea, que es mencionada sin demasiado detenimiento y con algo de cautela en *Teoría del tipo*¹⁶¹, es desarrollada más ampliamente en su *Derecho penal*, en buena medida porque en esta última obra Roxin se muestra mucho más preocupado por asegurar que el conocimiento propio del dolo también proporcione al agente el conocimiento del *sentido social* de la conducta¹⁶². Dado que es preciso tener una cierta comprensión del sentido de los elementos típicos, ocurre entonces que esa comprensión no pueda darse sin una idea sobre la ilicitud de la conducta, ésta tendrá que pertenecer ya al dolo del agente. Ejemplificando esta idea, Roxin señala:

“Así p. ej. el error sobre la existencia de una deuda tributaria excluye el dolo en el delito de fraude fiscal. Pues el dolo de quien -aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas- cree no deber impuesto alguno no abarca siquiera al modo del profano aquel perjuicio al fisco que es propio del delito de fraude fiscal. De la misma manera el dolo del delito de infracción del deber de prestar alimentos o

¹⁶¹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 233.

¹⁶² ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 12/92, p. 464 y ss.

manutención (§ 170 b) presupone el conocimiento de la existencia del deber de alimentos y de la propia capacidad de prestación¹⁶³.

Roxin reconoce que determinar en cada caso si se está en presencia de un elemento de valoración global divisible o indivisible no es tarea fácil¹⁶⁴, y reconoce también que en estos últimos supuestos será "difícilmente posible" que se configure un error de prohibición¹⁶⁵.

3.4. Los elementos de valoración global y las leyes penales en blanco

En esta materia es donde se advierte quizás el cambio más importante en las ideas del maestro muniqués. En *Teoría del tipo* argumentaba que las leyes penales en blanco constituyen un instrumento de técnica legislativa muy semejante y perfectamente homologable a los elementos de valoración global, y criticaba a Welzel por no haberles hecho extensiva la solución que propuso para los elementos del deber¹⁶⁶. Pero en la actualidad Roxin se distancia de su anterior enfoque y se ubica en línea con la opinión dominante en esta materia¹⁶⁷, conforme a la cual es preciso distinguir según que el error recaiga sobre el supuesto de la norma integradora o sobre su efecto o existencia, entendiendo que en el primer caso sería

¹⁶³ ROXIN, *Derecho Penal, PG*, nm. 12/91, p. 464 (parágrafo derogado en la actualidad).

¹⁶⁴ De hecho, en *Teoría del tipo penal* ejemplifica la idea de indivisibilidad con el elemento ajenidad en el hurto, que en su obra general aborda de una manera muy distinta, admitiendo un margen relativamente amplio para el error de subsunción en casos de error jurídico. Cfr. *Teoría*, pp. 233-234 y *Derecho penal, PG*, nm. 12/87, p. 462. Del mismo modo, en su primera obra consideró el error sobre la existencia de una deuda tributaria como un error de prohibición (pp. 232-233), mientras que en la más reciente sostiene, como se ha visto, que sería un error de tipo, por ser aquél un elemento de valoración global indivisible.

¹⁶⁵ ROXIN, *Derecho Penal, PG*, nm. 12/92, p. 465.

¹⁶⁶ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 218 y s. Allí expresa que tanto los elementos de valoración global como las leyes penales en blanco son formas de remisión a otras disposiciones del sistema, formas de "empaquetar" información que de otro modo no podría ser conveniente integrada a los tipos penales.

¹⁶⁷ Vid, por todos, FAKHOURI, *Delimitación*, especialmente p. 257 y ss.: "La idea imperante en la actualidad es que como con la lectura conjunta del tipo penal en blanco y de la norma de complemento se llega al mismo resultado que si el legislador hubiera establecido un tipo penal completo, los elementos del tipo penal en blanco podrían ser sustituidos por el contenido de las normas -generalmente extrapenales- de remisión: se habla aquí de la 'tesis de la sustituibilidad' o 'de la capacidad de sustitución' (*Substituierbarkeitsthese*)".

excluyente del dolo mientras que el segundo incidiría sólo sobre el conocimiento de la ilicitud¹⁶⁸.

Por lo tanto, el sujeto que caza en período prohibido porque se equivoca sobre la fecha o los límites temporales de la veda, incurre en un error de tipo respecto de la figura que castiga a quien contraviene los preceptos sobre la prohibición temporal de la cacería (§ 38 I *BJagdG*). En cambio, si ha realizado la conducta desconociendo la prohibición de cazar, su error debe ser catalogado como un error de prohibición¹⁶⁹.

3.5. Repercusiones

La teoría de los elementos de valoración global constituye el modelo generalmente aceptado para abordar los problemas de error vinculados a los elementos típicos que expresan alguna forma de desaprobación general de la conducta. En la literatura especializada se considera doctrina ampliamente dominante tanto en España¹⁷⁰ como en Alemania¹⁷¹, lo cual sin duda se debe al predominio que en este ámbito tiene la versión limitada de la teoría de la culpabilidad en la que Roxin se apoya. Entre los autores que aceptan esa visión del dolo y del error, la teoría de los

¹⁶⁸ ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 12/94 y 95, p. 465.

¹⁶⁹ ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 12/95, p. 466.

¹⁷⁰ Se inclinan por esta construcción, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 113 y ss, 427; BACIGALUPO, *Derecho penal*, PG, 5ª, 1998, 229 y ss.; "Comentario al artículo 14", p. 93; CEREZO MIR, *Curso*, PG, II, p. 96 n. 60; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, I, p. 299 y s., 355 y s.; MIR PUIG, "Comentario al artículo 14", p. 663 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, p. 410 y ss.

¹⁷¹ En este sentido JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, PG, p. 265. Sobre su recepción, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 114, con amplias referencias en nota 58, quien alude a una "amplia aceptación" de la misma; *del mismo*, "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error", p. 670, nota 35. PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 124 califica de "doctrina dominante" la opinión que distingue entre los elementos de hecho del deber jurídico y la antijuridicidad, y que asigna el conocimiento de los primeros al dolo y el de la norma de valoración a la conciencia de la ilicitud. Agrega que este procedimiento ha sido desarrollado por ROXIN y también por RUDOLPHI (*SK StGB-AT*, 5ª ed. 1988, §16, n. marg. 17), CRAMER (*S/S-Cramer*, 23ª ed, 1988, §15, ns. margs. 42, 45), SCHROEDER (*LK*, t.1, 10ª ed. 1985, §16, n. marg. 43), WESSELS (*AT*, 18ª, 1988, p. 86), LACKNER (*StGB*, 18ª ed., 1989, §15, nota II, 2b bb), SCHLÜCHTER (*Irrtum über normative Tatsbestandsmerkmale*, 1983, pp. 94, 179 y ss.), HERDEGEN (*FS BGH*, 1975, pp. 195, 201), SCHAFFSTEIN (*FS OLG Celle*, 1961, p. 191) y KRÜPELMANN (*GA*, 1968, p. 129, 138).

elementos de valoración global solo parece suscitar algunas críticas relacionadas con la falta de certeza que generan algunas de sus distinciones¹⁷².

La idea fundamental de Roxin, en el sentido de que el tipo debe comprender la totalidad de los presupuestos fundantes de la ilicitud de un hecho, es aceptada por la doctrina con la misma unanimidad con que rechaza la teoría de los tipos abiertos de Welzel. En cuanto a los efectos atribuidos al error sobre los elementos de valoración global se observa también un cierto consenso. Usualmente se estiman excluyentes del dolo las equivocaciones relativas a la existencia de la situación valorada, y se tratan como errores de prohibición las falsas creencias sobre la adecuación a derecho de la conducta. Por lo demás, ya en la época en que Roxin postuló por primera vez este modelo de solución existían, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, propuestas que apuntaban en ese mismo sentido¹⁷³. Y el propio Welzel aplicó ese criterio para resolver los problemas de error planteados por algunos elementos del deber.

La teoría de los elementos de valoración global ha tenido especial repercusión en el ámbito del derecho penal económico, donde abundan los elementos típicos normativos y las leyes penales en blanco. Por aplicación de sus reglas, para la afirmación del dolo basta con que el individuo conozca los presupuestos del elemento valorativo general o de la norma de complemento, sin que sea necesario que tenga conciencia del deber subyacente, el que se considera objeto únicamente de la conciencia de la ilicitud. Sin embargo, su tesis acerca de que ciertos elementos de valoración global serían indivisibles del dolo y de que la afirmación de éste presupondría en tales casos la conciencia de la ilicitud, introduce un elemento morigerador en un ámbito cada vez más tecnificado en el que los errores de esa índole son más frecuentes y funciona como un contrapeso frente a la opinión de otros autores que, como Maiwald¹⁷⁴, sostienen que la ignorancia del agente acerca

¹⁷² FAKHOURI, *Delimitación*, p. 301.

¹⁷³ De hecho, ya en la época en que Roxin elaboró su tesis existían algunas propuestas similares a la suya, recogidas en algunos fallos y en la doctrina de ciertos autores como Von Weber, aunque fundada en su teoría de los conceptos complejos (FAKHOURI, *Delimitación*, pp. 302-305.), y Lange, respecto de ciertos casos puntuales (ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 32, 37, 45, 46).

¹⁷⁴ MAIWALD, *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho Penal Tributario*, especialmente p. 37 y ss. En ese texto Maiwald cita en su apoyo las opiniones vertidas por ROXIN en *Teoría del tipo penal* acerca del deber tributario, quien ahora lo considera un elemento indivisible del dolo. Sobre la situación doctrinal en este sector en particular, Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 404 y ss.

de la existencia de una obligación tributaria, en el delito de fraude fiscal, y otros fallos cognitivos similares, deben ser tratados como errores de prohibición¹⁷⁵.

Las críticas que se han dirigido a la teoría comentada apuntan, como adelantábamos, a ciertas dificultades de delimitación conceptual. En esta línea se señala que a menudo no es fácil calificar si las valoraciones expresadas por ciertos elementos típicos son globales o no, algo que el propio Roxin reconoce abiertamente por lo demás¹⁷⁶. Luzón Peña, por ejemplo, advierte que es preciso proceder con cautela en la interpretación de estos elementos, debido a que en ciertas ocasiones esas referencias típicas a la antijuridicidad no constituirían más que una alusión innecesaria y prescindible a las causas de justificación, en delitos en torno a los cuales su configuración sería más frecuente, como es el caso del delito de coacciones ("sin estar legítimamente autorizado": art. 172 CP) y de detenciones ilegales ("ilegalmente", "fuera de los casos permitidos por la Ley": art. 167 CP)¹⁷⁷.

Desde un punto de vista más general, Fakhouri ha cuestionado otros dos aspectos de la propuesta de Roxin. Ha manifestado sus dudas acerca de que las distinciones propuestas por este autor sirvan para trazar el objeto del dolo. En este sentido puntualiza que, si bien la delimitación entre error de hecho y error de derecho¹⁷⁸ en que esta teoría descansa puede resultar plausible, ello no significa que "la determinación del objeto del dolo haya de encontrar necesariamente su

¹⁷⁵ En todo caso, la tesis de Roxin no es la única que se maneja en ese terreno para reducir el campo de aplicación del error de prohibición. En el derecho penal económico son frecuentes las opiniones a favor de la aplicación de la teoría del dolo, o que plantean la necesidad de relajar los criterios de apreciación de la invencibilidad del error de prohibición en áreas que son objeto de una regulación cada vez más específica y ajena a las pautas centrales de comportamiento social para las que fue diseñado ese régimen más estricto de error. Al respecto, por todos, FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación*, especialmente p. 365 y ss.

¹⁷⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 115 y s., especialmente n. 59. En COBO/VIVES, *Derecho penal*, PG, p. 341, n. 34 se objeta a la tesis de Roxin que los elementos de valoración global no podrían contener el juicio de antijuridicidad, si ésta puede verse excluida por la concurrencia de causas de justificación. La tesis de Roxin, sin embargo, es que sólo forma parte del tipo el sustrato de la valoración, pero no la valoración misma.

¹⁷⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, I, p. 299. Lo mismo en COBO/VIVES, *Derecho penal*, PG, p. 342. Ya antes, HIRSCH, *La doctrina de los elementos negativos del tipo*, p. 371.

¹⁷⁸ Conciente de esta posible asimilación, ROXIN adelanta una réplica diciendo que aquélla sólo sería ajustada si el sustrato de valoración que él sitúa en el tipo estuviese exclusivamente compuesto por datos fácticos, lo que no es conforme a su pensamiento. Lo único que sustrae del tipo es la valoración del hecho como antijurídico (*Teoría del tipo*, pp. 236-237)

fundamento en la misma¹⁷⁹. Y en segundo término ha observado, siguiendo a Schroth y a Walter, que debido a la evidente dificultad que existe para establecer una diferencia clara entre los elementos de valoración global y otras categorías de componentes típicos sometidas a reglas diversas de error –elementos normativos, normas penales en blanco, condiciones objetivas de punibilidad, elementos del deber, conceptos complejos– esta teoría entrañaría un riesgo significativo de manipulación de sus resultados, al ofrecer un amplio margen a que un determinado elemento típico sea clasificado en función de la consecuencia a que se quiera arribar en materia de error¹⁸⁰.

Como veremos un poco más adelante, las dos críticas son acertadas. De hecho, no solo hay razones para dudar de que las distinciones que Roxin plantea sean las más adecuadas para decidir cuál deba ser el contenido del dolo en cada caso, sino que además existen buenos motivos para pensar que en realidad su opinión sobre este último aspecto constituye el verdadero origen de tales distinciones y, por consiguiente, que la estructura que al hilo de la misma imprime al injusto dista de proveer la base de una solución sistemática a los problemas del error, como su doctrina plantea. En el caso de la segunda de las críticas apuntadas por Fakhouri es preciso reconocer, sin embargo, que los déficits de claridad y los riesgos de decisionismo que se han puesto de manifiesto no son exclusivos de la tesis de Roxin. En particular en el caso de las remisiones normativas –que es el tema del que Fakhouri fundamentalmente se ocupa– es muy dudoso que sea posible establecer fronteras definidas entre las normas en blanco, por ejemplo, y los elementos normativos del tipo, que no dejen una amplia franja de penumbra, y mucho más cuestionable todavía que las soluciones sobre error en tales supuestos deban regirse por criterios diferentes¹⁸¹.

Hay otro aspecto, sin embargo, de la tesis de Roxin que es especialmente cuestionable. Se trata de la distinción que introduce entre elementos de valoración global divisibles e indivisibles. La importancia de esta separación no puede ser mayor, porque de ella depende nada menos que la respuesta a la cuestión de si el

¹⁷⁹ FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación*, p. 301.

¹⁸⁰ FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación*, p. 301, con referencias. En sentido similar, aunque adhiriendo fundamentalmente a la tesis de Roxin y considerando practicable la delimitación, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 130.

¹⁸¹ Consciente de ello, lo que la mencionada autora propugna no es una delimitación más precisa de esas técnicas normativas, sino la unificación de los criterios con que habrían de resolverse los casos de error (de todos, pues en definitiva propone readoptar la teoría del dolo).

dolo ha de abarcar también la conciencia de la ilicitud en ciertos casos. Pero para distinguir entre uno y otro grupo de elementos valorativos no se nos aporta más que una vaga referencia al sentido social de la conducta, en clave subjetiva: si el sentido social del hecho puede ser captado sin necesidad de comprensión de su ilicitud, entonces se aplican al error recaído sobre esta valoración las reglas más estrictas del error de prohibición; si no es así, se aplican las del error de tipo y se excluye siempre el dolo¹⁸². Tal vaguedad en un punto tan decisivo constituye sin duda una dificultad importante de la postura de Roxin.

Con todo, la falta de una delimitación más precisa entre esas dos categorías no es probablemente el problema mayor. Como veremos enseguida, un análisis más detenido revela que la tesis de Roxin muestra ciertas debilidades en términos de coherencia interna, e incluso de compatibilidad con el sistema de la teoría del delito. En las páginas que siguen examinaremos especialmente la viabilidad de la separación que propone entre sustrato y valoración, la posibilidad de que una separación semejante sea introducida en el marco de la división sistemática entre tipo y antijuridicidad, el modo como concibe el carácter general de la valoración que atribuye a ciertos elementos típicos y la sustentabilidad de su pretensión de haber dado con las bases sistemáticas de las soluciones adecuadas para el tratamiento del error sobre esos elementos.

Antes de pasar a revisar estas cuestiones, veamos resumidamente qué es lo que Roxin plantea. Lo que sostiene es lo siguiente: (a) que algunos tipos contendrían elementos que envuelven una valoración jurídica del hecho como un todo; (b) que al interior de estos elementos sería necesario distinguir entre su sustrato fáctico y su contenido valorativo; (c) que el sustrato fáctico pertenecería en su integridad al tipo, debido tanto a su carácter descriptivo como a la necesidad de que ese estadio del delito contenga efectivamente una conducta expresiva de una infracción de norma; (d) y que, por el contrario, el juicio de valor sobre el hecho en su conjunto pertenecería siempre -o casi siempre- a la antijuridicidad, por ser este el lugar sistemático donde esa clase de valoraciones encontrarían su sitio; (e) no obstante, habría ciertos casos en los que el sentido social del hecho dependería tan fuertemente de su descalificación jurídica que el dolo tendría que abarcarla, sin que se precise si en tales supuestos la antijuridicidad del hecho formaría parte de los elementos del tipo.

¹⁸² ROXIN, *Derecho penal*, PG, I, nm. 12/92, p. 464 y ss.

Mirada en su conjunto, esta es una construcción bastante extraña. Por ejemplo, es difícil no ver en lo señalado en el punto (e) un grado importante de contradicción con lo establecido en (d), y no llevarse además la impresión de que el carácter excepcional que Roxin le atribuye es una explicación insuficiente de este hecho. Más a fondo, también es cuestionable que esa taxonomía sea la aplicación consecuente de una determinada doctrina del injusto, como Roxin afirma, y que las soluciones que propugna en el ámbito de error puedan ser vistas como el subproducto y, a la vez, la confirmación de ese modo de entender las relaciones entre tipo y antijuridicidad. Para adentrarnos en este tema examinaremos, en primer término, cuál es exactamente la estructura que atribuye a los elementos de valoración global, comenzando por los de carácter divisible, que constituyen la base de su propuesta.

3.6. Análisis crítico

3.6.1. Los elementos de valoración global divisibles

En opinión de Roxin, todos los inconvenientes con los que Welzel intentó lidiar infructuosamente a través de su doctrina de los elementos del deber podrían ser solucionados con relativa facilidad con solo advertir que lo que especifica a ciertos elementos típicos (no siempre coincidentes con los seleccionados por Welzel) es el hecho de cumplir el doble papel de designar un determinado supuesto fáctico y valorar el comportamiento en su conjunto, y proceder, luego, a separar ese sustrato de la valoración respectiva y a asignarlos a distintos niveles del injusto. Su idea es que un fraccionamiento de esa índole sería correlativo al que se observa entre el tipo -como componente esencialmente descriptivo del delito- y la antijuridicidad -como sede del juicio general sobre el ajuste o la contrariedad de un acto a Derecho-. Una vez hecha esa asignación, el tipo recobraría la función delimitativa de un supuesto de infracción de norma que la tesis de Welzel le habría arrebatado, y el contenido del dolo podría trazarse de un modo que no se superpusiera con la conciencia de la ilicitud, dando lugar a una aplicación fluida de las reglas de error que prevé la teoría limitada de la culpabilidad.

A la luz de semejante rendimiento práctico, resulta fácil comprender por qué esta tesis ha concitado el favor de la doctrina. Mediante una simple distinción administrada con habilidad, Roxin logra aparentemente recomponer la base normativa del injusto y, al mismo tiempo, conciliar el sistema del error con los postulados de la teoría de la culpabilidad. Todo un éxito, en ese sentido. Sin embargo, si se analiza su planteamiento desde el punto de vista de su coherencia

interna, el saldo es mucho menos favorable. El problema radica en que una asignación del contenido de los elementos de valoración global como la que Roxin practica desgraciadamente no es sostenible, ni es correlativa a la que existe entre tipo y antijuridicidad, por lo cual, en definitiva, tampoco puede aportar el sustento para las soluciones de error que pretende extraer de ella.

En cuanto a lo primero, es muy dudoso que una distribución como la que propone efectuar del contenido de estos elementos sea correcta. Porque si los elementos que menciona reúnen efectivamente las condiciones que les asigna, esto es, si en verdad se trata de elementos que, junto con ser típicos, encierran también la valoración del hecho, lo único que cabe concluir es que esta valoración también ha de pertenecer al tipo. Porque, ¿cómo podría una de las partes de un elemento *típico* no pertenecer a la tipicidad? No obstante, y como ya sabemos, Roxin sostiene que estos elementos solo serían típicos en su dimensión descriptiva, es decir, únicamente en la medida en que especifican unos ciertos presupuestos, pero no en cuanto expresan una valoración del hecho en su conjunto, que, según su criterio, solo podría pertenecer a la antijuridicidad. Esta pertenencia mixta o cruzada de los elementos de valoración global, tanto al tipo como a la antijuridicidad, es un punto clave de la tesis de este autor, pero como mínimo es también un rasgo que resulta muy llamativo en el marco del sistema del delito.

Para entender mejor qué es lo que Roxin postula a este respecto es preciso esclarecer qué es exactamente lo que estaría sujeto a división: si un componente *de la descripción* del hecho, un componente *del hecho* típico, o bien una combinación de ambas cosas. Dado que Roxin centra su análisis en cierto grupo de *términos* típicos, cabría suponer que lo que intenta hacer objeto de esa división es el sentido de esos conceptos. Pero no es eso lo que plantea. Lo que sostiene es más bien que el significado (valorativo) de estos conceptos sirve para circunscribir una parcela de hechos del mundo y, además, para valorarlos. Podríamos decir que con esos términos el legislador describe ciertos hechos mediante una valoración¹⁸³.

¹⁸³ Esto se refleja en varios pasajes de su obra. Se aprecia, por ejemplo, cuando critica a Welzel por caracterizar los elementos del deber como puramente valorativos, oponiéndole su opinión en el sentido que "si el concepto de descripción no se limita a las circunstancias descriptivas, el carácter descriptivo de los elementos del deber jurídico es incuestionable" (ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 97). Y también se percibe en ciertos análisis particulares. En relación con la competencia del funcionario, dice por ejemplo lo siguiente: "Cuando Welzel afirma que la significación de la palabra 'competente' se agota en que 'la autoridad referida está autorizada y... que alguien... está obligado a tolerar esa acción' no merece aprobación. Este elemento contiene, por ejemplo en el §154 del Código Penal, no

Por lo tanto, lo que conforme a su tesis se asigna al tipo y a la antijuridicidad son cosas distintas. Al tipo pertenecería un componente *del hecho* (el "sustrato") y a la antijuridicidad, un componente *de su descripción legal* (el juicio referido a ese sustrato). Es decir, en el fondo, lo que Roxin hace no es clasificar ciertos componentes típicos, sino asignar su intensión y su extensión a niveles distintos de la estructura del delito, lo que verdaderamente no tiene mucho sentido.

La teoría de los elementos de valoración global compromete a lo menos con dos afirmaciones que no son de recibo. Según la primera de ellas, la relación entre la antijuridicidad y la tipicidad sería como la que existe entre el sentido y la referencia de un término (pues solo eso podría explicar que el sustrato de un concepto de valoración global se ubicara en la tipicidad mientras el juicio mediante el cual se le determina se sitúe en la antijuridicidad). De acuerdo con la segunda, la calificación de un suceso como típico dependería, al menos en ciertos casos, de la satisfacción de exigencias contenidas en otro nivel sistemático del delito.

Sobre lo primero, hay que señalar que el hecho o sustrato típico no constituye la referencia de la antijuridicidad, sino que es la referencia de los términos contenidos en el tipo penal. Lo que decimos al calificar un hecho como típico es precisamente que hace verdad la proposición que contiene el tipo. Por lo mismo, la relación entre tipo y antijuridicidad no se corresponde en absoluto con la que hay entre el sentido y la referencia de un término, sino con la que existe entre prohibición (o mandato) y permiso (o exención), que es algo completamente distinto. Los hechos típicos no son el sustrato del tipo en el mismo sentido en que -de un modo bastante impreciso, por lo demás- suele decirse que son también el "sustrato de la antijuridicidad". Si cabe hablar de ese modo, es solo porque las normas de permiso se refieren a hechos que ya antes han sido calificados como típicos, pero no porque la tipicidad de la conducta dependa de su ajuste a valoraciones contenidas en la antijuridicidad. Y así como el adjetivo "típico" solo expresa que un hecho se conforma a un tipo, y no a otras categorías de la estructura del delito, lo mismo cabe decir respecto de los demás presupuestos de imputación agrupados bajo cada nivel del concepto tripartito del delito, pues ese es el principio básico de ordenación del sistema del hecho punible.

sólo la obligación de prestar una declaración acorde con la verdad, sino que por encima de ello se caracteriza una serie de autoridades autorizadas a recibir el juramento y, por ello, tiene la función de describir en forma objetiva la materia de la prohibición" (*ibídem*, destacado añadido).

A los inconvenientes señalados se suma otro, que es igualmente decisivo y que se aprecia con claridad cuando se pregunta por cómo habría que proceder para establecer la tipicidad de los hechos correspondientes a un elemento de valoración global. La pregunta se justifica porque si esos hechos no son en el fondo más que el correlato de una valoración que sería ajena al tipo, no se entiende entonces cómo llega a afirmarse la tipicidad del hecho. Pero en realidad, no hay ningún misterio detrás de todo esto; es claro que la determinación de las "circunstancias fundamentadoras" de "competente" o "reprobable", por ejemplo, se realiza recurriendo al significado de esos conceptos. Lo que ocurre simplemente es que la distribución sistemática que realiza este autor es contradictoria, porque implica afirmar y negar al mismo tiempo la pertenencia del concepto al tipo. La niega cuando sitúa el juicio de valor en la antijuridicidad y cuando argumenta que un juicio de esa clase no puede pertenecer al tipo. Pero la afirma -sin reconocerlo- cuando sostiene que el sustrato se establece en el tipo, porque es obvio que sin el concepto su determinación es imposible.

Por consiguiente, los (mal) llamados elementos de valoración divisibles (pues en sí mismos no admiten división) no pueden ser aceptados porque constituyen una categoría contradictoria y porque la asignación de lo que Roxin denomina como su sustrato a una determinada categoría del delito, y del juicio mediante el cual se los determina, a otra, es incompatible con las premisas metodológicas del sistema del delito.

3.6.2. Los elementos de valoración global indivisibles

Como ya sabemos, una porción en apariencia pequeña de los elementos de valoración global se regiría por unas reglas algo distintas de las que acabamos de analizar. Roxin lo explica diciendo que en estos casos la comprensión de la ilicitud del hecho denotada por el concepto típico no podría separarse (sería indivisible) de la comprensión del sentido social de la conducta que el dolo debe proporcionar. Desgraciadamente, no entrega precisiones ulteriores que den una idea más clara de su punto de vista sobre el particular.

De cualquier modo, es claro que la indivisibilidad de la que habla se encuentra concebida, no desde alguna premisa normativa, sino desde el dolo, y más precisamente, desde la función que éste habría de desempeñar. De modo que, en línea con lo que ya hemos venido observando, también en el caso de esta categoría

el eje es netamente subjetivo: son indivisibles los elementos de valoración global sin cuya conciencia no sería posible atribuir dolo al autor.

Ahora bien, desde el punto de vista del análisis, la mayor dificultad que presenta este grupo de elementos es que no se sabe bien qué es lo que se abandona con ellos: si la teoría de la culpabilidad o la tesis según la cual la valoración del hecho no puede pertenecer al tipo. Ambas opciones implican, en todo caso, un grado importante de contradicción. Si tomamos como base la primera de esas alternativas y suponemos que también en estos casos la desaprobación jurídica del acto se sitúa en la antijuridicidad, esta categoría viene a demostrar que la ubicación sistemática de ese juicio reprobatorio no decide cuál deba ser el contenido del dolo, y que una misma distribución del contenido de estos elementos puede ir acompañada tanto de un dolo referido únicamente al sustrato como de un dolo que abarque además la conciencia de la ilicitud del acto. En cambio, si atribuimos a este grupo de elementos el efecto de introducir el juicio sobre la antinormatividad del acto en el tipo, se comprueba, también en contra de las afirmaciones de Roxin, que es falso que el juicio global no pueda pertenecer a ese nivel del delito¹⁸⁴.

Entre ambas alternativas, es probable que la primera se corresponda mejor con las ideas generales de este autor. En *Teoría del tipo*, a pesar de su adhesión a la teoría de los elementos negativos del tipo, Roxin rechazaba con firmeza la idea de que las referencias a la ilicitud del acto en la descripción del hecho pudiesen comportar la incorporación del juicio de antijuridicidad a la tipicidad. "El legislador -señalaba en este sentido- ha incluido en numerosos casos la expresión 'antijurídico' en la descripción de ciertos hechos. *Actualmente es indiscutible que por ese hecho la antijuridicidad no se ha convertido en un elemento del tipo*. Esta expresión no debe conducir a una investigación especial en el momento de la determinación de la concurrencia de los elementos del tipo"¹⁸⁵. Pues bien, si tal es la situación¹⁸⁶, quiere

¹⁸⁴ Nótese, además, que en este caso la estructura del injusto se vería alterada, no por una razón objetiva, puesto que la indivisibilidad de esta clase de elementos no es de ese orden, sino por una razón subjetiva, esto es, porque ello sería necesario para que el dolo pudiese proporcionar al agente una comprensión adecuada del sentido social de su hecho.

¹⁸⁵ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 242; destacado añadido.

¹⁸⁶ En su *Derecho penal* guarda silencio sobre la estructura normativa de los elementos de valoración indivisibles y se distancia de la teoría de los elementos negativos del tipo. Desde el punto de vista sistemático no es claro por qué un dolo situado en el tipo subjetivo podría verse excluido a causa de un error sobre la antijuridicidad formal del hecho (no incorporada al tipo objetivo). Algo parecido vale también para la versión restringida de la teoría de la culpabilidad, en tanto plantea que el error sobre los presupuestos de las causas de justificación elimina el dolo. Como se sabe, la mayor

decir que la estructura de los elementos indivisibles de valoración global es idéntica a la de los divisibles y que, por lo tanto, les son aplicables las mismas críticas que a estos, junto con la apuntada, en el sentido que el hecho de que ambas clases de elementos de valoración global tengan exactamente la misma estructura pero se rijan por reglas de error diversas, proporciona otra evidencia de que, al contrario de lo que se presupone, las categorías sistemáticas de tipo y antijuridicidad no proporcionan la base de valoración del sistema del error.

3.6.3. *El origen de la noción de valoración global*

Este predominio silencioso de lo subjetivo sobre lo objetivo en la conformación del injusto está presente incluso en la manera como Roxin concibe el carácter global de la valoración que atribuye a estos elementos. En lo que atañe a este aspecto, se aprecia en su exposición una cierta dualidad de criterios. Cuando define esa clase de elementos los describe como aquellos que expresan una desvaloración del hecho en su conjunto¹⁸⁷, pero cuando indaga qué elementos reúnen esa propiedad utiliza casi invariablemente un punto de vista subjetivo, centrado en el conocimiento que su comprensión aportaría a un realizador doloso de la conducta¹⁸⁸.

En efecto, si se vuelve atrás la mirada para examinar el camino que Roxin recorre para llegar a sostener que la caracterización de Welzel debe ser sustituida por la que

parte de los autores -incluyendo Roxin- sortea ese escollo señalando que, si bien estos supuestos serían efectivamente casos de error de prohibición, hay razones valorativas para someterlos a las reglas del error de tipo. Conforme a este planteamiento, entonces, no es necesario separarse del diseño usual del injusto, porque no se pretende tampoco que el dolo abarque más que el contenido del tipo; simplemente se sostiene que determinados casos de error de prohibición deben ser asimilados a errores de tipo, por ser equiparables a éstos desde el punto de vista valorativo. De cara, sin embargo, a los elementos de valoración que Roxin califica de indivisibles la situación es considerablemente distinta, y ya no cabe argumentar que el error sobre la ilicitud excluya el dolo sobre la base de una simple asimilación de sus efectos. Lo que sostiene Roxin a este respecto es que el sujeto tiene que obrar con conciencia de la antijuridicidad de su conducta para que quepa afirmar de él que ha obrado con dolo. Esto marca una diferencia importante, porque mientras que para obrar dolosamente, conforme a la teoría restringida de la culpabilidad, solo se requiere que el individuo *no se represente* los presupuestos de alguna causa de justificación, la tesis de los elementos indivisibles de valoración global exige, en cambio, que el sujeto cuente *positivamente* con la conciencia de la ilegitimidad de su hecho. Una afirmación como esa compromete inevitablemente el contenido del dolo y ya no es explicable como un caso de equiparación valorativa de errores de distinta naturaleza.

¹⁸⁷ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 132.

¹⁸⁸ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 134 ss.

él mismo propone¹⁸⁹, se puede advertir que gran parte de sus consideraciones giran una y otra vez en torno de si *la representación* de un determinado elemento proporcionaría también al agente la conciencia de la antijuridicidad de su acto¹⁹⁰. Él mismo resume su punto de vista señalando que “la esencia de los elementos del deber jurídico consiste en que el conocimiento de tales elementos, por regla general, implica necesariamente el conocimiento de la prohibición”¹⁹¹.

Esta dualidad no debería representar un problema. Pero ocurre que, luego de presentar el contenido de los conceptos desde el punto de vista del agente, lo que hace Roxin para dilucidar si serían o no portadores de una valoración global es evaluarlos a la luz de las reglas del error, lo cual sí introduce una distorsión muy importante, porque a partir de ese momento serán considerados como continentes de valoraciones propias de la antijuridicidad todos aquellos elementos que proporcionen un conocimiento relevante para la conciencia de la ilicitud.

La primera crítica que cabe formular a este respecto es que a través de este procedimiento Roxin pretende mostrar que ciertos elementos típicos comprenderían valoraciones pertenecientes a la antijuridicidad, y que *por tal motivo* deberían estar sometidos, en ese respecto, a las reglas del error de prohibición. Pero el camino que sigue es el inverso: sostiene que si el contenido de un concepto típico se superpone con la conciencia de la ilicitud, ese elemento debe situarse en la antijuridicidad. Naturalmente, la utilización del régimen del error para decidir dónde debe situarse dogmáticamente un elemento implica razonar justo en el sentido contrario de cómo debería hacerlo quien pretende mostrar que las soluciones que propone en materia de error derivan de la estructura del injusto.

Pero además, la adopción de ese punto de vista afecta a la validez de las conclusiones. La razón es que la conciencia de la ilicitud no guarda una correspondencia sistemática exacta con la antijuridicidad, por lo que es equivocado sostener que todo lo que aquella abarca debe situarse en este nivel del delito. En concreto, la prohibición general del acto, que es objeto de la conciencia de la ilicitud, es sistemáticamente una propiedad implícita en todo tipo penal (desde el

¹⁸⁹ *Supra* 3.1.

¹⁹⁰ Por ejemplo, en el caso de la legitimidad de la actuación funcional del delito de resistencia sostiene que es un elemento de valoración global, porque si un sujeto sabe que opone resistencia a un funcionario que obra legítimamente, sabe también que carece de un permiso para actuar de esa forma (ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 123).

¹⁹¹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 138.

momento en que lo que se define como delito es cuando menos un acto contrario a norma). Por eso, si se toma dicha conciencia como guía para decidir qué es lo que debe situarse en la antijuridicidad, es inevitable que el contenido de este elemento del delito se vea ampliado en desmedro del tipo.

Esto explica, al menos en su origen, la extraña paradoja que genera el análisis de Roxin, en cuanto a que, pese a ser los elementos de valoración global componentes típicos, su significado pertenecería a la antijuridicidad, y no al tipo. También es el punto que más acerca su tesis a la de Welzel. En la medida en que implica desplazar los criterios generales de determinación de la conducta sujeta a castigo, desde el tipo hacia la antijuridicidad, también su postura puede ser vista como una forma atenuada de la teoría de los tipos abiertos.

3.6.4. ¿Son globales las valoraciones contenidas en los llamados elementos de valoración global?

Ahora bien, al margen de que el criterio de si el conocimiento de un determinado elemento típico suscitaría o no una representación afín a la conciencia de la ilicitud sea un mal método para decidir sobre su incorporación a la antijuridicidad, cabe también poner seriamente en duda que las valoraciones que Roxin asigna a estos elementos sean globales en el sentido en que necesitarían serlo para justificar esa tesis.

Para que un argumento como ese pudiera funcionar sería evidentemente necesario que el significado atribuido al elemento típico en cuestión comprendiera valoraciones como las que se consideran propias de la antijuridicidad. En tal sentido, global solo podría ser una valoración que supusiera la ausencia de permisos. Consciente de esto, Roxin se esfuerza por demostrar que todos los componentes típicos que considera comprensivos de valoraciones de esta clase serían incompatibles con la concurrencia de causas de justificación. Su tesis de que el sustrato típico de los elementos de valoración global comprendería también la no concurrencia de los presupuestos de las causas justificativas del hecho se apoya, precisamente, en ese supuesto.

Este es un punto, sin embargo, en el que la indagación subjetivizada de esta relación introduce una importante distorsión adicional. Para visualizarlo, es preciso separar con claridad dos aspectos. Uno concierne al carácter necesario o contingente de la implicación cognitiva que se considera determinante de una valoración global, en el sentido de si solo habría que considerar como elementos de

valoración global aquellos componentes cuya representación no pueda darse sin conciencia de la ilicitud, o también cabría considerar en ese grupo a los que simplemente *puedan* generarla, en los casos que corresponda. El otro aspecto es el relativo a cuál sería el *contenido* exacto de la conciencia sobre la ilicitud que estos elementos podrían o tendrían que generar, en términos de si bastaría con que lo suscitado por el concepto fuese un juicio parcial o provisorio sobre la ilicitud del acto, o bien uno de definitivo o concluyente.

No es fácil hacerse una idea clara respecto de ninguno de estos puntos, porque la exposición de Roxin fluctúa entre todas las alternativas mencionadas. En lo tocante al primero de ellos, parece ser que que bastaría con que la representación de un determinado elemento *pudiera* suscitar un juicio sobre la ilicitud del acto¹⁹². En cuanto a si ese juicio tendría que ser excluyente de las causas de justificación, que es lo más importante, desgraciadamente este es también el aspecto más difuso de su planteamiento. Sin duda Roxin parte de la base de que la representación del autor debería excluirl totalmente su concurrencia, pues así lo deja bien asentado cada vez que fija qué entiende por valoración global:

“El conocimiento de tales elementos significa para el autor, siempre..., o por lo menos en la mayoría de los casos..., la conciencia de la antijuridicidad formal de su hecho con necesidad lógica”¹⁹³. “Se podría también designar a estos elementos como circunstancias ‘valoradoras totales’ o ‘abarcantes de la antijuridicidad’, dado que ellas, junto a su función de describir en el caso normal, comprenden en sí también el juicio de antijuridicidad reservado a la valoración total del hecho”¹⁹⁴.

¹⁹² En algunos pasajes Roxin enfatiza el carácter absoluto y necesario del juicio de ilicitud que se forjaría en la mente del autor. Así se expresa, por ejemplo, en relación con el requisito de la legitimidad de la actuación del funcionario en el delito de resistencia a la autoridad, cuando dice que “la conciencia de que el funcionario actúa en el legítimo ejercicio de su cargo, está acompañada *en todos los casos* con *certeza lógica* de la conciencia de la antijuridicidad” (*Teoría del tipo penal*, p. 125). Pero en otros lugares se contenta con una implicación más débil, que admitiría excepciones. Por ejemplo, cuando expone las razones por las que a su juicio la competencia de la autoridad en el delito de perjurio también sería un elemento de valoración global, admite que pueda haber casos en que la conciencia de ese elemento no vaya acompañada de una representación de la ilicitud del acto, pero considera que “tales excepciones no modifican para nada el principio por el cual, en los casos normales, no puede separarse el conocimiento del deber del conocimiento de este elemento” (*Teoría del tipo penal*, p. 130).

¹⁹³ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 131.

¹⁹⁴ *Idem*.

En sentido similar, la mayoría de sus argumentos apuntan a poner de manifiesto que el conocimiento de ciertos elementos sería incompatible con la representación de un permiso. Sobre el delito de resistencia dice, por ejemplo: "si el autor sabe que el funcionario a quien resiste está obrando 'en legítimo ejercicio de su cargo', no es posible que obre con error de prohibición"¹⁹⁵. E insistiendo sobre el punto, agrega: "Si yo sé que este funcionario tiene la autorización del orden jurídico para obrar en mi contra, no puedo suponer a la vez tener en mi favor una autorización jurídica para defenderme de él"¹⁹⁶. En el mismo sentido razona cuando sostiene que el deber de actuación en los delitos omisivos debe ser apreciado en concreto y que, por ello, no sería concebible un quebrantamiento autorizado del mismo¹⁹⁷.

Pero en otros lugares da a entender lo contrario, como cuando reconoce que la configuración de ciertos elementos que considera expresivos de una valoración global no excluiría la posibilidad de justificación en virtud de un estado de necesidad. Por ejemplo, en relación con la competencia de la autoridad en los delitos de los §§113, 137 y 153 el propio Roxin reconoce que si alguien se ve en la necesidad de jurar en falso para salvar la vida de una persona amenazada de muerte estaría exonerado de decir la verdad, pero eso no haría desaparecer la competencia del juez para recibir su testimonio. Lo notable, sin embargo, es que Roxin no renuncia a considerar la competencia del funcionario en el delito de perjurio como un elemento de valoración global, pues, según él, lo dicho respecto del estado de necesidad no modificaría "para nada el principio por el cual, en casos normales, no puede separarse el conocimiento del deber del conocimiento de este elemento"¹⁹⁸.

Pero, indudablemente, sí que lo modifica, porque pone en evidencia cómo entiende Roxin la clase de representación de la ilicitud que le basta para calificar un

¹⁹⁵ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 123; destacado añadido.

¹⁹⁶ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 123-124; destacado añadido

¹⁹⁷ El pasaje es el siguiente: "Si se considera al deber de actuar o de evitar el resultado como un elemento del tipo, la conciencia de la antijuridicidad se da unida con el conocimiento de las circunstancias de tales deberes. Quien sabe que le incumbe un deber de acción o de evitar un resultado, obra siempre con conciencia de la antijuridicidad si lesiona conscientemente el deber impuesto por el derecho. Welzel mantiene una posición, de todos modos, algo diversa, pues opina que a pesar de la lesión del deber de garantía, es posible la exclusión de la antijuridicidad por efecto de una causa de justificación... Este punto de vista difícilmente puede ser correcto. La consideración de la obligación del autor depende solamente del deber concreto en el caso particular. Si la acción del autor es conforme a derecho no lesionará ningún deber jurídico" (ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 126-127).

¹⁹⁸ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 130.

componente como de valoración global. Que “en los casos normales” excluya la posibilidad de permisos, pero que en los casos “anormales” no necesite hacerlo, muestra con suficiente claridad cuál es el criterio de aplicación del concepto. Por consiguiente, hay que asumir que son elementos de valoración global aquellos que *en la mayor parte de los casos* permiten afirmar con carácter lógicamente necesario un juicio *no concluyente* sobre la ilicitud del acto¹⁹⁹. Vale decir, se trata de elementos expresivos de la prohibición *general o prima facie* del hecho.

Como se podrá advertir, el problema de esta formulación es que no alcanza a justificar lo que la tesis de Roxin requiere. Si el juicio de desaprobación expresado por ciertos elementos típicos habría de pertenecer a la antijuridicidad debido a su carácter global, uno esperaría que abarcara las valoraciones pertenecientes a este nivel. Pero evidentemente no es así, si solo se trata de un juicio derrotable que deja a salvo la posibilidad de que el acto no sea en definitiva contrario a Derecho. Una valoración como esa es global solo en el sentido de referirse al conjunto del hecho típico, pero no en el sentido de considerar todas las circunstancias normativamente relevantes, que es en definitiva lo que se debería evaluar para decidir su inclusión en la antijuridicidad. Un delito que contenga un elemento portador de esa clase de valoraciones no plantea ninguna dificultad para la delimitación de los niveles dogmáticos de tipo y antijuridicidad. Si se admite que todo tipo describe una conducta infractora de norma, lo que en verdad pertenece a la antijuridicidad es el juicio definitivo sobre la contrariedad o conformidad a Derecho del acto de que se trate. Y en la medida en que, como ha quedado demostrado, no es eso lo que expresan los elementos de valoración global, lo más que puede decirse respecto de ellos es que su conocimiento efectivamente aporta al autor conciencia de la ilicitud del acto, como indica Roxin, pero en ningún caso que por ese motivo haya que ubicar la valoración que contienen en el nivel de la antijuridicidad.

¹⁹⁹ En términos similares se expresa ROXIN en el siguiente párrafo: “De esta manera, estos elementos [los elementos del deber de Welzel] deben ser abarcados por el dolo y se caracterizarán frente a las otras circunstancias de hecho (también normativo-jurídicas) porque en virtud del conocimiento de ellas, *en la mayoría de los casos el autor deducirá con necesidad lógica la prohibición de su hecho*. Este rasgo esencial de los elementos del deber jurídico, consistente en expresar en el caso normal el disvalor jurídico que recae sobre la totalidad del hecho, es de todos modos una propiedad que según la teoría de Welzel y la opinión preponderante, tendría que fundamentar su pertenencia a la antijuridicidad. Los elementos del deber jurídico tienen: por tanto, una doble faz: describen el hecho, y, por otra parte, albergan en sí el juicio de antijuridicidad” (*Teoría del tipo penal*, p. 132). Como hemos visto, sin embargo, el carácter global de la valoración no implica su pertenencia a la antijuridicidad.

Una vez más constatamos que lo que Roxin afirma acerca de esta clase de elementos no es sustentable desde el punto de vista sistemático y solo cobra sentido si se le enfoca desde la doctrina del error. El enfoque subjetivo que adopta para trazar el concepto de valoración global y seleccionar sus ejemplos es la herramienta que le permite argumentar, como si de una necesidad sistemática se tratara, el traslado a la antijuridicidad de todo lo que a la luz de la teoría de la culpabilidad pudiera estorbar en el tipo como posible objeto del dolo. En otras palabras, esa relativización del carácter globalmente valorativo de ciertos componentes a la conciencia de la ilicitud le permite a Roxin presentar como fruto de un análisis sistemático independiente una tesis desnormativizada del tipo completamente funcional a la teoría de la culpabilidad, sin tener que pasar por el reconocimiento explícito de que lo que en verdad hace a través de ese procedimiento es acomodar las categorías de tipo y antijuridicidad a un modelo de error previamente adoptado.

3.6.5. El régimen de error como criterio de delimitación entre tipo y antijuridicidad

Como se puede apreciar, prácticamente todo lo que la teoría de los elementos de valoración global plantea es afín a la teoría del error, pero a la vez contrapuesto a la estructura del injusto. La manera como superpone el esquema sustrato/valoración a la división tipo/antijuridicidad contradice el diseño global del sistema del delito. Por su parte, la distinción entre elementos de valoración global divisibles e indivisibles desconoce el presupuesto sistemático de la propia teoría, pues o bien niega lo afirmado antes por Roxin en el sentido de que esa clase de valoraciones no podrían pertenecer al tipo, o bien niega que el contenido del dolo venga dado por el contenido del tipo. Y en cuanto a la vinculación que pretende establecer entre el contenido valorativo de esos conceptos con la antijuridicidad, vemos también que ella no se funda en un verdadero solapamiento de las categorías del injusto, sino en una errónea asimilación del objeto de la conciencia de la ilicitud con el contenido de la antijuridicidad.

Todo lo anterior es consecuencia del predominio que las consideraciones de orden subjetivo tienen sobre las puramente sistemáticas en la construcción de esta teoría. Quizás la expresión más visible de esta preeminencia sea el pasaje en que Roxin se pregunta si los elementos de valoración global pueden todavía ser computados como elementos del tipo. La manera como plantea el problema es bastante elocuente: si la valoración forma parte del tipo -puntualiza- ésta tendrá que ser

abarcada por el dolo, lo que es insostenible desde el punto de vista de la teoría de la culpabilidad²⁰⁰; en cambio, si los elementos del deber se ubican en la antijuridicidad se llega a una solución compatible con esa teoría, pero “se despoja al tipo de los elementos determinantes de lo injusto”²⁰¹. La respuesta a este dilema se encontraría, entonces, en el medio de esas dos alternativas:

“Una solución sobre la base de la teoría de la culpabilidad dominante puede admitir, sin dificultad, la división de los elementos del deber jurídico de forma tal que la parte determinante de lo injusto se incluya entre los elementos del tipo, y el elemento que contiene la antijuridicidad formal pase a formar parte de la antijuridicidad”²⁰².

Una vez adoptada esa medida los problemas relacionados con el error desaparecen automáticamente, lo que brinda la impresión de que todo volviera a encajar en su sitio. La convergencia que así se genera entre tipo sistemático y tipo de error permite que ningún supuesto de error de tipo interfiera con la conciencia de la ilicitud y que todo error sobre una valoración perteneciente a la antijuridicidad sea calificada como un error de prohibición. Y permite también que todo error inverso de tipo dé lugar a una tentativa, como también que todo error inverso de prohibición dé lugar a un delito putativo. Sin embargo, todo ese aparente reajuste no es más que una ilusión derivada de centrar la atención solo en el lado subjetivo del injusto, sin percatarse de que, para que el tipo no contenga nada que pueda ser objeto de la conciencia de la ilicitud, se ha procedido a vaciarlo de toda connotación relativa al carácter antinormativo del hecho (aunque manteniendo, de todas formas, los hechos fundantes de ese carácter en el tipo!). Con ello, desde luego, solo se ha convertido la variable dependiente en independiente y se ha generado la apariencia de unas necesidades sistemáticas que no tienen más origen que la aplicación de las reglas del error.

Si algo se puede sacar en limpio de todo lo expuesto es que en la distinción tipo/antijuridicidad evidentemente no se encuentra la base valorativa que da sentido al tratamiento diferenciado que se dispensa a los errores de tipo y de prohibición. Esto, que ya puede desprenderse del hecho de que se conceda valor excluyente del dolo al error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación (conforme a la teoría limitada de la culpabilidad), se hace todavía más claro al observar la manera como se abordan los supuestos fronterizos entre ambas

²⁰⁰ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 211.

²⁰¹ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 212.

²⁰² ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 214.

clases de error. Pues, en lugar de extraer la solución pertinente -como tendría que ser el caso- de una elucidación del papel dogmático desempeñado por el elemento errónea o deficitariamente captado por el agente, lo que en verdad se hace es reorganizar el injusto de un modo que arroje las respuestas que se estimen más adecuadas a la doctrina del error a la que cada cual adhiere.

Probablemente no es casual, en este sentido, que las diferencias que se aprecian entre las propuestas de Welzel y Roxin guarden correspondencia con las distintas versiones de la teoría de la culpabilidad que suscriben. La preferencia del primero por la teoría estricta de la culpabilidad no solo es paralela, sino que bien puede decirse que impulsa su propuesta de desplazar íntegramente los elementos del deber a la antijuridicidad, tal como por otra parte la inclinación de Roxin por una versión limitada de la teoría de la culpabilidad constituye el verdadero fundamento de su idea de desplazar solo el significado de esos elementos a la antijuridicidad, dejando sus presupuestos en el tipo. Si se miran en conjunto, cabe afirmar que en el fondo se trata de dos matices de una misma teoría. Si la valoración global ha de pertenecer a la antijuridicidad, como Roxin sostiene, su teoría puede ser vista como un desplazamiento puramente subjetivo de los presupuestos de dicha valoración al tipo y, consecuentemente, como una teoría de los tipos abiertos morigerada por una adhesión a la teoría limitada de la culpabilidad²⁰³.

Este modo de proceder no coincide con el propósito manifestado por Roxin al elaborar su teoría de los elementos de valoración global. Según él, una de las mayores críticas que es posible dirigir a Welzel es haber hecho depender la configuración del tipo sistemático "de la solución practicable en algunos casos de error"²⁰⁴, en circunstancias que lo "más correcto [habría sido] no partir del axioma de la identidad de ambos conceptos de tipo, sino mantener primeramente separados tanto el tipo del error como el tipo sistemático y verificar luego si, o en qué medida, ambos podrían superponerse"²⁰⁵. Lo que Roxin hace, en definitiva, es justamente lo

²⁰³ Roxin rechaza la teoría de los tipos abiertos básicamente porque se opone a su neutralidad valorativa y sobre todo al hecho de que se prive al tipo sistemático de ser expresión del quebrantamiento de una norma de conducta. Sin embargo, su propio planteamiento es insuficiente como intento recomposición del tipo a nivel de su significado. En este aspecto, los tipos con elementos de valoración global son tan inexpresivos de una norma de conducta y carentes de valoraciones esenciales como los tipos abiertos de Welzel, sólo que más comprensivos en el nivel fáctico.

²⁰⁴ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 176.

²⁰⁵ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 177.

que critica a Welzel: definir el contenido del tipo sistemático a partir de los requerimientos del sistema del error, aunque de un modo quizás menos visible.

3.6.6. El drenaje normativo del tipo. De los tipos abiertos a una tipicidad carente de valoraciones globales

El problema mayor, sin embargo, es que una superposición entre el tipo sistemático y el tipo del error no es posible si no se renuncia a alguna de las premisas que sustentan el modelo de Roxin. Si de acuerdo a la teoría de la culpabilidad la ilicitud jamás puede ser objeto del dolo, y si por otro lado se parte de la base de que éste ha de abarcar la totalidad de los elementos del tipo, entonces es inevitable que dicha teoría termine ejerciendo un influjo reductivo sobre el contenido de significado del tipo, por lo menos en aquellos casos en que la correspondiente figura de delito alude a la desvaloración general del comportamiento. De hecho, la segmentación de los así llamados elementos de valoración global es el medio de que se vale Roxin para llevar a cabo esa reducción sin sacrificar el contenido fáctico del tipo, aunque con costos sumamente elevados en términos de coherencia y sistematicidad.

Cuando Roxin plantea la duda de si los elementos de valoración global pueden, por su contenido, pertenecer al tipo, formula una pregunta que ya Mayer había contestado afirmativamente, al admitir la existencia (anómala) de referencias a la antijuridicidad en el tipo penal. La preconcepción de Roxin es, en cambio, mucho más restrictiva en este terreno, pues da a entender que la ilicitud no puede pertenecer en modo alguno al tipo, ni siquiera cuando la descripción del hecho la menciona expresamente. Con ello hace suyo el punto de vista fundamental de Welzel, aunque le introduce los cambios que estima dictados por su propia concepción del error.

La dirección que se muestra en esta línea de pensamiento es bastante clara. Si el dolo debe abarcar todos los elementos típicos, pero no puede incluir en modo alguno la conciencia de la ilicitud, entonces deberán quedar marginados del tipo todos los componentes del hecho que expresen directa o indirectamente la antinormatividad de la conducta. De esta manera se impone desde la teoría de la culpabilidad una restricción a lo que puede ser objeto del dolo, que luego se proyecta sobre el contenido objetivo de los tipos penales, sustrayéndoles todo aquello cuya comprensión pudiese involucrar la conciencia de la ilicitud.

3.6.7. Reducción normativa del tipo e imputación objetiva: dos tesis contrapuestas acerca de la antinormatividad de la conducta típica

Como es fácil advertir, una visión asentada sobre esas premisas se ve fuertemente presionada a desconocer que el tipo exprese alguna forma de contraposición entre la conducta descrita y el orden jurídico, y en última instancia debería ser incapaz de explicar por qué una conducta típica no justificada es, ya por ese solo hecho, también antijurídica. Un enfoque tal –que es el que late en la teoría de los tipos abiertos y en la de los elementos de valoración global– es en definitiva inconciliable con una concepción que atribuya al tipo la tarea de describir un comportamiento antinormativo, y por ello puede decirse que apunta en dirección contraria a la evolución que ha venido experimentando este elemento durante las últimas décadas, en gran medida gracias a los aportes efectuados por el propio Roxin al desarrollo de la imputación objetiva. Como es sabido, la tesis central de esta teoría es que la calificación de una conducta como típica no depende solo de la verificación de ciertos hechos, sino también de la posibilidad de desaprobación normativamente el riesgo creado por ella. En lo que aquí interesa, eso significa que la antinormatividad de la conducta no es una propiedad derivada de su tipicidad, esto es, que se le añada una vez que ha sido calificada de típica, sino que es una propiedad que tiene que reunir para ser relevante típicamente. Por eso resulta muy significativa la opinión de Roxin acerca de los efectos que tendría un error del agente sobre ese preciso aspecto de su conducta. Al respecto, dice:

“A los requisitos de conocimiento del dolo pertenece, por el contrario, sólo la conciencia de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva; es decir que el sujeto ha de conocer que ha creado un peligro no permitido para el bien jurídico (a cuyo respecto el carácter no permitido ha de ser tratado nuevamente conforme a las reglas de los elementos de valoración global del hecho...).”²⁰⁶.

Esto es sin duda coherente con sus planteamientos generales en materia de dolo y error. De acuerdo con la teoría de la culpabilidad, el dolo no tiene por qué abarcar la conciencia del carácter desaprobado del riesgo que se crea con la propia conducta. Pero más allá de eso, lo que aquí plantea Roxin contradice prácticamente todo lo que puede considerarse el aporte específico de su teoría de los elementos de valoración global. De entrada –y en línea con lo que hemos apuntado antes–, atribuye ese carácter a una valoración sobre el hecho que es global solo en el sentido de referirse a la totalidad del hecho típico, y no por expresar un juicio

²⁰⁶ ROXIN, *Derecho penal*, PG, I, nm. 12/138, p. 489.

concluyente sobre la ilicitud del acto. Pero, por sobre todo, en este pasaje deja muy en claro que el carácter no permitido del peligro es una propiedad *típica* del hecho y que, entonces, el tipo *sí* puede integrar valoraciones globales –en la acepción apuntada–, *sin* que ellas tengan que dejar de ser objeto de la conciencia de la ilicitud. Con ello niega dos de las bases explícitas de la teoría de los elementos de valoración global, a saber, que las valoraciones globales no podrían pertenecer al tipo y que la ubicación sistemática del objeto de la representación determinaría el régimen del error que le sería aplicable. Al aplicar las reglas del error de prohibición a un elemento del tipo, Roxin deja en evidencia que la división del injusto no fundamenta ni determina el régimen del error.

4. OBSERVACIONES GENERALES Y REFORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Después de revisar las propuestas de Welzel, Kaufmann y Roxin sobre los elementos del deber (en sentido genérico) conviene volver sobre ellas para apreciarlas en su conjunto. Desde luego, todas estas propuestas parten de la constatación de que algunas descripciones de delito hacen referencia al deber que el autor quebranta con su conducta. Para algunos autores –Welzel, Roxin y los que siguen a este último–, tales referencias expresan un juicio sobre la ilicitud del acto que se superpondría total o parcialmente al que es objeto de la antijuridicidad. Por eso, el problema central ligado a esa clase de elementos residiría en su concepto en determinar si, desde el punto de vista sistemático, habría que computar esos elementos de la descripción del hecho como integrantes del tipo o de la antijuridicidad: un problema nada nuevo, ciertamente, pero que acá se presenta bajo una luz diferente.

Como hemos visto, bajo el supuesto de la doble composición de estos elementos y bajo la premisa de la pertenencia de la valoración global a la antijuridicidad, la mayor parte de los autores acepta hoy que los componentes denotativos del deber no pertenecen más que en su dimensión fáctica al tipo, lo cual en principio deja como contenido del dolo una comprensión suficientemente delimitable frente a la conciencia de la ilicitud.

El análisis que hemos efectuado muestra, sin embargo, que la estructura que se atribuye a los elementos del deber y de valoración global no arranca de consideraciones objetivas –en el sentido de previas o independientes del dolo– sino que se inspiran en el propósito de situar en el tipo únicamente aquello que la teoría de la culpabilidad permite que sea objeto de este. De hecho, la adhesión mostrada por Welzel y Roxin a la delimitación sistemática del régimen del error es en esta

materia puramente formal, pues ninguno de ellos razona como tendría que hacerlo si de verdad supusiera que las valoraciones inherentes a los niveles de tipo y antijuridicidad contuviesen los fundamentos del régimen del error. Lejos de ello, lo que verdaderamente impulsa sus argumentaciones en este terreno es su idea acerca de cuáles serían las respuestas más adecuadas para cada clase de equivocación del agente, cosa que queda en evidencia cuando se aventuran a reorganizar el injusto de las figuras de delito que contienen elementos de antinormatividad de un modo que resulta completamente asistemático, pero en todo caso funcional a esas soluciones. Incluso cuando divergen entre sí, lo hacen de un modo que refleja con exactitud las diferencias que existen entre las versiones estricta y limitada de la teoría de la culpabilidad a que cada uno adhiere.

También es un elemento común a estos planteamientos ocultar esta circunstancia y sostener que la verdadera solución al problema del error sobre los elementos del deber debe arrancar de una base conceptual previa e independiente de toda consideración subjetiva. Esto genera una distorsión importante y resulta muy perjudicial para el análisis del problema. No solo se oscurece su origen, sino que los verdaderos fundamentos de las soluciones propuestas quedan relegados a un segundo plano y fuera del alcance de la crítica. Además, se perpetúa la idea de que el sistema del error poseería una base valorativa vinculada a la estructura del injusto, que en realidad no posee; es decir, se da a entender que el sistema diferenciado del error sería algo así como la contracara de unas diferencias cualitativas que sin embargo la distinción entre tipo y antijuridicidad no es capaz de sustentar.

Una de las consecuencias más perniciosas derivadas de esta disposición a situar sistemáticamente los elementos de antinormatividad según convenga a las reglas de error que se considere apropiado aplicar a su respecto, es la tendencia que se observa a reducir el contenido de significado del tipo extrayendo de él toda connotación acerca del carácter ilícito del hecho. La razón se encuentra ya en la manera como se conciben las relaciones entre el dolo y la conciencia de la ilicitud. Si se parte de la base de que el dolo no debe abarcar la antinormatividad del hecho, pero sí todas sus propiedades típicas, es comprensible que se termine viendo en la ilicitud una propiedad no típica del hecho, ubicada en la antijuridicidad y objeto de la conciencia de la ilicitud. Pero el concepto de tipo al que así se arriba es evidentemente regresivo e incompatible con cualquier tesis que lo conciba como una instancia de desaprobación del acto.

Existe, por supuesto, la alternativa de mantener ese enfoque de las relaciones entre dolo y conciencia de la ilicitud pero sin introducir cambios en la composición del

tipo, de modo que la solución de los problemas de error venga dada sencillamente por la decisión de excluir la ilicitud del círculo de objetos posibles del dolo²⁰⁷. Pero instalar la discusión sobre este problema derechamente en el ámbito subjetivo del

²⁰⁷ Esa es básicamente la propuesta planteada por HIRSCH, a fines de los años 50. En su impresionante trabajo sobre *La doctrina de los elementos negativos del tipo*, este autor aborda también el problema de los elementos del deber. La razón está ligada al tema central de su investigación: si la cuestión de fondo es si acaso han de reconocerse dos niveles valorativos al interior del injusto o uno solo, esa discusión puede abordarse tanto desde el lado las causas de justificación como desde el propio tipo penal, cuando este emplea términos que podrían implicar una anticipación del juicio de ilicitud sobre la conducta a la tipicidad. HIRSCH rechaza, sin embargo, que la pertenencia de estos elementos al tipo conduzca a afirmar la antijuridicidad ya en ese nivel (*La doctrina*, p. 360). Pero, notablemente, niega al mismo tiempo que esos elementos generen un problema sistemático y por tanto rechaza la idea de extraerlos del tipo. Esto lo obliga, por cierto, a hacerse cargo del problema que plantean para el dolo específicamente en el plano subjetivo (y a la vez explica que no tratemos su tesis en este capítulo). Sostiene, en efecto, que el tipo penal "modelo" es perfectamente capaz de solventar las dificultades que plantean los momentos de la antijuridicidad y los elementos del deber, sin necesidad de introducir modificaciones *ad hoc* en los niveles del injusto, siempre que se entienda que la noción de tipo es de orden conceptual y no identificable con las expresiones de la ley. Del mismo modo, en lugar del criterio sustrato/valoración propone emplear, como eje distintivo entre el tipo y la antijuridicidad, el de prohibición general/permisión excepcional -que, dicho sea de paso, emplea también JAKOBS en esta materia (*Derecho Penal*, nm. 6/62, p. 197)-. Con esas herramientas, llega fácilmente a la conclusión, por ejemplo, de que el significado del término "reprobable" en el §240 expresa dos valoraciones: una configurativa de la conducta típica en función de la existencia de una afectación no tolerable de la libertad ajena, y otra identificable con la ausencia de circunstancias extraordinarias de permiso. En relación con los deberes especiales y de garante, las reflexiones de Hirsch lo alejan también de la primera opinión de Welzel y de la posición de Kaufmann en este punto (op. cit, p. 378 y s.). Afirma que esos deberes son componentes indudables del tipo de las respectivas figuras delictivas, puesto que se trata de deberes independientes que tienen que ser constatados para la afirmación del tipo, y no de la simple ausencia de permisos. Entiende que la conducta estaría insuficientemente descrita si se admitiera que un no garante pudiese realizar el tipo de comisión por omisión, o que un sujeto inidóneo pudiese realizar un tipo especial (op. cit, p. 376 y ss.). Ahora bien, esta última afirmación debería conducirlo a sostener que ambos elementos tendrían que ser abarcados por el dolo, pero Hirsch se opone a esta consecuencia. Y para fundar su postura recurre a la siguiente reflexión: dado que todo componente del tipo es en definitiva un componente del injusto, no hay en realidad nada anómalo en sostener que el error sobre algún elemento típico configure también, indirectamente, un error de prohibición (op. cit., p. 380) y en proponer que sea tratado de esa manera. En esto tiene sin duda parte de razón, pero desde luego no es lo central. Lo que Hirsch tiene que justificar es la *recusación* de las reglas del error de tipo, y para esto invoca un argumento que ya no parece convincente: la concepción ontológica del dolo que ya vimos al tratar la tesis de Kaufmann, es decir, la idea de que el dolo solo necesitaría referirse a la acción en cuanto tal (*vid supra* apartado 2.7), y nada más.

delito supondría admitir que las referencias a la antinormatividad pertenecen al contenido del tipo.

5. EL ALCANCE DE LAS REFERENCIAS TÍPICAS A LA ANTINORMATIVIDAD DEL HECHO

5.1. ¿Juicios concluyentes de antinormatividad en el tipo?

La revisión de las principales estrategias diseñadas para resolver el problema que plantean los elementos del deber deja una ligera sensación de desconcierto. Esta sensación deriva de constatar que un problema que teóricamente tendría un origen sistemático no parece tener ninguna solución apropiada en ese nivel. Por una parte, situar la valoración del hecho (como antinormativo) en el tipo genera en principio consecuencias inaceptables para la teoría de la culpabilidad; pero recomodar el contenido de esos elementos para ajustarlos a las soluciones propuestas por la teoría de la culpabilidad provoca también consecuencias rechazables, solo que ahora por el lado de la conformación del injusto. Si ese ajuste se efectúa siguiendo los postulados de la teoría estricta de la culpabilidad (*teoría de los tipos abiertos*), el tipo pierde sus cualidades normativas básicas y el dolo sufre una reducción muy importante de su contenido. Y si se decide cortar los elementos típicos por la mitad para intentar satisfacer los lineamientos de la teoría limitada de la culpabilidad (*teoría de los elementos de valoración global*), el resultado es un completo desbarajuste del sistema del delito en general. Todo esto indica que algo no anda bien en el análisis de estos elementos y que probablemente exista algún error importante ya en el planteamiento del problema.

Es pertinente preguntarse entonces si los elementos del deber (bajo cualquiera de sus denominaciones) adelantan efectivamente el juicio de ilicitud a la tipicidad, en términos de generar un desfase sistemático entre el tipo y la antijuridicidad.

La pregunta atañe a una cuestión que ya ha sido abordada tangencialmente. No cabe duda de que esos elementos expresan de alguna manera la contrariedad del acto a una o más normas, pero aun falta por averiguar si dicha contrariedad supone un juicio parcial o global de ilicitud, es decir, si involucra la contrariedad del acto en relación con un conjunto acotado de normas o con el sistema jurídico entero.

Dilucidarlo es importante no solo desde el punto de vista sistemático sino también para el problema del error, debido a la manera como usualmente se delimita el

objeto del dolo. Como se sabe, los significados que se incorporan a la descripción una conducta definen el sentido en que el agente debe comprenderla para que se le pueda atribuir dolo. De modo que en el hipotético caso de que un tipo efectivamente caracterizara un acto como no justificado, el solo hecho de que el agente supusiera la concurrencia de un permiso impediría afirmar su dolo. Por lo tanto, si la conclusión es que elementos como "sin autorización", "obligado tributario" y otros similares suponen un juicio *exhaustivo* sobre el deber, la concurrencia efectiva de un permiso cobraría valor excluyente del tipo y su concurrencia presunta podría ser valorada como un obstáculo para la imputación dolosa. En cambio, si se concluye que esos elementos típicos solo comportan un juicio parcial o *prima facie* de ilicitud, ni la configuración de una causa justificativa del hecho tendría por qué afectar al carácter típico de la conducta, ni su suposición errónea podría impedir la atribución de dolo al autor.

Las exposiciones de Welzel y de Roxin sobre si los elementos del deber expresan un juicio parcial o definitivo sobre la ilicitud de la conducta no son todo lo esclarecedoras que cabría esperar. El primero casi se limita a dar por supuesto que los momentos de la antijuridicidad son ajenos al tipo y no problematiza verdaderamente el punto. Roxin, en cambio, aborda el tema, pero su intento de presentar esas referencias típicas como portadoras de una valoración global se ve frustrado porque no logra mostrar que efectivamente supongan la ausencia de permisos. Con anterioridad vimos que ese defecto de su postura deriva de haber adoptado como eje de su análisis el punto de vista del agente, en lugar de haber fijado previamente el significado de esas menciones típicas para luego extraer las consecuencias sistemáticas pertinentes. Pero por ese mismo motivo la crítica que formulamos en su momento a ese modo de proceder solo nos permite afirmar que *esa manera* de operativizar el concepto de valoración global es incapaz de mostrar que haya elementos típicos portadores de valoraciones concluyentes sobre el hecho, pero no descarta que se pueda llegar a esa conclusión por un camino distinto.

5.1.1. Interpretación de las expresiones típicas alusivas al deber

En sí mismas, las referencias típicas a la ilicitud pueden ser interpretadas como expresivas ya de un juicio parcial o bien exhaustivo sobre la antinormatividad del comportamiento.Cuál de las dos interpretaciones sea la correcta, dependerá en primer término de si acaso sea posible seleccionar sin arbitrariedad un conjunto

acotado de reglas que permita dotar de significado concreto al reenvío. Si mediante esa selección la figura correspondiente cobra un sentido de protección específico, cabría entender que la interpretación restrictiva es correcta.

A mi modo de ver, esto es lo que ocurre en prácticamente todos los casos considerados por la doctrina como de valoración global²⁰⁸. La competencia del juez, la legitimidad de la actuación del funcionario, la calidad especial del sujeto activo (funcionario, obligado tributario), el deber de actuación en los delitos omisivos, son todos componentes de la hipótesis delictiva que remiten a conjuntos acotados de reglas. La competencia de un funcionario estatal es establecida a través de preceptos específicos que definen qué queda dentro de la esfera de sus atribuciones; también la legitimidad de sus actos dependerá de su competencia y del ajuste a fines y procedimientos descritos en el subsistema jurídico aplicable. Lo mismo cabe decir de ciertas calidades típicas especiales. Si alguien se encuentra obligado al pago de un tributo o a llevar contabilidad, por ejemplo, eso depende exclusivamente de si se encuentra incurso en una hipótesis definida como presupuesto de esa consecuencia jurídica; esto es, de que haya efectuado una operación gravada o de que realice ciertas actividades comerciales.

A través de esa clase de remisiones el tipo desempeña su función de describir una modalidad específica de atentado contra un bien jurídico. Y en tanto que esta es una tarea de individuación, se comprende que no tiene mucho sentido incluir en la descripción del hecho la ausencia de circunstancias genéricas de exclusión del castigo, ni siquiera cuando estas son constitutivas de un permiso²⁰⁹.

Pensemos por ejemplo en elementos como la legitimidad de la actuación funcional o la competencia del juez, que Roxin en algún momento interpretó en un sentido comprensivo de la ausencia de permisos²¹⁰. Sostener eso implica que el funcionario solo podría actuar legítimamente si el particular no estuviese autorizado para resistirle, y que el juez solo sería competente si el declarante no se encontrase

²⁰⁸ Es discutible el caso de la coacción del § 240, primero porque la “reprobabilidad” de la conducta remite a normas puramente sociales (HIRSCH, *La doctrina*, p. 359 y ss.; PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 124), pero sobre todo porque el criterio valorativo que emplea la ley en este caso para acotar lo que se sujeta a pena solo es operativo en un nivel de apreciación concreta del acto y sus circunstancias, y no permite establecer clases generales.

²⁰⁹ Distinto es el caso cuando sin la ausencia de esa circunstancia el hecho no puede ser comprendido como atentado contra un bien jurídico, como ocurre precisamente en el caso del delito de coacciones del C. Penal alemán.

²¹⁰ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 128.

exento del deber de decir la verdad. Es evidente, sin embargo, que aquí hay un error. Es verdad que hasta cierto punto se puede hablar de una mutua correspondencia entre ambas situaciones, pero solo una vez que una de ellas (la del juez) ha sido determinada correctamente, por lo que no es posible dar por establecida una especie de intercambiabilidad de los procedimientos determinativos de la posición jurídica de ambos sujetos. Tal como Roxin terminó afirmando²¹¹, el hecho de que un individuo se vea forzado a declarar en falso para salvar la vida de otra persona no transforma al juez que le interroga en un funcionario incompetente. El sentido de ese elemento típico no es valorar exhaustivamente el ajuste o la contrariedad a deber de la conducta del declarante, sino describir el supuesto delictivo mediante la remisión a ciertas reglas referidas a las atribuciones del juez, y por lo mismo ese componente no resulta excluido en todos los casos en que un declarante esté habilitado para mentir.

El caso de la legítima defensa no difiere de lo señalado. Cuando la ley alude a la legitimidad de la actuación del funcionario no pretende que se examine la ausencia de los supuestos de justificación. Es cierto que si se dan las condiciones que autorizan al particular para defenderse de la actuación del funcionario esta última no puede calificarse como legítima, pero ello solo se debe a que esta justificante presupone una descalificación jurídica de la conducta del afectado por la defensa, que el tipo descarta de entrada al exigir que el funcionario obre dentro del marco de sus atribuciones. De modo que no se trata de que la ausencia de los presupuestos de la defensa permita establecer que el funcionario ha obrado legítimamente, sino que, al contrario, es la calificación de la conducta de este (conforme al sistema de reglas que le es aplicable) la que posibilita o descarta la procedencia de una acción defensiva. Ningún juez pensaría en verificar la legitimidad de la actuación funcional examinando primero si el ciudadano habría podido defenderse de él, porque para saberlo necesita saber de antemano si el funcionario ha obrado en forma legítima o ilegítima. Todo esto, que parece bastante obvio, queda completamente oscurecido cuando se postula que elementos como los mencionados contienen un juicio de valor global, comprensivo de la ausencia de causas de justificación.

Es un poco más difícil la respuesta cuando se trata de elementos típicos que califican directamente la situación del autor o de su conducta, sea mediante una alusión al *deber* personal que aquel infringe -como ocurre en los delitos especiales- o

²¹¹ *Supra*, 3.6.4.

mediante una caracterización del acto como *ilícito* o *no autorizado*. A primera vista, la calificación de la conducta del autor como debida o no autorizada no solo es compatible con un juicio global sobre el deber sino que hasta parecería exigir un juicio de esa índole. Si la interposición de un permiso produce el efecto de neutralizar el deber correspondiente, eso sugiere que no sería correcto afirmar que ese sujeto se encuentre en la posición de obligado que el tipo reclama, ni calificar su conducta como “no autorizada”²¹². Y si esto es así, quiere decir que un grupo importante de los elementos que la doctrina considera globalmente valorativos efectivamente presupondrían un juicio concluyente sobre la antijuridicidad de la conducta.

Sin embargo, la aparente necesidad de valorar la situación del sujeto o su conducta en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico para determinar el carácter imperado o prohibido de la acción no es más que la consecuencia de adoptar un punto de vista que en realidad no es el del tipo. Como se ha señalado, la función de este es describir una determinada clase de comportamiento lesivo de bienes jurídicos en función de ciertos caracteres generales. Esa descripción admite por cierto múltiples realizaciones específicas, pues la perspectiva desde la que se formula no es individual, sino general. Por ello, cuando la ley alude a un sujeto obligado a determinada acción no se refiere a nadie en particular, sino a una *categoría* de individuos como componente de una definición de una cierta clase de acciones. El conjunto de normas que definen a esos sujetos obligados es también acotado, y está conformado por las reglas por relación a las cuales el acto típico cobra sentido como hecho lesivo autónomo. Un sujeto obligado, en el sentido del tipo, por tanto, es un individuo que pertenece a la clase de sujetos aludida, y no deja de serlo porque concurra en su favor una norma que lo exima de ese deber. Es obligado tributario, por ejemplo, el individuo que ha realizado una operación de la que surge el deber de declararla y pagar el tributo respectivo, aun cuando alguna norma del sistema pudiera eximirlo de esa obligación²¹³.

²¹² Si la pregunta sobre si un individuo se encuentra obligado a algo se plantea como una pregunta sobre el estatus jurídico de cierta acción en relación con dicho sujeto, no cabe responder de un modo condicional, diciendo, por ejemplo, que el sujeto se encuentra obligado a ejecutarla a menos que concurra un permiso, porque eso equivaldría a no responder la pregunta.

²¹³ Es verdad que por efecto de las causas de justificación “desaparece” el deber por relación al cual el tipo define la acción como delictiva. Pero, como veremos enseguida, eso solo se puede afirmar después de la aplicación de normas que expresan descripciones diferentes y operadores opuestos, y no antes. Si la acción permitida debe satisfacer dos descripciones, y si la primera es “matar” o “herir”,

5.1.2. Formulación de la norma primaria y permiso

La cuestión acerca de cómo han de ser entendidas las menciones típicas a la antinormatividad invita a considerar el problema desde un punto de vista más general, preguntándose si acaso la propia norma de conducta no tendría que ser formulada de tal manera de incluir en su hipótesis solo la realización *no autorizada* del comportamiento respectivo, esto es, solo los casos de ejecución de esa conducta que no realicen además los presupuestos de la norma de permiso. Esto es lo que plantea la teoría de los elementos negativos del tipo (TENT), en su adaptación al Derecho penal²¹⁴.

no nos llevamos la impresión de que el permiso niegue o refute la primera descripción. Pero si la primera descripción caracteriza la conducta como el incumplimiento de un deber, entonces pareciera que el permiso borrara la primera descripción. Si se tratara de dos normas situadas exactamente al mismo nivel esto no debería ocurrir, porque una norma de comportamiento prohibitiva no describiría el acto mediante una referencia a su prohibición, sino por referencia a los presupuestos de la misma. Sin embargo, las causas de justificación pueden suponer un hecho que satisfaga la descripción contenida en un tipo que sí aluda a la infracción de deberes, por lo que hemos de entender que esas alusiones típicas hacen referencia a las normas que fijan los presupuestos de la prohibición que el permiso desplaza.

²¹⁴ Sobre las características de esta adaptación, ORTIZ DE URBINA GIMENO, "De moscas y agresores muertos", pp. 10 y ss.; WILENMANN, "Injusto, justificación e imputación", p. 103 y ss. Sobre la evolución histórica TENT: en detalle, hasta fines de la década del cincuenta, HIRSCH, *La doctrina*, p. 18-257; ORTIZ DE URBINA GIMENO, op. cit., pp. 4-10; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 505 y ss. Entre sus precursores históricos cabe mencionar a Merkel y a Binding, quien luego cambió drásticamente de opinión al respecto. Entre sus postuladores más próximos se encuentran, entre otros, Frank, Engisch, Mezger, Lang-Hinrichsen, Minas von Savigny (aunque en un sentido distinto y desde la perspectiva de la teoría del Derecho), Rudolphi, Samson, Schröder, Weigend (Cfr. TRAPERO BARREALES, *El error en las causas de justificación*, p. 223 y ss.). En sus inicios, también ROXIN adhirió a esta tesis: "Si no se quiere volver a la concepción del tipo valorativamente neutro de Beling, estas dificultades sólo pueden superarse introduciendo en el tipo todos los elementos determinantes de lo injusto, de tal manera que luego ninguna conducta justificada podrá adecuarse al tipo. De este modo, el tipo deja de ser un juicio de disvalor 'provisorio' para convertirse en otro 'definitivo' (*Teoría*, p. 67). Y un poco más adelante, agrega: "Se trata, por consiguiente, de un desarrollo ulterior de la teoría del tipo de injusto: si el tipo debe fundamentar lo injusto, es preciso que contenga la totalidad de los elementos determinantes de lo injusto, y no sólo una parte de ellos" (op. cit., p. 68). En términos similares se expresaba en *Problemas básicos de la teoría del delito*, p. 114. El abandono de ese punto de vista aparece ya en *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 62. En *Derecho Penal*, PG, I, p. 586, señala que dejó de lado este planteamiento por razones "no decisivas". En España esta tesis ha sido acogida, entre otros autores, por GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, p. 171, nota 32: "Matar a otro (tipo positivo) no está prohibido; está prohibido sólo cuando esa conducta se realiza sin que concurren

A primera vista, cabría pensar que este modelo ofrece una base teórica para atribuir a los elementos típicos de antinormatividad un alcance amplio. Pero, en rigor, la TENT no es un argumento *a favor* de esa interpretación. La situación es más bien la inversa: la TENT podría verse favorecida si se lograra identificar un elemento típico de antinormatividad que efectivamente suponga la ausencia de causas de justificación. Aun en ausencia de referencias típicas a la antinormatividad de la conducta, un partidario de este enfoque sostendrá que la realización del tipo supone la no concurrencia de permisos, simplemente por razones teóricas²¹⁵. En presencia de tales elementos, la TENT no tiene nada que aportar a la averiguación del alcance que una mención al deber tenga en el diseño de una determinada figura de delito. Correctamente formulada, además, la TENT no impone un modelo único de interacción entre las normas de prohibición y de permiso, o de mandato y exención. Su tesis principal es de orden valorativo²¹⁶.

La manera como están construidas las causas de justificación, en cambio, sí proporciona un buen argumento contra una interpretación extensiva de los elementos de antinormatividad. La razón es que, aun cuando el estatus *resultante* de la aplicación de esa clase de normas puede ser caracterizado como una simple ausencia de prohibición, tanto el diseño de sus presupuestos como la índole del

causas de exclusión de lo injusto. La materia de prohibición está integrada, por consiguiente, por elementos positivos (las descripciones de los preceptos de la Parte Especial de *cua*; *Iquier CP*) y elementos negativos (ausencia de causas de justificación), y lo que en materia de tentativa o de error rige para los elementos positivos, rige también para los negativos.”; MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, p. 156 y ss. -aunque sin asumir el concepto de tipo de la TENT (un comentario a su posición puede leerse en TRAPERO BARREALES, *El error*, p. 234 y ss., y en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 528); posteriormente su criterio ha variado, según da cuenta en op. cit., p. 304, y en “La distinción entre error de tipo y error de prohibición en Derecho penal”, p. 197 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso, PG, I*, p. 299 y ss.; y más recientemente por TRAPERO BARREALES, *El error en las causas de justificación*, p. 297 y s. y MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, p. 663, nota 95. Sobre la posición de SILVA SÁNCHEZ, partidario de un sistema bipartito de orientación teleológica -que concede, no obstante, cierta relevancia al nivel de la tipicidad-, véase su *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 610 y ss.

²¹⁵ Son evidentemente planos distintos el de la reconstrucción teórica de las relaciones entre tipo y causas de justificación, por un lado, y el de la interpretación de las exigencias contenidas en cada figura de delito, por el otro, pero la influencia del primero en el segundo se deja sentir por ejemplo en la manera como Roxin atribuye un alcance amplio a las referencias a la antinormatividad contenidas en ciertos tipos penales.

²¹⁶ Sobre este aspecto, véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, “De moscas y agresores muertos”, p. 26 y ss.; WILENMANN, “Injusto, justificación e imputación”, p. 142 y ss.

razonamiento involucrado en la configuración de un permiso suponen la previa *afirmación* de la hipótesis contenida en la norma desplazada.

Como se sabe, la *existencia*²¹⁷ de las normas de permiso es cuestionada básicamente por su falta de autonomía: no tiene sentido permitir una conducta si no está prohibida (o eximir de ella si no está ordenada)²¹⁸. Y una vez que se establece el permiso, la *permisión* del acto equivale a una *negación* de la prohibición.

²¹⁷ Por supuesto, al hablar de "existencia" de las normas permisivas no se sugiere ninguna clase de ontología subyacente a las normas. De lo que se trata tan solo es de averiguar cuál de los dos modelos (monista o dualista) ofrece una mejor explicación de nuestras prácticas normativas.

²¹⁸ La "tesis refleja", mayoritariamente aceptada, sostiene que, desde el punto de vista lógico, los permisos y las prohibiciones son interdefinibles mediante su negación: un permiso equivale a la negación (externa) de un mandato (positivo o negativo), y viceversa. Esto no se ve afectado por la distinción entre permiso débil y permiso fuerte (VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 100 y ss.), pues esta no afecta a la posibilidad de concebir los permisos como límites a las prohibiciones. Recogiendo la distinción y ampliándola a una tercera categoría debido, a su juicio, a la necesidad de diferenciar entre un concepto prescriptivo y uno descriptivo de *permisión*, ALCHOURRÓN y BULYGIN, "*Permisos y normas permisivas*", p. 217-221. Críticos frente a la trascendencia de la distinción, ATIENZA y RUIZ MANERO, "*Sobre permisos*", p. 825-830. Partidario de extender la distinción a cuatro categorías, dos prescriptivas y dos descriptivas, MENDONCA, "*Sobre el principio de *permisión**", p. 57 y ss. Poniendo de manifiesto las insuficiencias del concepto de permiso fuerte desde otro ángulo, especialmente el de la posibilidad de vincular los derechos constitucionales a los permisos, MAZZARESE, "*Permisión fuerte y *permisión débil*: notas al margen*", p. 131-151). Por otra parte, la doctrina es reacia a reconocer efectos específicos a la introducción de permisos en el sistema. Desde luego, si la *permisión* recae sobre una conducta que con anterioridad se encontraba imperada por una norma prohibitiva o de mandato, la tendencia mayoritaria, como ya hemos visto, es concebir eso como una limitación o un desplazamiento del imperativo correspondiente. Por lo tanto, si por efecto propio se entiende uno que no sea reducible en los términos indicados, tendría que manifestarse respecto de una conducta no imperada pero que aun así tuviese sentido pragmático permitirla. En general se admite que el principio de jerarquía puede generar esas condiciones, pensando en el ejemplo de una autoridad de superior rango que declarase permitida una conducta cuya eventual prohibición también pudiera quedar dentro de la esfera de competencia de autoridades inferiores. En tal caso, se afirma, las autoridades subalternas no podrían imponer deberes relacionados con esa conducta. Sobre este "rechazo anticipado" y sobre la posibilidad remanente de conceptualizar la situación así generada como una prohibición de prohibir, véase ALCHOURRÓN y BULYGIN, "*Permisos y normas permisivas*", p. 237. Por último, también desde el punto de vista pragmático las *permisiones* parecen carecer de un carácter propio. Si se entiende que el sentido prescriptivo de las normas no es asimilable al significado de ciertos términos como "obligatorio" y "permitido" (concepción *hilética*), sino que deriva de un *uso* prescriptivo del lenguaje bajo unas determinadas condiciones comunicativas (concepción *expresiva*), no parece que el acto de permitir posea fuerza ilocutiva propia. Considérese, al respecto, que la noción de "obedecibilidad", que es de especial importancia en la descripción de los actos ilocucionarios de prohibir y mandar, no es aplicable a los permisos, que en cambio solo son susceptibles de "satisfacción".

“Permitido” no es un estatus deóntico cuyo significado pueda ser entendido con independencia de una prohibición existente o posible. Tomando eso como base, podría pensarse que las normas de permiso deben ser concebidas como recortes trazados sobre la hipótesis de una norma de prohibición, y que por tanto el modelo estándar del delito, que distingue entre tipo y antijuridicidad, introduce una distinción carente de fundamento normológico.

Sin embargo, esa sería una conclusión precipitada. Que el estatus deóntico de una acción permitida carezca de autonomía no significa que la *norma que la permite* deba ser concebida como una condición negativa de la norma que la prohíbe. Asumir esa consecuencia sería lógico en el marco de un sistema integrado exclusivamente por enunciados particulares de deber atingentes a acciones concretas, pero de ninguna manera lo es en un sistema integrado por enunciados generales referidos a *clases* de acciones, que luego son empleados en los razonamientos que conducen a identificar la solución aplicable a un caso dado.

Distingamos, para estos efectos, tres niveles en el desarrollo del discurso jurídico: el de los enunciados de la autoridad, que componen su base; el de los razonamientos jurídicos destinados a obtener normas a partir de esos enunciados y decidir cuáles de ellas puedan ser aplicables a un caso; y el de las conclusiones definitivas concernientes al valor deóntico de un acto. La objeción fundada en la analiticidad de los permisos (en términos de prohibiciones) solo es relevante en el último de esos niveles del discurso jurídico, pero no en los anteriores. Los permisos pueden carecer de utilidad teórica para caracterizar el estatus deóntico de una conducta, pero en tanto que enunciados generales poseen una estructura que no es reducible a la mera negación de una prohibición.

La irreducibilidad que evidencian a este nivel deriva del hecho de que, en lugar de ser las normas permisivas un presupuesto (negativo) de configuración de las normas de mandato o de prohibición, en realidad la configuración de estas últimas es la que constituye un presupuesto para la configuración de las primeras. Y ello, en dos sentidos.

Primero, porque es una condición *formal* de aplicación de una norma permisiva que la conducta en cuestión sea un supuesto alcanzado por una norma prohibitiva. En términos generales, las causas de justificación son, en efecto, normas que han sido diseñadas para cancelar la prohibición que pesa sobre una conducta típica, cuando

esta tiene lugar bajo circunstancias determinadas²¹⁹. Presuponen, por tanto, que la conducta satisfaga las exigencias de un tipo penal, y al mismo tiempo proporcionan de ella una caracterización adicional, sea como acción defensiva o de salvamento. En ese sentido, una conducta típica legitimada en un contexto de defensa propia puede ser caracterizada como una *actio duplex* en la medida en que satisface la descripción del tipo de lesiones, por ejemplo, y la de la defensa propia²²⁰, a las que van unidos operadores de signo opuesto.

Por cierto, la descripción que la norma permisiva aporta del hecho en su dimensión defensiva o de salvaguarda, no es un subcaso de la descripción que el tipo pueda hacer de ella en tanto que afectación de un bien jurídico. Entre ambas normas se presenta una relación de interferencia²²¹, que se resuelve a favor de la permisiva²²².

Pero como el supuesto de la norma permisiva contempla que la acción reúna los caracteres de ambas descripciones, la relación entre el supuesto contemplado en el tipo y el supuesto normado por las causas de justificación es de especialidad a favor de estas últimas.

La segunda razón por la que las causas justificativas presuponen la configuración de un tipo en lugar de impedirlo, es que el razonamiento destinado a determinar si una acción puede efectivamente ser calificada como defensiva o de salvamento requiere sopesar el desvalor asociado a la conducta en tanto que instancia de la descripción contenida en el tipo.

Conforme al diseño de la ley, la justificación depende, en efecto, del resultado de un juicio de ponderación para el cual es preciso poner en la balanza dos valoraciones contrapuestas acerca de un mismo hecho. De un lado se contempla la conducta del agente en la dimensión que le confiere su calidad de hecho típico, y por el otro se la enfoca desde la perspectiva que ofrece como acto de salvamento o de defensa. La

²¹⁹ WILENMANN, "Injusto, justificación e imputación", p. 132 y s.

²²⁰ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 17; MAÑALICH, "Normas permisivas y deberes de tolerancia", p. 209.

²²¹ MAÑALICH, "Normas permisivas y deberes de tolerancia", p. 211.

²²² Es objeto de controversia la manera como se resuelve la concurrencia de ambas normas. Para la tesis que considera que en estos casos se presenta una antinomia, se precisa una meta-regla formal que solucione el conflicto normativo (así por ejemplo MAÑALICH, "Normas permisivas y deberes de tolerancia", p. 215); para el modelo, en cambio, que aborda este problema como un caso de delimitación de normas superpuestas, no es necesaria una meta-regla: el problema se soluciona mediante una interpretación sistemática materialmente orientada (así, WILENMANN, "Injusto, justificación e imputación", p. 134 y ss.).

decisión sobre si el acto debe considerarse o no prohibido dependerá de cómo se conjuguen esos juicios de valor y de que esa operación arroje el saldo valorativo apropiado a cada justificante²²³.

Esta técnica constituye un modo muy particular de establecer la solución normativa para un caso dado, que en parte se explica por la necesidad de hacer operativas las causas de justificación en relación con cualquier comportamiento típico, pero también porque cualquier intento de proporcionar por anticipado una caracterización más precisa de los límites de la justificación amenazaría con excluir de ella casos para los que el castigo podría resultar infundado²²⁴. En relación con esto, escribe Molina:

“La preeminencia en el ámbito de la justificación del principio de lesividad material combinado con una situación de base de casi ilimitadas posibilidades de conflicto, obliga, en primer lugar, a contar con disposiciones con grados de generalidad creciente, esto es, situadas en zonas más altas de la pirámide de concreción. Tan generales como sea necesario para dar respuesta a cualquier conflicto imaginable y que *nunca* un hecho que carezca de desvalor material pueda ser punible”²²⁵.

El logro de este objetivo exige contar con una cláusula como la del estado de necesidad, que exima de pena en toda situación de conflicto inevitable en que se opte por el mal menor. Ahora bien, qué sea exactamente aquello que deba ser tomado en cuenta para saber si una conducta es en su caso el mal menor dentro de un curso de acontecimientos, y cómo haya que valorar cada uno de esos aspectos, es algo que debe quedar relativamente indeterminado²²⁶.

²²³ Los caracteres que las acciones de salvaguarda tienen que reunir para alcanzar la justificación se encuentran expresados a través de criterios muy abiertos. Esto es especialmente visible en el caso del estado de necesidad, en el que la justificación descansa casi por completo en que la acción típica aparezca como el menor de los males en una determinada situación de conflicto que no pueda ser evitada de otro modo. Y también se muestra, aunque de un modo menos evidente, en la legítima defensa, en la medida en que para concederla es preciso evaluar la suficiencia de la provocación que eventualmente pudiere haber existido, la necesidad racional de la acción defensiva y la satisfacción de ciertos mínimos de proporcionalidad impuestos por consideraciones ético-sociales.

²²⁴ Los tipos penales son sobreinclusivos desde el punto de vista de lo que se quiere someter a pena, pero la delimitación ulterior de lo que se quiere someter a pena no es susceptible de una descripción que pueda desarrollarse en el mismo nivel en que se describen los hechos delictivos.

²²⁵ MOLINA, “Naturaleza del sistema de justificación en el derecho penal”, p. 382.

²²⁶ MORESO señala que estas normas “sólo suministran las pautas generales con las cuáles el juez deberá construir, para el caso concreto, un conjunto de reglas que destaquen qué propiedades relevantes hacen aplicable o no la causa de justificación (MORESO, “Principio de legalidad y causas de

Pues bien, esta labor de ponderación de los juicios de valor subyacentes a las descripciones contenidas en las normas concurrentes no queda correctamente captada bajo la idea de una condición negativa, porque esta sugiere que la ausencia de una situación de necesidad, por ejemplo, fundamenta una prohibición exactamente de la misma manera como lo hacen sus condiciones positivas, lo que no es verdad; y porque sugiere inversamente que la concurrencia de una situación de esa índole negaría de modo general las razones para prohibir, lo que tampoco es efectivo, ya que en tales casos no se niega que existan tales razones²²⁷, sino solo su prevalencia²²⁸.

En las causas de justificación, por tanto, el legislador especifica indirectamente cuál es la conducta que se permite -herir a alguien, causar daño en la propiedad ajena, etc.- pero no delimita verdaderamente cuál es el supuesto en que admite su realización; sólo indica qué relación teleológica y valorativa ha de existir entre este y la conducta autorizada. Por consiguiente, las conductas mencionadas podrán

justificación", p. 539 s.). Refiriéndose a este aspecto de las causas de justificación, ROXIN destaca que su aplicación no descansa, como en el caso de la tipicidad, en una operación de subsunción, sino en una tarea de concreción de criterios generales. Según indica, las causas de justificación se formulan: "no describiendo fragmentos de la vida típicamente delictivos, sino sentando principios de orden social (principio de ponderación de bienes jurídicos, principio de autoprotección, etc.). A partir de estos principios rectores, para la aplicación del Derecho no se trata de subsumir como se hace en los elementos del tipo, sino que hay que desarrollar los principios concretándolos en la materia jurídica" (ROXIN, *Derecho penal*, PG, nm. 10/20, p. 286; ya antes, en *Política criminal y sistema del delito*, p. 62.

²²⁷ Un homicidio permitido no niega las razones para prohibir. Podemos preguntarnos, por ejemplo, si es lícito matar a una persona para salvar a muchas, y seguramente encontraremos razones en uno y otro sentido. Si concluimos que hacerlo está prohibido, no estaremos negando la existencia de razones para permitirlo, y si concluimos que está permitido, no negaremos tampoco que existan razones para prohibirlo; solo diremos en cada caso que unas u otras razones han sido desplazadas por su contrarias.

²²⁸ Es interesante notar que este rasgo de las causas de justificación no está asociado en forma exclusiva a su carácter de normas permisivas. La mecánica argumental que se acaba de describir bien podría ser la de una norma destinada a resolver conflictos de deberes. Una regla como esa solo cobraría aplicación en el supuesto de que una misma situación fuese ocasión de cumplimiento de dos o más normas que ordenen acciones diferentes, y para resolver ese conflicto seguramente habría que tomar en cuenta el peso relativo de las razones fundantes de los deberes concurrentes en la *actio duplex*. Un policía debe evitar robos, pero si ha sido conminado a abstenerse bajo amenaza de los asaltantes de dar muerte a un tercer sujeto, no solo puede dejar de cumplir con el primer deber sino que debe hacerlo, porque prevalece su obligación de salvaguardar la vida de las personas. Pues bien, que el problema sea solucionable de esa manera no significa que una vez resuelto podamos decir que nunca existió oposición de deberes. Del mismo modo, una vez adoptada la decisión a favor del permiso, no por ello estaremos habilitados para negar el conflicto de normas concurrentes.

llevarse a cabo siempre que el contexto pueda ser valorado como un contrapeso suficiente del desvalor atribuido a la conducta típica de que se trate.

Dado lo anterior se sigue que, aun si un tipo penal se refiriera a la ausencia de causas de justificación, la estructura argumentativa de estas cláusulas de permisión impide considerarlas como presupuestos negativos de la configuración del tipo. Pues, más allá de hacer referencia como todo permiso fuerte a una conducta alcanzada también por una norma prohibitiva, el procedimiento de determinación de las características de una hipótesis de salvamento capaz de justificar la realización de la *actio duplex* requiere de un juicio negativo de valor ligado a la tipicidad que no puede depender de la ausencia de causas de justificación.

5.2. Redefinición del problema planteado por las remisiones típicas a conjuntos acotados de reglas de deber

De todo lo expuesto se sigue que las menciones típicas a la antinormatividad de la conducta no generan dificultades que verdaderamente tengan un carácter sistemático. Lo único que plantean es un problema de carácter subjetivo, cuyo origen parece ser bastante más simple de lo que la doctrina ha supuesto. Ciertamente no se encuentra en que con ellas se adelanten contenidos de la antijuridicidad al tipo, sino en el simple hecho de que la ley recurra a la antinormatividad para *caracterizar* la conducta punible.

Esto genera una situación especial, pues altera la relación corriente entre descripción típica e infracción de norma. Conforme al modelo generalmente aceptado, toda pena prevista por la realización (u omisión) de una conducta tiene el sentido de un castigo por el quebrantamiento de una norma que prohíbe (u ordena) su ejecución, norma que se entiende implícita o subyacente al tipo. De modo que en el caso que podemos considerar normal la descripción típica *implica* la infracción de una norma pero no *menciona* esa circunstancia.

En ciertas ocasiones, sin embargo, la ley acude a la idea de deber o de infracción de norma ya para describir la propia conducta que desea castigar. A través de esas referencias al deber, el tipo se vincula con un conjunto variable de normas de mandato o de prohibición que detallan los presupuestos por cuya configuración la conducta podría ser considerada lesiva, sin que esa circunstancia prejuzgue sus relaciones con las causas de justificación. Es una situación en principio trivial, pero que sin embargo tiene hondas repercusiones en materia de error. De acuerdo con

la noción generalizada del dolo, el individuo tiene que obrar con una adecuada comprensión del hecho típico tal como lo describe la ley, al margen de si conoce o no la prohibición (normalmente implícita y no mencionada en la descripción típica). Pero cuando el propio tipo alude a la ilicitud del hecho, el conocimiento de esta última adquiere también relevancia para el dolo, de modo que si el sujeto se equivoca al respecto su error quedará captado tanto por las reglas del error de tipo como por las del error de prohibición.

Todo el problema que generan estos elementos se reduce entonces a una interferencia entre las reglas que determinan la relación entre un determinado conocimiento y el dolo; pues mientras una de ellas (emanada de la teoría de la culpabilidad) establece que el conocimiento de la antinormatividad no forma parte del dolo, la otra (derivada de su relación con el tipo) dispone que sí forma parte de este elemento.

La sola presentación de esta antinomia muestra que muy probablemente esta situación nunca fue considerada al momento de establecer la regla de separación entre el dolo y la conciencia de la ilicitud. Ello, sin embargo, no ha sido un inconveniente para que la doctrina mayoritaria se incline de distintos modos a privilegiar la regla de separación. Es posible que tenga razón al pensar de ese modo, pero en todo caso esto es algo que debe discutirse en el nivel correspondiente, cual es el de las relaciones entre el dolo y la conciencia de la ilicitud, y no en el de la distribución de los componentes del injusto.

Pero antes de abordar ese tema, resta por aclarar un aspecto objetivo, que también dice relación con el alcance de las referencias típicas a la ilicitud, solo que desde otro ángulo. Para decidir qué reglas han de predominar en estas situaciones es preciso despejar antes la duda de si es efectivo que en tales hipótesis la antinormatividad del acto se incorpora a la descripción típica. Dado que dichas referencias conectan el tipo con normas que detallan los presupuestos de ciertos deberes o prohibiciones, bien podría ser el caso que, una vez aclarado el nivel de conexión que se establece a través del sistema de reenvío, hubiera que concluir que lo único que se incorpora al tipo son dichos presupuestos y no el carácter prohibido de la conducta.

Este es el problema que la doctrina aborda bajo el rótulo del *error sobre las leyes penales en blanco* y al que dedicaremos el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II
EL PROBLEMA SEMÁNTICO DE LOS
ELEMENTOS TÍPICOS DE ANTINORMATIVIDAD

INTRODUCCIÓN

El hecho de que las referencias a la antinormatividad de una conducta, contenidas en ciertas figuras de delito, aludan a un juicio parcial y no a un juicio exhaustivo de ilicitud, permite descartar la hipótesis de un adelantamiento de contenidos de la antijuridicidad al tipo, pero deja subsistente el problema que la mención típica de ese carácter del acto representa para el régimen de distribución cognitiva establecido por la teoría de la culpabilidad. Si el dolo supone la comprensión de la conducta conforme a su descripción típica, y si esta incorpora la antinormatividad como un rasgo del hecho, la conclusión que se sigue de ello es la aceptación de la teoría del dolo, a menos que se añadan otras consideraciones que permitan justificar una prevalencia de las reglas del error de prohibición por sobre las del error de tipo.

Lo dicho, sin embargo, parte del supuesto de que a través de esos elementos de la descripción efectivamente se incorpore la antinormatividad de la conducta al tipo, lo cual es negado por la opinión dominante en la doctrina²²⁹. De acuerdo con esta, en el tratamiento del error recaído sobre elementos típicos que remiten a normas (elementos normativos en sentido genérico) sería preciso distinguir entre elementos normativos *propriamente tales* y elementos *en blanco*. Tratándose de los primeros, existe un amplio consenso en cuanto a que un error del individuo acerca del significado jurídico del elemento en cuestión excluiría el dolo y dejaría subsistente la culpa, en caso de ser vencible. Pero en el caso de los elementos en blanco, entendiendo por tales los que remiten a prohibiciones extrapenales de la conducta, se sostiene en cambio que la ignorancia del agente tendría que quedar sujeta a las reglas más estrictas del error de prohibición²³⁰.

Tal solución encontraría su sustento en la denominada *tesis de la lectura conjunta*, complementada por la *teoría de la sustituibilidad*²³¹. Según esta última, el concepto

²²⁹ Cfr. FAKHOURI, *Delimitación*, p. 257; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 164, y FRISTER, *Derecho penal, PG*, p. 236, quienes la consideran *ampliamente* dominante.

²³⁰ Esta dualidad de regímenes para errores relacionados con elementos que a menudo es difícil distinguir entre sí es objeto de crítica; cfr. FAKHOURI, *Delimitación*, p. 490 y ss.

²³¹ Una idea desarrollada por BURCKHARDT con base en la obra de KOHLRAUSCH (*Irrtum*, 1903); Vid DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 340, nota 48; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p.

que opera el reenvío estaría destinado a ser *reemplazado por el enunciado de la norma reenviada*, de modo que una vez efectuada la integración entre ambas las únicas circunstancias que formarían parte del tipo, y las únicas que el autor necesitaría conocer, serían las previstas en la norma reenviada. Así, por ejemplo, para obrar con dolo respecto del delito de caza ilegal²³², no sería necesario que el individuo tuviese conciencia de cazar en un período "prohibido" (en consonancia con el sentido del término que efectúa la remisión), sino que bastaría con que fuese consciente de la época del año en que realiza esa actividad (especificada como prohibida en las reglas extrapenales aludidas por la remisión). Por consiguiente, la eventual ignorancia del agente acerca de encontrarse prohibida la caza en esas fechas sería irrelevante desde el punto de vista de la atribución del dolo y a lo sumo podría ser valorada como un error sobre la ilicitud del acto.

Según este planteamiento, entonces, los elementos de antinormatividad serían un mecanismo de remisión a través del cual se incorporaría al tipo los presupuestos de hecho de un grupo variable de normas extrapenales de deber, sin que la ilicitud de la conducta pasara a formar parte del sentido de su descripción.

Visto desde la perspectiva del problema que plantean los elementos de antinormatividad al sistema del error, es una forma de abordarlo que, por la vía de suprimir la ilicitud del contenido semántico del tipo, en el fondo lo elimina de raíz. Pero no es obvio que esa supresión sea correcta, y de hecho la dicotomía que genera no es fácil de explicar, ni mucho menos de manejar. No es completamente claro, por ejemplo, por qué la remisión a la ajenidad de la cosa en el hurto incorporaría ese carácter al tipo convirtiéndolo en objeto del dolo, mientras que las referencias al carácter prohibido de la conducta conectarían las normas solo a nivel de sus presupuestos. Esta disparidad relativa a conceptos que remiten por igual a preceptos extrapenales requiere de una justificación, y de una justificación que además debe darse en el plano *objetivo* si acaso se pretende que ella sirva para resolver el problema que los elementos de antinormatividad plantean en el nivel subjetivo.

164 y ss. Sobre las ideas del primero en materia de error *inverso*, véase FAKHOURI, *Delimitación*, p. 319 y ss.

²³² De acuerdo con el artículo 335.1 CP "El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a 12 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años".

En este capítulo nos introduciremos en esta dimensión del problema. Primeramente examinaremos la manera como los autores justifican la doctrina de la sustituibilidad de los componentes de deber, lo cual nos exigirá familiarizarnos con la distinción entre elementos normativos y elementos en blanco que se emplea en este terreno, y con la técnica de las remisiones normativas. Una vez clarificadas sus bases someteremos a prueba la tesis sobre el carácter presuntamente superfluo de la connotación de la antinormatividad en el tipo, confrontándola con los requerimientos normológicos de otra tesis igualmente importante, como es la que establece límites a la aplicación retroactiva de los cambios favorables introducidos en las disposiciones de complemento de una ley penal en blanco.

SECCIÓN PRIMERA

LAS LEYES EN BLANCO Y LA DOCTRINA DE LA SUSTITUIBILIDAD

A. LA DISTINCIÓN ENTRE ELEMENTOS NORMATIVOS Y ELEMENTOS TÍPICOS EN BLANCO

1. Concepto de ley en blanco

En general, se entiende por ley en blanco una ley penal cuya formulación es incompleta²³³ y que remite para su complemento²³⁴ a normas extrapenales²³⁵ del

²³³ DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales*, p. 99. Subraya este aspecto ANTÓN ONECA: "Se llaman leyes penales en blanco las que fijan la sanción, pero no el delito, cuya determinación se deja en todo o en parte a otra ley, a un reglamento o a una orden de la autoridad; de modo que el contenido puede sufrir modificación con la de estas fuentes, manteniéndose el Código intacto" (*Derecho Penal*, PG, p. 108).

²³⁴ FAKHOURI, *Delimitación*, p. 87 y 102; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 162; GARCÍA PABLOS, *Introducción al Derecho penal*, p. 412 y ss.; DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites*, p. 100.

²³⁵ Enfatiza este aspecto y la necesidad de discriminar entre distintas clases de remisiones OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 172 y ss. En este mismo sentido, se ha hecho clásica la definición de WARDA, según la cual son leyes en blanco aquellas leyes "que relacionan su amenaza de pena con un comportamiento descrito típicamente de manera total o parcial por otras

mismo sistema²³⁶, normalmente de rango inferior a la ley²³⁷. Su característica más destacada es esa parcial indeterminación de su enunciado, que se origina en la técnica de normación conocida como reenvío. En la base de esta categoría de leyes se encontraría entonces una decisión de *técnica legislativa*, consistente en remitir parte de las especificaciones del hecho o de su sanción²³⁸ a otros preceptos del sistema. Puede decirse que en estos casos el legislador se *vale* del contenido de otras normas para formular el tipo penal, y que en cierta medida opta por dejar en manos de otras instancias regulativas la especificación de algún aspecto de la hipótesis de castigo²³⁹, a consecuencia de lo cual el intérprete no solo puede sino que *debe* ir a buscar tales determinaciones fuera del tipo²⁴⁰.

fuentes jurídicas" (*Die Abgrenzung von Tatbestands un Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955, p. 5, citado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 124).

²³⁶ Se discute la admisibilidad de un reenvío *dinámico* a una norma puramente técnica: en contra, MONTANER FERNÁNDEZ, "La autorregulación administrativa en el Derecho penal ambiental: Problemas desde la perspectiva del principio de legalidad", p. 307 y ss., quien sostiene que solo cabe reconocer eficacia a las remisiones *estáticas* del ordenamiento jurídico-administrativo a la regulación *privada* de carácter técnico; en sentido similar, SCHÜNEMANN, "Las reglas de la técnica en Derecho penal", p. 153 y ss, especialmente p. 163. Refiriéndose al art. 325, SILVA/MONTANER, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 91, señalan sobre este punto lo siguiente: "Así pues, el Derecho al que se remite el Derecho penal a través de las normas penales en blanco es, a su vez, un Derecho que utiliza la remisión a pautas o normas no jurídicas. En consecuencia, en tanto se le reconozca efectos jurídicos a esa remisión, las normas de carácter técnico pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico. Y, en esta medida, ese contenido técnico revestido de carácter jurídico puede llegar a constituirse como complemento de la ley penal en blanco". En relación con el art. 316, véase CORCOY BIDASOLO (Coord.), *Manual, PE*, p. 870, con referencias.

²³⁷ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 118.

²³⁸ Teóricamente esta clase de reenvíos podrían darse también en la porción de la norma referida a la consecuencia penal, dando lugar a una ley penal en blanco "al revés" (en la terminología acuñada por Jiménez de Asúa), pero en lo sucesivo dejaremos de lado toda consideración al respecto, tanto porque se trata de un supuesto mayoritariamente excluido del concepto de ley penal en blanco, cuanto porque el mismo carece de interés para el estudio de los elementos de antinormatividad. Sobre las remisiones relativas a la consecuencia jurídica, puede consultarse FAKHOURI, *Delimitación*, p. 100.

²³⁹ Como ocurre en el caso de las remisiones dinámicas.

²⁴⁰ La técnica de las remisiones en blanco permitiría dotar de suficiente flexibilidad a las normas penales, haciendo posible su adaptación a escenarios cambiantes. En palabras de DOVAL, "las estructuras en blanco proporcionan un instrumento que posibilita distanciar la ley de las circunstancias que podrían alterarla con facilidad, al mismo tiempo que se conserva sensible a los cambios a través del hilo conductor que la mantiene unida a los sectores normativos que los recogen, dotándola así de actualidad, permanencia y estabilidad" (*Posibilidades*, p. 113). Ello, en todo caso, se conseguiría al costo una mayor vaguedad o imprecisión extensional de la ley penal (p. 114).

Las leyes en blanco han sido objeto de una abundante literatura por diversos motivos. Como se sabe, el hecho de que a través de esta técnica sea posible conceder a autoridades no legiferantes la posibilidad de intervenir, con amplitud variable, en la determinación de las hipótesis delictivas, convierte a estas leyes en un factor de riesgo desde el punto de vista del respeto del principio de reserva y determinación legal de los delitos²⁴¹. En la actualidad, sin embargo, prácticamente todos los sistemas admiten procedimientos de tipificación de esa índole bajo ciertas condiciones²⁴², pues dada la densidad de las regulaciones administrativas y su enorme presencia en la vida de las sociedades contemporáneas es casi impensable que una legislación penal pudiera prescindir de referencias a disposiciones de dicho carácter²⁴³. Pero esas remisiones –sobre todo las dinámicas– son aceptadas solo en la medida en que sean estrictamente necesarias²⁴⁴, que la ley penal contemple el núcleo del comportamiento punible y que a las disposiciones

²⁴¹ Sobre los problemas de constitucionalidad de las leyes en blanco, DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites*, p. 127-167; ALCÁCER GUIRAO. “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, p. 15 y ss. Un resumen de la situación en la doctrina y jurisprudencia alemanas puede consultarse en TIEDEMANN, *Manual de Derecho Penal Económico*, p. 101 y ss.

²⁴² Lo que no significa que esta clase de leyes goce de una verdadera aceptación. GARCÍA PABLOS califica la actitud de un sector de la doctrina española como de “inevitable resignación” ante la consolidación de esta técnica en virtud de la STC 127/1990 (*Introducción*, p. 425).

²⁴³ La necesidad que tiene el legislador de recurrir a normas de inferior rango es reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en general, y se la justifica señalando que es la única manera de asegurar una adaptación inmediata de la ley penal a los cambios regulativos que imperan en ciertos ámbitos de actividad sometidos a un dinamismo acelerado. No es casualidad, en este sentido, que los bienes protegidos a través de esta clase de leyes –normalmente colectivos– sean bienes altamente normativizados, y que su estabilidad se haga depender de la observancia general de ciertas pautas de comportamiento fijadas en buena medida por los órganos de la administración del estado (Cfr. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites*, p. 108). Una exposición de los modelos de relación entre la regulación penal y la administrativa puede encontrarse en OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, pp. 182-187.

²⁴⁴ Subraya que el recurso a esta técnica debe ser “absolutamente excepcional” LUZÓN PEÑA, agregando que en materia de almacenamiento de sustancias tóxicas, inflamables o explosivas “puede ocurrir que por la complejidad técnica o el carácter altamente cambiante de los avances técnicos o de investigación sobre seguridad, salubridad, etc.”, a veces puede no haber otro “recurso técnico posible que la remisión a la correspondiente legislación y reglamentación administrativa para delimitar lo que en cada momento se considera jurídicamente prohibido y, a la inversa, el ámbito del riesgo permitido, con independencia de que además el tipo señale y precise con otros requisitos adicionales los supuestos de mayor gravedad dentro de lo antijurídico que dan lugar a lo penalmente prohibido a efectos de ese delito”. Agrega que cuando ello es así, “la remisión normativa viene sencillamente «obligada por la naturaleza de las cosas»” (*Curso de Derecho penal*, p. 151).

administrativas les quepa proporcionar un complemento *limitado* del supuesto sometido a castigo²⁴⁵.

Adicionalmente, las leyes en blanco suscitan dificultades específicas en áreas como el error y la retroactividad de las modificaciones favorables, que por cierto no están relacionadas con la cuestión política involucrada en la intervención de autoridades no legislativas en la determinación del ámbito de lo punible, sino únicamente con sus particularidades enunciativas. Por ello, la noción de ley en blanco que se maneja en el ámbito del error es algo distinta de la que se emplea en las materias vinculadas al principio de legalidad, pero eso no ha impedido que los autores perseveren en el intento de alcanzar una concepción unitaria²⁴⁶.

A causa de lo anterior, en la doctrina se barajan tres concepciones generales de las leyes penales en blanco: una concepción *estricta*, que postula que solo son leyes en blanco aquellas que remiten a normas de rango *inferior a la ley* penal²⁴⁷; una noción

²⁴⁵ Tal como establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentada en la referida sentencia 127/1990, donde se indica que la conformidad de las leyes penales en blanco con la Carta Política depende “de que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esa forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”. Crítico al respecto, y calificando a los señalados requisitos como “simple retórica”, CÓRDOBA RODA, “Consideraciones sobre el principio de legalidad”, p. 240 y ss. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán a este respecto, cfr. TIEDEMANN, *Manual de Derecho Penal Económico*, p. 103 y ss. Sobre la situación en Italia, FIANDACA-MUSCO, *Derecho penal*, PG, p. 84 y ss.

²⁴⁶ Por todos, FAKHOURI, *Delimitación*, p. 87. Véase asimismo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 123 y ss.; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 162 y ss.; GARCÍA PABLOS, *Introducción al Derecho penal*, p. 412 y ss.; DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites*, p. 95 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, PG, p. 146 y ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 36 y ss. En Alemania, TIEDEMANN, *Manual de Derecho Penal Económico*, p. 101 y ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 118 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, t. I, p. 156 y ss, 465 y ss.

²⁴⁷ FAKHOURI, *Delimitación*, p. 97 y ss.; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 163 y ss. Este enfoque recoge el origen histórico del concepto en la obra BINDING y responde fundamentalmente a una preocupación relacionada con el respeto a los principios de legalidad y taxatividad, suscitada por el riesgo, ya mencionado, de que mediante estas leyes se verifique un traspaso subrepticio de potestades legislativas a órganos ajenos a esa función. Según la estructura de cada sistema jurídico estas normas de inferior rango pueden ser de orden administrativo o emanar también de instancias legislativas subordinadas, como en los estados federales. En el caso español, hay que incluir dentro de esos riesgos político-constitucionales la posibilidad de que el traspaso sea hecho

amplia, que abarca la totalidad de los tipos que remiten a algún otro precepto del sistema, sea este de carácter legal o administrativo, o incluso a otras disposiciones de la misma ley penal a que pertenezca la norma reenviante²⁴⁸, y por último una tesis *intermedia*, que excluye de este último concepto solo las remisiones hechas a otras leyes de carácter penal. Por nuestra parte adoptaremos esta noción intermedia, que es la más aceptada²⁴⁹, de modo que al hablar en lo sucesivo de leyes en blanco nos estaremos refiriendo a todas aquellas leyes punitivas que remiten a normas *extrapenales*, sean estas de rango legal o infralegal²⁵⁰.

2. La distinción entre remisiones normativas y remisiones en blanco

Ahora bien, dentro del ámbito señalado es preciso hacer algunas distinciones ulteriores. Nadie pretende que el tipo penal de hurto, por citar un caso, sea una ley

de la ley orgánica a la ley común. Al respecto, OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 164; SILVA SÁNCHEZ, "La ley penal en blanco", p. 20.

²⁴⁸ MEZGER, *Tratado*, t. I, p. 353 y s. Al interior de este enorme conjunto de normas se suele efectuar un par de distinciones. Se habla de leyes penales en blanco *propias* o *impropias*, según que la remisión sea hecha, respectivamente, a una instancia normativa de inferior rango o a otra ley, y se distingue también entre remisiones *internas* o *externas*, dependiendo de si la norma a la que la ley se remite tiene carácter penal o extrapenal. MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, p. 67, se decanta por este concepto amplio para recoger los problemas de error y los relaciones con la retroactividad de la ley penal más favorable.

²⁴⁹ La gran mayoría de los autores considera que no existe ninguna necesidad de incluir los supuestos en que una ley penal remite a otra *del mismo carácter*, ya que esta clase de referencias es vista en general como un recurso de economía técnica carente de importancia dogmática. Según BACIGALUPO ("La problemática constitucional de las leyes en blanco", en *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, p. 100) la "extensión del concepto de ley en blanco "no parece tener la menor trascendencia práctica, pues ninguno de los autores que toman parte en la discusión extrae de la ampliación del concepto de ley penal en blanco ninguna consecuencia que esté vinculada con la discusión".

²⁵⁰ Cabe notar, en todo caso, que lo que así se obtiene es un conjunto híbrido de elementos, ordenado a partir de una combinación de criterios -uno vinculado al principio de legalidad y el otro a cuestiones concernientes al error- que no coinciden completamente. Esto hace que no todos los elementos incluidos en esta tipología tengan puntos de contacto con ambos. Las remisiones entre leyes, por ejemplo, carecen de importancia desde el punto de vista del principio de reserva, pero cuando alcanzan a normas extrapenales se las incluye por consideraciones vinculadas al tratamiento del error y la retroactividad. Como veremos más adelante, no tiene sentido tratar de mantener unidos estos dos aspectos y la falta de una separación adecuada provoca que esta categoría termine abarcando más de lo que debería desde un punto de vista constitucional y menos de lo que tendría que comprender desde el punto de vista del error.

en blanco pese a que, por el hecho de aludir a cosas *ajenas*, es indudable que remite a las normas que rigen la titularidad sobre las cosas, es decir, a disposiciones extrapenales. No cualquier remisión a normas extrapenales da origen a una ley penal en blanco.

Enfocados en el problema del error, poco importan aquí las cuestiones vinculadas a si la ley delimita suficientemente el contenido del injusto, ni las relacionadas con el rango jerárquico de la norma reenviada. De hecho, suponemos la existencia de un tipo que satisface las exigencias constitucionales sobre estas materias. Lo único que tiene relevancia para nuestro tema es distinguir entre elementos normativos y elementos en blanco, y por lo tanto entre las remisiones que dan lugar a una u otra clase de componentes. Es claro, entonces, que cualquiera de las concepciones reseñadas necesita de un complemento para hacerse operativa en este ámbito. Si se toma como base la concepción intermedia, por ejemplo, se hace indispensable discriminar cuáles, de entre las diversas clases de remisiones a normas extrapenales, darían lugar a una ley en blanco y cuáles no, ya que de eso depende la aplicación de la tesis de la sustitución. En otras palabras, se requiere de un criterio *interno* de distinción entre los mecanismos de reenvío que fije las características distintivas de las remisiones en blanco.

2.1. Clasificación de las remisiones

Las referencias que hacen unas normas a otras exhiben una amplia variedad de modalidades que la doctrina se ha ocupado de clasificar desde diferentes ángulos.

a) Atendiendo a su grado de explicitación se distingue entre remisiones *expresas*²⁵¹ y remisiones *tácitas* (también llamadas *concluyentes*), entendiéndose por estas últimas aquellas que fluyen de la conexión de un concepto típico²⁵² con otras disposiciones del sistema²⁵³.

²⁵¹ La falta de individualización de la norma reenviada no afecta por cierto al carácter expreso de la remisión. DOVAL acota que rara vez una remisión expresa determina con exactitud la norma reenviada y que lo más común es que emplee referencias generales a la legislación, a "leyes o reglamentos", al carácter "legal" o "ilegal" o "indebido" de una conducta o de un objeto, o a la ausencia de "autorización", por ejemplo. Lo más frecuente es que solo se indique la materia de la regulación aludida, como ocurre en los delitos ambientales y urbanísticos. La falta de una mención más específica a las normas reenviadas está relacionada con el carácter dinámico que esos reenvíos normalmente tienen (*Posibilidades y límites*, pp. 90-92).

²⁵² Los ejemplos clásicos son la *ajenidad* de la cosa en los delitos de hurto y robo (arts. 234 y ss.), la referencia al *depósito*, *comisión o administración*, o a otro título que produzca obligación de entregar

b) Según su extensión, se habla de remisiones *totales* para referirse a aquellas en que el legislador deja completamente indeterminado el tipo, estableciendo solo una sanción para un supuesto que debe ser fijado posteriormente, y de remisiones *parciales* para aludir a las demás. Por razones de orden constitucional las remisiones extrapenales y totales son inadmisibles en materia penal²⁵⁴.

c) Dependiendo de si la ley remite a la totalidad de los supuestos previstos en la norma de complemento o si limita al reenvío a casos específicos, se distingue entre remisiones *generales* o *especiales*²⁵⁵. Con esa misma terminología se alude también a la cuestión de si la ley deja en libertad a la autoridad reenviada para fijar el contenido de las normas que dicte sobre la materia en que incide la remisión o si le fija ciertas pautas o límites para ello²⁵⁶.

o *devolver* los bienes en la apropiación indebida (art. 253), a la *quiebra* en los delitos de insolvencia punible (arts. 259 y ss.), al *matrimonio* en las figuras de celebración de matrimonios ilegales (arts. 217 y ss.), a los *tributos* y al *obligado tributario* en el fraude fiscal (art. 305), a la calidad de *funcionario* en los delitos contra la administración pública (arts. 404 y ss.), o de *tutor*, *curador* o *albacea* en el delito de negociaciones incompatibles del art. 440, entre muchísimos otros.

²⁵³ Siguiendo a TIEDEMANN, DOVAL agrega la categoría de *remisiones encubiertas* para referirse a aquellas “que tienen lugar al remitirse la ley penal a una disposición de su mismo texto que es la que reenvía después a otras disposiciones extrapenales” (*Posibilidades y límites*, p. 90).

²⁵⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La ley penal en blanco*, p. 25; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 176. Esta última autora menciona como un caso de remisión *demasiado* próxima a la total la del art. 360, que castiga al que “hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos”.

²⁵⁵ Ejemplo de lo primero encontramos cuando la ley alude a la infracción de leyes o reglamentos, mientras que un ejemplo de lo segundo se presenta cuando la ley se refiere a quien infrinja determinadas disposiciones haciendo o dejando de hacer alguna cosa determinada. Estos últimos casos son por supuesto la mayoría en derecho penal: arts. 277, 325, 332, 334, 349, 361, etc. DOVAL cita como ejemplo del primer tipo al delito de abandono de familia del art. 226, en el que la conducta aparece descrita como dejar de cumplir “los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados”.

²⁵⁶ FAKHOURI, *Delimitación*, p. 102 y ss. Un buen ejemplo de remisión especial en este sentido lo proporciona la legislación chilena en el art. 63 de la Ley 20.000, de Tráfico de Estupefacientes, que habilita al Presidente de la República para fijar por reglamento el listado específico de las sustancias estupefacientes o sicotrópicas objeto de los delitos previstos en los arts. 1, 2, 5 y 8 de la Ley, luego de haber definido en el art. 1 esas sustancias como aquellas *productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud*.

d) En función de dónde se sitúe la norma reenviada se califica como *internas* a las remisiones que una ley establece entre las diversas disposiciones de su propio texto, y como *externas* a las que conectan sus preceptos con disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos²⁵⁷.

e) Desde el punto de vista temporal se distingue entre remisiones *estáticas* y *dinámicas*. Pertenecen al primer grupo las que reenvían al texto que la norma de complemento hubiere tenido al momento de entrar en vigor la norma reenviante, mientras que forman parte del segundo las que remiten al texto que tuviere la disposición de complemento cada vez que corresponda dar aplicación a la norma reenviante²⁵⁸.

f) Por último, dependiendo de si están enlazadas con otras remisiones, se habla de remisión *de primer grado* si solo involucra dos normas, y de remisión *de segundo grado* o *en cadena* si la norma reenviada remite a su vez a otras disposiciones, como ocurre en los delitos ambientales cuando la ley remite a reglamentos y estos a otras reglas, eventualmente de carácter técnico²⁵⁹.

2.2. Criterios de determinación de las remisiones en blanco

Ahora bien, como es evidente, no todas esas distinciones son útiles para el fin que nos ocupa. Si lo que se desea es identificar una cualidad que especifique a las remisiones en blanco dentro del género de las que dan origen a elementos

²⁵⁷ Cfr. OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 175.

²⁵⁸ DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites*, p. 84 y s.; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 176 y s. Determinar qué carácter tiene una remisión en este sentido es materia de interpretación. DOVAL sostiene, con excesiva generalidad, que las remisiones internas, esto es, las realizadas dentro de la misma ley que opera el reenvío, poseerían “por su propia naturaleza” un carácter estático (*Posibilidades y límites*, p. 85). Sin embargo, si ello fuese efectivo las normas del Código penal sobre encubrimiento, por ejemplo, no podrían ser aplicadas al favorecimiento de hechos tipificados con posterioridad a su publicación. De cualquier modo, las remisiones dinámicas son la regla, pues ellas permiten satisfacer uno de los objetivos principales de las remisiones -y sobre todo de las leyes penales en blanco-, cual es el de adaptar la ley a circunstancias cambiantes. Las estáticas, en cambio, son una rara excepción en materia penal. Entre las remisiones externas de esta índole se cita el caso del art. 2.1.i de la LO 12/1995, de Contrabando, que remite al art. 23 de la Convención de Ginebra sobre alta mar de 29 de abril de 1958 (MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, p. 247).

²⁵⁹ OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 180; en relación con el art. 325, SILVA/MONTANER, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 90 y s.

normativos, y si la doctrina además está en lo correcto al afirmar que las normas reenviadas contienen una parte de la ley en blanco, solo deberían reportarnos algún provecho los criterios que sean indicativos de grados variables de compenetración entre el tipo reenviante y la norma reenviada.

En general, para distinguir entre elementos normativos y elementos en blanco se utilizan los siguientes criterios.

a) Una primera postura sugiere que las remisiones expresas darían lugar a componentes en blanco y las tácitas, a elementos normativos. Esta es una pauta relativamente común en los análisis dirigidos a establecer la constitucionalidad de una remisión de ley a un reglamento, tal como se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁶⁰.

Pero como método para distinguir entre elementos en blanco y elementos normativos resulta bastante insatisfactorio y ha sido criticado con razón. En principio, si un tipo remite en forma expresa a otras leyes o reglamentos cabe atribuirle la condición de ley en blanco, pero esa deducción es falible y en ningún caso permite afirmar que las remisiones tácitas den origen a elementos normativos, ya que la falta de explicitación no implica la existencia de un vínculo menos significativo entre la norma reenviante y la reenviada²⁶¹. No existe por ejemplo una diferencia *cualitativa* entre las remisiones tácitas, por una parte, y las remisiones expresas pero indeterminadas, por la otra²⁶². Piénsese, por ejemplo, en un delito como el de caza de especies *protegidas* (art. 334.1 CP). No se puede decir que esta sea una remisión expresa, pues allí no se *menciona* ninguna norma que desarrolle el concepto de

²⁶⁰ Al menos a partir de la sentencia 127/1990. Con todo, es posible que la referencia al carácter expreso de la remisión deba ser entendida más bien en el sentido de una exigencia de habilitación que como una nota conceptualmente distintiva de las leyes en blanco. En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal ha sido bastante dubitativa a la hora de calificar algunos preceptos concretos, vid. OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 188 y ss. Sobre los alcances de la doctrina del Tribunal Constitucional, DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites*, p. 157 y ss.

²⁶¹ Como indica GARCÍA ARÁN, "lo importante no es tanto que la norma penal mencione expresamente la necesidad de acudir a otra norma, como la función que esa norma extrapenal desempeña en la estructura del injusto descrito" ("Remisiones normativas", p. 69). En el mismo sentido, FAKHOURI, *Delimitación*, p. 400.

²⁶² Como indica SILVA SÁNCHEZ, "es absurdo que lo que se afirma para un tipo que contiene la expresión «con infracción de las correspondientes disposiciones legales y reglamentarias» no valga para otro que se limita a contener el elemento «ilegalmente» o «indebidamente»" ("¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas?", pp. 977 y s.).

especie protegida. Pero eso no impide concluir con suficiente certeza que la condición a que se refiere el precepto remite a las disposiciones generales de la autoridad sobre la materia²⁶³ y que el contenido del tipo depende de ellas tanto como si hubiere remitido a las mismas expresamente²⁶⁴.

b) Se ha planteado también que la diferencia entre las remisiones en blanco y las normativas podría encontrarse en la autoridad llamada a dotar de *contenido* al término que opera el reenvío. Según esto, serían leyes en blanco aquellas cuyo contenido *se encuentra* en otras normas mientras que serían elementos normativos aquellos cuyo significado es establecido por el juez *con la ayuda* de otras normas.

Sin embargo, aparte de ser esta una especie de paráfrasis del problema, es poco lo que de aquí se puede extraer²⁶⁵, y si algo se pudiera decir en esos términos es claro que en cualquier caso tendría que ser la estructura de la remisión la que determinara el modo de proceder del juez y no al revés.

c) En un sentido relacionado con el anterior, se ha señalado también que entre ambas técnicas existiría una diferencia relativa al grado de *libertad de que goza el intérprete* para establecer el significado del concepto que efectúa el reenvío²⁶⁶. Frente a términos como “cosa mueble” o “perjuicio”, por ejemplo, el juez dispondría en principio de una mayor movilidad interpretativa que al enfrentar expresiones como “contrario a lo dispuesto en el artículo 25”, porque en este último caso el artículo referido sería el único parámetro que podría tomar en cuenta para apreciar la concurrencia del elemento respectivo, mientras que en el primero podría apartarse en algún punto de las disposiciones civiles atinentes a esos conceptos.

Esta es en realidad una contraposición engañosa: la única razón por la que el juez goza de mayor libertad en el primer caso es porque el *alcance* de la remisión es

²⁶³ Tratados internacionales (Convenio de Washington del 3 de marzo de 1973), regulación comunitaria (Reglamento CE 338/97), leyes (Ley 47/2007), decretos reales y normas autonómicas; cfr QUERALT, *Derecho Penal, PE*, p. 955.

²⁶⁴ En el fondo, aquí ya se hacen visibles los inconvenientes de mezclar dos criterios de ley en blanco completamente distintos. Para el principio de legalidad puede tener algún interés determinar si la remisión es expresa o no, pero para los problemas de error lo importante es la estructura del reenvío, y no hay razón para pensar que esta dependa en algún sentido relevante de cuán explícita sea su consagración.

²⁶⁵ Como bien señala OSSANDÓN WIDOW, este criterio puede ser válido cuando se pide al juez recurrir a alguna valoración social, mas no cuando se trata de establecer el significado de conceptos jurídicos (*La formulación de los tipos penales*, p. 195).

²⁶⁶ OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 195.

completamente distinto. Si en lugar del “artículo 25” usamos como punto de comparación “contrario a lo dispuesto en las leyes” nos daremos cuenta inmediatamente de ello. No hay aquí una diferencia relativa a la clase de remisión sino al conjunto de normas reenviadas.

d) El criterio de delimitación más aceptado en la actualidad es el que toma como base el *contenido* de la remisión e identifica las leyes en blanco con las que reenvían a un deber o a una *prohibición* establecidos fuera del tipo²⁶⁷. De acuerdo con esto, serían leyes penales en blanco las que castigan la *infracción de deberes extrapenales*.

Hay algo de razón en este planteamiento. Un concepto que alude a la oposición a ciertas normas carece de contenido si no se pone en contacto con tales disposiciones, lo cual permite afirmar que en este caso se da una dependencia prácticamente completa de la norma reenviante respecto de la reenviada. Primero, en cuanto esta última no sirve solo para *interpretar* a la primera sino que hace *posible* su aplicación en un caso concreto, y segundo, porque en el punto en que opera el reenvío el contenido regulativo del precepto reenviante queda entregado a la decisión de la autoridad a la que compete emitir la norma reenviada.

Los ejemplos de reenvío a prohibiciones extrapenales son relativamente abundantes. Los hay en el art. 277 CP, que castiga la divulgación de un invento sobre el que pende una solicitud de patente, efectuada “*en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes*”, y de modo similar los hay también en los arts. 316, 325, 333, 334, 348, 349, 350 y 363, entre otros²⁶⁸, todos los cuales describen conductas ejecutadas con *infracción* de las “*normas de prevención de riesgos laborales*”, de “*las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*”²⁶⁹, de “*Leyes o disposiciones de carácter general*

²⁶⁷ FRISTER, *Derecho penal*, p. 235. SCHÜNEMANN, “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, p. 160: “se debe denominar leyes en blanco todas aquellas leyes penales que remiten explícita o implícitamente, para la eliminación de su imprecisión semántica, a proposiciones de deber general que no han sido creadas por el juez sentenciador”. Cfr, asimismo, FAKHOURI, *Delimitación*, p. 406, con referencias al desarrollo que hace BACKES de esta idea; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, p. 250.

²⁶⁸ Una revisión pormenorizada de estos y otros casos, en OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, pp. 212-225.

²⁶⁹ Un análisis de esta exigencia y del sistema de *accesoriedad de norma* que establece la figura básica de delito contra el medio ambiente (art. 325), puede leerse en SILVA/MONTANER, *Los delitos contra el medio ambiente*, pp. 77-98.

protectoras de las especies de flora o fauna", y de "las normas o medidas de seguridad establecidas" [para la fabricación, transporte o manipulación de explosivos y otras sustancias peligrosas].

El problema de este criterio, no obstante, es que si no se introducen limitaciones termina conduciendo bastante más lejos de lo que se pretende. Son muchos los elementos típicos que aluden directa o indirectamente a los deberes que el sujeto infringe con su conducta. Incluso ejemplos clásicos de un elemento normativo, como son la ajenidad de la cosa en el hurto y la calidad del autor en los delitos de funcionarios, trasuntan las prohibiciones y mandatos que son quebrantados con la ejecución de la conducta típica.

Para paliar esta dificultad se ha propuesto tomar en cuenta el carácter *prescriptivo* o *descriptivo* de la norma a la que se efectúa la remisión, entendiendo que habría una ley en blanco en el primer caso y un elemento normativo, en el segundo²⁷⁰. Pero el rendimiento de este complemento es bastante acotado y tiene el inconveniente de abrir un flanco muy considerable de discusión en torno al carácter de la norma reenviada.

Mucho más prometedores, entre otras razones porque poseen un fundamento normológico más elaborado, son los planteamientos de Cramer -seguido en España por García Arán- y de Puppe.

El primero de esos enfoques distingue entre remisiones *interpretativas* y remisiones *en bloque*²⁷¹, según la función desempeñada por las normas de complemento. En este orden de ideas se indica que mientras en algunas situaciones las normas de complemento servirían para afinar el sentido de un concepto típico, en otras el legislador dejaría en manos de una instancia distinta el establecimiento del elemento típico²⁷². Este último supuesto sería el de las remisiones en blanco y se presentaría en aquellos casos en que el tipo incorpora a su enunciado la infracción de una norma extrapenal, es decir, cuando sanciona "la desobediencia a la norma administrativa"²⁷³.

²⁷⁰ OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 192.

²⁷¹ GARCÍA ARÁN, "Remisiones normativas", especialmente p. 67 y ss.

²⁷² GARCÍA ARÁN, "Remisiones normativas", p. 71.

²⁷³ GARCÍA ARÁN, "Remisiones normativas", pp. 71 y 72. En términos similares GONZÁLEZ GUITIÁN, "Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protección del ambiente", pp. 113-135. Sobre el punto de vista de ambos autores, *vid.* DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites*, p. 122, y OSSANDÓN WIDOW, *La*

Los partidarios de este punto de vista hacen ver, en todo caso, que no cualquier alusión a un deber extrapenal sería suficiente para dar origen a una remisión en bloque. García Arán señala que elementos como “sin autorización” o “fuera de los casos permitidos por la ley”, por ejemplo, darían lugar a remisiones interpretativas y no a remisiones en blanco²⁷⁴. Se añade también que una remisión en bloque supondría una *subordinación total* del tipo al deber extrapenal al que remite, una “traslación mecánica” de la infracción administrativa a la figura penal, de modo que el intérprete no podría introducir consideraciones de orden material para circunscribir el alcance de esa remisión a los supuestos infraccionales más graves, sino que tendría que aceptarla con todas sus consecuencias²⁷⁵.

Parafraseando la tesis comentada podría decirse que lo que viene a plantear es que en el caso de las remisiones en bloque el contenido de la norma reenviante *asumiría como propio* el de la norma reenviada, de modo que esta no solo fungiría como un elemento interpretativo de sus términos sino que ella misma conformaría, junto con la reenviante, la norma que luego tendría que ser interpretada y aplicada por el operador jurídico.

Como tal, esta contraposición es perfectamente comprensible, pero no es claro en primer lugar que tal conexión se dé solo en el caso de las prohibiciones extrapenales, y sobre todo no es obvio que esa clase de integración suponga que la parte de la norma aportada por el precepto reenviado deba ser asumida como un bloque y no como una porción más de la norma global, susceptible de interpretación como cualquier otra parte de su texto²⁷⁶. Por ello, cabe poner en duda que el rasgo que según esta tesis sería distintivo de las remisiones en blanco

formulación de los tipos penales, pp. 195-197. Esta última autora comenta acertadamente que “afirmar la incorporación de la infracción de una norma administrativa como elemento del tipo en la ley penal en blanco, no implica que siempre se trate de tipos de mera desobediencia. Al contrario, esa infracción es un elemento típico, pero no necesariamente el único, y en no pocas ocasiones opera para restringir el alcance del tipo y no como fundamento de la punición” (OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 210).

²⁷⁴ GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas”, p. 75 y ss.

²⁷⁵ GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas”, p. 80.

²⁷⁶ Este es un aspecto expresamente rechazado por los demás autores; cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La ley penal en blanco*, p. 68 y ss.; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 210 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, p. 152, quien considera que una remisión en bloque sería inadmisibles desde el punto de vista constitucional.

sirva efectivamente para reconocer una integración como la que intenta poner de relieve²⁷⁷.

La propuesta de Puppe es mucho más sencilla. Según esta autora son leyes en blanco aquellas que han sido formuladas de un modo tal que consideradas en sí mismas solo permiten la inferencia de una norma de determinación tautológica, por carecer de las especificaciones necesarias para informar acerca de qué es lo que se manda o prohíbe concretamente. Puppe lo explica del siguiente modo:

“...existen tipos que son incompletos en el sentido de que de ellos mismos no puede deducirse una norma de determinación que tenga sentido. En primer lugar, forman parte de estos las leyes en blanco, que contienen únicamente una amenaza de pena y en vez del tipo una remisión a mandatos o prohibiciones dispuestos en otro lugar... Pero esto sucede no solo en el caso de las leyes en blanco en sentido formal, que carecen de un tipo propio, sino en el de todas las leyes que se refieren a un deber establecido en otro lugar. Si se intenta extraer de un tipo de estas características una norma de determinación, se obtendrá una tautología”²⁷⁸.

Con la ayuda de este criterio es posible acotar significativamente el alcance de las leyes en blanco, puesto que no todos los tipos que remiten a deberes extrapenales dan lugar a normas de comportamiento tautológicas. Por otro lado, afirmar que estos tipos presentan un blanco o vacío en su formulación parece tener sentido, ya que las directivas que se puede extraer de ellos son efectivamente inútiles sin el complemento que proporciona la norma reenviada. Además, este hecho permite pensar que entre ambas normas se presenta un lazo especial y que el contenido de la norma reenviante debe construirse integrando a su texto el de la norma reenviada²⁷⁹.

²⁷⁷ De hecho, no es un criterio adecuado para ello, como veremos más adelante.

²⁷⁸ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, pp. 111-112.

²⁷⁹ Una solución cercana a esta propone OSSANDÓN al calificar como remisiones en blanco únicamente aquellas que inciden en el *núcleo de la prohibición*, esto es, en la especificación de la conducta y su relación con el riesgo para el bien jurídico (OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 211). La ventaja de este punto de vista es que logra delimitar razonablemente la categoría de las leyes en blanco sin necesidad de recurrir al concepto de remisión en bloque, ni de asignar a la norma penal una función subalterna en la determinación del deber reforzado mediante pena. Al mismo tiempo, permite dejar fuera muchos casos en los que un tipo exhibe una conexión más bien periférica con normas extrapenales de deber (*La formulación de los tipos penales*, pp. 212-225). Sin embargo, es bastante claro que este criterio obedece mucho más a consideraciones vinculadas al mandato de determinación que a cuestiones atingentes al error, pues la preocupación de la autora es dotar de

Las virtudes señaladas, sin embargo, no libran a esta propuesta de ciertas dificultades. La misma Puppe reconoce la existencia de algunos problemas de aplicación²⁸⁰. Pero más allá de eso, la propia pertinencia del criterio escogido es cuestionable por dos motivos. En primer lugar, cabe poner en duda que la capacidad directiva de la norma de conducta inferible del tipo sea un criterio adecuado para identificar cuándo un tipo es *incompleto*, al menos en un sentido que sea relevante para los problemas del error. Volveremos sobre esto más adelante²⁸¹.

Y enseguida, aun aceptando la perspectiva de esta autora, hay buenas razones para pensar que el criterio de la tautología es en el fondo una restricción *ad hoc* y por lo tanto inapropiada para justificar lo que tendría que ser justificado con su ayuda. Según hemos visto, la doctrina sostiene que al error sobre los elementos de antinormatividad se le debe aplicar una solución distinta que al error que recae sobre otros elementos normativos, y que el fundamento de dicha diferencia se encontraría en la clase de remisión que tendría lugar en uno y otro caso. Teniendo eso presente lo esperable sería que, para no deambular en círculos, se nos proporcionara una caracterización de las remisiones en blanco que fuese independiente de la noción de deber, pero el criterio de Puppe se basa precisamente en el empleo de esa noción. No nos dice que son tipos en blanco los que poseen ciertas características enunciativas y que tales características concurren en los tipos que remiten a deberes extrapenales, sino que directamente vincula esas características a un criterio de tautología que solo puede ser satisfecho por un tipo que remita a deberes o prohibiciones.

En realidad, la existencia de un *blanco* o vacío en el tipo que consiguientemente tuviera que ser *llenado* con otras normas es una situación que, conforme a la

contenido a las "garantías establecidas por el Tribunal Constitucional para la correcta utilización de la técnica de la ley penal en blanco" (*La formulación de los tipos penales*, p. 211).

²⁸⁰ A juicio de la citada autora, por ejemplo, la *competencia* para recibir juramentos en el delito de falso testimonio (§§153 y ss. StGB) sería un elemento en blanco encubierto porque calificaría el deber del declarante (PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 114). Pero es dudoso que ese tipo exprese una norma tautológica, pues al menos permite inferir la proposición "debes decir la verdad ante un juez competente", que es un mandato suficientemente informativo. La cuestión es si a partir de una implicación como la que se da entre la calificación jurídica de ciertos actos o calidades, por una parte, y el deber correlativo del autor, por la otra, es posible afirmar la existencia de una remisión en blanco. Por mi parte, creo que ello implica confundir el plano de las inferencias conceptuales con el de la técnica empleada para construir un enunciado típico.

²⁸¹ *Vid infra*, sec. 3ª.

perspectiva que esta autora emplea, debería entenderse acusada cada vez que la norma de conducta que pueda extraerse de un tipo carezca de autonomía, es decir, cada vez que para hacer operativa dicha norma sea indispensable recurrir a la información contenida en la norma de complemento. Los casos en que esto acontece, sin embargo, no se limitan a las remisiones a deberes o prohibiciones extrapenales. Puppe pone el ejemplo del obligado a llevar contabilidad que puede ser sancionado por no llevarla, diciendo que la norma que surge de allí es “debes llevar contabilidad si estás obligado a llevarla”. Pero la verdad es que, desde el punto de vista de la necesidad de un complemento, la situación sería prácticamente la misma si el tipo penal castigase a los “contribuyentes de la Ley 24/98” que no lleven contabilidad, porque sin saber quiénes pertenecen a ese grupo de individuos todo lo que podemos extraer del tipo es “debes llevar contabilidad si debes llevarla”²⁸². En otras palabras, la tautología de que habla Puppe identifica solo un subconjunto de las situaciones de dependencia en las que sin el complemento que proporciona el precepto reenviado la norma de conducta inferible del tipo carece de poder orientativo, y lo selecciona partiendo de una base previamente asumida en consonancia con las reglas de la teoría de la culpabilidad. Dado que el criterio que utiliza es el de qué tan informativo es un tipo en relación con lo que un individuo *debe* hacer, solo da origen a una norma verdaderamente tautológica un tipo que remita a un *deber*, pero no uno que contenga remisiones en otros respectos, aun cuando en relación con ellos la norma de conducta pueda exhibir el mismo grado de dependencia respecto de su complemento²⁸³.

Antes de cerrar este apartado conviene agregar que un grupo de autores se muestra escéptico frente a la posibilidad de distinguir con claridad entre elementos en blanco y elementos normativos del tipo²⁸⁴. El obstáculo principal residiría en que la indeterminación de las pautas ofrecidas para practicarla harían de esta una categoría extremadamente manipulable, por lo que la decisión de asignar o no la calidad de concepto en blanco a un componente típico vendría dada más por la valoración de las consecuencias que se seguirían de ello que por la aplicación

²⁸² En todo caso, un tipo del que se desprende una norma de este tenor no es tan poco informativo como pretende Puppe. Como mínimo, informa de que existe el deber de llevar contabilidad, que no todos tienen ese deber y que su incumplimiento se sanciona con una pena.

²⁸³ *Vid infra* sec. 1ª, B, 2.2.

²⁸⁴ Resumiendo su punto de vista el respecto, DOVAL señala que hablar de leyes penales en blanco “de una u otra forma supone aludir a ciertas *versiones problemáticas* que pueden adoptar las remisiones en la ley penal” (*Posibilidades y límites*, p. 125, destacado en el original).

consecuente de un criterio que pueda ser reconocido con independencia de esas consideraciones. FAKHOURI, autora del estudio más acabado en español acerca del error sobre elementos en blanco, destaca este hecho en los siguientes términos:

“La dificultad en la delimitación, así como la influencia que la misma tiene en materia de error, parece tener como consecuencia que –al igual que ocurría con la calificación como error de Derecho penal o extrapenal en aplicación de la jurisprudencia del RG-, la clasificación se lleve a cabo, en no pocas ocasiones, en función del tratamiento del error que se considera más justo en el caso concreto: así, no sería la calificación como elemento normativo o tipo penal en blanco la que determinaría las consecuencias penales que ha de tener el error sino, más bien a la inversa, sería el tratamiento del error que se considera adecuado en el caso concreto lo que determinaría la inclusión en una u otra categoría. En este sentido, destaca la polémica clasificación –como elemento normativo o tipo penal en blanco- del tipo regulador del delito fiscal (art. 305 y §370 AO)”²⁸⁵.

B. PARTICULARIDADES DE LAS LEYES EN BLANCO

1. La incorporación de la norma extrapenal al tipo en blanco

Sin perjuicio de los cuestionamientos y problemas que se acaba de apuntar, y hasta no estar en condiciones de presentar alguna alternativa, utilizaremos como criterio delimitativo de las leyes en blanco el que las identifica con las leyes que remiten a deberes extrapenales, pues esta es la noción que habitualmente se maneja en materia de error. Además, para avanzar en nuestro cometido lo único que necesitamos es saber que la justificación del tratamiento del error sobre los elementos de antinormatividad que la doctrina propone descansa, en primer lugar, en atribuirles el carácter de remisiones en blanco y, en segundo término, en conferir a estas remisiones una propiedad específica. Que esa misma propiedad pueda eventualmente ser predicada de otros elementos típicos, es ciertamente una posibilidad que podría poner en tela de juicio la exclusividad con que la doctrina pretende aplicar esa solución a los elementos de antinormatividad, pero ella por sí sola no descarta ni confirma que tal sea la solución correcta para el error sobre estos u otros elementos típicos, que es lo que verdaderamente nos interesa dilucidar.

Ahora bien, la característica central que la doctrina asocia a las leyes en blanco –aquella que brindaría a la tesis de la sustituibilidad el fundamento que necesita-

²⁸⁵ FAKHOURI, *Delimitación*, p. 451 y s.

reside en el modo como habría que proceder a conectar los enunciados normativos, que en este caso asumiría la forma de una *integración* o *incorporación* de los presupuestos de la norma reenviada al tipo. Ya MEZGER afirmaba en este sentido que “el necesario complemento es siempre parte integrante del tipo”²⁸⁶, y lo mismo sigue considerándose válido en la actualidad, sea en términos absolutos²⁸⁷ o bien solo en relación con el conocimiento requerido para la afirmación del dolo²⁸⁸.

Asimismo, los autores hacen ver que, una vez integrado al tipo, el precepto extrapenal pasa a ser una norma punitiva tanto en lo concerniente a su interpretación como en lo tocante a la aplicación de los principios de retroactividad e irretroactividad²⁸⁹.

²⁸⁶ MEZGER, *Tratado*, I, p. 354.

²⁸⁷ Cfr. OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 210 y s. Asimismo, FRISTER, *Derecho penal*, p. 235: “En el caso de los elementos en blanco, los presupuestos de la norma que rellena el elemento forman parte del tipo respectivo. Por ello, el dolo, conforme al § 1, I, StGB, tiene que referirse también a esos presupuestos”; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 331: “Correctamente hay que partir de que la norma complementaria es una parte integrante del tipo”; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, t. I, p. 401: “Asimismo, en el caso de leyes en blanco, es posible distinguir entre tipicidad y antijuridicidad, si se pretende que el establecimiento de los tipos opera mediante el llenado de los blancos”; WELZEL, *Derecho penal*, p. 198: “La antijuridicidad no se convierte en una circunstancia del hecho porque esté señalada en la ley, las más de las veces de modo superfluo..., sino que permanece [siendo una] valoración del tipo”, y más adelante: “En las leyes penales en blanco, esto es, aquellas que solo contienen la conminación punitiva y que respecto del tipo se remiten a otras normas (por ejemplo, § 366 Nro. 1), rigen las reglas generales: el error sobre una circunstancia de hecho del tipo (complementario) es un error de tipo, el error sobre la norma como tal (la disposición punitiva) es un error sobre la prohibición”. En el mismo sentido, CEREZO, *Derecho penal*, PG, p. 221, refiriéndose en general a las disposiciones que complementan las leyes penales, señala: “dichas leyes o disposiciones, aunque pertenezcan a otro sector del ordenamiento jurídico (Derecho civil, Derecho administrativo) quedan incorporadas a las leyes penales, al completarlas con la descripción de las conductas prohibidas u ordenadas; CÓRDOBA RODA, en *Nota*, t. I, p. 144: “las leyes situadas fuera del orden penal, si bien en sí mismas, por no constituir leyes penales, no son retroactivas, son retroactivas en cuanto son parte integrante de la ley penal”; más matizadamente, SILVA/MONTANER, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 93: “la norma administrativa, una vez acogida por la norma penal en virtud de la remisión, pasa a constituir una norma penal a todos los efectos”.

²⁸⁸ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 112, afirma que “hay acuerdo en que los tipos de las normas que completan la norma en blanco deben integrarse en la norma penal a los efectos de determinar el contenido de la representación dolosa típica”. Similar, KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción”, p. 159 y ss.

²⁸⁹ SILVA/MONTANER, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 79. Igualmente, OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 209. La tesis de las remisiones en bloque también afirma la incorporación de la norma de complemento al tipo, pero en cambio rechaza las consecuencias que el

Refiriéndose a la clase de conexión que haría esto posible OSSANDÓN señala que en las leyes en blanco operaría un mecanismo de integración en sentido estricto, mediante el cual las proposiciones jurídicas singulares se sumarían para formar una norma penal unitaria, a diferencia de lo que acontecería en el caso de los elementos normativos, en que la intervención de la norma reclamada sería “un hecho interno al mismo elemento a través del cual el reenvío se efectúa”, aceptándose así el criterio especificativo que se deduce de la cualificación efectuada por otra norma²⁹⁰.

2. La sustitución de los elementos en blanco y la lectura conjunta de las normas

En cuanto a cómo habría que proceder a la integración de los preceptos, la doctrina señala que se debe *reemplazar* el concepto que opera la remisión en blanco por la hipótesis establecida en la norma de complemento, que de este modo pasaría a ocupar el lugar del primero en el enunciado del precepto de castigo²⁹¹.

La importancia de esta forma de reconstrucción se refleja, como sabemos, en materia de error: dado que el dolo tiene como objeto de conocimiento el supuesto típico, la sustitución de los términos reenviantes por las normas complementarias implica a un tiempo una reducción y una ampliación de su objeto, en el sentido de que ya no será preciso que el conocimiento del actor abarque el significado de los conceptos sustituidos, pero sí será necesario que se extienda a todos los presupuestos establecidos en las normas de complemento.

De acuerdo con estas pautas, un tipo penal como el que castiga a quien “cace en período prohibido” pasará entonces a enunciar la totalidad de las circunstancias de ejecución de la conducta, refiriéndose así a quien “cace entre el 20 de octubre y el 20 de febrero”, por ejemplo, como consecuencia de lo cual el dolo de este delito

resto de la doctrina extrae de ella en relación con el método de interpretación del precepto incorporado; cfr. GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas”, p. 80: “tal labor de filtro y adecuación es prácticamente imposible en las remisiones en bloque, en la medida en que es el propio legislador el que establece esta traslación mecánica de la infracción administrativa”. Por lo mismo, considera que en la mayor parte de los casos estas remisiones serían inconstitucionales, por desbordar los márgenes de una simple colaboración reglamentaria.

²⁹⁰ OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 210 y s., citando a RUGGIERO.

²⁹¹ Idea propuesta por Warda, en 1950, con antecedentes en Weiz y Welzel, cfr. FAKHOURI, *Delimitación*, p. 259, nota 108.

abarcará, por su parte, la conciencia de cazar dentro de esas fechas, pero no –y esto es lo decisivo– la prohibición de hacerlo en ese período²⁹².

Se entiende que este procedimiento es aplicable a todas las remisiones en blanco, pero dado que la doctrina considera que las remisiones a deberes extrapenales son las únicas que tienen ese carácter, la sustitución termina afectando en forma exclusiva a los elementos de antinormatividad. Así, la aplicación de la teoría de la culpabilidad se ve considerablemente facilitada porque una eventual ignorancia del deber dejaría incólume el dolo y solo daría lugar a un error de prohibición, de modo consistente con lo que aquella plantea.

Nada de esto sería aplicable, en cambio, a los elementos normativos. Debido a que la clase de remisión que sería propia de estos componentes no produciría el efecto integrativo en que se apoya la tesis de la lectura conjunta, tampoco sería posible reemplazarlos por las normas a que ellos reenvían, ni referir el dolo a las circunstancias que estas proveen. Por consiguiente, para obrar dolosamente el autor no necesitaría conocer los presupuestos contenidos en las normas reenviadas, sino solo contar con una comprensión paralela o equivalente de la *dimensión de significado* denotada por el concepto normativo²⁹³. Tendría que captar, por ejemplo, las connotaciones asociadas a términos como “documento”, “escritura pública”, “juez”, “cosa ajena” y otros por el estilo, y si no lo hiciera operaría en su favor un error de tipo.

Como podemos ver, a través de estas dos maneras completamente distintas de reconstruir el enunciado de un tipo se llega en la práctica a la aplicación de dos

²⁹² WELZEL, *Derecho penal*, p. 198; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, tomo I, p. 401; MAIWALD, *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario*, p. 37 y ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 331; FRISTER, *Derecho penal*, p. 235 y s.; también ROXIN, antes de su reciente cambio de opinión, señalaba en su tratado, refiriéndose a un supuesto como el mencionado en el texto, lo siguiente: “En tales casos un error sobre la existencia de la norma integradora o la suposición de una causa de justificación inexistente es un error de prohibición, mientras que el error sobre circunstancias del hecho de la norma integradora excluye el dolo. Por tanto, si según el § 38 I *BJagdG* se castiga a quien “contravenga los preceptos sobre el tiempo de veda”, se encuentra en error de prohibición quien caza durante todo el año porque desconoce la prohibición de cazar durante el tiempo de veda; quien por el contrario se equivoca sobre la fecha o los límites temporales de la época de veda se encuentra en error de tipo” (*Derecho penal*, tomo I, nm. 12/95 p. 466). Véase también, con amplias referencias a la doctrina alemana, FAKHOURI, *Delimitación*, p. 259, nota 108, y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 428, nota 5. En la doctrina española, véase asimismo ARIAS, *Error*, p. 97, y CALDERÓN/CHOCLÁN, *Derecho penal*, PG, p. 117 y ss.

²⁹³ Cfr. PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 120 y ss.

regímenes diferentes de error, según cuál sea el contenido de la norma reenviada. Mencionábamos antes que algunos autores consideran que el escenario al que así se arriba es criticable en términos de seguridad jurídica. Arguyen con razón que a menudo es difícil distinguir entre componentes en blanco y elementos normativos, y que la precariedad de esta distinción termina favoreciendo una clasificación acomodaticia de los componentes típicos, dependiente de las consecuencias que se desee obtener en materia de error.

A esto se debe sumar que los resultados que derivan de identificar los tipos en blanco con los que remiten a deberes o prohibiciones extrapenales y de postular además el reemplazo de los conceptos reenviantes por los presupuestos de las normas reenviadas son también cuestionables desde el punto de vista valorativo. Porque si bien la posibilidad de apreciar el dolo cuando el agente conoce dichos presupuestos pero no la prohibición que surge de ellos puede ser relativamente fácil de aceptar en el ámbito del llamado derecho penal nuclear, esa solución resulta mucho menos convincente en áreas como el derecho penal económico, en que el desvalor asociado a la mayor parte de las figuras delictivas depende en gran medida, y a veces por completo, de la existencia de un mandato o de una prohibición de la autoridad. Esta discusión, que se remonta a los debates entre Welzel y Lange sobre la materia²⁹⁴, y que hace un par de décadas parecía un asunto prácticamente saldado a favor de la tesis de la lectura conjunta, ha ido recobrando actualidad sin duda a causa del progresivo incremento de la punición en ámbitos no tradicionales, de suerte que hoy es posible observar, tanto en la doctrina alemana como en la española, diversas posturas que pretenden ya sea limitar el ámbito de operatividad de la tesis de la sustitución -excluyéndola, por ejemplo, de los delitos económicos²⁹⁵-, exigir la conciencia de la prohibición junto al conocimiento de los presupuestos del deber²⁹⁶, o más radicalmente, regresar a la teoría del dolo como régimen general del error²⁹⁷.

Todas esas críticas y propuestas alternativas asumen, sin embargo, que la identificación de las leyes en blanco con las que remiten a deberes extrapenales es acertada y que la sustitución de los términos de reenvío por los presupuestos de la

²⁹⁴ Cfr. TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 165.

²⁹⁵ Posición que en el último tiempo ha terminado adoptando ROXIN en *FS-Tiedemann*, 2008, p. 381, citado por FAKHOURI, *Delimitación*, p. 259, nota 108.

²⁹⁶ PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 117 y ss.

²⁹⁷ En España, esta tesis es defendida por FAKHOURI, *Delimitación*, p. 453 y ss.

norma reenviada es correcta desde el punto de vista normológico, pero eso es algo que todavía tenemos que corroborar.

2.1. La sustituibilidad de los conceptos de remisión como tesis de integración normativa

Como se adelantó en su momento, la tesis de la sustitución implica el rechazo a la idea de que los elementos de antinormatividad incorporen esa cualidad a la descripción del hecho delictivo. Si se asume, como en general se hace, que las leyes en blanco son tipos que remiten a prohibiciones extrapenales, los componentes en blanco vienen a ser exactamente lo mismo que los elementos típicos de antinormatividad: porciones del enunciado típico alusivas a los deberes o prohibiciones quebrantados por la conducta del agente. Y si, como reza la tesis comentada, los componentes en blanco estarían destinados a desaparecer en el proceso de integración, quiere decir que la pertenencia de los elementos de antinormatividad al tipo no pasaría de ser una impresión inicial que se disiparía apenas el tipo quedase definitivamente elucidado.

Esta manera de proceder a la integración de las normas enlazadas por una remisión en blanco no es sin embargo evidente, sino que se sustenta esencialmente en tres afirmaciones: (a) que son remisiones en blanco aquellas que originan tipos incompletos desde el punto de vista de la especificación del comportamiento prohibido; (b) que los tipos que remiten a deberes o prohibiciones extrapenales se encuentran en esa situación, y (c) que este vacío debe ser colmado incorporando a los tipos en blanco los presupuestos del deber contenidos en la norma reenviada.

En cuanto a la manera de llevar a cabo esa integración existen dos posibilidades: es posible (c.1) adicionar los presupuestos del deber al enunciado del tipo o bien (c.2) se les puede situar en reemplazo del término de remisión, que es precisamente como la doctrina mayoritaria considera que la integración de las normas debe llevarse a cabo, entendiendo que la presencia del término de antinormatividad en el tipo tiene simplemente la función de conducir al lector a los presupuestos de la norma de comportamiento infringida.

Este último aspecto es el que reduce el contenido del dolo y genera las críticas que ya se han mencionado, pero los partidarios de esta tesis justifican su punto de vista señalando que el empleo de la técnica de la remisión en blanco por parte del legislador se debe a simples necesidades de economía expresiva y que, por lo mismo, la presencia de elementos de antinormatividad en los tipos sería

intrascendente desde el punto de vista del significado del hecho. El argumento procura mostrar esa intrascendencia enfatizando que las mismas consecuencias regulativas que se obtienen a través de una remisión en blanco podría igualmente conseguirlas el legislador explicitando en esos tipos los presupuestos del deber infringido en cada caso. En palabras de uno de sus partidarios:

“es solo una cuestión de técnica el que los presupuestos de la norma de conducta jurídico-penal sean formulados por completo en la propia descripción del delito o que sean regulados por medio de una remisión a las normas extrapenales. Si el legislador se decide por una remisión a normas extrapenales, convierte al contenido de estas normas en elemento del tipo penal, pero no a la remisión misma. Por ello, la jurisprudencia y la doctrina dominante parten, con razón, de que el dolo sólo tiene que referirse al contenido de la norma que rellena el elemento en blanco”²⁹⁸.

Sin embargo, no es difícil poner de relieve la inexactitud de ese argumento mostrando que ambas formas de regulación conducen de hecho a resultados distintos. La sustitución de un concepto típico por otro no puede ser un procedimiento neutral desde el punto de vista del significado del tipo a menos que reemplazante y reemplazado sean términos estrictamente equivalentes tanto extensional como intensionalmente. En contraste con ello, el reemplazo de un elemento que denota la *oposición* de una conducta a deber por un conjunto de situaciones en las que ese deber surge evidentemente sustrae del tipo una adjetivación de la conducta, que si bien no altera el conjunto de casos en los que ella es punible, sí reduce el *sentido* del enunciado que la describe²⁹⁹ y recorta la comprensión requerida para la afirmación de dolo³⁰⁰.

Para un observador no comprometido con esa tesis, el hecho de que una afirmación como esa valga para una sola clase de términos de reenvío no puede menos que

²⁹⁸ FRISTER, *Derecho penal*, p. 236. Este razonamiento, que resucita un argumento ya utilizado por Kohlrausch en 1903 y al que el propio Burkhardt hace referencia, fue utilizado por este autor en contra de la tesis de Herzberg sobre el tratamiento de lo que este último denomina como *error en la antesala del tipo*; cfr al respecto DÍAZ Y GARCÍA, *El error*, p. 340 y s., FAKHOURI, *Delimitación*, p. 258, nota 106.

²⁹⁹ En nada afecta a esta conclusión el hecho de que los elementos de antinormatividad sean especialmente poco informativos en términos prácticos, porque, como se ha dicho, la única dependencia que muestran esos conceptos respecto de sus normas de complemento concierne a su extensión, pero no a su intensión. Los conceptos de deber y prohibición poseen sin duda una connotación propia, independientemente de a qué casos se apliquen.

³⁰⁰ Denunciando la reducción del contenido del tipo que esto representa y la transformación de un elemento (genéricamente) normativo por uno puramente descriptivo, FAKHOURI (*Delimitación*, p. 455 y s.), con abundantes referencias a opiniones similares en la literatura alemana. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 341.

resultar sospechoso. La tesis de la sustitución no da ninguna respuesta a la pregunta de por qué el legislador utilizaría esos y solo esos términos de tal modo, a pesar de que lo mismo se podría sostener respecto todos los conceptos que remiten a normas extrapenales.

La sospecha anterior se ve reforzada además por la propia equivalencia que la tesis comentada cita en su favor, es decir, por el hecho de que, empleados conforme a su connotación propia, los términos de antinormatividad conducirían efectivamente a los mismos resultados desde el punto de vista extensional. Esto sugiere que lo que verdaderamente se persigue con el argumento comentado es usar la aparente fungibilidad de las técnicas regulativas como una razón para sostener algo que solo tiene trascendencia para el lado subjetivo del hecho, a saber, que al mencionar la prohibición el legislador no habría querido transformarla en un objeto del dolo³⁰¹.

2.2. *Dos sentidos de ley en blanco*

Pero no solo la tesis de la sustitución es cuestionable, sino también la *identificación* de las normas penales en blanco con las que remiten a deberes extrapenales. La doctrina justifica esa correspondencia señalando que las leyes en blanco son leyes incompletas en su formulación porque carecen de las determinaciones necesarias para extraer de ellas una norma de comportamiento, y que los tipos que remiten a deberes extrapenales -y solo ellos- se encuentran en esa situación dado que no permiten la inferencia de una norma de comportamiento que tenga sentido.

Esta justificación exhibe sin embargo algunas debilidades. Por un lado es *selectiva*, pues como ya se indicó solo toma algunos casos en que una norma es incompleta desde el punto de vista orientativo, y no otros en los que la formulación del tipo y su dependencia de otras normas lo hace igualmente inepto para permitir la inferencia de una directiva de conducta.

Pero más importante que eso es que no es en absoluto claro que un tipo que remite a deberes extrapenales sea una ley incompleta en el sentido en que justificaría su reconstrucción mediante la incorporación de los presupuestos de la norma reenviada. En el fondo, en la argumentación comentada están en juego dos criterios

³⁰¹ No deja de ser curioso, por otro lado, que mediante esa intercambiabilidad objetiva se pretenda justificar sin más que cuando un tipo emplea remisiones en blanco deba entenderse conformado precisamente como si el legislador hubiese prescindido de la técnica de la remisión.

de incompletud totalmente diferentes, uno que atiende a cómo está construido el precepto en cuestión y el otro, a cómo habría tenido la ley que establecerlo.

En el primer sentido, la incompletud hace referencia a una manera de elaborar un tipo penal sirviéndose del contenido de otras normas³⁰². Alude entonces a un recurso de técnica legislativa que enlaza dos normas de modo tal que el contenido de una de ellas pasa a ser parte del contenido de la otra, de suerte que su enunciado completo debe reconstruirse con todo o parte del enunciado de la disposición que le sirve de complemento.

En el segundo sentido, en cambio, un tipo es incompleto cuando no especifica suficientemente la conducta infractora en términos tales que sea posible inferir la norma de comportamiento que el destinatario debería observar para evitar el castigo. Es importante destacar, sin embargo, que con esto no se apunta a poner de relieve una falta de especificación *legal* de esos presupuestos. En esta acepción un tipo en blanco es un tipo que cumple las exigencias del principio de legalidad y que contiene el núcleo esencial de la decisión punitiva. Además, esas especificaciones de la conducta que se echan en falta en el tipo pueden encontrarse, y a menudo se encuentran, recogidas en otras leyes, por lo que no es *incorrecto* un tipo formulado de esta manera. Lo que está en juego en la formulación de esta categoría de leyes es una cierta idea acerca de lo que el tipo tendría que decir por sí mismo para ser completo.

De alguna manera la doctrina intenta decirnos que los tipos en blanco en el segundo sentido lo son también en el primero, y que los tipos que no especifican los presupuestos del deber *tienen que* ser reconstruidos agregándoles esos presupuestos. Es evidente, sin embargo, la dualidad que subyace a esta argumentación. Efectivamente, *tienen que* ser reconstruidos de esa manera *según* una cierta concepción del tipo y de la tipicidad, pero eso no significa que esa manera de reconstruirlos sea una necesidad derivada de la técnica empleada por el legislador al establecerlos.

No obstante, eso es lo que nos dice la teoría de las leyes en blanco en materia de error, y de un modo particularmente enfático por lo demás, porque la solución que plantea para el problema del error sobre los elementos de antinormatividad postula

³⁰² En un sentido que va más allá de una mera homologación de significados y de la consiguiente necesidad de acudir a otras disposiciones para aplicar los términos típicos a un caso concreto, que es lo que acontece con cualquier elemento normativo.

precisamente que el problema *no existe* debido a que el tipo *no tiene* el contenido que podemos leer en él. Y no lo tiene -se nos hace ver- porque como tendría que haber sido formulado expresando los presupuestos del deber correspondiente hay que incorporárselos (nada menos que) en reemplazo del elemento de antinormatividad que sí expresa. Que esto se acomoda bien a las demandas de la teoría de la culpabilidad no hay ni qué decirlo, pero la verdad es que el argumento mismo no debería convencer a nadie que no quisiera estar convencido ya de antemano.

Es cierto que también se cita como fundamento de esa tesis la fungibilidad de los elementos del deber por sus presupuestos. Pero acabamos de ver que esa fungibilidad es efectiva solo en la dimensión referencial y no en la dimensión de sentido que es la relevante para el problema del error. Además, no puede ser casualidad que aunque esa fungibilidad referencial pueda ser igualmente predicada de todo elemento normativo nadie esté dispuesto a aplicar el mecanismo de reemplazo que se deduciría de ella a elementos como "dueño" o "juez" -presumiblemente porque en estos casos es demasiado evidente la pérdida connotativa que ello implicaría para el enunciado del tipo y sobre todo para el dolo-, pero sí a los elementos que denoten la prohibición de la conducta. En el fondo se asume de entrada que, a diferencia de quien conoce los presupuestos de un elemento normativo, quien conoce los presupuestos de un deber sabe todo lo que necesita saber para evitar la conducta típica.

La cuestión de fondo, por cierto, no se reduce a si uno acepta o no esta última afirmación. Aun si se la aceptara el problema es otro. Si los partidarios de la tesis de la sustitución adujeran como único fundamento que quien conoce los presupuestos del deber conoce todo lo que se necesita para evitar la realización del tipo y que si ignora la prohibición se le deben aplicar reglas de error más enérgicas, entonces la opinión de esos autores podría ser aceptada o rebatida precisamente en esos términos, como una opinión sobre el peso de una determinada clase de error sobre la asignación de responsabilidad a un sujeto. Pero el punto es que esta tesis aduce un argumento normológico con el que pretende dejar fuera de juego la posibilidad de aplicar las reglas del error de tipo y dar por zanjada la discusión antes de que comience.

Ese argumento normológico sin embargo se reduce a sostener: (a) que la antinormatividad no forma parte del tipo -en el sentido de su construcción legal- porque los tipos con esa clase de elementos serían tipos en blanco -en el sentido de su ajuste a un determinado modelo de completud-, y (b) que la expresión típica del

deber tiene que ser reemplazada por los presupuestos respectivos porque estos son equivalentes a aquella y porque el conocimiento de estos últimos es suficiente para el dolo. En su primera porción el argumento es inconducente, y en la segunda es falso en un sentido y circular, en el otro.

Todo esto muestra que la teoría de las leyes en blanco y el argumento de la fungibilidad en ningún caso prueban lo que tendrían que probar. Aun así, podría darse el caso, como tantas veces ocurre, de que detrás de una construcción equivocada exista una intuición correcta y que los tipos que remiten a deberes extrapenales sean efectivamente tipos en blanco en el sentido de su construcción normativa. Cabe la posibilidad de que quizás estos tipos y eventualmente otros más, pero en cualquier caso los primeros, remitan de un modo especial a las normas que contienen los presupuestos de los deberes respectivos.

La única manera de salir de esta duda es adoptar un concepto morfológico de ley en blanco -en el primer sentido- que nos permita distinguir cuándo una norma reenviada forma parte del contenido de un tipo penal y cuándo constituye un elemento de determinación del significado de un contenido que ya está prefijado en el tipo. Como veremos enseguida, es posible que podamos encontrar las bases de ese concepto en el ámbito de la retroactividad.

SECCCIÓN SEGUNDA

LOS PRESUPUESTOS NORMOLÓGICOS DE LA ULTRACTIVIDAD DE NORMAS “DESFAVORABLES”

A. ANTINORMATIVIDAD, ULTRACTIVIDAD Y SENTIDO DEL TIPO

1. El problema de la extensión del principio de favorabilidad

Contrariamente a lo que hoy es aceptado de modo general, durante los primeros decenios del siglo anterior la opinión predominante en la doctrina y la jurisprudencia sostenía que los cambios *extrapenales* que inciden favorablemente

sobre el alcance de un tipo no debían tener efecto retroactivo³⁰³. Se pensaba que una reducción del ámbito de lo punible generada por mera repercusión de las modificaciones introducidas en otros sectores del sistema no podía ser considerada propiamente como un cambio de la ley penal³⁰⁴.

Aparentemente, en Alemania esta opinión se habría visto muy favorecida por la distinción formulada por Binding entre *norma* y *ley* penal, que habría servido de base para sostener una interpretación restrictiva y más bien formalista del § 2.2³⁰⁵ (actual 2.3³⁰⁶) del StGB. En virtud de esa interpretación solo se reconocía eficacia retroactiva a las reformas introducidas en el propio precepto penal, pero no a las efectuadas en las normas de mandato o de prohibición reforzadas mediante pena, que según la concepción de dicho autor pertenecerían al Derecho Público en general y no al Derecho Punitivo³⁰⁷. En estrecha conexión con lo anterior, también parece haber influido sobre ese criterio la idea de que el injusto sancionado a través de las leyes penales en blanco sería en lo fundamental un *injusto de desobediencia*, pues si se entiende que el desvalor de una conducta proviene del simple hecho de oponerse a unos mandatos extrapenales y no del daño o del peligro que ella comporta para los bienes protegidos por esos mandatos, es lógico concluir que una eventual modificación del alcance de estos últimos no tendría por qué afectar al hecho histórico de haberse realizado la conducta en contravención de lo que en su momento era considerado el estándar debido de comportamiento.

La posguerra fue testigo de un giro hacia la posición contraria y pronto se generalizó la idea de conceder efecto retroactivo a *todos* los cambios favorables que se introdujesen en el sistema jurídico, independientemente de la naturaleza de

³⁰³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las 'leyes en blanco'", pp. 697-722.

³⁰⁴ Según indica OLIVER CALDERÓN esta seguiría siendo la tesis mayoritaria en Argentina (*Retroactividad*, p. 341).

³⁰⁵ "En caso de diversidad de las leyes desde el tiempo de comisión de la acción hasta el de su enjuiciamiento, se aplicará la más favorable".

³⁰⁶ "Si la ley vigente en el momento de la consumación del hecho es modificada antes de la sentencia, se aplicará la más favorable"

³⁰⁷ En contra de esta interpretación, MEZGER, *Tratado*, I, p. 136 y s., quien critica asimismo el empleo de la distinción entre "objeto de protección" (bien jurídico) y "norma protectora" (identificada con la norma penal *stricto sensu*), propugnada en la misma línea por Kohlrausch, con idéntico fin restrictivo. En su opinión, con la palabra "ley" el mencionado § 2 se refiere "al total estado jurídico en que descansa la punibilidad, y a su posible modificación" (p. 137).

las disposiciones modificadas, siendo esta la posición que aun se considera dominante en Alemania, Italia y España³⁰⁸. Este vuelco tan marcado se debe a un cambio en ciento ochenta grados en el enfoque general del problema: lo decisivo deja de ser el *objeto* de la reforma, en términos de si lo modificado es la norma de deber o la de sanción, para pasar a centrarse en las consecuencias de esa modificación, esto es, en si ella se traduce o no en una *reducción del ámbito de lo punible*. Bajo ese nuevo prisma da igual que el efecto reductivo se genere a raíz de la derogación o modificación del tipo, de una norma complementaria de una ley en blanco o aun de las disposiciones que sirven para interpretar un elemento normativo del tipo, en la medida que el resultado siga siendo el ya señalado. Es decir, tanto si se restringen los deberes impuestos al autor como si se elimina por ejemplo el carácter público de un documento, se produciría igualmente lo que Mezger -conspicuo representante de esta línea de pensamiento- llama una "atenuación del estado jurídico" de la conducta³⁰⁹.

Como se comprenderá, un enfoque como ese cierra el paso a cualquier excepción posible. Al considerar como único aspecto relevante el simple dato de que la aplicación de una nueva norma del sistema a un hecho concreto implicaría la eliminación o la reducción de la respuesta penal, queda descartada de antemano toda posibilidad de aplicar en algún caso las normas derogadas al momento de la sentencia³¹⁰.

No obstante, hay ciertas situaciones que muestran con claridad que una postura como esa resulta demasiado rígida. Si se modifica el sentido de circulación de una calle, por ejemplo, parece obvio que no se puede tomar como base la nueva normativa para juzgar el riesgo creado por quien ha conducido con anterioridad a

³⁰⁸ En España, la consideran dominante OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad*, p. 341 (con amplias referencias en p. 342, nota 8); SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 703 y s.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, p. 191 y s. En Alemania, cfr. ROXIN, *Derecho penal*, PG, p. 168; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 125, nota 44. En Italia, es también la posición de FIANDACA/MUSCO, *Derecho penal*, PG, p. 112 y s.

³⁰⁹ MEZGER, *Tratado*, I, p. 138.

³¹⁰ Así, claramente, CEREZO, *Derecho penal*, PG, p. 221, y CÓRDOBA RODA, en *Notas al Tratado de Maurach*, t. I, p. 144, en ambos casos tomando como base que mediante la remisión se produce una incorporación de la norma reenviada a la ley penal. Otros partidarios de este punto de vista se dejan, en cambio, un cierto margen para estipular que ciertos cambios no constituyen variaciones de la ley penal, como por ejemplo en el caso de la modificación de una directiva de tránsito; cfr. en este sentido, por ejemplo, MAURACH-ZIPF, *Derecho penal*, PG, t. I, p. 202.

contravía³¹¹. Del mismo modo, si con posterioridad a una conducta de falsificación de moneda se adopta una denominación monetaria distinta, no por ello deja de tener sentido recurrir a las normas derogadas para calificar el hecho³¹², como tampoco deja de tenerlo si luego de efectuadas unas maniobras constitutivas de defraudación fiscal se modifican las tasas pertinentes³¹³.

2. Fundamento de la retroactividad y criterios de limitación

La necesidad de contemplar excepciones de esta clase no puede ser motivo de sorpresa si se tiene presente que la aplicación retroactiva de los cambios favorables obedece a consideraciones de orden material. La razón que hace pertinente aplicar una o más disposiciones inexistentes al momento del hecho deriva de que resultaría *desproporcionado* imponer a un individuo una sanción penal que a la luz del sistema de normas vigente al momento de la sentencia se revela excesiva o improcedente³¹⁴. Pero entonces, bien podría ocurrir –y así lo muestran los ejemplos precedentes– que en algún caso no resulte excesivo, sino ajustado a las características del hecho, aplicar las disposiciones vigentes al momento de su realización.

La constatación de este fenómeno ha conducido a la doctrina a postular una tesis *intermedia* o *diferenciadora*, que reconoce como premisa general la retroactividad favorable de las modificaciones introducidas en normas de complemento, pero que a la vez introduce ciertas restricciones aplicables a supuestos como los ya

³¹¹ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/72, p. 121.

³¹² SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 717. Lo discute FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos*, p. 550, en el supuesto de adopción de una moneda comunitaria en reemplazo de la nacional.

³¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa*, PE, p. 564.

³¹⁴ Por todos, OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad*, p. 282. Destacando la importancia que ello tiene desde el punto de vista de la obligatoriedad constitucional del principio de favorabilidad y sobre su aplicación concreta, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, "La ley penal más favorable", en especial pp. 42 y ss. Sobre el punto ROXIN señala que "si en el momento de la condena el legislador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista polímicriminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada" (*Derecho penal*, PG, t. I, nm. 5/67, p. 167. De modo similar, CEREZO MIR señala que "la aplicación de la nueva pena más leve es justa y de la pena más severa de la ley derogada, innecesaria" (CEREZO MIR, *Derecho Penal*, t. I, p. 227). En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, p. 31 y ss.; FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos*, p. 410 y ss.

señalados³¹⁵. Naturalmente, el *quid* del asunto radica en encontrar un criterio que permita reconocer y explicar esas excepciones de un modo que no se limite solamente a una mera invocación general del principio de proporcionalidad.

a) Un primer punto de vista propone distinguir entre aquellos casos en que la nueva solución normativa se fundamenta en un *cambio valorativo* y aquellos otros en que la reforma obedece a un *cambio fáctico*, y limitar la retroactividad al primer supuesto³¹⁶. Este criterio cuenta a su favor con una fuerte plausibilidad intuitiva³¹⁷. Si, por ejemplo, una reforma extrapunitiva suprime o reduce la pena aplicable a cierto acto porque la autoridad ha decidido adoptar una actitud diferente ante a una situación que permanece esencialmente inalterada, es claro que un mínimo de coherencia valorativa exige aplicar las nuevas pautas también a los actos ejecutados antes de la reforma. Pero si la modificación se introduce solo porque han cambiado relevantemente algunas circunstancias de hecho, no parece que el principio de proporcionalidad exija la aplicación del nuevo régimen a las conductas realizadas con anterioridad. De este modo, una misma decisión, como puede ser el incremento de un límite de velocidad en carretera, podría operar con o sin efecto retroactivo en sede penal dependiendo de cuáles fueren las razones que lo hubieren motivado: si solo obedeciere a un mejoramiento de la infraestructura vial,

³¹⁵ Abriendo la discusión sobre este punto en España, SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 697-722. Comentando su tesis con cierto escepticismo, derivado de la amplitud con que está consagrado el principio de favorabilidad en el Derecho internacional de los derechos humanos, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, "La aplicación de la ley favorable", p. 48 y s. Sobre esta posible dificultad, *vid infra*, sec. 2ª, B, 10.1. En el mismo sentido de SILVA, véase LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, p. 191 y ss., y MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, p. 251, coincidiendo en que esta tesis intermedia o diferenciadora se ha impuesto en la doctrina alemana. Cabe destacar que con frecuencia los autores expresan adhesión a la tesis de MEZGER, acotando que en todo caso es preciso dejar fuera de la retroactividad a las leyes temporales, pero luego utilizan este último concepto conforme a consideraciones de proporcionalidad; cfr. en ese sentido CEREZO, *Derecho Penal*, t. I, p. 228, nota 52, quien considera que los casos planteados por SILVA SÁNCHEZ para ejemplificar la necesidad, que a veces se presenta, de aplicar ultractivamente las normas de complemento de una ley en blanco, son casos de ley temporal.

³¹⁶ En España, esta es la posición sustentada por LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, p. 47 y ss. y CASABÓ RUIZ, *Comentario al artículo 24*, p. 51.

³¹⁷ Ya BINDING consideraba que la retroactividad debía restringirse a las derogaciones originadas en la desaprobación de la normativa anterior, excluyendo los cambios debidos a la aparición de nuevas circunstancias. Sin perjuicio de ello, este autor no era partidario de aplicar esta distinción a las remisiones contenidas en leyes penales en blanco, por entender que lo castigado en estas es la infracción a un deber general de obediencia (SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 709, n. 40).

entonces no habrá razón para aplicarlo a las conductas de conducción verificadas antes de la modernización de las vías, pero si en cambio reflejase un incremento en el umbral de riesgo permitido, entonces tendría que operar también hacia el pasado.

La facilidad con que este criterio se deduce de los fundamentos de la retroactividad no quita, sin embargo, que tropiece en la práctica con algunas dificultades bastante serias. Pues a menudo es difícil, si no imposible, conocer exactamente cuáles han sido los motivos determinantes de una reforma, y más aun clasificarlos en los términos requeridos. En el ejemplo que acabamos de ver esa dificultad no se presenta porque simplemente se dan por sentadas dos situaciones muy diferentes, pero la mayoría de los cambios que se introducen en la legislación penal se generan en virtud de una compleja combinación de factores que hace difícil asignarle una naturaleza específica.

Es posible que este criterio sirva para identificar algunos casos claros de facticidad, en los que sería improcedente dar aplicación retroactiva a una cierta reforma. Pero sus consecuencias en las restantes situaciones no son de recibo, ya que la afirmación de que todos los cambios valorativos habrían de operar retroactivamente resulta como mínimo discutible en una gran variedad de supuestos. Si, por ejemplo, se modifican los efectos de un cierto tipo de contrato, pasando este a ser un título traslativo de dominio, no se ve por qué este cambio, que en sí mismo cabría calificar como valorativo, habría de favorecer a las conductas de apropiación indebida cometidas con anterioridad. Y si se adopta una moneda diferente de la que antes circulaba no parece que eso constituya tampoco una razón suficiente para absolver al falsificador de los antiguos billetes. Sin duda se podría encontrar la manera de calificar esas modificaciones como cambios fácticos³¹⁸ y sujetarlas al límite que propone el criterio examinado, pero hacerlo implicaría justamente incorporar a la distinción toda clase de consideraciones ajenas al parámetro inicialmente adoptado para discriminar los efectos temporales de una reforma. En el fondo, lo que los casos planteados revelan es que este enfoque no logra captar la amplia variedad de situaciones relevantes desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, también la idea de que las reformas inspiradas en cambios observables de la realidad -fácticos por su propia índole- deberían operar solo

³¹⁸ FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos*, p. 542 y ss.

hacia el futuro requiere, para ser operativa, de límites adicionales que escapen a los márgenes del binomio hecho-valor. Si, por ejemplo, a partir de la constatación de una significativa baja en las estadísticas de comisión de un cierto delito se adopta la decisión de rebajar las penas correspondientes, ese cambio tendría que operar en forma retroactiva a pesar de que su justificación explícita se encuentre en un cambio fáctico cuantitativamente dimensionado³¹⁹.

Por último, no son pocos los casos de cambio valorativo que siguen una regla distinta. Como se indicó más arriba, a las reformas fiscales se les suele atribuir un efecto *ex nunc*, lo que significa que las rebajas impositivas no benefician a los autores de un delito fiscal³²⁰. Hasta cierto punto ello podría justificarse sosteniendo que las decisiones impositivas son siempre atingentes a la situación económica presente de un país y que consecuentemente cabría considerarlas como cambios fácticos. Pero entonces en otras hipótesis –como en la de un gobierno liberal que sucediera en el poder a otro socialista y rebajase las tasas simplemente por formar ello parte de su ideario– habría que resolver en sentido opuesto, cosa que la

³¹⁹ Crítico, asimismo, con la posibilidad de distinguir entre sustituciones normativas originadas en motivos fácticos o valorativos GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*, p. 199. Hay además otras dificultades. La aplicación consecuente de este punto de vista debería conducir a conceder también una cierta aplicación retroactiva a los cambios fácticos operados en la regulación extrapenal que se produjesen con algún retardo frente a una modificación relevante de la realidad. Ello, porque a menudo la respuesta normativa, incluso la emanada de una sola autoridad, es lenta, y no puede descartarse que entre el cambio de circunstancias y la adopción de una nueva regla fácticamente motivada transcurra un tiempo no despreciable. Si en principio estas nuevas reglas solo serán aplicables a los hechos ocurridos durante su vigencia, cabe preguntarse qué reglas habría que aplicar a los actos ejecutados bajo las nuevas circunstancias pero todavía durante la vigencia de las normas anteriores. Suponiendo que el legislador nada dijese al respecto –algo bastante probable en una reforma extrapenal–, ¿sería posible sostener la aplicación de las nuevas disposiciones a los hechos ocurridos antes de su entrada vigencia, pero obedientes al mismo contexto que motivó la reforma? La respuesta no es fácil. Un cambio fáctico favorable pero además tardío de la legislación es problemático porque en principio no debería operar retroactivamente y no podría beneficiar a quienes hayan ejecutado el hecho con anterioridad pero bajo las mismas circunstancias que lo motivan. Para hacer justicia habría que sostener que tal sería un cambio valorativo en relación con esos supuestos y en comparación con lo que la ley anterior establecía para ellos. Esto pone de manifiesto, de modo colateral, que incluso las decisiones que la autoridad adopta ante cambios que podrían considerarse como evidentemente fácticos, tienen un componente valorativo importante: como mínimo el de estimar que ese cambio es un motivo suficiente para proceder al reemplazo de las disposiciones vigentes.

³²⁰ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa, PE*, p. 564.

doctrina de todos modos rechaza. Lo dicho refleja, una vez más, que la distinción comentada no sirve para resolver estas cuestiones.

b) En Alemania, donde el § 2.4 StGB³²¹ –al igual que el artículo 2.2 CPE– excluye expresamente a las leyes temporales de la retroactividad favorable, se observa una marcada tendencia a asimilar todas las situaciones en que la ultractividad³²² parece la solución más conveniente a supuestos de temporalidad. Como es sabido, cuando se prevé anticipadamente que una ley penal rija por cierto tiempo, se entiende que la llegada del plazo no impide la aplicación de sus disposiciones a los hechos ocurridos durante su vigencia, aun cuando las normas que la sucedan y que se encuentren vigentes al momento de la sentencia sean más benignas³²³.

Ahora bien, pese a que la modificación de las normas de complemento de una ley en blanco es una hipótesis claramente distinta, pues obedece al sistema común de

³²¹ “Una ley, que solo debe regir para un determinado tiempo, también es aplicable a hechos que durante su validez son cometidos aún cuando ella haya dejado de tener vigencia. Esto no es aplicable en la medida en que una ley disponga otra cosa.”

³²² Utilizo la expresión “ultractividad” porque es la más asentada en la doctrina penal y porque en lo que sigue no será necesario mantener separadas las distintas modalidades de aplicación extractiva de la ley. Lo más apropiado sería, en todo caso, contar con términos distintos para aludir a la relación entre el período de vigencia de una ley, por un lado, y el tiempo de ejecución del hecho al que se aplica o bien el instante en de aplicación institucional de sus disposiciones, por el otro. Bascuñán propone hablar de “ultractividad” en el contexto de la primera relación temporal, y de “preteractividad” en el de la segunda, con lo que de aplicación ultractiva solo cabría hablar en el supuesto (nulo, en realidad) de que una ley penal se aplicara a un hecho posterior al término de su vigencia. Conforme a esa nomenclatura, la situación que nos ocupa en el texto sería un caso de “preteractividad”, es decir, de aplicación institucional de una ley ya derogada en el momento de la sentencia (pero a hechos ocurridos durante su vigencia); cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La aplicación de la ley favorable”, p. 33 y ss., “La preteractividad de la ley penal”, p. 167 y ss.

³²³ La aplicabilidad de la ley temporal se fundamenta para la mayoría en consideraciones preventivas (la ley debe conservar su eficacia aun respecto de los hechos ejecutados en el último momento antes de su pérdida de vigencia), y para otros en el hecho de que tales leyes mantendrían parcialmente su vigencia hacia el futuro (solo no serían aplicables a hechos nuevos). Esta última es la tesis de JAKOBS, para quien “no se entiende qué hay de inconveniente en el desmoronamiento de la autoridad de una ley que pronto va a perder vigencia” A su juicio, la necesidad de aplicar las disposiciones de la ley temporal deriva de que “el comportamiento pasado (el supuesto antiguo) se define aún en el momento del juicio como defraudación de expectativa necesitada de garantía normativa”. Es decir, “también en la ley temporal la decisión sirve para resolver un conflicto actual y no uno pasado” (*Derecho Penal*, PG, nm. 4/63, p. 117 y s.). En el mismo sentido, con referencias a ambas posturas, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 196 y s. Críticamente, OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad*, p. 282.

reemplazo mediante derogación, la doctrina³²⁴ y la jurisprudencia³²⁵ germanas suelen presentarla como un supuesto de temporalidad no formal pero sí *material* de las normas sustituidas.

La idea que subyace a este *concepto material o amplio de ley temporal* es que el carácter esencialmente mudable de las circunstancias a las que estarían referidas ciertas soluciones normativas permitiría subentender que las leyes correspondientes tendrían un carácter transitorio, aun en ausencia de un plazo o una condición destinados a acotar explícitamente su vigencia a un determinado período³²⁶.

En línea con lo apuntado, cabe admitir que una de las características más ampliamente reconocidas de las leyes en blanco es precisamente la de hacer posible una rápida adaptación de las decisiones punitivas del legislador a las circunstancias cambiantes que imperan en ciertos sectores de actividad. Desde ese punto de vista, al menos para la norma penal la norma de complemento vendría a ser algo así como un dispositivo temporal de adaptación de su texto, lo que a su turno permitiría plantear su remplazo como un supuesto de sustitución de una ley temporal por otra y sustraerlo de la aplicación del principio de retroactividad³²⁷.

Por supuesto, el desafío que enfrenta este criterio reside en justificar la afirmación de que una cierta regulación es *materialmente* temporal, ya que, como suele afirmarse, toda ley correctamente concebida está pensada en función de las necesidades presentes. Se necesita, por tanto, justificar una *conexión especial* entre las normas modificadas y su contexto que permita atribuirles una vigencia temporal no establecida explícitamente por el legislador. Una conexión como esa admite,

³²⁴ Calificado como mayoritario por FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos*, p. 551, nota 781, y también, aunque matizadamente, por TIEDEMANN: *Manual de Derecho penal económico*, p. 130.

³²⁵ Véase una explicación con casos -contraria a la postura mayoritaria- en TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 131 y ss.

³²⁶ Este fenómeno sería especialmente frecuente en el ámbito de los delitos económicos, en el que la regulación extrapenal puede concebirse como especialmente vinculada a las condiciones vigentes al momento del hecho. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán ha llegado a de un "principio de imposición tributaria por lapsos" que guiaría la interpretación del delito fiscal (TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 133).

³²⁷ Esta tesis es utilizada en Alemania en el ámbito del derecho penal económico, donde la retroactividad de las reformas favorables es muy discutida, especialmente en el ámbito de las exenciones. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 711, nota 47, TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 132 y ss.

empero, casi cualquier punto de vista³²⁸, por lo que no es extraño que la doctrina alemana se muestre bastante dividida en este punto³²⁹: hay quienes rechazan un concepto amplio de ley temporal³³⁰, hay quienes lo admiten de modo restringido -exigiendo que la ley diga relación con circunstancias especiales e identificables- y hay, por fin, quienes lo acogen sin restricciones, extendiéndolo a toda ley que regule relaciones fácticas cambiantes³³¹.

Fuera de ese país, este enfoque no parece haber encontrado mayor eco, pues en general se estima que las únicas leyes a las que cabe reconocer un carácter temporal son aquellas que se sujetan a límites de vigencia predefinidos³³².

En todo caso, esta postura presenta numerosos problemas, tanto de fundamentación como de aplicación. El primero de ellos, que ya ha sido insinuado,

³²⁸ La jurisprudencia ha aplicado este planteamiento al decaimiento del deber de tener visa, respecto de inmigrantes ilegales procedentes de países que luego han pasado a integrar la Comunidad Europea, cfr. TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 131 y s. Lo llamativo de este caso no es la opción por la irretroactividad, sino la temporalidad que se atribuye a la ley respectiva.

³²⁹ Como lo atestigua la polémica surgida en torno al caso suscitado en Alemania con motivo del cambio de las reglas de financiación de partidos políticos, en 1984. Hasta ese momento la ley de la renta permitía descontar tributariamente donaciones a partidos políticos solo hasta un monto de 1.800 marcos, pero paralelamente se permitía la posibilidad de un descuento mayor respecto de las donaciones destinadas a "promover finalidades de política estatal", concepto en el que entraban las donaciones a los partidos políticos. Muchas empresas donaron dinero a la Asociación Cívica de Colonia, persona jurídica de promoción de fines estatales, que luego fue transferido a un partido político (CDU), dando lugar a lo que ese momento podía considerarse un descuento indebido de la carga tributaria y un fraude fiscal. El caso es que, a partir de 1984 las donaciones a partidos políticos pasaron a ser calificadas por ley como gastos de promoción de finalidades estatales, tornándose lícita la conducta anteriormente ejecutada. La discusión se centró entonces en si la limitación de las donaciones a partidos políticos debía ser vista como una ley temporal, siendo esta la tesis acogida por el TFA. Puede consultarse una exposición crítica en TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 132 y ss.

³³⁰ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/65, p. 118, quien considera incompatible este planteamiento con el principio de legalidad. Recogiendo un concepto formal de ley temporal, JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 151.

³³¹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 196 y s.

³³² En España acepta un concepto amplio LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Sobre la retroactividad favorable*, p. 95 y ss. Lo rechaza, en cambio, enérgicamente FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos*, pp. 551-555; también CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t. I, p. 237, nota 85. En la misma línea se pronuncian, detalladamente, OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad*, pp. 447-450, y GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 196-200.

consiste en la extrema vaguedad de este punto de vista. Dado que las leyes materialmente temporales no lo son formalmente hablando, las razones para atribuirles aquel carácter suelen ser de lo más variado y a la larga la temporalidad termina sirviendo de cobijo para casi cualquier criterio con el cual se quiera justificar la ultractividad de cierta regulación.

Enseguida, y en estrecha relación con lo que se acaba de decir, ocurre que la temporalidad no es en sí misma un motivo de ultractividad, ni siquiera cuando se expresa formalmente. La sola restricción temporal no implica nada en términos valorativos: que una ley tenga previsto un determinado período de vigencia no implica que imponer las sanciones más gravosas que ella prevé sea proporcional bajo la vigencia de regulaciones más favorables. Si sin cambio de circunstancias se modificase favorablemente una ley temporal, lo que correspondería sería aplicar las nuevas disposiciones también a los hechos ejecutados durante el primer texto de la ley³³³.

En rigor, lo único que la temporalidad acusa es que un determinado conjunto de normas tiene una conexión especial con ciertas circunstancias y, en su caso, que la propia autoridad lo entiende de ese modo, pero el fundamento de una eventual aplicación ultractiva de sus disposiciones se encuentra en esa vinculación y no en la restricción temporal. La tesis de la temporalidad tácita o material implica en el fondo la posibilidad de afirmar esa conexión sobre la base de una apreciación libre de los vínculos entre la norma y la realidad normada. Esto a menudo se traduce en la práctica en un empleo de la distinción ya mencionada entre cambio fáctico y cambio valorativo³³⁴, solo que con dos importantes matices que conviene destacar.

El primero de ellos es que como el criterio formalmente invocado no es la valoratividad o facticidad del cambio normativo, sino la temporalidad de las normas, los resultados de la primera distinción no necesariamente deciden la ultractividad. En concreto, es perfectamente posible sostener que un cambio valorativo no debe operar hacia el pasado, pese a que según la clasificación pertinente debería operar

³³³ Eso también sería lo correcto si después de concluida su vigencia se derogase o modificase a la baja la penalidad de la figura común aplicable en circunstancias normales.

³³⁴ Comentando el § 2.4 StGB ROXIN señala que la idea básica de ese precepto "consiste en que el sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal sólo debe beneficiarse por la desaparición de la ley que ha infringido, si el cese de su vigencia se debe a una modificación *de la valoración políticocriminal*, pero no si se debe sólo a un cambio de las *circunstancias fácticas* (p.ej. económicas)" (*Derecho Penal*, PG, nm. 5/64, p. 169, destacado añadido).

de ese modo³³⁵. Dadas las limitaciones de esta distinción, la mayor flexibilidad de esta manera de proceder bien podría ser apreciada como una ventaja (piénsese, por ejemplo, en los cambios de la ley tributaria), pero no se puede negar que la situación descrita pone de manifiesto una ausencia casi absoluta de criterios definidos para la afirmación de la temporalidad.

Y el segundo aspecto digno de mención es que la discusión sobre el carácter fáctico o valorativo de una reforma se ve en este caso un tanto distorsionada por el hecho de que, mientras aquel es un cambio que se predica de la norma que introduce el cambio, la temporalidad es una característica que se atribuye a la norma modificada, lo cual viene a significar que las propiedades de esta última son en definitiva argumentadas a partir de los caracteres de la norma que la modifica³³⁶.

El hecho de vincular en general la ultractividad con un atributo de la norma reformada conduce a que, para justificar la irretroactividad de ciertos cambios normativos, haya que atribuir a las reglas modificadas una temporalidad que en muchas situaciones resulta abiertamente forzada. No tiene sentido, por ejemplo, afirmar el carácter temporal de normas como las que fijan las condiciones de validez de un documento público o del matrimonio para sostener que la tipicidad de ciertos actos debe apreciarse a la luz del contenido que esas normas hayan tenido al momento en que esos actos fueron ejecutados, como sin duda es correcto en los delitos de falsificación y bigamia. De hecho, si de antemano se advierte que estos casos deberían ser alcanzados por la irretroactividad es obvio que la temporalidad no sirve para fundamentarla.

Y más claramente aun, si se suprime una figura de delito, quien haya simulado la comisión del hecho correspondiente durante la vigencia de la ley derogada igualmente deberá ser condenado por ello, sin que esa decisión implique atribuir a esta ley un carácter temporal que con toda seguridad no habrá tenido, en especial

³³⁵ En el fondo, la noción de *contexto* que es importante para la distinción entre cambio fáctico y cambio valorativo se amplía para abarcar no solo un conjunto de datos fácticos sino también aspectos normativos, como ocurre con frecuencia en el ámbito económico.

³³⁶ Esta distorsión se expresa muy claramente en los supuestos de demora en la reforma. Pues, una vez dictadas las nuevas disposiciones, no será posible aplicar sus efectos desde el cambio de circunstancias, irónicamente porque eso contradiría el carácter tácitamente temporal de la norma modificada.

considerando que la misma derogación beneficiará con efecto retroactivo a quienes sí hubieren perpetrado personalmente un hecho como el simulado³³⁷.

c) Jakobs es autor de una propuesta original para resolver el problema de la retroactividad de las normas de complemento que atiende al fin de protección de la ley en blanco. A su juicio, lo que debe distinguirse es si esta asegura la *obediencia* de la norma complementaria o lo que él llama su *efecto de regulación*. En sus palabras,

si "la ley en blanco sólo asegura la *obediencia* de la norma complementaria, la derogación de la norma complementaria tiene efecto retroactivo al igual que, por lo demás, lo tiene la derogación de una prohibición"³³⁸.

Ejemplo de ello sería la derogación de un límite de velocidad³³⁹, en el caso de que con ello se pretendiera abrir un espacio mayor de libertad y no reemplazar ese límite por otro³⁴⁰. Distinto sería el caso, aclara, si ese cambio obedeciera a un rediseño de las carreteras³⁴¹, en cuyo caso esa modificación solo debería operar hacia el futuro³⁴².

La solución opuesta debería aplicarse, como se ha dicho, a aquellos supuestos en que el tipo asegura el efecto de regulación de la norma complementaria. Pues en este caso, explica Jakobs, "mediante la derogación de la norma complementaria se

³³⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, p. 192.

³³⁸ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/71, p. 121.

³³⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 204, propone como ejemplo el delito de funcionamiento ilegal de casinos "en el que los requisitos legales omitidos no se exigen posteriormente en una nueva regulación administrativa. Si la conducta delictiva depende de la omisión de requisitos que la nueva normativa administrativa ya no impone, deberá considerarse lo más favorable al reo y proceder a declarar impune su conducta".

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/71, p. 121 y s. Lo entiende en sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 713 y s.

³⁴² Como se puede advertir, la distinción que plantea JAKOBS concierne al fin de protección de la norma, pero sin embargo el ejemplo que proporciona toma en cuenta las motivaciones del cambio introducido en la norma de complemento -distinguiendo, al igual que el resto de la doctrina, entre un cambio fáctico y uno valorativo-, lo cual nada tiene que ver con cómo se haya concebido el injusto penal. Probablemente, lo que apunta a expresar es que cuando se introduce un cambio en las normas de complemento de un tipo destinado a asegurar la obediencia de esas disposiciones, aquel opera siempre con efecto retroactivo a menos que se trate de un cambio meramente fáctico. En cambio, tratándose de tipos que aseguran el efecto de regulación de otras normas, la modificación de estas últimas operará siempre hacia el futuro.

excluye la formación ulterior de este efecto de regulación, sin que, no obstante, queden nulos los antiguos efectos³⁴³. Por tal efecto regulativo entiende este autor el que se produce como consecuencia de la aplicación de las normas de complemento a las situaciones ocurridas durante su vigencia. Con esto parece querer decir que si durante ese período se ejecuta una conducta que es típica por efecto de dichas normas, su tipicidad no desaparece por la derogación o modificación de las mismas, en la medida en que dicho cambio normativo no pretenda negar o “anular” las situaciones jurídicas constituidas al amparo de las reglas modificadas o derogadas. Sobre esto, el propio Jakobs nos da abundantes ejemplos³⁴⁴:

“Si el legislador invierte la preferencia de paso de los que vienen por la derecha, frente a los que vienen por la izquierda, ello no afecta a la preferencia de paso (al efecto de regulación) que tuvo en su momento el conductor que venía por la derecha. La simulación de delito (§ 145 StGB) no se convierte en más favorable cuando la norma cuya infracción se simuló deja de estar vigente; ni tampoco la acusación falsa (*Falsche Verdächtigung*, § 164 StGB) si se deroga la perseguibilidad relativa al objeto de la acusación, ni el encubrimiento, mediante la supresión de la perseguibilidad del hecho cometido por el beneficiario del encubrimiento”³⁴⁵.

La explicación que ofrece a este respecto comprende dos aspectos. Por una parte, la causa de la ultractividad de la normativa de complemento en este grupo de casos se encontraría en que estas leyes en blanco remitirían “al efecto de regulación de las normas de referencia (la presencia de injusto en el momento del hecho), *pero no a las propias normas*”³⁴⁶. Esto querría decir que la irretroactividad encontraría su origen en el hecho de que en tales supuestos el tipo remitiría al efecto, pero no al *contenido*, de la norma de complemento. Por otro lado, en cuanto a la prolongación de los efectos de la normativa derogada, Jakobs se refiere a una “vigencia atenuada” de sus disposiciones. Sobre este punto indica lo siguiente:

“...puede que la ley, en el momento de la sentencia, esté vigente ya sólo en el sentido atenuado de que tengan que reconocerse las consecuencias jurídicas en que

³⁴³ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/72, p. 121.

³⁴⁴ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 205, señala como ejemplo el caso de la defraudación fiscal, “en tanto la punición se rige por la deuda tributaria tal como existe o se origina en el momento del hecho”.

³⁴⁵ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/72, p. 121 y s.

³⁴⁶ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/72, p. 121 y s. (destacado añadido); también nm. 4/69, p. 119.

se incurrió por ella en el pasado. La vigencia atenuada sería análoga, p. ej., a la que tiene aún actualmente el Derecho de Sucesiones del ALR prusiano en la medida en que se siguen reconociendo las posiciones jurídicas surgidas en el momento (y en el espacio) de vigencia de esta ley”³⁴⁷.

Volveremos sobre estas cuestiones más adelante, toda vez que la posición de Jakobs coincide en más de algún punto con la posición que desarrollaremos más abajo³⁴⁸.

d) Un último criterio propone decidir sobre la retroactividad de los cambios extrapenales tomando en cuenta su incidencia sobre las *necesidades de pena* existentes en torno al hecho cometido en el pasado.

La base de este enfoque reside en determinar los alcances de la retroactividad en estrecha conexión con su fundamento, el principio de proporcionalidad. Pues, en efecto, no cabe ninguna duda de que si se castigase en el presente un hecho pasado que la ley actual ya no pena, o se le aplicase una sanción más severa que la que se prevé como adecuada al momento de la sentencia, se infringiría la prohibición de exceso. Esto se debe a que para legitimar una pena no basta con que ella se haya encontrado prevista al momento de la realización de la conducta, sino que, en tanto que medida de coacción estatal sobre la persona o bienes fundamentales del condenado, también es preciso que ella se ajuste a las coordenadas valorativas vigentes en el momento en que se imponga y se ejecute³⁴⁹. De ello se sigue que cualquier pena que se imponga a hechos ocurridos en el pasado ha de ser susceptible de ser apreciada como una medida *necesaria* y *proporcional* a los requerimientos de protección de bienes jurídicos en el momento presente³⁵⁰.

Ahora bien, cuando lo que se modifica son las normas de complemento de un tipo en blanco ello no necesariamente significa una disminución de las necesidades preventivas en torno a una determinada clase de hecho, puesto que el cambio puede obedecer a consideraciones puramente locales, atingentes al sector

³⁴⁷ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/49, p. 111.

³⁴⁸ *Vid infra* sec. 2ª, B, 10.4.

³⁴⁹ OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad*, p. 352.

³⁵⁰ Como señala FRISTER, “la imposición de una pena es legítima, en principio, solo en tanto y en cuanto el legislador valore aun la norma infringida como digna de protección jurídico penal” (*Derecho Penal*, PG, p, 114).

extrapenal donde se ha aplicado la reforma. El cambio de una regulación por otra puede generar por mera repercusión que las acciones realizadas contra la antigua dejen de ser punibles y no puedan tampoco ser castigadas conforme a la nueva, sin que puedan invocarse motivos de proporcionalidad a favor de la impunidad de esos comportamientos.

La propuesta de filtrar la retroactividad de los cambios introducidos en las normas de complemento de un tipo penal que generen una reducción indirecta de la punibilidad utilizando como guía las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena ofrece ventajas indudables, sobre todo cuando se la compara con el criterio fundado en la oposición cambio fáctico-cambio valorativo y con el de la temporalidad. De entrada, porque brinda una explicación de la *ultractividad* de las normas sometidas a un cambio fáctico, es decir, explica un fenómeno que, siendo evidentemente normativo, no puede quedar del todo justificado mediante una mera apelación a la facticidad del cambio introducido. Enseguida, porque al centrarse en las necesidades preventivas *del sistema* ofrece una perspectiva de análisis muy superior a la de buscar las motivaciones subjetivas que pudieran hallarse tras un determinado cambio de normas³⁵¹. Y por último, porque es el único capaz de explicar, hasta cierto punto, la ultractividad de normas que no poseen ningún carácter temporal y que han sido reemplazadas en virtud de un cambio eminentemente valorativo, como ocurre, por ejemplo, cuando deja de ser delito el hecho que alguien ha simulado cuando aun era delictivo.

Reformulado de este modo el problema, la cuestión pasa a gravitar entonces sobre la determinación de la subsistencia de las necesidades preventivas en torno a un hecho ocurrido en el pasado. Para esto, Silva propone atender a la *lesividad* del acto en relación con los bienes jurídicos que el sistema protege. Si, tal como el hecho fue ejecutado en su contexto, puede afirmarse que continúa siendo lesivo para un interés penalmente protegido, entonces la reducción indirecta de la punibilidad que haya operado en el tiempo intermedio no debe beneficiar al autor de ese acto³⁵². Como señala este autor:

³⁵¹ En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 721.

³⁵² Adhiere a este planteamiento LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, p. 192, señalando que el fin del art. 2.2 CP es "impedir la aplicación de la ley penal vigente en el momento del hecho cuando ya no hay necesidad preventiva (general y especial) de pena o de tanta pena". Por ello, estima que "no debe aplicarse la retroactividad si persiste la necesidad preventiva de pena porque el hecho cometido antes del cambio legal siga viéndose como hecho lesivo o peligroso para un bien jurídico protegido

“la despenalización de un hecho no obsta así a mantener la sanción por «simulación de delito» a quien aparentó su comisión antes de la reforma legal. En efecto, el injusto de la simulación queda inalterado, pues lo que el legislador penal pretende es que no se finja la comisión de un hecho, uno cualquiera que, en el momento de la acción, aparezca tipificado como delito, por la perturbación de la administración de justicia que ello supone”³⁵³.

Y desarrollando luego esta idea en términos más generales, agrega:

“El factor decisivo es que el hecho cometido en el pasado siga viéndose como un hecho peligroso para el bien jurídico, como algo de cuya comisión en el futuro debe tratarse de disuadir tanto al sujeto responsable como a otros autores potenciales”³⁵⁴.

El mismo enfoque mantiene Oliver, quien explica con impecable claridad que el factor crucial en esta materia:

“es que el hecho realizado en el pasado, *tal como se cometió*, o sea, en su contexto y con todas las circunstancias que lo rodearon, siga considerándose hoy como algo lesivo *contra un bien jurídico* que todavía se estima *susceptible, merecedor y necesitado de la misma protección penal* que el legislador dispensaba al tiempo de su realización. Si así le sigue considerando, la retroactividad no estará justificada”³⁵⁵.

Lo dicho no significa sin embargo que este planteamiento sea perfecto, pues adolece a mi modo de ver de un cierto déficit de justificación. En este sentido, la idea de necesidad de pena no es un buen argumento para oponer a un principio de garantía como el de favorabilidad. Es cierto que las consideraciones relacionadas con ella cumplen más bien un papel auxiliar, en la medida en que sirven para poner de relieve que la eventual aplicación ultractiva de normas ya derogadas no comportaría desproporción y que además se las acompaña de consideraciones de merecimiento punitivo. Pero también es claro que cualquier afirmación sobre la persistencia de las necesidades preventivas tiene que ser el resultado de la apreciación de determinados factores normativos, que escapan al instrumental que este planteamiento ofrece. En este sentido, su rendimiento se vería significativamente incrementado si se nos indicase de qué factor o conjunto de

todavía hoy por el tipo correspondiente; y ello sucede siempre que la modificación legal se debe a un cambio de circunstancias fácticas, pero también puede suceder en algunos casos de cambios valorativos en la norma complementadora, como en el citado ej. del encubrimiento o simulación de un delito que luego deja de serlo”.

³⁵³ SILVA SÁNCHEZ, “Legislación”, p. 715.

³⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, “Legislación”, p. 722.

³⁵⁵ OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad*, p. 352, destacado en el original.

factores depende la posibilidad de afirmar la persistencia de las necesidades punitivas de conformidad con la ley y por qué ellas deben prevalecer frente a otras posibles consideraciones en esta materia.

3. Retroactividad y desautorización de la norma sustituida

Para analizar el fenómeno de la retro/ultractividad puede ser conveniente distinguir tres dimensiones diferentes:

3.1. Dimensión horizontal

La primera de ellas -que podemos llamar también *secuencial*- corresponde a las relaciones existentes entre las normas que se suceden en el tiempo. Este es probablemente el aspecto que más atención recibe. Los dos primeros criterios reseñados, por ejemplo, se concentran en esta faceta del problema, al poner como eje de la reflexión la cuestión de si la nueva norma se origina en un cambio fáctico o en uno valorativo, o bien la de si la disposición sustituida tenía o no un carácter temporal. Como vimos, las perspectivas que emplean son contrapuestas, pues mientras uno sostiene que las decisiones sobre retro o irretroactividad han de tomarse en función de una característica que se atribuye a la norma de reemplazo, el de la temporalidad sitúa al menos formalmente la solución en una propiedad de la norma modificada³⁵⁶. También Jakobs toma en cuenta las relaciones entre ambas normas cuando atiende a los fines de una reforma para decidir qué efectos produciría en relación con una figura destinada a asegurar la obediencia de la ley. Los partidarios del criterio de necesidad de pena en cambio no especifican qué elementos sería necesario considerar para sacar conclusiones a ese respecto, sino que sitúan la cuestión directamente en un nivel valorativo.

De cualquier modo, todas estas alternativas de solución intentan definir alguna clase de relación entre la norma reemplazante y la reemplazada que explique la retroactividad y que, por lo tanto, sea capaz de mostrar la irretroactividad como un caso de ausencia de ese factor relacional. En mi opinión, son dos los factores que inciden sobre las relaciones entre las normas involucradas en el cambio normativo.

³⁵⁶ Pese a lo cual, la temporalidad tácita o material generalmente se argumenta a partir de la norma que viene a sustituirla, tal como ocurre en los casos en que se recurre precisamente a la distinción entre cambio fáctico y cambio valorativo.

a) El primero de ellos es el *fundamento* del cambio introducido. A mi modo de ver, el factor explicativo fundamental de la retroactividad –siempre dentro del plano que estamos considerando– reside en la *desautorización de la norma antigua* por parte de la que le sucede, es decir, en una refutación de los *fundamentos* de la norma reemplazada mediante su derogación o modificación por otra que se asienta sobre criterios distintos. Pues lo mínimo que se requiere, en efecto, para que tenga sentido decir que las previsiones de una ley pueden ser aplicadas a hechos ocurridos antes de su vigencia es que ella comporte la pretensión de ser de algún modo una solución más adecuada en relación con esos mismos hechos. La nueva ley debe hacer posible, por tanto, una *reevaluación* de los hechos pretéritos.

Por ejemplo, si se excluye una determinada sustancia del listado de las que no pueden ser emitidas al aire debido a que su presencia en el ambiente es ya mínima, esa reforma no envuelve ninguna pretensión de refutar la regulación anterior. Más bien se apoya en sus efectos para establecer unas regulaciones distintas. En cambio, si la eliminación obedece a que se ha descubierto que la sustancia en cuestión en realidad era inocua, la nueva regla sí refuta a la anterior, tal como ocurre también cuando se modifica el umbral de riesgo permitido en un determinado ámbito de actividad o se adopta cualquier decisión semejante que pueda ser considerada como idónea también para el pasado.

Este carácter refutatorio de la norma de reemplazo es lo que hace exigible su aplicación retroactiva por razones de proporcionalidad, pues si los fundamentos cognitivos o valorativos de la norma antigua son de alguna manera desautorizados por la norma que la sustituye, sería una inconsistencia manifiesta no aplicarlos a los hechos precedentes y someterlos de todas formas a la normativa derogada.

Ese carácter reevaluativo puede obedecer, como se ha dicho, a que la nueva ley introduzca un cambio valorativo en el sistema o se haga eco de un cambio cognitivo que prive de sustento a la regulación anterior. Pero también puede estar condicionado por factores puramente prácticos. La reevaluación de los hechos pasados solo es posible si la materia normada admite un juicio desfasado respecto del momento de realización de la conducta. Cuando se trata de normas que simplemente establecen la existencia de un deber no tiene sentido la retroactividad: las personas no pueden ajustar sus actos más que a las normas cognoscibles en el momento en que actúan. La mera conformidad o disconformidad de una conducta respecto del sistema de normas al que debía ajustarse no es modificable retroactivamente. Pensemos, por ejemplo, en la norma que fija el sentido del tránsito de una calle. Es obvio que ninguna modificación suya pretenderá ser un

mejor modelo para el juzgamiento de las acciones de conducción ocurridas con anterioridad a su vigencia. Luego, sin necesidad de elucubrar sobre las razones de un cambio posible, el propio objeto regulado deja en evidencia que no es susceptible de una modificación refutatoria (lo que genera la impresión de que la norma modificada tiene un carácter tácitamente temporal que en realidad no posee). En cambio, sí tiene sentido una aplicación que retroceda en el tiempo cuando se trata de las *consecuencias* jurídicas derivadas de un hecho, en especial de las derivadas del quebrantamiento del deber.

b) El segundo factor, estrechamente vinculado a lo que se acaba de decir, es el principio de continuidad del orden jurídico, que se traduce en el reconocimiento de los efectos institucionales de las regulaciones pasadas. Es claro que la aplicación retroactiva de nuevas regulaciones socavaría la continuidad del orden normativo si desconociera los efectos de los actos *ajustados* a las normas vigentes al momento de su realización. Por este motivo, si el legislador decide cambiar los requisitos necesarios para ser juez, para celebrar un matrimonio o para conferir carácter oficial a ciertos documentos, lo lógico es entender que ello solo opera hacia el futuro y que la ausencia de esos requisitos no afecta a las situaciones jurídicas constituidas en el pasado. La situación es completamente distinta cuando se trata de las consecuencias derivadas de la contravención del derecho.

3.2. *Dimensión de complementariedad*

El segundo plano es el de la función que la norma sustituida desempeña para una norma que remite a ella. Podemos llamarle a esto relación de complementariedad. Este es el aspecto decisivo en la así llamada cuestión de la retroactividad de las normas de complemento de una ley en blanco. Para evaluar en qué medida un cambio normativo es relevante en términos de la lesividad del hecho correspondiente es imprescindible considerar qué es exactamente lo que la normativa reenviada aporta al injusto. A fin de cuentas depende del tipo, de cómo defina el desvalor de la conducta, si una modificación introducida en las regulaciones a que remite para especificar el acto ha de afectar o no la evaluación de su lesividad.

Pensemos por ejemplo en el cambio de una directiva de tránsito y en la cuestión de si se debería sancionar unas lesiones causadas por contravención a ella. El asunto aquí es el siguiente: dado que no hay nada intrínsecamente valorable en conducir por un lado o por el otro de la calzada, salvo en cuanto ello esté de acuerdo o no con la disposición adoptada al respecto, la (des)calificación de una conducta contraria a la directiva no puede verse alterada por el hecho de que se adopte una

regulación distinta, pues la regla de circular por la derecha no nos dice nada respecto del desvalor de las conductas consistentes en circular por ese carril cuando la regla obligaba a hacerlo por el otro. Es razonable pensar que lo único que cuenta para la figura correspondiente es si se ha obrado a favor o en contra de la regla. El cambio de su contenido no afecta entonces a esta circunstancia.

Esto significa que la conservación de la lesividad de un acto, y por tanto la retroactividad o irretroactividad de una reforma potencialmente favorable de las normas de complemento de un tipo penal, depende del *diseño del injusto* respectivo. Y la mejor prueba de ello se encuentra en el hecho de que una reforma puede operar en forma irretroactiva tanto si es refutatoria como si no lo es. Vale decir, aun si estuviere fuera de dudas que la normativa más reciente debe operar en forma retroactiva en otros aspectos, es perfectamente posible que en su función de normas de complemento de un tipo penal opere ultractivamente, si así se desprende de la figura correspondiente. El ejemplo paradigmático de esta situación se encuentra en los casos en que se suprime el carácter delictivo de un hecho: esa modificación, que indudablemente favorece a todos los intervinientes en el delito eliminado, no beneficia en cambio a quienes hayan incurrido en conductas de encubrimiento, simulación de delito, cohecho, calumnia y otras figuras semejantes que remiten a hechos constitutivos de delito.

3.3. *Dimensión vertical*

El tercer plano es el de la aplicación o incidencia de *principios superiores* que definen el marco general en el que encajan los factores anteriores.

Supuesto que haya buenas razones para atribuir a una nueva regulación un carácter refutatorio de la anterior o que, tratándose de la modificación de normas reenviadas por un tipo penal, su función aconseje aplicarlas ultractivamente, ello todavía no es razón suficiente para atribuirles ese efecto si el sector correspondiente –como ocurre con el penal– cuenta con coordenadas de aplicación de la ley en el tiempo asentadas en principios superiores del sistema.

Sin duda un acierto del criterio fundado en la necesidad de pena consiste en poner de relieve este aspecto, al situar el análisis de las excepciones a la retroactividad favorable dentro de esa línea de consideraciones. Lo que señalan sus proponentes es que, pese a mediar un cambio favorable, debe aplicarse la normativa *derogada* cuando, de acuerdo con apreciaciones de merecimiento y necesidad de pena del hecho en cuestión, pueda concluirse que su aplicación al caso *no* resulta desproporcionada.

En esa manera de procesar el problema hay sin duda una cuota importante de razón, en el sentido de que aplicar las normas antiguas a un acto que ya no se considera como delito o no se castiga con una pena tan alta sería una manifiesta desproporción. Pero una cosa es condicionar la retroactividad de los cambios favorables a la concurrencia de razones de proporcionalidad, y otra es fundamentar en la proporcionalidad la aplicación de las normas derogadas.

Las consideraciones de proporcionalidad son idóneas cuando el cambio regulativo implica una disminución punitiva, pero no cuando se da la relación inversa. Si el cambio hace improcedente el castigo, la apelación a la proporcionalidad se torna de hecho problemática: ¿es desproporcionado *dejar* de castigar?, ¿y ese argumento es suficiente para proceder al castigo?

Si dejar el hecho sin sanción es desproporcionado, lo es en un sentido distinto del cubierto por el principio de prohibición de exceso en tanto que principio de protección del ciudadano frente al ejercicio del poder público. Y en todo caso, en un ámbito regido por el principio de legalidad como criterio de clausura del sistema, la apelación a la proporcionalidad mediante consideraciones de merecimiento o necesidad de pena no puede ser suficiente para sustentar la aplicación de una norma que ha perdido su vigencia.

Por cierto, no cabe argumentar que su aplicación descansa en el hecho de haber estado vigente al momento de la ejecución de la conducta porque eso supondría adoptar un enfoque contrapuesto al criterio que estamos comentando, que consiste precisamente en decir que el hecho sigue siendo lesivo para el derecho vigente.

En mi opinión, por tanto, sujetar la aplicación de la nueva ley a la condición de que no aplicarla redunde en desproporción implica validar la aplicación de la ley derogada recurriendo a un principio -el de proporcionalidad- que no puede justificarla. Esto no significa que el planteamiento comentado sea erróneo, sino que es correcto solo en parte. Es verdad que un cambio regulativo solo puede operar *ex nunc* si deja intacta nuestra apreciación de la lesividad del hecho ocurrido en el pasado, pero la justificación de la aplicación de las normas reemplazadas no puede ser la proporcionalidad.

4. Necesidad de pena y ultractividad

Lo anterior revela una debilidad importante del criterio de necesidad de pena. Este es sin duda adecuado para determinar, a partir del diseño del injusto de cada figura, si el cambio favorable de una regulación de complemento genera o no un motivo

de proporcionalidad que haga aplicables retroactivamente las nuevas disposiciones a los hechos ocurridos en el pasado. Pero lo que no logra fundamentar suficientemente es la aplicación ultractiva de las normas derogadas, en especial cuando son objeto de un cambio refutatorio. Para sostener la punibilidad del hecho es imprescindible que siga siendo *típico* a pesar de la derogación de las normas de complemento que lo captaban. Más aun, es precisamente esa constatación, efectuada a la luz del injusto respectivo, la que permite afirmar la subsistencia de las necesidades de pena, pues de otro modo esa apreciación carecería de respaldo en el sistema jurídico.

Sin embargo, la afirmación presente de la tipicidad de un hecho en virtud de normas de complemento que han sido derogadas resulta problemática en un sector regido por un principio de retroactividad de los cambios favorables. La irretroactividad de una reforma favorable es un fenómeno más complejo de lo que en un principio parece. El carácter no refutatorio de una modificación introducida en una norma de complemento solo puede explicar su irretroactividad, pero de ninguna manera explica la posibilidad de sancionar el hecho con apoyo en una norma complementaria derogada. Por mucho que sus fundamentos sigan en pié, la derogación de la norma de complemento que fundaba parcialmente la tipicidad del comportamiento por fuerza tendría que conducir a declarar atípico el hecho en el presente, por haber dejado de regir la norma que lo captaba y porque la necesidad actual de castigo de un hecho solo puede afirmarse sobre la base de normas vigentes. Y lo mismo cabría concluir, con mayor razón todavía, respecto de aquellos casos en que las normas de complemento son objeto de un cambio refutatorio: derogadas y desautorizadas en el presente, ¿cómo podrían sustentar la afirmación de la tipicidad de una conducta?

Como veremos enseguida, es en la relación de complementariedad donde es posible encontrar una respuesta a este interrogante. Pero en el caso de las leyes en blanco, si se admite que las normas de complemento derogadas pueden operar ultractivamente y paralelamente se abraza la tesis de la incorporación, el problema señalado se torna insoluble³⁵⁷. El siguiente ejemplo puede ayudar a entender la

³⁵⁷ La doctrina no parece haber considerado esto como un problema e incluso da la impresión de operar en este ámbito con cierta ambigüedad. En general, cuando los autores abordan las leyes penales en blanco y analizan sus relaciones con las normas que las complementan regularmente destacan que, en virtud de la estrechez de ese lazo, la hipótesis de la norma complementaria se incorpora al tipo, llenando sus vacíos. Pero cuando luego se debate sobre la posibilidad de no retroaplicar ciertos cambios favorables introducidos en esas mismas normas, se hace pié, ya de modo

dificultad asociada a la sancionabilidad de un hecho que ha infringido normas de complemento ya derogadas, y a apreciar hasta qué punto esa situación se torna imposible de resolver si se adopta la tesis de la incorporación. Tomemos nuevamente el caso de quien ha incurrido en infracción reglamentaria al conducir en contra del sentido de circulación, como supuesto categórico de ultractividad de la norma derogada. Dado que la tesis de la incorporación supone que la norma de complemento se integra al tipo en sustitución del elemento de antinormatividad que remite a ella, la hipótesis quebrantada por este individuo tendría que ser reconstruida, por ejemplo, como *conducir por calle Balmes de mar a cerro* (habida cuenta de que la dirección correcta es de cerro a mar). Ahora bien, si antes del pronunciamiento de la sentencia se modificase el sentido del tránsito por Balmes, nadie dudaría en castigar igualmente ese hecho, pero hacerlo envolvería dos decisiones normativas, una de las cuales es mucho menos evidente que la otra.

Que la nueva norma de complemento sería irretroactiva en tal caso, es algo que se comprende enseguida, puesto que se trata de un ejemplo paradigmático de modificación no refutatoria (no hay nada en la nueva dirección asignada a la calle del ejemplo que pueda ser considerado más correcto que la anterior para el juzgamiento de las conductas pasadas, pues el objeto normado no deja siquiera espacio para la retroactividad). Pero luego queda la tarea de justificar que “conducir por Balmes en dirección al cerro” es una conducta significativa para un tipo penal que -conforme a esta tesis- castiga a quien conduce por esa calle *en dirección al mar*. Este es justamente el problema que la tesis de la incorporación no alcanza a resolver. Es evidente que la conducta ejecutada en el pasado sólo puede ser significativa como *conducir en contra del sentido de circulación*, es decir, en un *nivel superior* de descripción. De hecho, conducir por esa calle en tal dirección es un acto que no tiene ningún significado penal como no sea, precisamente, a raíz de su contrariedad a norma, cosa que por lo demás ocurre de modo general en los supuestos de irretroactividad de modificaciones favorables.

expreso o tácito, precisamente en su carácter complementario para abrir un margen de excepcionalidad que sin duda no existiría si la reforma se hubiese introducido en el propio enunciado del tipo. A menos que se trate de una ley temporal, sencillamente no es sostenible que las necesidades de castigo de un hecho no se vean alteradas por la eliminación de su tipicidad. En realidad, quien sostenga que la norma que castiga a quien mate a una especie de caza prohibida debe ser recompuesta como una destinada a sancionar a quien dé caza a determinadas especies animales, y que a la vez sostenga que una reducción de las especies incluidas en el tipo no afecta las necesidades de pena en relación con la caza de las especies excluidas de su nueva formulación, en el fondo está reconociendo que esa enunciación (extensa) del tipo no refleja la valoración penal del hecho.

Lo dicho permite apreciar que el carácter antinormativo de un acto como ese es *ineliminable*, aun para el derecho vigente. El acto ejecutado sigue representando una contradicción del derecho en la actualidad, a pesar de que, en virtud del cambio normativo operado, una conducta semejante coincida, al menos en un sentido, con las prescripciones del sistema. Eso significa que la formulación correcta de la norma de sanción no es aquella que se obtiene sustituyendo sus componentes normativos generales por otros más elementales, sino que, siguiendo el ejemplo de la conducción vial, es aquella que se refiere a la acción de conducir en contra del sentido del tránsito, *cualquiera sea* el sentido de que se trate³⁵⁸. Asimismo, si una ley posterior elimina el carácter delictivo del hecho que un individuo ha encubierto, el atentado contra la administración de justicia ya perpetrado será punible bajo el nuevo régimen³⁵⁹, con tal que dicha conducta sea caracterizable como "encubrir un delito" y la nueva regulación prevea el castigo general de ese comportamiento, independientemente de cuál sea el delito encubierto.

En otras palabras, en los supuestos de irretroactividad acompañada de ultractividad de la norma de complemento derogada, la persistencia de la tipicidad del hecho muestra que el carácter denotado por el término de remisión no es un carácter prescindible y destinado a ser sustituido por un conjunto de supuestos específicos (y variables en el tiempo), sino que, por el contrario, es *un rasgo típico que puede instanciarse en múltiples hipótesis normativas*, cuyas características concretas son en rigor irrelevantes desde el punto de vista del tipo penal, aun cuando en cada caso sean decisivas para juzgar la tipicidad del acto.

En lo que sigue tendremos que confirmar todavía estas conclusiones y abordar también algunas preguntas que permanecen abiertas, entre ellas la de si es posible distinguir entre remisiones en blanco y remisiones normativas. Pero sobre todo resta por indagar qué clase de conexión normativa es la que hace posible que conductas pasadas que no contradicen la norma de complemento actualmente vigente de un tipo delictivo puedan ser, no obstante, encuadradas en él, por el solo hecho de haberse ejecutado en su momento en contravención de la norma complementaria que entonces regía.

³⁵⁸ Como veremos más adelante, el enunciado de la norma de sanción no necesariamente corresponde a la inversión o negación de la conducta prevista en la norma de determinación.

³⁵⁹ Así JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/72, p. 121. Una visión crítica del enfoque del encubrimiento como atentado contra la Administración de Justicia, en SÁNCHEZ-OSTIZ, "A propósito de la relación entre el encubrimiento y la complicidad en el hecho previo", p. 405 y ss.

B. IRRETROACTIVIDAD Y REMISIÓN NORMATIVA

1. El carácter de la remisión como límite a la retroactividad de los cambios refutatorios

Conforme hemos visto hasta acá, la afirmación de la persistencia de la necesidad de pena respecto de un hecho determinado pese a la derogación o modificación de las normas de complemento respectivas supone sostener su tipicidad. Pero afirmar la tipicidad de una conducta que contraviene un reglamento derogado presenta dificultades. De hecho, hay algo de paradójico en afirmar que una conducta reúne en el presente los caracteres exigidos por un determinado tipo a causa de su oposición a una norma que *ya no es* la que lo complementa. Pero eso sin duda es lo que se afirma cuando se sostiene la tipicidad actual de unas lesiones causadas en virtud de una conducción imprudente cometida con infracción de reglamentos ya derogados. ¿Qué válida, entonces, esta última afirmación en el nuevo sistema?

Podemos analizar este problema considerando el caso del encubrimiento. Respecto de esta figura se sostiene que si después de ejecutado el acto de ocultamiento o favorecimiento se deroga el delito encubierto, la conducta del encubridor seguirá siendo punible, toda vez que ella se concibe como un atentado contra la administración de justicia y no contra el bien protegido por la figura derogada³⁶⁰. Si eso es así, la afirmación de la tipicidad de aquella conducta descansará sobre la afirmación del carácter delictivo del hecho encubierto, aun cuando esta última aseveración *no sea verdad en el nuevo sistema*.

Acabamos de ver en la sección anterior que este fenómeno encuentra parte de su explicación en el hecho de que la conducta del encubridor encaje en una descripción *general* del acto como favorecimiento de un delito cualquiera. Pero lo que ahora es preciso explicar es en qué medida es válido afirmar en el nuevo sistema, siquiera de modo general, que lo que el sujeto ha encubierto es un *delito*, teniendo presente que el hecho en cuestión ya no cuenta como tal. La validez de esa afirmación viene dada por el propio tipo de encubrimiento, para el cual basta con que el hecho haya sido delito al momento de ser encubierto, lo que a su vez comporta una forma muy específica de remisión.

³⁶⁰ JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, nm. 4/72, p. 121 y s.

En efecto, si de acuerdo con los artículos 451 y 457 CP cabe sostener que basta con que el hecho haya sido delito al momento de ser encubierto o simulado³⁶¹, quiere decir que en caso de producirse una sucesión de leyes la tipicidad de la simulación podrá ser afirmada a partir de una norma que ya no será *ni temporal ni axiológicamente válida*, por haber sido derogada en virtud de una modificación refutatoria. Y si para afirmar la tipicidad de una conducta es posible tomar en cuenta una norma de esas características, ello indudablemente tiene que deberse a que el tipo respectivo *remite* a ella.

Lo más interesante de esta situación no es que el tipo remita a las normas vigentes al momento de su ejecución, pues eso puede considerarse relativamente normal, sino que de alguna manera esa remisión sea inmune a los cambios futuros que puedan experimentar las normas reenviadas.

La explicación de que, para castigar al simulador, se pueda acudir a una norma refutada por otra posterior se halla en que el desvalor de la conducta simulada o encubierta, *en el sentido que fundaba su castigo*, no forma parte del desvalor atribuido a las conductas de simulación. Siendo esta un atentado contra la Administración de Justicia, y no contra el bien ofendido por el delito encubierto o simulado, la derogación de este último suprime una premisa valorativa que *no forma parte del razonamiento que fundamenta el castigo* de los primeros. Y dada esta falta de identidad entre las razones fundantes de los respectivos injustos, no hay entonces inconveniente en que, en el caso de que una modificación llegara a desautorizar los juicios normativos recaídos sobre las conductas simuladas o encubiertas, persista la punibilidad de las conductas de simulación ejecutadas a su respecto.

Todos estos rasgos acusan un mecanismo de remisión muy singular. Desde luego es necesario, en primer término, que la hipótesis de la norma reenviada no forme parte del enunciado del tipo respectivo (que la descripción del delito simulado no se incorpore al tipo de simulación); enseguida, que las premisas valorativas que la sustentan tampoco formen parte del fundamento de castigo del segundo, y por último, que la remisión sea hecha a las normas vigentes al momento del hecho. Notablemente, *nada de esto depende*, como se puede apreciar, *de las normas*

³⁶¹ JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, nm. 4/72, p. 121 y s.; SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 717. En el caso de este delito la desvinculación del injusto respecto del hecho simulado es muy clara: se trata de un atentado contra la Administración de Justicia completamente autónomo, que en el Derecho español requiere además la realización de actuaciones procesales.

involucradas en el cambio normativo. Todo deriva de la mecánica específica de la remisión que se entiende hecha en ese delito al resto de los tipos de la legislación penal.

2. Caracterización de las remisiones que hacen posible la aplicación ultractiva de normas de complemento derogadas

Ahora bien, una remisión que no incorpora al tipo el supuesto de hecho ni las premisas valorativas de las normas a que remite, y que limita el reenvío a las normas que contienen información sobre un acto, un objeto o una persona al momento de la realización del hecho respectivo, puede ser caracterizada *desde el punto de vista temporal* como una remisión *semidinámica*.

2.1. Remisiones dinámicas, estáticas y semidinámicas

De acuerdo con una distinción muy conocida y que ya hemos tenido ocasión de mencionar, las remisiones pueden clasificarse, desde el punto de vista temporal, en estáticas y dinámicas. Son del primer tipo las que reenvían a otra norma según la redacción que esta tenga en un momento determinado del tiempo (normalmente el del establecimiento de la remisión), de modo que el alcance de la respectiva referencia no se ve afectado por las modificaciones posteriores o incluso por la derogación de la norma reenviada. Son dinámicas, en cambio, las remisiones que se entienden hechas "a la redacción vigente en cada momento del texto o textos legales" objeto de reenvío³⁶². Estas últimas son por supuesto el caso más común, siendo incluso difícil hallar ejemplos de remisión estática en derecho penal³⁶³.

Ahora bien, que la remisión sea hecha a la redacción vigente en cada momento de la norma reenviada deja abierta la pregunta acerca de cuál es ese momento. Al menos para el sector penal del ordenamiento, ese momento debe identificarse con el de la realización de la conducta delictiva, por ser aquel en que se infringe la norma de conducta que subyace al tipo. En tal sentido, indica FAKHOURI, que se produce una remisión dinámica "cuando la norma de complemento es aquella

³⁶² OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 177.

³⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, p. 247, cita el caso del art. 2. 1 i) de la Ley Orgánica 12/1995, de Contrabando, que remite al art. 23 de la Convención de Ginebra sobre alta mar de 29 de abril de 1958.

existente en el momento del hecho, con independencia de que, en el momento de inclusión en el ordenamiento, su contenido fuera diferente”³⁶⁴. Es razonable pensar, entonces, que la categoría de las remisiones dinámicas podría servir para caracterizar los reenvíos hechos al carácter que una conducta, u otro elemento cualquiera del tipo, tenga al momento de la realización del hecho.

Sin embargo, las remisiones dinámicas no ponen cortapisas a la posibilidad de aplicar modificaciones *ex post facto* si ellas resultan favorables para el afectado. Una remisión dinámica admite sin limitaciones que los cambios que se introduzcan en la norma reenviada se vayan incorporando al reenvío. Por consiguiente, si se prohíbe el tráfico de ciertas sustancias y un reglamento detalla cuáles son, la remisión a este texto se entenderá hecha al que se encuentre vigente al momento de la conducta; pero si con posterioridad se suprime de él la sustancia que ha sido objeto del hecho, ese cambio también aprovechará al autor.

Esto claramente se aparta del rasgo que, desde el punto de vista temporal, caracteriza a las remisiones que estamos analizando. La resistencia de un tipo como el de denuncia calumniosa a, por ejemplo, la supresión posterior del carácter delictivo del hecho denunciado –paradigma de cambio refutatorio y favorable de la legislación– sin duda contradice las consecuencias que se seguirían de una aplicación normal de las reglas sobre temporalidad de la ley penal a un supuesto de remisión dinámica. Un fenómeno como ese no es explicable en términos de las relaciones temporales entre norma reemplazante y norma reemplazada, sino que se origina en las peculiaridades de un reenvío que solo es *parcialmente* receptivo a los cambios futuros de la normativa de complemento y que, por lo mismo, no puede ser caracterizado como una remisión dinámica cualquiera.

La clasificación de las remisiones en estáticas y dinámicas no está pensada para captar este último supuesto. Ella solo recoge el dato de si una remisión se encuentra o no abierta a los cambios que en el futuro puedan introducirse en las normas de complemento, pero no dice nada acerca de si ella queda definitivamente fijada al momento del hecho o si es permeable a cambios favorables posteriores a él. Una remisión refractaria a estos cambios se encuentra en una situación en cierta forma intermedia entre las estáticas y las dinámicas, pues en cuanto se verifica el hecho se transforma en una remisión estática que, sin embargo, aprovecha de los cambios

³⁶⁴ FAKHOURI, *Delimitación*, p. 106.

introducidos *hasta entonces* en la norma de complemento. Para esta clase de remisiones puede ser apropiada la denominación de *semidinámicas*.

2.2. Origen de las remisiones semidinámicas

Ahora bien, la razón que explica la fijeza que alcanzan esta clase de remisiones en el instante de ejecución de la conducta se encuentra estrechamente ligada a la función que ciertos componentes normativos desempeñan dentro de la estructura típica. Como veremos enseguida, las remisiones semidinámicas son operadas a través de elementos normativos que definen *contextualmente* la lesividad de un hecho, en función del carácter asignado por las normas vigentes en ese momento a alguno de sus componentes. Ello supone un sistema muy particular de reenvío, cuyas características analizaremos una vez que hayamos examinado el papel de los elementos respectivos en la definición de la lesividad de un hecho.

3. Contextualidad

La pregunta que ha guiado nuestras indagaciones es por qué, cuando una persona denuncia en falso o simula un hecho delictivo, por ejemplo, y luego se deroga la disposición que lo tipificaba como tal, puede ser castigada por ese hecho no obstante que la derogación de un delito es un caso paradigmático de sustitución refutatoria de una norma por otra, y la Constitución y los tratados internacionales establecen que debe aplicarse la ley posterior más favorable.

Una posible respuesta a esta pregunta podría limitarse a poner de relieve la falta de coincidencia que se aprecia entre las razones fundantes del castigo del hecho simulado y del castigo del hecho de simularlo. Esto es correcto pero incompleto, y no explica la aplicación de las normas antiguas una vez que ha cesado su vigencia.

Esto último encuentra su causa en una particularidad de los tipos respectivos, vinculada a la función que desempeñan los elementos normativos (en sentido genérico) que los integran. En virtud de esa función, basta que estos elementos concurren al momento de ejecución de la conducta y no es necesario que además se configuren a luz de las normas vigentes al momento de la sentencia. Tanto la figura de simulación de delito como la de denuncia falsa, así como las de falsificación de dinero, bigamia y falso testimonio, por mencionar solo algunas, se satisfacen simplemente con que el hecho *haya sido* delito al momento de ser denunciado o simulado, o con que los billetes *hayan contado* como moneda de

curso legal en la época de su falsificación, que el individuo *haya estado* casado al contraer un segundo matrimonio y que la declaración del individuo *haya valido* como testimonio conforme a las reglas del juicio en que se prestó, respectivamente, todo ello al margen de lo que pudieran establecer las normas posteriores al respecto.

Lo que cabe preguntarse entonces es *por qué* el hecho de que la conducta haya reunido esos caracteres conforme a normas ya derogadas o modificadas es suficiente para afirmar su tipicidad en el presente. La razón es que tales caracteres determinan el *significado contextual* de la conducta.

Una de las características distintivas de las acciones humanas es que son sucesos interpretables, hechos a los que es posible atribuir un sentido a partir de las intenciones conocidas del agente o del contexto en que tienen lugar³⁶⁵. Por supuesto, también las normas que les son aplicables forman parte del trasfondo a partir del cual es posible asignarles significado. Aunque sea obvio decirlo, no es lo mismo que un cosa sea destruida por su propio dueño a que lo sea a manos de un tercero. Tampoco es igual que una persona contraiga matrimonio estando soltera o casada, o que para la realización de una determinada actividad cuente con el permiso requerido o carezca de él, y ello independientemente de que la ley castigue o no esa clase de comportamientos. Del mismo modo, quien conduce por una calle con un rumbo determinado realiza una conducta enteramente distinta si las normas vigentes establecen que el sentido de circulación es ese o el opuesto. Dicho brevemente, las normas vigentes proporcionan a esos actos un sentido que sencillamente no tendrían en su ausencia.

Todo ello surge de modo muy evidente cuando el punto de vista desde el cual se contempla una conducta es coetáneo a su ejecución, pero se torna más difuso cuando se adopta una perspectiva posterior y se incorpora a ese supuesto un cambio normativo en sentido favorable al imputado. Entonces el interés de conservar esa dimensión de sentido de la conducta entra en conflicto con el imperativo de retroactividad de los cambios benignos. Con todo, este es un conflicto aparente. La creación de nuevas disposiciones no pretende negar la validez del Derecho que viene a sustituir, por lo que la aplicación de aquellas a un hecho ocurrido durante un régimen pasado debe conciliarse con algún grado de recepción de los efectos de este. Cuando el *valor expresivo* de un acto depende del

³⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 156 y ss.

carácter atribuido a alguno de sus componentes, es indispensable prescindir de las variaciones posteriores que pudieran haberse introducido en el régimen respectivo.

Este fenómeno puede apreciarse con especial nitidez en el caso del delito de prevaricación (art. 446). Un breve examen de su texto pone de relieve que todos sus componentes deben ser determinados a partir de las reglas vigentes al momento de ser emitida la resolución injusta: la calidad de un individuo como juez, el valor de un acto suyo como sentencia o resolución en un caso concreto y sobre todo el carácter injusto de su decisión. Sería absurdo que el significado de esa conducta variara conforme lo hicieran las normas que el juez ha debido aplicar, porque la injusticia de una decisión jurisdiccional es evidentemente relativa al contenido del derecho que ha debido guiarla. Por lo tanto, el valor de esa conducta permanecerá atado a su contexto y aunque las normas respectivas varíen en el tiempo que transcurra hasta que se pronuncie sentencia sobre el delito de prevaricación, seguirá siendo su contexto de origen el único pertinente para asignarle sentido.

En cierto modo -que luego tendremos la oportunidad de precisar un poco mejor- el significado de una conducta que se construye a partir del carácter coetáneamente asignado a sus componentes forma parte de lo que podemos considerar su *identidad*. Esto se percibe fácilmente cuando deliberamos sobre la posibilidad de aplicar a un supuesto de infracción vial -una conducción a contravía, por ejemplo- una regla de tránsito diferente y posterior al hecho. Es evidente que cualquier intento que se haga por juzgar al conductor conforme a la nueva regla transformará su conducta en un comportamiento distinto, eliminando del análisis precisamente aquello que la hace lesiva y le confiere relevancia jurídicopenal. El significado de un acto de esa índole no consiste en "conducir de mar a cerro", si ese es el caso, sino en conducir "contra del sentido de circulación", y un significado como ese no puede ser aprehendido más que a partir del contexto normativo correspondiente. En el fondo, juzgar la conducta pasada según las normas viales del presente equivale en definitiva a no comprender *cuál* es la conducta que se juzga³⁶⁶.

Como es presumible, una enorme proporción de las conductas que interesan al derecho penal derivan su relevancia precisamente de los atributos que les son conferidos por el sistema coetáneo de reglas, por lo que no sorprende que para captar ese aspecto del hecho el tipo necesite referirse a la posesión de esos atributos en ese específico momento.

³⁶⁶ Sería como traducir una palabra buscando qué significa esa misma combinación de letras en otro idioma.

4. Determinación del carácter contextual de un elemento normativo

Si nos preguntamos ahora qué es lo que determina que un componente normativo desempeñe la función de denotar el significado que adquiere una conducta a partir de su contexto, la respuesta a este interrogante no vendrá dada por ningún giro lingüístico en particular, ni por ninguna consideración de orden gramatical. Es más, bien puede ocurrir que una misma expresión integrante de dos enunciados sintácticamente idénticos tenga, sin embargo, significado contextual en uno y no en el otro.

La contextualidad de un elemento normativo depende de cómo se conciba el injusto del que forma parte y de la función que se le asigne dentro de él. Más específicamente, un componente típico desempeña un papel contextual cuando hace referencia a un atributo normativo que el hecho ha de poseer al tiempo de la conducta, *independientemente de las condiciones bajo las cuales le sea atribuido*. Así ocurre cuando lo único que cuenta para un tipo es *el simple hecho* de que alguno de los componentes del acto haya poseído en el momento de su realización una cierta propiedad o condición normativa: v. gr. la de ajena, prohibida, casado, juez, etc.

La figura de simulación de delito puede servirnos nuevamente como ejemplo de lo que se acaba de señalar. Entendiendo que el desvalor de esa conducta reside en su capacidad para poner en marcha sin motivo el sistema de persecución penal, lo único que se requiere para la configuración del tipo es que el acto simulado posea el atributo que gatilla el deber de perseguirlo, es decir, que cuente como delito al momento de ser simulado, y ello completamente *al margen* de las razones por las que se le atribuya dicho carácter y al margen también de si en el futuro se le siga considerando del mismo modo. Análogamente, lo único que interesa para calificar a una conducta como constitutiva de un delito de falsificación de instrumento público es que el documento en cuestión tenga ese carácter, independientemente de las condiciones bajo las cuales le sea asignado.

Esta *fungibilidad* de los fundamentos de atribución de propiedades que la ley exige es un dato clave en la explicación de la ultractividad. El hecho de que para el tipo solo revista importancia la posesión de un atributo pero no las razones de su posesión, explica por qué un cambio posterior del régimen que fija esas condiciones deviene irrelevante desde el punto de vista de la configuración de aquel.

5. Estructura normativa de las remisiones contextuales

De acuerdo con ello, la ultractividad de las normas reenviadas por una remisión semidinámica tiene su origen en la función de caracterización contextual que desempeñan ciertos elementos típicos y en el carácter limitado del reenvío correspondiente a la mera posesión de una propiedad, con prescindencia de las condiciones a las que pueda estar asociada su posesión. En conjunto, esos factores permiten comprender la ultractividad de las normas de complemento a partir de la necesidad de recurrir a las reglas coetáneas a una conducta para captar la dimensión en que ella resulta lesiva para los bienes jurídicos.

Sin embargo, esta sigue siendo una explicación tan solo parcial de este fenómeno, en la medida en que todavía no nos permite apreciar con suficiente claridad cómo una calificación realizada conforme a normas derogadas podría ser validada en el marco de un sistema que ya no las reconoce y que además contempla disposiciones distintas para ese mismo fin. En ese sentido, no es en absoluto evidente que la sola posesión en el pasado de ciertos atributos pueda determinar la necesidad de penar un hecho en el presente. Por otra parte, dicha explicación tampoco muestra qué clase de conexión entre las normas haría posible que los tipos portadores de elementos contextuales fuesen completamente indiferentes a las condiciones de asignación de las propiedades exigidas por ellos, al mismo tiempo que las reglas que fijan esas propiedades serían de todas formas indispensables para la determinación de la tipicidad de una conducta.

Abordaremos todas estas cuestiones analizando la estructura normativa de los elementos contextuales. Ello nos permitirá definirlos con mayor precisión como *remisiones intersistemáticas de estatus*.

5.1. Intersistematicidad

Para examinar las relaciones entre temporalidad y contextualidad, así como la posibilidad de recurrir a reglas de complemento ya sustituidas y asignar valor presente a la configuración de ciertos elementos normativos en el pasado, debemos considerar más de cerca cómo opera un componente contextual desde el punto de vista normativo. Para ello, la vía más directa es coger un enunciado que nos sirva como base para modelar los presupuestos de la contextualidad. Tomemos un precepto como el que castiga la complicidad:

"el que coopere a la ejecución de un delito será..."

Este enunciado admite dos lecturas. Podemos entender que incurre en complicidad el que colabora en un hecho que es constitutivo de delito *al momento de la cooperación*, o bien interpretar que es cómplice el que coopera a la ejecución de un hecho cualquiera que sea delito *al momento de la sentencia*. Por descontado, también conforme a esta última acepción será necesario que el hecho en el que se participe haya sido delito al momento de la cooperación porque así lo exige el principio de irretroactividad, pero ello no impide constatar -y esto es importante recalcarlo- que ambas opciones interpretativas difieren de modo relevante en lo tocante a la razón por la cual se impone un castigo al cómplice en cada caso.

Desde luego, la segunda interpretación es la correcta y define una de las diferencias entre la complicidad y el encubrimiento. Pero podemos suspender nuestro juicio al respecto para apreciar mejor qué es lo que ocurre a nivel semántico cuando escogemos una alternativa o la otra. Si optamos por la primera, como hace la ley en el encubrimiento, y consideramos que lo que importa es que el hecho en que se ha intervenido haya sido delito al momento de la cooperación, habrá que concluir que una eliminación posterior de su carácter delictivo no tendría por qué beneficiar al colaborador, pues lo relevante para esta concepción de la complicidad no es la calificación actual del acto concreto al que se coopera sino el carácter que este posea al momento de la cooperación. En el mismo escenario, la otra opción interpretativa -que es la correcta tratándose de formas de participación- nos conduce en cambio a la conclusión opuesta, pues dado que para ella lo decisivo es cuál sea la calificación actual del acto al que se preste apoyo, es indudable que la derogación de la figura típica principal tendrá que beneficiar retroactivamente al cooperador.

Como se puede apreciar, el referente de la conducta del agente -el hecho al que va orientada su actividad- también es distinto en un caso y en el otro. En el primero es un hecho dotado de un cierto carácter, un carácter que el colaborador tendría además que captar de alguna manera para que fuese posible atribuirle dolo -tal como se exige en el caso del encubrimiento-, mientras que en el segundo el referente de la conducta del cooperador vendría dado por el mismo suceso pero con abstracción de su carácter delictivo, quedando este último aspecto supeditado a lo que dispongan las normas vigentes al momento de la sentencia. Ciertamente, como dijimos, será necesario que este hecho también haya sido delito al momento del acto, pero ya no será preciso que el individuo haya captado ese atributo para imputarle una colaboración dolosa.

Lo que nos interesa en este momento es dilucidar qué es lo que cambia exactamente en el significado de "delito" cuando interpretamos la complicidad de una u otra manera. Superficialmente el enunciado sigue siendo el mismo, pero lo cierto es que el sentido de "delito" cambia en un caso y otro de un modo tal que da lugar a la aplicación de reglas diferentes bajo una hipótesis de sucesión de normas. Lo que varía es la perspectiva de apreciación de ese término: en un caso "delito" significa "delito en el sistema coetáneo al hecho" y en el otro significa lo mismo pero en el sistema vigente al momento de la sentencia. Si hablamos de *sistema*₁ y *sistema*₂, podemos hablar entonces de *delito*₁ y *delito*₂ para aludir en forma simplificada al significado de esa expresión en cada sistema y reescribir el enunciado resultante de cada interpretación del siguiente modo:

1) *S*₂: "el que coopere a la ejecución de un delito₁ será..."

mientras que la otra da lugar a:

2) *S*₂: "el que coopere a la ejecución de un delito será..."

Formulados así, ambos enunciados dicen cosas diferentes. Mientras que uno de ellos (2) se mantiene dentro de las coordenadas temporales del sistema al que pertenece, (1) contiene en "delito" una remisión intersistemática en razón de la cual es preciso buscar el significado de ese término en el marco de otro sistema (*S*₁).

Ahora bien, esta es en todo caso una presentación simplificada de las consecuencias semánticas de una y otra interpretación, en dos sentidos. Por una parte, no se trata en realidad de *S*₁ y *S*₂, sino respectivamente del *sistema del hecho* (*S*_h) y del *sistema de la sentencia* (*S*_s). Por lo mismo, es perfectamente posible que entre ambos se interpongan uno o más sistemas distintos, o bien que coincidan, por no haberse producido modificaciones normativas entre el hecho y la sentencia, que es lo que ocurre en la mayoría de los casos. En este último supuesto naturalmente no habrá ultractividad, pero solo a causa de un motivo contingente, cual es que *S*_h y *S*_s sean a fin de cuentas el mismo sistema.

El segundo sentido en que los enunciados expresados más arriba son una simplificación concierne a la vigencia de las normas en *S*₁. No es exacto decir que la remisión que envuelve *delito*_h implica que haya que buscar el significado de ese término en las normas de ese sistema en particular. Pues dado que -como veremos con más detalle enseguida- las remisiones contextuales son hechas al estatus de que goza un determinado componente en un momento dado, es perfectamente

posible que la posesión de un atributo en ese momento derive de normas pertenecientes a un sistema anterior.

Tomemos el caso del delito de bigamia. En lo medular, el enunciado de ese tipo puede reformularse como:

S_5 : El que [contraiga matrimonio]_h [encontrándose casado]_h

Sin embargo, mientras el primer componente entre corchetes reenvía a las normas de S_h sobre la celebración del matrimonio, el segundo alude a una condición matrimonial *válida* en S_h pero que puede haberse contraído bajo un sistema distinto. De modo que si hiciéramos una presentación cronológica de los sistemas concernidos por ese tipo en un caso de configuración de los elementos típicos en sistemas consecutivos podríamos eventualmente encontrarnos con:

S_3 : El que [contraiga matrimonio]₂ [encontrándose casado]₁

lo que retrata una situación que se presenta con bastante frecuencia en muchos otros delitos (piénsese, por ejemplo, en la prevaricación: el sistema de normas aplicable a un contrato puede no encontrarse vigente al momento de la sentencia, y haber cambiado tanto esas disposiciones como el régimen procedimental al momento del fallo).

La intersistematicidad de las remisiones contextuales permite resolver sin mayores dificultades buena parte de las dudas planteadas más arriba. En primer término deja en claro que la ultractividad en este caso no es el resultado de la aplicación de una metarregla (sobre aplicación de las leyes penales en el tiempo) a un supuesto de sucesión de normas³⁶⁷, ni tampoco la consecuencia de un supuesto carácter temporal de las disposiciones modificadas, sino el resultado de que el tipo aplicable al acto remita rígidamente al significado de un término en el sistema de normas imperante al momento del hecho. También explica -aunque de un modo que habrá que complementar enseguida- la paradoja de la validación del empleo de un sistema de complemento derogado para la afirmación de la tipicidad de un hecho en el presente: no son las normas derogadas las que extienden su vigencia al sistema que les sigue, sino que es el tipo penal vigente el que se retrotrae a esas disposiciones al hacer referencia al sistema de normas coetáneo al hecho. Por lo tanto, de cara a un tipo dotado de elementos contextuales, un hecho ejecutado en

³⁶⁷ En el sentido de que no necesitamos recurrir a nada distinto del tipo para conferir aplicación a las normas del sistema del hecho.

el pasado bajo normas actualmente derogadas posee, en función de su sistema de referencia, exactamente el mismo significado normativo y origina en principio las mismas necesidades de castigo que un hecho ejecutado en el presente.

5.2. Referencia al estatus y formulación normativa

El solo hecho de que un tipo remita a las normas de S_h es insuficiente sin embargo para explicar la contextualidad, porque cualquier referencia a las normas de un sistema queda expuesta a los cambios que esas normas puedan experimentar. Es decir, nada impide que las disposiciones reenviadas sean sustituidas refutatoriamente por otras más favorables al imputado y que, en caso de serlo, tengan que ceder a la aplicación retroactiva de estas. En sí misma, la intersistematicidad es compatible con cualquier remisión dinámica.

La función que cumplen los elementos contextuales supone entonces una forma de interacción de los enunciados que sea capaz de neutralizar la retroactividad y de articular la idea de que el significado de esa clase de componentes no solo queda referido al sistema del hecho, sino completamente *relativizado* a él. Esta relativización, sin la cual es imposible conservar el significado contextual de una conducta o de sus componentes en el futuro, se obtiene a través de un reenvío que podemos denominar como *remisión de estatus*. Por tal hay que entender una remisión que se encuentra estrictamente limitada al *efecto* de las normas que atribuyen una cierta propiedad y para la cual las condiciones determinantes de esas propiedades resultan completamente indistintas.

La intercambiabilidad de las normas alcanzadas por una remisión de estatus no es lo mismo que la apertura que es propia de toda remisión dinámica. Es verdad que las remisiones dinámicas se encuentran abiertas a los cambios que puedan introducirse en las normas reenviadas y que en ese sentido ellas aceptan indiferenciadamente cualquier contenido que estas puedan llegar a tener. Pero entre ambas clases de remisiones existe una diferencia que difícilmente puede ser sobrevalorada, pues mientras una remisión dinámica supone que la norma reenviante *incorpora a su propio enunciado* cualquier formulación que la norma reenviada pueda adoptar en el futuro, una remisión semidinámica o de estatus solo puede cumplir su función si se mantiene una nítida distinción entre ambas normas.

Esa separación entre el enunciado que describe el acto delictivo y las normas de asignación de estatus en el sistema del hecho se aprecia con bastante claridad en casos como el de la simulación de delito, cuya neutralidad frente a lo que pueda o

no constituir delito en un momento dado ya tuvimos ocasión de examinar párrafos más arriba, como también en el de la prevaricación, cuya remisión al carácter injusto de una sentencia sería imposible de articular bajo un esquema de incorporación al tipo de la totalidad de la legislación capaz de suscitar conflictos judicializables.

Esta escisión de ninguna manera implica desconocer que para la aplicación del tipo haya que recurrir a las normas de asignación de estatus del sistema del hecho. Al contrario, la contextualidad deriva su razón de ser de la necesidad de atender a esas normas sin posibilidad de reemplazo ulterior. Pero el hecho de que sea preciso acudir a las normas de S_h en un caso concreto no implica una incorporación de esas normas al tipo, ni tampoco alguna forma de incorporación a S_s y, por esa vía, al tipo que formula el reenvío. En ese sentido, las normas del sistema reenviado en virtud de una remisión de estatus se encuentran en una posición similar a la que ocupan las normas de un sistema jurídico de un país cuando el ordenamiento de otro estado se remite a él para la resolución de un asunto de derecho internacional privado. Es obvio que será necesario considerar aquellas normas para resolver la disputa suscitada, pero de ninguna manera significa que las normas de un país se incorporen a las del otro.

La no incorporación de la norma reenviada al tipo reenviante es además una condición indispensable a la luz del principio de coherencia. Pues, dado que a través de un elemento contextual el tipo remite a un número indeterminado de sistemas, y que estos podrían establecer distintas condiciones de asignación de ese atributo, se sigue de ello que si todas ellas formaran parte de la norma que formula el reenvío esta última quedaría formulada como un enunciado contradictorio, integrado por un conjunto contrapuesto de condiciones referidas a un mismo carácter. Este problema no afecta a las remisiones dinámicas a secas, porque en este caso el propio enunciado del tipo cambia con cada variación de esos presupuestos. Por esa razón nunca llega a estar conformado en S_s por un conjunto contrapuesto de condiciones de estatus respecto de un mismo atributo, sino solo por uno, el que esté vigente al momento de la sentencia. Es posible, no obstante, que si el cambio operado redundaba en un mayor gravamen punitivo para el imputado haya que aplicar las normas de complemento vigentes en el sistema del hecho. Pero la circunstancia de que se presenten esas dos opciones supone un conflicto de normas que se resuelve a favor de la que se encontraba vigente en S_h , por aplicación del principio de irretroactividad, como metacriterio de conformación del conjunto de reglas aplicables a un caso. Es decir, en estos supuestos la norma penal es siempre

una sola y posee el significado que le proporcionen las reglas de complemento del sistema a que pertenece, a diferencia de lo que ocurre con un tipo portador de elementos contextuales que en un mismo instante de aplicación (S_s) hace referencia simultáneamente a distintos sistemas jurídicos.

Esto podremos verlo con claridad si volvemos a comparar el significado de "delito" en la complicidad y el encubrimiento:

a) Si A coopera a la ejecución de un hecho que no es delito en S_h pero que sí lo es en S_s , tenemos dos normas sucesivas que sobre un mismo caso dicen cosas distintas -una de las cuales niega que haya complicidad punible y la otra lo afirma-, suscitándose un conflicto que se resuelve con ayuda de una metarregla temporal que impide que en un caso como ese la ley posterior prime por sobre la más antigua. En cambio, si A encubre un hecho que no era delito en S_h pero que sí lo es en S_s , sin duda que también tendrá que ser absuelto, pero lo será por una razón distinta como es que su conducta no realiza ningún tipo penal, ni en S_h ni en S_s . El tipo de encubrimiento no ha cambiado, porque "delito" en ese enunciado remite al *estatus* del acto encubierto en S_h , y sea que nos situemos en un sistema o en otro la conclusión a que arribaremos será la misma: en S_h el acto encubierto no era delito, por lo que su conducta no puede ser constitutiva de encubrimiento bajo las normas de ningún sistema (a menos, claro, que se modifique el propio carácter de la remisión del tipo de encubrimiento para transformarla en una remisión dinámica cualquiera).

b) Por el contrario, si A coopera a un hecho que es delito en S_h pero no en S_s , el mismo conflicto de normas se resuelve aquí a favor de la ley más reciente. En cambio, si A encubre un hecho que es delito en S_h pero no así en S_s , no podrá librarse de la condena porque acá no se presenta un conflicto de normas que se resuelva en función de la favorabilidad. Ese conflicto no llega a plantearse en razón de que también para el tipo de encubrimiento en S_s solo es relevante el carácter que haya tenido el hecho encubierto en S_h .

6. Función de las normas reenviadas

6.1. Sistema del hecho y caracterización de la referencia del tipo

Una parte fundamental, entonces, de la explicación del funcionamiento de las remisiones contextuales reside en la falta de pertenencia de las reglas de complemento al enunciado que efectúa el reenvío. Pero dado que eso evidentemente no significa que no deban ser tomadas en cuenta, sino al contrario, que las reglas complementarias de S_h son insustituibles por otras posteriores para la determinación de la tipicidad del hecho, ha de aclararse cuál es exactamente la relación en que se encuentran esas reglas y el tipo reenviante. Sabemos que no pertenecen al tipo, pero necesitamos saber positivamente qué conexión tienen con él.

A menudo se destaca que dar con una descripción que condense los caracteres que hacen desvaliosa a una clase de comportamientos y que combine además la amplitud y la precisión que son necesarias al definir una hipótesis de castigo, puede resultar bastante difícil. Siendo eso verdad, es probable que la segunda fase de la tarea que cumple un tipo, la de servir de criterio de descripción de una conducta concreta en función de sus circunstancias reales, sea más compleja todavía. Incluso la aplicación de un enunciado aparentemente tan simple como "matar a otro" puede requerir la intervención de toda una serie de criterios (de imputación objetiva) para dilucidar si es posible atribuir ese específico significado a un suceso humano cualquiera. Por simple que nos parezca el término, "matar" envuelve en realidad una descripción compleja, muy distinta de "subir un brazo" o "girar la cabeza", por ejemplo. Supone un estado de cosas inicial y uno final en el que al menos una persona haya perdido la vida, y supone además que ese cambio sea una consecuencia atribuible a un defecto normativo específico de la conducta del agente. Si se dan las condiciones necesarias para ello, diremos que el agente *mató* a otro sujeto, y por lo tanto que el enunciado descriptivo que contiene el tipo de homicidio es *verdadero* en su caso.

Exactamente lo mismo ocurre cuando se analiza una conducta a la luz de un tipo portador de elementos contextuales, con la sola diferencia de que aquí el contexto incluye la consideración de ciertas normas. Para que la proposición que contiene el tipo sea verdad en un caso concreto es preciso que el hecho reúna los atributos normativos necesarios para ello. Pero, como sabemos, la posesión de los atributos contextuales no puede ser decidida aplicando directamente el enunciado típico sino

que requiere la intermediación de otras normas. En lugar de completar el enunciado del tipo, lo que esas normas hacen es conferir atributos a un hecho que luego será confrontado con aquel. Su función, por tanto, no está conectada con el tipo en el nivel de la conformación de su sentido, sino que conecta con él en el otro extremo de la relación semántica: contribuyen a caracterizar su referencia³⁶⁸.

Es un error pensar, por tanto, que todas las normas que se utilizan en la identificación de un supuesto típico concurren en el mismo plano, porque algunas de ellas pueden presuponer ya la aplicación de las otras y referirse únicamente a actos, personas u objetos que cuenten de antemano con alguna cualidad que estas les hayan conferido. Eso es natural que ocurra en cualquier sistema normativo que alcance un cierto nivel de complejidad, y podemos considerarlo un fenómeno trivial en todas las ramas del derecho vigente en la actualidad. Si una legislación establece un determinado régimen contable de aplicación para las sociedades anónimas, presupone al hacerlo todo un estatuto que prevé la existencia de personas jurídicas, que distingue entre diversos tipos de sociedades y que asigna a algunas de ellas la calidad de anónimas en función del cumplimiento de ciertos requisitos. Del mismo modo, si se prevén efectos específicos para los contratos bilaterales, ellos serán aplicables en general a todos los contratos que posean la bilateralidad como una de sus propiedades. Y aunque en un momento dado pudiésemos enumerar exhaustivamente todos los contratos que posean esa cualidad, no hay por qué suponer que la norma respectiva se refiera a esa enumeración, ni a ninguna otra en el pasado o en el futuro, pues de cara a ese precepto ninguna modalidad contractual es distinta de otras como no sea, precisamente, por poseer el atributo de bilateralidad que justifica la aplicación de ciertas instituciones.

También en Derecho penal esto es algo que se da con mucha frecuencia, pues en general este sector del ordenamiento no construye por sí mismo las relaciones jurídicas que otorgan significado lesivo a ciertos comportamientos, sino que las

³⁶⁸ Cuando un tipo como el del art. 457 se refiere a *infracción penal_h*, en el fondo se refiere a *infracción penal_{1,2,3,...n}*, es decir, a un número indeterminado de sistemas que a su vez nos conducen a una multiplicidad de condiciones de atribución de estatus eventualmente inconciliables entre sí. Desde luego, el sentido de *infracción penal_h* no incorpora todas esas condiciones, sino que el sentido de ese término queda estrictamente limitado a la propiedad que nos permite reconocer en cada sistema que un hecho es constitutivo de delito. En otras palabras, el sentido de "infracción penal" en el tipo de simulación de delito es "cualquier conducta que sea sancionada con una pena" y no el listado variable de comportamientos al que la identificación de esa propiedad nos conduzca.

toma de los sectores de donde ellas surgen, aun cuando pueda apartarse de su sentido originario en atención a sus finalidades específicas. La vía por la cual se incorporan esas relaciones a las correspondientes figuras de delito son los elementos normativos del tipo, y la modalidad que generalmente adoptan es la de un componente contextual del hecho, como lo ponen de manifiesto los ejemplos que hemos ido dando a lo largo de este capítulo.

En el marco de cada sistema, esos conceptos aluden a supuestos específicos que son determinados por intermedio de las normas que rigen esas relaciones o atributos. Eso genera en el ámbito designado por el elemento normativo contextual una correferencialidad entre el tipo y las normas que lo complementan, pero no una sinonimia completa evidentemente. "Delito_h" en la figura de encubrimiento -cabe insistir- significa "cualquier conducta sancionada con una pena en el sistema del hecho" y no un conjunto *determinado* de comportamientos en particular, de modo que la legislación punitiva vigente en S_h proporciona la referencia de "delito_h"³⁶⁹.

Mediante las remisiones contextuales el sistema penal gana enormemente en flexibilidad y adaptabilidad de sus normas. Porque mientras el sentido de los términos que operan esas remisiones permanece intacto, su referencia varía constantemente en función de los cambios que se introduzcan en las normas destinadas a intermediar en la selección de los casos a los que el tipo puede ser aplicado. Y por otra parte, la conducta, una vez ejecutada, seguirá siendo una instanciación del tipo exactamente *de la misma manera como un comportamiento actual realizaría sus términos*, sin importar que las normas de referencia bajo las cuales se ejecutó hayan dejado de tener vigencia. Gracias a la función desempeñada por esas remisiones podemos decir, por ejemplo, que no hay diferencia alguna entre una prevaricación cometida hoy mismo y una cometida hace dos años al inaplicar por ejemplo disposiciones del Código civil eventualmente derogadas en el tiempo intermedio.

Es claro entonces que las conductas que quedan incursas en un tipo portador de elementos contextuales tienen con él una relación mediada, y que en este sentido poseen no una, sino dos relaciones normativas: una con el sistema de referencia que

³⁶⁹ Gráficamente, podemos pensar esto como si fuese una imagen filtrada por un sistema de lentes. El sistema de referencia puede ser imaginado como una lente interpuesta entre los hechos y el tipo penal, de la que depende la imagen que ellos proyectan hacia el tipo. Si se dan las condiciones adecuadas, el suceso adquirirá exactamente el significado previsto en la descripción típica y podremos decir que el tipo es verdad en su caso.

les confiere un determinado estatus y otra con el tipo que las capta precisamente en esa dimensión. Por su parte, entre el tipo y las normas que constituyen el sistema del hecho existe también una relación muy definida, que puede ser caracterizada como una relación de dependencia. En el marco del concepto contextual de que se trate, el tipo depende de un sistema de disposiciones que, mediante la cualificación de ciertos hechos, le proporcionen su referencia.

En razón de ello, los tipos portadores de elementos contextuales pueden ser concebidos como descripciones definidas, es decir, como enunciados de clase que agrupan a otras clases independientes. Con ello quiere decirse que describen una determinada clase de sucesos aludiendo a propiedades que a su turno se comportan como (sub)clases que obedecen a sus propias reglas de determinación. Correspondientemente, un hecho queda incurso en la clase delictiva en razón de satisfacer todas sus subclases y no pierde esa condición porque se altere (aun refutatoriamente) el criterio de integración de una subclase, pues el criterio (de lesividad) conforme al cual la clase agrupa a las subclases es independiente de los criterios de conformación de las subclases y hace abstracción de ellos.

6.2. *Extratipicidad de las condiciones de estatus. Significado pretípico del hecho*

Ahora bien, la separación que media, según hemos podido constatar, entre un tipo integrado por elementos contextuales y las normas del sistema de referencia respectivo nos permite distinguir con claridad dos ámbitos o niveles de atribución de significado. Podemos hablar de un significado contextual o *pretípico* de la conducta y de su significado propiamente típico. El primero, que es denotado por el elemento normativo que reenvía al estatus de la conducta en el momento del hecho, depende por completo de las condiciones de asignación de ese atributo previstas en las normas de ese sistema. Estas normas constituyen por su parte un conjunto independiente de disposiciones cuya función se limita a proporcionar la referencia del término normativo y no forman parte ni del enunciado del tipo ni de la valoración penal del hecho, como lo pone de manifiesto la completa fungibilidad que, desde el punto de vista del tipo, caracteriza a las condiciones de estatus que ellas contemplan. Podemos decir, entonces, que lo que las reglas del sistema del hecho aportan al injusto son las *condiciones pretípicas de afirmación de la referencia del tipo*, es decir, las condiciones extratípicas que han de cumplirse para que el suceso pueda ser descrito con los términos de aquel. Por lo tanto, que una conducta reúna efectivamente esas condiciones en el instante de su realización es un presupuesto de la aplicación del tipo.

7. Elementos contextuales e integridad del tipo

Correspondientemente, los tipos formados por elementos contextuales y que por consiguiente remiten al estatus de una conducta al momento del hecho, son tipos que desde el punto de vista de su sentido deben ser considerados como enunciativa y valorativamente *completos*. Las descripciones que ellos contienen deben ser entendidas como *descripciones de segundo nivel*, vale decir, como descripciones que se aplican a hechos que ya poseen un significado específico atribuido por el propio sistema jurídico³⁷⁰.

La circunstancia de que su referencia quede relativizada a lo que dispongan las normas del sistema del hecho no se opone a esa consideración sino que la refuerza, pues lo único que ella significa es que el término normativo empleado en el tipo denota el estatus de la conducta y nada más, y que las condiciones de las que este pueda depender constituyen para el tipo un conjunto indiferente e intercambiable de supuestos.

8. ¿Son remisiones las remisiones contextuales? Sistema de complemento y sistema de referencia

Conforme a lo dicho, las remisiones contextuales no son en verdad remisiones, o al menos no lo son en el sentido usual del término. Ellas designan un carácter jurídico del hecho y remiten en forma oblicua o indirecta a las normas pertinentes para establecer su concurrencia sin predeterminedar en absoluto cuáles sean esas reglas o su contenido.

Por lo mismo, es impropio considerar a estas normas como *reglas de complemento* del tipo. Ni lo completan, ni tienen tampoco la función de atenerse a alguna especie de marco típico para la regulación del estatus que ellas atribuyen. En ese sentido, hablar en tales términos es casi tan impropio como decir que las disposiciones del Código penal francés complementan las normas españolas sobre extradición. Dada su función, las normas aludidas por una remisión contextual constituyen más bien un

³⁷⁰ Esto no es lo mismo que ser un hecho institucional, entre otras razones porque esta última es una condición fija mientras que la propiedad que aquí se ha descrito es variable, como lo demuestra la función de "delito" en la complicidad y el encubrimiento.

sistema de referencia para la determinación de las propiedades normativas de la conducta realizada.

9. Vigencia y validez del sistema de referencia

La función que asume el sistema de referencia de un elemento contextual echa también luz sobre otro de los interrogantes formulados más arriba, esto es, sobre cómo puede valer en el presente una caracterización efectuada sobre la base de normas ya modificadas o derogadas.

Aunque las remisiones que esos elementos envuelven son remisiones intersistemáticas, no es obvio que la aplicación de un tipo pueda descansar sobre la utilización de normas que han perdido su vigencia a raíz de que otras más favorables han venido a sustituirlas refutatoriamente. La explicación de que esto sea posible se encuentra tanto en el carácter oblicuo de las remisiones contextuales como en la continuidad del orden jurídico. Como acabamos de ver, esta clase de remisiones no designa directamente un conjunto de normas sino que denota una propiedad determinada por reglas que una persona, un acto o una cosa ha de poseer en el momento de realización de la conducta típica. La tipicidad del hecho depende entonces de que en ese momento sus componentes hayan poseído las propiedades relevantes y de que además esa calidad pueda serles reconocida en el marco del sistema en el que la sanción se aplica. La continuidad del orden jurídico garantiza ese reconocimiento.

Desde el punto de vista dinámico el derecho de un Estado puede ser visto como una secuencia de sistemas estáticos de normas que, pese a sucederse en el tiempo y reemplazarse unos a otros, forman parte de un único macrosistema (el *orden jurídico*) sujeto a variaciones instituidas a través de sus mecanismos de cambio³⁷¹.

³⁷¹ Utilizo la denominación *orden jurídico* como sinónimo de *sistema jurídico en sentido dinámico*, siguiendo la nomenclatura planteada por ALCHOURRÓN y BULYGIN en "Sobre el concepto de orden jurídico", p. 393 y ss. Allí se distingue, siguiendo una idea ya desarrollada por RAZ en *The concept of Legal System*, entre una noción estática y una noción dinámica de orden jurídico. En su dimensión estática (sistema normativo) ese orden está integrado por todas las normas vigentes en un momento dado (esto es, por todas las normas de base, identificadas conforme a criterios procedimentales de reconocimiento, y por todas las normas lógicamente derivadas de ellas); en su dimensión dinámica, en cambio, ese orden está integrado por todas las normas que han formado parte de él durante sus distintas fases. Obviamente, la palabra *orden* no significa lo mismo en ambos casos, pues se la emplea con mayor abstracción en el segundo. Un orden, como conjunto de normas, no puede seguir siendo el mismo luego de incorporar nuevos componentes o perder algunos de los que tenía. Un orden jurídico

Ahora bien, una de las consecuencias de ese carácter unitario es precisamente la preservación de los efectos establecidos en virtud de la aplicación de los sistemas anteriores, lo cual constituye un ingrediente indispensable de la estabilidad de las relaciones jurídicas y un corolario de la inclusión de todos esos sistemas bajo un mismo fundamento de validez. Las cosas adquiridas por una persona bajo un régimen dominical, por ejemplo, siguen perteneciéndole aunque luego ese régimen se modifique, y en general los actos jurídicos realizados bajo unas reglas siguen valiendo como tales aunque estas sean reemplazadas posteriormente³⁷². Por

en sentido dinámico aparece, entonces, como una *secuencia de sistemas* normativos (momentáneos) que se suceden en el tiempo, cuya unidad "estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia" (*Análisis Lógico y Derecho*, p. 397). De acuerdo con todo ello, el derecho puede ser considerado como "una secuencia de conjuntos de enunciados comprensivos de algunas normas coactivas, clausurados bajo la noción de consecuencia, que se suceden en el tiempo con cada acto válido de promulgación o derogación, y donde la unidad en la faz dinámica se mantendría en la medida en que se preserve la legalidad de tales actos de variación normativa" (RODRÍGUEZ, "La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos", p. 247).

³⁷² Naturalmente, ello implica que para la decisión de ciertos casos es preciso considerar reglas que ya no pertenecen al sistema en que se dicta la sentencia. Por tal motivo es importante distinguir entre la *validez* y la *aplicabilidad de una norma*. La validez, en el sentido de pertenencia de una norma al sistema de reglas, normalmente es una condición suficiente para su aplicación a los casos comprendidos dentro de su espectro, pero no es una condición necesaria para ello. La aplicabilidad de una norma es una función de su poder para justificar una decisión institucional (NAVARRO/ORUNESU/RODRÍGUEZ/SUCAR: "Applicability of Legal Norms", p. 342). En ese sentido, tanto el derecho penal -a través de los supuestos de ultractividad de normas derogadas o modificadas- como el derecho internacional privado -al conceder aplicación al derecho de otros estados- proporcionan ejemplos muy claros de aplicación de normas que ya no pertenecen al sistema o que nunca han pertenecido a él. En "Tiempo y Validez" (*Análisis Lógico y Derecho*, pp. 195-214) BULYGIN concibe los criterios de aplicabilidad como normas que imponen a los jueces el deber de aplicar otras normas, considerándolas como normas de tercer nivel, después de las reglas primarias y secundarias en la terminología de HART (p. 204). Este planteamiento ha sido cuestionado por MENDONCA, a partir de argumentos del propio BULYGIN sobre el carácter excluyente de la clasificación entre reglas conceptuales y normas de conducta, sosteniendo que es preciso considerar por separado los criterios que permiten discriminar qué normas son aplicables a un caso de las normas de conducta que imponen el deber de aplicar las normas así seleccionadas a un caso concreto. Un resumen de esta discusión puede verse en BULYGIN/MENDONCA: *Normas y sistemas normativos*, p. 69 y ss. En cuanto al significado de que una norma sea "aplicable" a un caso, FERRER y RODRÍGUEZ sugieren la posibilidad de explicar esa noción a partir de sus consecuencias: "Una norma es aplicable, según un sistema jurídico S_j , a un caso c , si una decisión jurídica de aplicación del derecho que esté fundamentada en esa norma es una decisión justificada según el sistema jurídico S_j " (FERRER, Jordi y RODRÍGUEZ Jorge, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, p. 67).

lo tanto, cumplidas unas condiciones de asignación de estatus en S_h ³⁷³, su reemplazo por otras no representa un impedimento para que al portador le sea reconocida su condición institucional durante S_s ³⁷⁴.

10. Origen de la ultractividad de las normas derogadas: el carácter cerrado de la norma reenviante y la función extensional de la norma reenviada

Habiendo identificado ya los presupuestos normológicos de una remisión contextual, podemos volver ahora a la distinción planteada más arriba entre remisiones dinámicas y semidinámicas para tratar de afinarla un poco más a partir de lo que hemos podido averiguar acerca de ellas.

³⁷³ La posesión de ese estatus sí podría verse afectada, en cambio, por una decisión anulatoria. Si un reglamento fuese dejado sin efecto, por ejemplo en razón de su contrariedad al principio de jerarquía, sus normas dejarían de formar parte tanto del sistema en el que se originaron como del orden jurídico en su conjunto. Esto conduce a que las soluciones que haya que dar en casos de derogación o modificación de normas sean distintas de las que corresponde dar en los casos de anulación, pues en estos supuestos nunca puede haber ultractividad. La aplicación de esto al delito de fraude fiscal, por ejemplo, supuesto que se estime que la pretensión tributaria que lo integra tenga un carácter contextual, conduce a reconocer efecto ultractivo a las modificaciones que se introduzcan sobre tasas o reglas de determinación impositiva, y a descartar esa posibilidad en el supuesto de que se declare la inconstitucionalidad de una ley o la nulidad de un reglamento en cuyas normas se fundaba la pretensión impositiva. Coincidiendo en las consecuencias, PIÑA GARRIDO, "La retroactividad de la ley penal más favorable en los delitos contra la Hacienda Pública", p. 280 y ss.

³⁷⁴ Siendo así, podría pensarse que la explicación de las remisiones contextuales no requiere de la hipótesis de la intersistematicidad. Cabría suponer, en efecto, que la conservación del significado institucional de un hecho de un sistema a otro, en virtud de la unidad del orden jurídico, sería suficiente para afirmar su tipicidad pese a la modificación de las normas de complemento del tipo, sin necesidad de suponer que este último efectúe un reenvío rígido a un *determinado* sistema de referencia. Bastaría con que el tipo designase la propiedad en cuestión como un mero estatus, independientemente de sus condiciones de asignación. Sin embargo, ese esquema de explicación es insuficiente. Lo es, fundamentalmente porque en el marco de un sector del sistema jurídico regido por el principio de retroactividad de las modificaciones favorables no puede dar cuenta de la necesidad de considerar ultractivamente el significado institucional de un acto, cuando el nuevo sistema *lo rechaza*, que es, precisamente, lo que ocurre cuando se elimina por ejemplo el carácter delictivo de un comportamiento. En virtud de un cambio como ese habría que afirmar que en S_2 no es admitido el estatus que el sistema precedente le otorgaba a ese acto. Pero en realidad sí lo es, porque S_2 posee un tipo que remite al sistema del hecho al castigar la simulación de delito.

Como sabemos, desde el punto de vista temporal las remisiones contextuales combinan características propias de las remisiones dinámicas y las estáticas, porque si bien reenvían a cualquier contenido que la norma enviada pueda tener en el futuro, se transforman en estáticas en cuanto la conducta tiene lugar, en el sentido de que a partir de ese momento y en lo sucesivo su referencia pasará a identificarse rígidamente con el elemento que haya poseído el atributo en cuestión, conforme a las exigencias planteadas por la norma remitida al momento del hecho y sin consideración de los cambios que pudieran habersele introducido con posterioridad.

Como vimos, esta última característica, la de reenviar rígidamente al estatus de la conducta en el momento del hecho, tiene su origen en una peculiaridad semántica del reenvío que no queda captada en los márgenes de una clasificación que solo atiende a si la norma reenviante singulariza el enunciado al que entiende hecho el reenvío o bien acepta cualquier formulación futura de la norma reenviada. Lo cual significa que, en rigor, las remisiones semidinámicas no son una categoría intermedia entre las dinámicas y las estáticas, sino que son el resultado de combinar esta última distinción con un criterio clasificatorio que apunta en cambio a diferenciar entre lo que podemos llamar una remisión *abierta* y una remisión *cerrada*.

En efecto, el origen de aquella rigidez sobreviniente se encuentra en una limitación del reenvío, en virtud de la cual la norma reenviada es llamada a aportar al tipo su referencia pero no su sentido. De modo que aun cuando será necesario emplear ambas normas para determinar la tipicidad de una conducta, ello no implica que el tipo haga suyos los criterios de atribución de estatus contenidos en las disposiciones de complemento³⁷⁵. El papel de estas disposiciones queda circunscrito a proporcionar información sobre si la conducta poseía o no un determinado atributo jurídico al momento de ser ejecutada, y ello con total independencia de si este podría serle conferido en la actualidad bajo esas mismas condiciones. Una remisión de esa clase perfectamente puede recibir el nombre de *remisión extensional*. Pero si tomamos además en cuenta el aspecto negativo de esta relación, esto es, que la

³⁷⁵ Es verdad que en cierta forma el tipo hace suyos esos criterios al momento de su aplicación a un hecho concreto. Pero a lo que me refiero es que, cuando se incorpora un concepto normativo como elemento contextual a un tipo, se acepta que cualquier conjunto de criterios de asignación de estatus sirva para la afirmación del enunciado típico, con tal que hayan estado vigentes al momento del hecho.

interacción de las normas no supone en estos casos la fusión de sus enunciados en uno solo, podemos también caracterizarla como una *remisión cerrada*³⁷⁶.

En la vereda opuesta encontramos aquellas remisiones que en cambio sí incorporan el enunciado de la norma reenviada al de la reenviante, que pasa entonces a completar su contenido, y a las que consecuentemente podemos denominar *remisiones abiertas*. A diferencia de las anteriores, estas generan un enlace proposicional entre ambas normas, generando una integración tanto a nivel enunciativo como valorativo en el ámbito que constituye el punto de contacto entre ambas, que hace a la norma reenviante permeable a los cambios que se introduzcan en la reenviada. Tal es la clase de remisión que encontramos con frecuencia entre las normas de la parte general del Derecho penal.

Podemos apreciar las diferencias entre una remisión cerrada y una abierta comparando nuevamente cómo opera el término "delito" en la complicidad y en el encubrimiento, de acuerdo al modo como estos tipos son normalmente entendidos. Consideremos lo que ocurre en

1) "el cómplice en un *delito* será castigado...",

y en

2) "el que encubra un *delito* será castigado...".

La misma expresión "delito" genera, desde el punto de vista *temporal*, una remisión dinámica en el primer caso, y semidinámica (intersistemática) en el segundo. Esto es así porque, a diferencia de lo que ocurre en el encubrimiento, entendemos que el cómplice es castigado en razón del desvalor de la conducta principal a cuya realización contribuye, y que por consiguiente debe ser absuelto si la meta a la que ha colaborado ya no es punible al momento de la sentencia.

Correlativamente, la función que desempeña "delito" en ambas hipótesis es muy diferente desde el punto de vista (a) semántico, (b) estructural y (c) morfológico. En el encubrimiento, como sabemos, ese término (a) alude al *estatus* de una conducta y por lo tanto da origen a una remisión *contextual*, (b) que en el nivel de su *estructura normativa* podemos calificar como *intersistemática* y *extensional* -dado que reenvía

³⁷⁶ La remisión es *extensional* por lo que toca a la función que la norma reenviante asigna a la reenviada. En cambio, desde el punto de vista de la configuración o composición de la norma reenviante cabe hablar de una remisión *cerrada*. Son dos aspectos de un mismo fenómeno. El último deja claro que no es posible la integración y que una remisión cerrada no es una remisión en el sentido usual del término.

a las normas de S_h con el único fin de que sirvan para caracterizar su referencia-, y (c) que desde el punto de vista *morfológico* podemos calificar como *cerrada*, toda vez que en razón de sus características el enunciado del tipo de encubrimiento permanecerá ajeno a las condiciones de asignación de estatus que aquellas normas puedan establecer, así como a sus razones subyacentes.

En la complicidad, en cambio, "delito" funciona del modo opuesto, ya que en este caso opera una remisión *intrasistemática*, que sí genera una relación de complementariedad entre la hipótesis de castigo de la cooperación y los tipos delictivos de la parte especial. En lugar de una remisión cerrada, acá podemos hablar de una remisión *abierta* o *textual* por cuanto esta efectivamente genera una integración entre los *enunciados* de las normas en juego. De hecho, en rigor no son las figuras de delito las que complementan a la norma de la complicidad, sino al revés, es esta la que opera como complemento de aquellos tipos, de modo que en virtud de ese reenvío podemos afirmar que la figura de homicidio castiga - independientemente de con qué pena- no solo al que mata a otro sino también a quien colabora en la realización de esa muerte.

10.1. *Variación favorable de las normas integrantes del sistema de referencia de una remisión cerrada intersistemática: ¿lex mitior?*

La respuesta que hemos dado a la pregunta de cómo es posible -en el sentido de qué es lo que valida- aplicar ultractivamente las normas de complemento de un tipo penal en blanco cuando ellas han sido sustituidas por otras más favorables, consiste simplemente en que la ley vigente sigue considerando el hecho como típico por relación a tales disposiciones.

Esta respuesta encierra dos aspectos. En primer lugar brinda sustento a las apreciaciones sobre necesidad de pena a partir de las cuales puede sostenerse que no hay desproporción en aplicar las normas derogadas, pero sobre todo ofrece el imprescindible fundamento de legalidad para la aplicación de las mismas.

Aparte de ello, en la explicación que aquí se ha planteado de la ultractividad de las normas sustituidas se encuentra también la respuesta al problema que plantea la aplicación ultractiva de esas normas, a la luz de los criterios básicos de aplicación temporal del derecho punitivo. Frente a la pregunta de si no habría que aplicar las nuevas regulaciones por ser ellas más favorables para el imputado, la respuesta que ahora podemos dar es evidentemente negativa, puesto que en estos casos en realidad no se produce ningún cambio favorable: si la estructura del tipo penal es la

que hemos descrito, quiere decir que tanto la ley vigente como la antigua hacen referencia a las disposiciones de complemento vigentes al momento del hecho. Por lo tanto, sea que se aplique S_h o S_s el resultado es exactamente el mismo, y ni siquiera es necesario acudir al principio de proporcionalidad para justificar la solución propuesta.

Es importante, de todas formas, precisar bien qué es lo que aquí se plantea. No se sostiene que este no sea un caso de aplicación de la ley nueva; de hecho, lo es, por una razón que veremos enseguida. Lo que se plantea es que, sea que se enfoque esta situación como un caso de aplicación del sistema nuevo o bien del antiguo, nada cambia, y que cuando un tipo contiene remisiones contextuales, insistir en la aplicación de las disposiciones reemplazantes a los hechos precedentes implica sencillamente inaplicar los dos sistemas: el del hecho y el de la sentencia.

10.2. *Determinación del sistema aplicable*

Dicho esto, uno puede preguntarse a continuación cuál de los dos sistemas es entonces el llamado a cobrar aplicación. El sentido de la pregunta es determinar cuál es el criterio fundamental que debería regir la aplicación de la ley penal en el tiempo. En opinión de la doctrina, la regla general en esta materia es la aplicación de la ley penal vigente al momento del hecho; en mi opinión, la regla debería ser la contraria.

Considero, en efecto, que lo que aplicamos al imponer penas es el Derecho vigente al momento de la sentencia, y que la retroactividad de las disposiciones penales no es la excepción, sino la regla. No en términos cuantitativos, desde luego, sino en términos del procedimiento de determinación de las normas aplicables y de la justificación de la pena correspondiente. Lo que legitima la aplicación de una pena es el sistema vigente al momento de la decisión, y no el sistema reemplazado. Esto, a mi modo de ver, es lo que se afirma cuando se señala que la imposición de la pena sirve a la protección de las normas presentes, o bien que la imposición de penas más severas que las existentes al momento de la sentencia sería desproporcionada³⁷⁷.

Pues bien, en rigor no solo *sirve* al Derecho vigente al momento de la sentencia sino que se *rige* por él, *a menos* que ello genere consecuencias desfavorables para el

³⁷⁷ *Supra* sec. 2ª, A, 2.

imputado³⁷⁸. Es decir, la medida y la legitimidad de ese servicio se determina en función de las necesidades y valoraciones recogidas en el Derecho vigente al momento de la sentencia.

Es conveniente despejar de inmediato una objeción que naturalmente se interpone al considerar las cosas de esta manera, y que deriva de que la más elemental consideración de justicia en torno a la aplicación temporal de las leyes punitivas consiste precisamente en la restricción del castigo a lo que haya sido delito al momento en que se ejecutó u omitió la conducta. Esta constatación, sin embargo, tiene mucho menos peso en términos teóricos de lo que parece, y la posición que mantengo en ningún caso pretende negarla. Es absolutamente incontestable que en términos de prohibiciones y deberes el único momento relevante es el momento del hecho³⁷⁹, pero la función específica del Derecho penal consiste en el reforzamiento de las normas de conducta mediante penas.

El Derecho penal es un sistema de normas de sanción que *presupone* el quebrantamiento de normas de conducta, pero que cuya marca se encuentra en la selección de los comportamientos delictivos y la determinación de la medida de la pena que sea apropiada para el logro de ciertos fines sociales mediatos a través del reforzamiento punitivo de las normas quebrantadas. El Derecho penal es primordialmente un Derecho de sanciones. La objeción comentada hace ver que ninguna pena puede ser justa si no considera la posición del agente en el momento del hecho, no solo en términos de sus posibilidades de saber qué acciones se encuentran imperadas o prohibidas, sino también qué acciones se encuentran sujetas a castigo y a qué castigo en concreto. La previsibilidad de la procedencia y medida de la pena es sin duda una coordenada básica del sistema, pero define la situación del sujeto frente al poder del Estado en términos de una garantía. Por definición establece un *límite*; no define la *razón* por la que la pena es impuesta.

La aplicación de las normas vigentes al momento del hecho es, en efecto, solo una excepción fundada en razones de seguridad jurídica a la regla según el cual toda

³⁷⁸ Lo dicho no varía si en algún ordenamiento, como el español, la ley favorable es aplicable incluso después de la sentencia. Esa opción legislativa es simplemente una manera de resolver un conflicto entre dos intereses (principios) en juego: el de proporcionalidad y el de certeza (vinculado al efecto de cosa juzgada); en este sentido BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, "La ley penal más favorable", p. 42 y s.

³⁷⁹ *Vid supra*, sec. 2ª, A, 3.1.

decisión sobre absolución o condena debe fundarse en las normas pertenecientes al sistema de la sentencia³⁸⁰.

Para la concepción tradicional la situación es la inversa, de modo que a la ley posterior solo se recurre excepcionalmente cuando lo exige el principio de proporcionalidad³⁸¹. Sin embargo, la apelación a este principio encierra algo más que una apreciación puntual. Calificar una cierta consecuencia como *excesiva* supone contar con una referencia que nos indique cuál sería el trato *correcto* o adecuado.

El solo hecho de que la ley posterior sea más benigna no transforma en excesiva la aplicación de la ley anterior, a menos que se parta de la base de que es la ley vigente al momento de la sentencia la que contiene las pautas de corrección a las que debería ajustarse el castigo. En este sentido es interesante constatar que cuando la ley sustituida es la que contiene las disposiciones más benignas ya no es la proporcionalidad la que determina su aplicación, sino la seguridad jurídica, en términos de previsibilidad de la respuesta punitiva estatal. Las disposiciones derogadas se aplican porque no se puede cargar al individuo con consecuencias más graves que las establecidas en el momento de infracción de la norma de comportamiento, pero no porque las consecuencias previstas en ese sistema constituyan una respuesta penal adecuada al hecho. O dicho de otro modo, también en estos casos el castigo apropiado se contiene sin duda en la nueva ley,

³⁸⁰ Lo cual tiene importancia práctica, por ejemplo, para el problema de las leyes intermedias, pues, desde el punto de vista anotado, no hay ninguna razón para aplicarlas. Lo único que cabe aplicar es el sistema de la sentencia limitado por el del hecho. En el mismo sentido, aunque por razones diferentes, OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad*, p. 422 y ss., BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, "La ley penal más favorable", p. 94. Otra cosa es que la determinación del sistema de la sentencia pueda cambiar por consideraciones derivadas de los criterios por los que debe regirse la persecución penal. En España, la doctrina ampliamente mayoritaria defiende la aplicación de la ley intermedia: cfr, por todos, OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad*, p. 419 y ss.

³⁸¹ La manera usual de plantear este tema, que presenta al sistema del hecho como el llamado por su propia naturaleza a cobrar aplicación en el caso concreto deriva seguramente de la función política que juega el principio de irretroactividad. Referir la pena al sistema del hecho es una manera de afirmar de un modo categórico el límite que tienen jueces y legisladores en esta materia: nadie puede ser castigado con una pena más grave que la prevista en el momento del hecho. Sin embargo, aparte de lo que se indica en el texto, uno de los problemas de presentar la aplicación del sistema de la sentencia como una excepción procedente solo cuando produce consecuencias más favorables al imputado, es que transmite la idea equivocada de que solo este sistema se aplicaría por razones de favorabilidad y de que su aplicación tendría además el carácter de un beneficio.

pero ese castigo no puede ser impuesto al individuo en razón de que no ha podido contar con esa posibilidad como una alternativa de castigo previsible.

Con todo, podría pensarse que el intento de definir cuál de los sistemas es el prevalente y cuál el secundario es inútil, si lo que determina su aplicación es la favorabilidad de las consecuencias. Ninguno de los dos sería un candidato idóneo a convertirse en eje de la aplicación temporal en casos de sucesión de leyes sencillamente porque no habría tal cosa. Esta posible réplica supone de todas formas aceptar un hecho importante: que si la favorabilidad es lo que hace correcta la aplicación de cualquiera de los dos sistemas, el del hecho no puede considerarse el sistema fundamental. Que al individuo, en efecto, se le imponga la pena más favorable *independientemente del sistema en que se encuentre* significa que ninguno de ellos puede ser considerado como la regla. A menos, claro está, que alguno de ellos deba ser considerado preeminente en el plano de la *fundamentación* del castigo, que a mi modo de ver es precisamente lo ocurre en favor del sistema de la sentencia³⁸².

En efecto, si bien cualquiera de los dos sistemas puede desplazar al otro, las razones por las que se aplican cuando la favorabilidad de las consecuencias así lo decide son diferentes: en un caso se trata de razones de merecimiento de pena, mientras que en el otro son consideraciones de necesidad de pena las que avalan su aplicación. En el fondo, que el sistema aplicable sea el más favorable no es más que el reflejo de que la pena se funda en estos dos criterios recíprocamente limitativos. Por lo mismo, la determinación de cuál debe ser considerado el sistema-base debería seguir la línea de la fundamentación de la pena. Quien piense que la pena se funda en la retribución y solo se limita por la prevención tiene buenas razones para estimar que el sistema del hecho es la base del castigo, mientras que quien vea las cosas del modo inverso y sostenga -como estimo correcto- que la pena obedece a necesidades de prevención limitadas por consideraciones de seguridad jurídica, la

³⁸² Resulta interesante traer a colación las palabras de ROXIN sobre el principio de favorabilidad, por su semejanza con lo que aquí se ha planteado: "El sentido de la regulación consiste en que parece adecuado tomar como base de una sanción penal la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo... u otras circunstancias especiales... no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho" (*Derecho penal, PG, I, p. 166 y s.*).

decisión punitiva debe regirse por el sistema de la sentencia, limitado por la sanción prevista en el sistema del hecho³⁸³.

10.3. Sistema del caso y ultractividad

Ahroa bien, una vez delineado el modelo de reconstrucción del problema de la ultractividad de las normas sustituidas favorablemente que aquí se propone, estamos en condiciones de compararlo con un posible enfoque alternativo. El problema que hemos estado analizado no necesariamente tiene que abordarse del modo como lo hemos hecho, sino que podría ser abordado desde una perspectiva más general.

En efecto, el fenómeno -familiar en el Derecho de sanciones- consistente en que una norma pueda ser aplicada a pesar de no encontrarse vigente es normalmente explicado en teoría del Derecho a través de la distinción entre *sistema jurídico institucional* y *sistema jurídico del caso*, o más sencillamente distinguiendo entre *vigencia* como pertenencia a un sistema en un momento dado, por un lado, y *aplicabilidad* de un conjunto de normas a un caso dado, por el otro³⁸⁴.

La pérdida de vigencia no es un obstáculo para la aplicabilidad de una norma. Cuando se produce una variación desfavorable de las normas del Derecho penal, al individuo se le juzga de acuerdo con las normas previstas en el momento del hecho aunque hayan sido derogadas en el tiempo intermedio. Evidentemente esas normas ya no pertenecerán al sistema jurídico vigente al momento de la sentencia, pero serán de todas formas aplicables al caso. Algo similar sucede cuando se recurre a las

³⁸³ Podría pensarse que la aplicación de las leyes temporales -ampliamente aceptada- refuta la idea expuesta, puesto que ella no puede explicarse como aplicación del sistema de la sentencia limitado por el sistema del hecho. Sin embargo, es posible entender que, una vez cumplido su período, una ley temporal es una ley vigente solo que inaplicable a hechos nuevos. La circunstancias de que el sistema contemple la posibilidad de establecer sanciones para situaciones o períodos también especiales permite pensar que, llegado el plazo o cumplida la condición, esa ley seguirá estando vigente como norma de sanción para todos los hechos ocurridos en el período considerado, debiendo prevalecer por sobre la ley común por razones de especialidad. Esta idea se refuerza si consideramos que la ley temporal puede ser derogada durante el período contemplado para su aplicación o después de él. En cualquiera de esos casos lo correcto sería aplicar retroactivamente la ley presente, a menos que lo impida el principio de irretroactividad.

³⁸⁴ ITURRALDE SESMA, *Aplicación de derecho y justificación de la decisión judicial*, p. 157 y ss.; BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, "La preteractividad de la ley penal", pp. 163-166; BULYGIN/MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, p. 69 y ss.; NAVARRO/RODRÍGUEZ, *Deontic Logic and Legal Systems*, p. 125 y ss.

normas de otro Estado para la resolución de un conflicto interno: evidentemente las normas de ese país no pasan a integrar el sistema que debe ser aplicado por el juez (ni siquiera forman parte del orden jurídico), pero son no obstante aplicables porque una norma válida del sistema les concede aplicación.

Estas normas del sistema que conceden aplicación a normas pertenecientes a sistemas distintos se encuentran en una situación particular. En la medida en que son “directivas dadas a los jueces que establecen qué normas deben aplicarse a un caso dado”, son normas de un “nivel superior o meta-normas que imponen deberes a los jueces de aplicar ciertas normas del primer nivel”, aunque ya no estén vigentes eventualmente³⁸⁵.

Se puede afirmar entonces que la aplicabilidad de una norma N_1 a un caso C viene dispuesta por otra norma N_2 que preve su aplicación a cierto grupo de casos³⁸⁶. Son discutidas las condiciones de aplicación de estas reglas de segundo nivel y cómo sortear el problema de regresión al infinito que fácilmente se genera al visualizarlas en los términos recién indicados³⁸⁷, pero acá podemos dejar eso de lado y considerarlas simplemente como metarreglas o reglas de segundo nivel con arreglo a las cuales se determinan qué normas (vigentes o no, pertenecientes al sistema o no) tienen aplicación a un caso dado. De acuerdo con esto, el problema relativo a qué normas deben aplicarse en un supuesto de sucesión temporal sería un problema propio del Derecho intertemporal³⁸⁸ y su solución dependería cómo habría que conformar el *sistema del caso*, según las reglas de segundo nivel que resulten pertinentes.

En este orden de ideas, y siendo el propio principio de favorabilidad una de esas reglas de segundo nivel, se podría pensar que la categoría de las remisiones intersistemáticas, que aquí se ha presentado, es en definitiva superflua. La fijeza que

³⁸⁵ BULYGIN, “Tiempo y validez”, p. 203. Este autor precisa que la preeminencia que normalmente se concede al sistema presente debe entenderse en el sentido de que son los criterios de aplicabilidad vigentes en ese sistema los que determinan qué normas deben aplicarse a un determinado caso (op. cit., p 200 y ss).

³⁸⁶ Lo cual da lugar a una relación triádica entre N_1 , N_2 y C ; BULYGIN, “Tiempo y validez”, p. 196.

³⁸⁷ Dado que una norma no puede conferirse a sí misma aplicación para la resolución de un caso, se necesita de una regla de segundo nivel que se la otorgue. Pero el mismo problema puede trasladarse a la reglas de segundo nivel (¿qué reglas les conceden aplicación?), y así sucesivamente. Cfr. FERRER/RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, p. 59 y ss.

³⁸⁸ Crítico con esta designación de la doctrina alemana, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La preteractividad de la ley penal”, p. 166, nota 6.

las remisiones semidinámicas alcanzan al momento del hecho no sería un atributo de las normas de primer nivel (del modo como remiten unas a otras), como aquí se ha sugerido, sino que sería la consecuencia de la aplicación de una regla de segundo nivel referida a la aplicación temporal de las de primer nivel.

La situación, sin embargo, no es tan simple como se pudiera suponer. Aun formulando las reglas de segundo nivel como lo hace la doctrina, es decir, aun tomando como base una regla de segundo nivel N_2 que conceda aplicación "natural" a las normas vigentes al momento del hecho a menos que se dicte una norma posterior más favorable, la inaplicación de esta última no encuentra una explicación satisfactoria si se le aborda solo como un problema de coordinación de metarreglas.

El supuesto de una nueva ley más favorable que sin embargo no se aplica podría eventualmente ser explicado como una restricción de N_2 , o bien acudiendo a una regla N_3 que decida sobre la aplicación de N_2 . Tal restricción, o bien N_3 , tendrían que ser redactadas de un modo que se acomode a la solución que se intenta justificar, delimitando entonces con precisión los casos en que N_2 no conduciría a la aplicación de la ley posterior más favorable, o en que N_2 no se aplicaría. Pero aquí surge justamente la dificultad: la razón por la que, en los casos analizados, no se debe aplicar las disposiciones más recientes y favorables es una razón de primer nivel, no un problema de metarreglas y de su alcance.

En efecto, la reconstrucción más simple del problema desde el punto de vista señalado seguramente comprendería la existencia de una o más reglas de segundo nivel que establecieran: (a) que para el juzgamiento de un delito deben aplicarse, como regla general, las normas vigentes al momento de su comisión, (b) que para esos efectos los componentes del hecho deben considerarse revestidos del valor institucional que les haya sido otorgado por el orden jurídico en cualquiera de sus etapas, y (c) que en caso de dictarse en el tiempo que media hasta la sentencia una norma penal más favorable, habría que aplicar esta última. De este modo, prevista la favorabilidad como una excepción limitada a los cambios introducidos en las normas penales, o más precisamente, en las normas *de las que depende la desvaloración penal del hecho*³⁸⁹, la ultractividad no requeriría explicaciones adicionales. El problema se desplazaría a delimitar adecuadamente la norma de desvaloración penal, utilizando la distinción entre remisiones abiertas y remisiones

³⁸⁹ Con lo que, dicho sea de paso, se concedería la razón a los autores de comienzos del siglo pasado que negaban la condición de *lex mitior* a los cambios introducidos en normas extrapenales.

cerradas. Así, por ejemplo, la norma destinada a penalizar la complicidad comprendería la totalidad de las hipótesis a las que al momento de la sentencia les fuera conferido el carácter de “delito”, de modo que cualquier cambio introducido sobre estas últimas impactaría sobre la primera. En cambio, tratándose del supuesto del art. 457, el enunciado expresivo de la desvaloración penal del acto de simulación coincidiría exactamente con el que figura en ese tipo penal, y no se extendería a las concretas hipótesis de “delito”. Por lo tanto, ni ese precepto, ni los muchos otros que aluden a propiedades institucionales, contendrían remisiones intersistemáticas. La eventual aplicación de normas de otros sistemas sería consecuencia de N_2 , cuya excepción (la retroactividad en supuestos de favorabilidad) no se aplicaría en ningún caso en que la modificación favorable incidiera solo sobre las condiciones de otorgamiento de las propiedades institucionales relevantes, sin afectar al enunciado que contiene la desvaloración penal de la conducta. En principio, entonces, la conformación total del sistema del caso obedecería a reglas de segundo nivel, y no habría necesidad de suponer la existencia de remisiones intersistemáticas. La única distinción que sería preciso conservar sería la que permite discernir entre remisiones abiertas y remisiones cerradas, con el fin de delimitar el alcance de la norma de desvaloración penal.

Con todo, la autonomía de esta explicación de la ultractividad a través de reglas de segundo nivel es más aparente que real. Ello se debe a que en los supuestos de interconexión de normas -que es el que aquí nos interesa- el problema se desplaza, como dijimos, a delimitar el alcance de la norma de desvaloración penal del hecho, pues de ello depende la aplicación o no de la regla posterior más favorable. Pues bien, esa delimitación constituye una tarea estrictamente de primer nivel, y además esa labor no es distinta de determinar qué sistema de reglas debe ser aplicado. En efecto, concluimos que un tipo penal tiene tal o cual límite enunciativo precisamente en función de a qué sistema de normas sujeta la determinación del significado de sus componentes. Así, decimos por ejemplo que el enunciado que expresa la desvaloración penal del comportamiento del cómplice definido como cooperar a la ejecución de un *hecho delictivo* comprende, íntegramente considerado, también los *presupuestos* de atribución de ese carácter, precisamente porque el desvalor penal que asignamos a la cooperación está ligado al juicio de desvalor que al mismo tiempo nos merezca el acto al que ha cooperado; mientras que decimos, en cambio, que el enunciado que expresa desvalor penal de la simulación de delito no comprende tales presupuestos porque el desvalor de esa conducta no está ligado al juicio que nos merezca el acto simulado en la actualidad sino al juicio institucional que haya recaído sobre ese hecho al momento de su simulación.

En otras palabras, las consideraciones a las que ineludiblemente es necesario acudir para decidir cuándo aplicar o no los cambios favorables no solo son consideraciones de primer nivel, sino que son además de orden temporal, porque atienden precisamente a qué sistema aparece relativizado el significado del término típico que opera el reenvío. En este nivel de consideraciones, la categoría de las remisiones intersistemáticas no es más que el correlato normológico de la vinculación del significado de ciertos términos a un determinado sistema de normas.

Tratándose entonces de la aplicabilidad de las reformas favorables que inciden sobre una norma reenviada por un tipo penal, la clave de la decisión se encuentra en qué nivel discursivo esta es llamada a participar en la calificación de un hecho: si como parte integrante del propio enunciado que expresa la desvaloración fundante del castigo, o como elemento contribuyente a la determinación de las propiedades institucionales que el hecho haya poseído al momento de su realización. La inaplicabilidad del reglamento posterior más favorable necesariamente descansa, entonces, sobre una afirmación relativa al significado de la conducta típica y de sus relaciones con las normas a que reenvía, que solo puede ser explicada reconstruyendo las dos clases de conexiones que, en el orden semántico, una norma puede establecer con otras disposiciones de cualquier sistema. Y esto conduce a distinguir entre los supuestos de remisión (morfológicamente) abierta y por lo tanto (temporalmente) dinámica -como la que efectúan las normas de complicidad a las figuras de la parte especial-, que permite aplicar todos los cambios no desfavorables acontecidos hasta el momento de la sentencia, de los casos de remisión (morfológicamente) cerrada y por lo tanto (temporalmente) semidinámica -como la que contienen las figuras de simulación de delito y de prevaricación, por ejemplo-, cuyo efecto se limita a conceder aplicación a las normas determinantes del estatus típico relevante al momento del hecho.

10.4. Notas sobre las tesis de Jakobs y de Kuhlén

Este puede ser el lugar oportuno para hacer una breve referencia retrospectiva a la tesis de Jakobs sobre los límites de la favorabilidad, reseñada más arriba. Como se recordará, para determinar los efectos temporales de los cambios introducidos en normas de complemento este autor propone atender, en primer lugar, al fin de protección del tipo. En este sentido distingue dos situaciones, la de aquellas figuras que tendrían como finalidad asegurar "la *obediencia* de la norma complementaria" y

la de aquellas que perseguirían asegurar el “*efecto de regulación*” que persigue la norma reenviada³⁹⁰. Solo en el primer caso las modificaciones introducidas en las normas de complemento operarían en general retroactivamente, ya que en el segundo lo harían solo hacia el futuro.

Ahora bien, la explicación que ofrece este autor acerca de la ultractividad de tales normas en este último caso es ciertamente muy afín a lo que aquí se ha sostenido. Según Jakobs, la derogación de esos preceptos operaría solo hacia el futuro en razón de que el tipo remitiría en tales casos únicamente al “*efecto de regulación*” de esas normas, pero no al contenido de las normas mismas³⁹¹. Esto admite ser interpretado, como hicimos en su momento, en el sentido de que la ultractividad arrancarían del hecho de que el tipo reenvíe a los efectos que la normativa de complemento haya producido durante su vigencia, y no a las normas ni a las condiciones que ellas hayan establecido para disciplinar esos efectos. Vale decir, la posición de Jakobs es interpretable en un sentido significativamente coincidente con lo que acá hemos descrito como una remisión de estatus, esto es, como una remisión al atributo poseído por un componente del hecho independientemente de sus condiciones de asignación.

Entre ambas posturas existen, no obstante, algunas diferencias que también es preciso destacar. Desde luego, la distinción que Jakobs plantea es exactamente eso, una distinción, y no parece que con ella pretenda sistematizar verdaderamente el problema. Aun así, el marco en el que la sitúa es un tanto confuso y no resulta convincente. Ese marco viene dado por la contraposición que según él existiría entre tipos que persiguen asegurar la obediencia de las normas de complemento y tipos que procuran asegurar los efectos de esas normas. Esta no es una distinción clara en sí misma. Jakobs sugiere que la finalidad de asegurar la obediencia de la norma de complemento podría verse reflejada en el ejemplo de la supresión de un límite de velocidad, supuesto que ella estuviese motivada por una decisión de abrir un mayor espacio de libertad a los individuos. Como se comentó en su momento, este es el prototipo de un cambio valorativo, o mejor dicho de una modificación refutatoria, y nada sugiere que la obediencia de esta norma reciba de parte del tipo una consideración más o menos atenta de la que recibe en otros casos. De hecho, el ejemplo gira, como podrá notarse, en torno a las motivaciones de la norma derogatoria y no de la derogada, que es aquella cuya observancia el tipo habría

³⁹⁰ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/71 y 72, p. 121.

³⁹¹ JAKOBS, *Derecho penal*, PG, nm. 4/72, p. 121 y s. (destacado añadido), y nm. 4/69, p. 119.

debido resguardar. Y el mismo Jakobs admite que los efectos de la derogación serían los opuestos si esta se originase en una motivación diferente³⁹², lo cual parece corroborar que en realidad no está pensando en una diferencia atingente a los tipos penales sino simplemente en los problemas generales de retroactividad, sobre la base de la distinción común entre cambio fáctico y cambio valorativo.

Centrándonos ahora en el segundo grupo de tipos penales, que es el que más nos interesa –el de las remisiones dirigidas al efecto pero no al contenido de las normas de complemento–, sostiene Jakobs que su finalidad sería asegurar precisamente las *consecuencias* de esa regulación. Pero esta caracterización tampoco resulta del todo afortunada. Es cierto que el carácter contextual de una remisión solo puede deducirse a partir del fin de protección que se atribuya al tipo, tal como en general acontece con la interpretación de cualquiera de sus componentes, pero es un error suponer que las remisiones contextuales solo surjan de tipos orientados a *asegurar* el estatus a que ellas reenvían. Si por asegurar se entiende proteger, no tiene sentido afirmar que la figura de encubrimiento pretenda brindar protección al carácter delictivo del hecho encubierto. Y si por asegurar se entiende algo así como considerar o tomar en cuenta, eso ya no puede plantearse como una finalidad del tipo, sino como un insumo suyo, que bien puede estar enderezado a la construcción de una figura que tenga una finalidad protectora completamente diversa, como ocurre precisamente en el caso del encubrimiento, que protege la administración de justicia, o más claramente aun en el caso de la prevaricación, que persigue el mismo fin y no la protección de las normas inaplicadas por la decisión injusta. No existe ningún inconveniente, en otros términos, en que un elemento contextual forme parte de un tipo encaminado a proteger un bien jurídico completamente distinto del atributo al que reenvía, como tampoco lo hay en que un mismo tipo contenga varios elementos contextuales, pese a que solo le sea atribuible una única finalidad protectora.

Kuhlen, por su parte, es autor de una propuesta sobre el tratamiento del error que goza de un amplio reconocimiento, aunque no del mismo grado de aceptación³⁹³. Su tesis tiene además la peculiaridad de apartarse de la distinción usual entre

³⁹² JAKOBS, *Derecho penal, PG*, nm. 4/72, p. 121.

³⁹³ Una reseña de la misma puede encontrarse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 256-263 y 345-347, y en FAKHOURI, “Valoración crítica de la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad”, p. 9-15; JAKOBS, *Derecho penal, PG*, nm. 8/50, p. 348, nota 109; y en ROXIN, *Derecho penal, PG*, nm. 12/102, p. 469 y s.

elementos en blanco y elementos normativos, y de atender en cambio a la dimensión temporal de las normas como criterio para establecer una estructura normativa que sirva de referencia para resolver los problemas que se plantean en el plano subjetivo. Aunque la suya es, como se ha dicho, una tesis sobre el error, merece una consideración en este lugar debido a la cercanía que a primera vista general parece existir entre su planteamiento y el que aquí se ha expuesto.

Resumidamente, a juicio de Kuhlen el régimen del error sobre los componentes típicos que remiten a otras normas del sistema debería descansar sobre la consideración de si el reenvío correspondiente tiene una naturaleza estática o dinámica. Esa distinción -y no el contenido de las normas reenviadas-, sería la clave para resolver varias cuestiones fundamentales en esta materia y de alguna manera concatenadas entre sí: permitiría dilucidar si el concepto reenviante puede ser sustituido por la hipótesis de la norma de complemento, discernir el carácter penal o extrapenal de la norma reenviada y del error correspondiente³⁹⁴, y definir los efectos de una u otra clase de error según el grado de desautorización del poder de determinación penal del legislador. Veamos.

En relación con lo primero, Kuhlen sostiene que cuando la norma reenviada tiene una estructura estática -la misma que atribuye a las normas penales en general³⁹⁵- es preciso entender que sus presupuestos pasan a formar parte de la norma punitiva por sustitución del concepto reenviante. Esta posibilidad no existiría, en cambio, en el caso de las remisiones dinámicas, dado que su estructura temporal, esto es, la variabilidad de las normas reenviadas en el tiempo, haría imposible entender incorporados sus presupuestos a la decisión punitiva, razón por la cual esas normas permanecerían en la esfera del derecho extrapenal³⁹⁶.

En conexión con lo anterior, este autor sostiene que el pleno ejercicio del poder de determinación penal por parte del legislador solo tendría lugar en aquellos casos en que este recurre a remisiones estáticas, porque entonces efectivamente puede decirse que el contenido del precepto penal queda atado a la formulación que la

³⁹⁴ Es sintomático, por ejemplo, que Kuhlen asigne al error sobre el hecho previo en el favorecimiento del § 258 el carácter de error de derecho extrapenal. Comentando esta situación, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, pp. 263 y 345.

³⁹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 345.

³⁹⁶ FAKHOURI, *Delimitación*, p. 432. Sobre el modo como Kuhlen vincula la antigua distinción del *Reichsgericht* con la distinción que él introduce entre remisiones dinámicas y remisiones dinámicos, véase el comentario crítico de JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, nm. 8/50, p. 348, nota 109.

norma remitida tenga en el momento de inclusión del tipo en el ordenamiento punitivo³⁹⁷. Por el contrario, dado que en las remisiones dinámicas el complemento del tipo viene dado por la norma que se encuentre vigente en el momento del hecho, a juicio de Kuhlen en su empleo sería reconocible un cierto grado de renuncia del legislador a su poder de determinación punitiva. En opinión de este autor, precisamente esta diferencia relativa al grado de ejercicio del poder de determinación penal proporcionaría la base no solo para discernir la índole penal o extrapenal de la norma reenviada, sino también para discriminar los efectos al error del agente, considerando que solo en el primer caso su ignorancia tendría el efecto de desautorizar el poder penal del legislador³⁹⁸.

Esta tesis de Kuhlen, someramente expuesta, ha sido criticada desde varios ángulos, y sobre todo en aspectos atinentes al error y a la asociación que plantea entre temporalidad y estructura de las normas³⁹⁹. Limitándonos a este último aspecto, se le ha cuestionado, en primer término, que asigne a las normas penales una estructura estática, en circunstancias que tanto el art. 2.1 CP como el § 2 párrafo 1º StGB establecen que el delito y sus consecuencias se determinan con arreglo a las normas vigentes al momento de su comisión⁴⁰⁰. Enseguida, se le objeta también que la determinación del carácter estático o dinámico de una norma está inevitablemente expuesta a todas las incertezas vinculadas a cualquier disputa interpretativa, lo cual proporcionaría un motivo poderoso para dudar de que esta tesis ofrezca, como su autor pretende, una base más segura para trazar una distinción que en el pasado dio muestras de ser especialmente manipulable⁴⁰¹. Por último, también la afirmación efectuada por Kuhlen en el sentido de que el legislador abandonaría su poder de definición penal al efectuar remisiones

³⁹⁷ FAKHOURI, *Delimitación*, p. 433.

³⁹⁸ FAKHOURI, *Delimitación*, p. 433

³⁹⁹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error*, p. 346; ROXIN, *Derecho penal, PG*, nm. 12/104, p. 470; JAKOBS, *Derecho penal, PG*, nm. 8/50, p. 348, nota 109, quien critica a Kuhlen que por la vía de asignar a la normación dinámica un carácter extrapenal vuelva a la distinción del *Reichsgericht* y sobre todo que exonerar globalmente al ciudadano del riesgo de error ataca al propio fin de la dinamización.

⁴⁰⁰ Una crítica que plantean, entre otros autores, BACHMANN (*Vorstaz und Rechtsirrtum*, 1993, p. 58 y ss.), HERZBERG (*JZ* 1993, p. 1021), MÜLLER-MAGDEBURG (*Abgrenzung*, 1999, p. 195) y SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, 1992, p. 112) citados por FAKHOURI, *Delimitación*, p. 435, nota. Véase también la observación de PUPPE en "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 103, nota 18.

⁴⁰¹ FAKHOURI, *Delimitación*, p. 435. Véase también los comentarios de Roxin, *Derecho penal, PG*, nm. 12/102, p. 470 y s.

dinámicas ha sido cuestionada, con razón, teniendo en cuenta que las remisiones que se dan al interior del propio ámbito punitivo tienen justamente ese carácter⁴⁰². No cabe duda, por ejemplo, de que la norma que tipifica la complicidad se refiere a la intervención en "hechos" que sean constitutivos de delito al momento de la conducta, y no sería sensato afirmar que mediante esa remisión el legislador penal hace abandono de su poder de definición de las normas penales.

Al margen de todo ello, resulta en cualquier caso interesante constatar la existencia de algunas semejanzas entre el planteamiento de este autor y lo que aquí se ha expuesto. La similitud más obvia es la coincidencia en el empleo de consideraciones temporales en el análisis de la estructura de las remisiones penales; y también es destacable que Kuhlen plantee, en parcial concordancia con lo que aquí se ha sostenido, que la sustitución de un término típico por sus normas de complemento es un mecanismo cuya procedencia es bastante más acotada de lo que supone la generalidad de la doctrina.

Pero hay también diferencias importantes que es preciso poner de relieve. Desde luego, no es convincente la idea central del argumento de Kuhlen, en el sentido de que la estructura temporal de las remisiones determinaría las posibilidades de sustitución de un término normativo por su complemento, así como el carácter penal o extrapenal de las normas reenviadas. Por lo mismo, tampoco son compatibles sus evaluaciones acerca del mayor o menor grado de ejercicio del poder de determinación penal, ni parece que ese sea el criterio más adecuado para dirimir las soluciones aplicables a los casos de error.

Por otra parte, el análisis temporal de las remisiones que efectúa este autor no abarca el fenómeno de la ultractividad, y en cualquier caso solo considera una dimensión del problema y no su dimensión semántica, que como hemos visto constituye la base para dirimir las posibilidades de integración de normas a través del mecanismo de sustitución, admitiéndola respecto de todas las remisiones abiertas (tanto estáticas como dinámicas) y excluyéndola en el caso de las cerradas. Como hemos podido ver, por otro lado, una misma norma, sea penal o extrapenal, puede ser objeto de una remisión abierta o cerrada, y por lo tanto dinámica o semidinámica. Esto quiere decir que el modo como una norma sea reenviada no tiene ninguna incidencia sobre su carácter penal o extrapenal. Y aun cuando esta

⁴⁰² FAKHOURI, *Delimitación*, p. 436 y s. Como se ha dicho, sin embargo, Kuhlen no atribuye a las normas penales una estructura dinámica, sino que estática, lo cual es sin duda uno de los rasgos menos afortunados de su planteamiento.

distinción se relativice y se la entienda no como una designación del contenido de las normas sino como una clasificación de los objetos posibles del error del agente, lo decisivo a este respecto no es el carácter dinámico o estático de la remisión sino la función que asuman las normas reenviadas⁴⁰³. En definitiva, lo que determina la estructura de una norma no es el carácter dinámico o estático de las remisiones que pueda contener sino el papel que asigne a las normas reenviadas en el discurso normativo. De hecho, los efectos de una sucesión temporal de las normas reenviadas dependen de esa estructura, y no al revés.

10.5. *Recapitulación*

En las secciones precedentes hemos podido apreciar que la posibilidad de aplicar en forma ultractiva las normas reenviadas por un tipo penal y modificadas favorablemente desde la comisión del hecho es un fenómeno completamente ubicuo, mucho más frecuente de lo que se suele suponer.

Hemos visto también que la explicación de este fenómeno no se encuentra en un atributo de las normas reformadas, como podría ser una hipotética temporalidad, que en la inmensa mayoría de los casos tales normas están lejos de poseer. Tampoco es consecuencia de alguna característica especial de las normas reemplazantes o de sus fundamentos, puesto que la ultractividad se presenta también cuando la reforma tiene un indiscutido carácter refutatorio e incluso cuando paralelamente surte efectos retroactivos en otros aspectos.

La aplicabilidad de las normas sustituidas se produce siempre que subsiste la necesidad de pena de los hechos ejecutados durante su vigencia; y el motivo por el

⁴⁰³ El planteamiento de Kuhlen parece confundir dos cosas, la delimitación del ámbito de lo penal con la delimitación del enunciado de una norma de castigo. Lo importante no es quién proporciona el complemento de la norma, sino cuál es el nivel de descripción al que aparece asociada la decisión de castigo, que es una cosa completamente distinta. Así, por ejemplo, la descripción del encubrimiento puede considerarse completa aunque contenga una remisión dinámica (en la terminología de Kuhlen) -semidinámica (en la que nosotros hemos estado usando)- a otras disposiciones de carácter penal, tal como la descripción del delito de prevaricación puede considerarse también completa aunque contenga una remisión dinámica -semidinámica- a normas procesales y sustantivas de cualquiera índole. Como se puede apreciar, todas estas diferencias de planteamiento se hacen especialmente notorias en relación con los que aquí llamamos elementos contextuales, pues, como ya hemos explicado, los tipos portadores de esa clase de elementos son tipos penales completos cualquiera sea el ámbito al que esos elementos hagan referencia.

esa necesidad punitiva subsista se encuentra en el hecho de que también en el nuevo sistema la tipicidad de la conducta dependa de las normas derogadas.

El mecanismo que origina esta situación es lo que hemos denominado una remisión contextual. Esta es una remisión que alude directamente a propiedades y no a normas, y específicamente a las propiedades normativas que la conducta haya poseído al momento de su realización.

Esto supone un modo de conexión muy particular de reglas que además pueden pertenecer a sistemas diferentes. El hecho de que esos elementos típicos denoten propiedades existentes al momento de la conducta implica, en efecto, la posibilidad de que las normas a las que sea preciso acudir para determinar su concurrencia sean normas pertenecientes a un sistema distinto del sistema de la sentencia, característica esta que permite calificar a este mecanismo como una remisión intersistemática y, desde el punto de vista puramente temporal, como semidinámica.

Pero además, dado que lo aludido por esos elementos es una cierta propiedad o estatus, la remisión a las normas determinantes de su posesión en el momento del hecho es realizada de un modo puramente indirecto y limitado, toda vez que las normas correspondientes cumplen única y exclusivamente el papel de determinar la referencia del tipo. Esto significa que la calificación típica del suceso se desenvuelve en dos niveles discursivos perfectamente diferenciados: el de la calificación normativa de los componentes del hecho y el de la calificación de la conducta como típica por el hecho de reunir los caracteres exigidos por la descripción del hecho, lo que permite calificar a la remisión correspondiente como cerrada y extensional, por referencia a la forma enunciativa y lógica que adopta la norma en tal caso.

Esta estructura es la que hace posible la aplicación ultractiva de las normas de "complemento" modificadas favorablemente, por dos razones. Primero porque posibilita que la referencia del tipo continúe siendo aportada, en el punto en que opera el reenvío, por las normas que determinaban la posesión del estatus correspondiente en el momento del hecho aunque ya no conserven su vigencia (e incluso aunque no hayan estado vigentes al momento de ejecución de la conducta⁴⁰⁴). Y segundo, porque al mantener la independencia de los enunciados y los juicios valorativos correspondientes, el cambio introducido en la norma

⁴⁰⁴ Es lo que ocurre cuando el estatus relevante es atribuido por normas que ya en el momento del hecho han perdido su vigencia. *Vid supra* sec. 2ª. B, 5.1.

reenviada no puede ser considerado un cambio introducido en la reenviante, que consiguientemente seguirá condicionando la tipicidad del hecho al estatus que haya poseído en el momento de su ejecución. De este modo, los presupuestos de punibilidad de la conducta serán exactamente los mismos en el sistema del hecho y en el sistema de la sentencia, y en rigor no habrá aquí una sucesión en el conjunto de normas aplicable al caso. Vale decir, desde cualquiera de los sistemas que se conforme el conjunto de normas aplicables al caso, las normas de referencia en S_h

405

SECCIÓN TERCERA

LAS LEYES PENALES EN BLANCO Y LA ULTRACTIVIDAD

1. Contextualidad, antinormatividad, ultractividad y sustituibilidad

Llegados a este punto estamos por fin en condiciones de cruzar la información reunida y contestar la pregunta que formulamos más arriba⁴⁰⁶. Como se recordará, nos introdujimos en el tema de los presupuestos normológicos de la ultractividad buscando un indicador objetivo de la construcción de los tipos penales que nos permitiera superar las limitaciones del criterio que emplea la doctrina para identificar las leyes en blanco, que bascula entre cómo son y cómo a su juicio deberían ser los tipos penales⁴⁰⁷.

El punto que nos interesa es someter a examen la verdad o falsedad de la tríada de afirmaciones que sustentan la tesis mayoritaria sobre el tratamiento del error recaído sobre los componentes en blanco; esto es: (a) que los tipos que remiten a deberes extrapenales son tipos en blanco, (b) que en tal calidad incorporan los presupuestos de las normas reenviadas, y (c) que el modo de practicar la integración entre los

⁴⁰⁵ Si no fuera, entonces, porque la extensionalidad del reenvío supone la extratipicidad de los presupuestos de la norma reenviada, es decir, si no fuera porque ella implica una clara separación entre las normas que intervienen en el primer y segundo nivel del discurso normativo, todo cambio introducido en la normativa de complemento constituiría una modificación de las especificaciones del propio tipo delictivo, que en un sector regido por el principio de favorabilidad necesariamente conduciría a su aplicación retroactiva.

⁴⁰⁶ *Supra* sec. 1ª, B, 2.2.

⁴⁰⁷ *Idem*.

enunciados normativos consiste en reemplazar el término de remisión por los presupuestos de la norma reenviada, dado que la única función de aquel es guardar lugar para estos en el tipo.

La información con que contamos nos permite poner a prueba estas afirmaciones a través de un test muy sencillo. Si acaso es correcto el análisis que hemos hecho en las secciones anteriores, la ultractividad de las normas de complemento de un tipo penal puede tomarse como un índice categórico de que la remisión que se hace a ellas es cerrada y de que sus presupuestos permanecen ajenos a la formulación típica⁴⁰⁸. Por su parte, la concepción tradicional de las leyes penales en blanco sostiene que los tipos que contienen remisiones a *deberes extrapenales* son tipos incompletos que mediante el reenvío incorporan a su propia formulación los presupuestos de las normas de deber reenviadas.

Pues bien, si la explicación sobre la ultractividad de las normas extrapenales de referencia que aquí hemos dado es correcta, quiere decir que no se puede atribuir a un tipo el carácter de ley en blanco y a la vez sostener que las normas a que reenvía podrían operar con efecto ultractivo. Más que simplemente incompatibles, las propiedades "ley en blanco" y "ultractividad de las normas de complemento" son contradictorias, porque la atribución de efecto ultractivo supone negar la pertenencia de los presupuestos de la norma reenviada al tipo. De modo que si la concepción usual de las leyes en blanco fuese correcta, nunca podría darse el caso de que tras la sustitución favorable de las normas de deber complementarias de una ley penal en blanco, estas se aplicaran ultractivamente.

Sin embargo, ya intuitivamente podemos saber que esto es falso, como lo demuestra por lo demás uno de los ejemplos más evidentes de ultractividad, que por esa misma razón hemos utilizado en repetidas ocasiones: el de un delito imprudente cometido al conducir a contravía⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ En realidad, no es necesario aceptar íntegramente la reconstrucción de la ultractividad que aquí se ha presentado, sino solo dos aseveraciones centrales: primero, que el criterio más acertado para decidir sobre la aplicación retro o ultractiva de las normas de complemento es el de necesidad de pena, y no por ejemplo el de temporalidad de las normas modificadas, y segundo, que sería imposible despreciar la importancia de un cambio normativo si el contenido de las normas modificadas perteneciera al tipo, porque entonces lo modificado sería (parte de) el tipo mismo y, con él, evidentemente la necesidad de pena del hecho.

⁴⁰⁹ Con todo, quien crea que la ultractividad en supuestos de remisión admite explicaciones alternativas, podría encontrar este ejemplo poco persuasivo, dada la implausibilidad de un cambio refutatorio de la regla infringida. En la sección siguiente se proporcionan ejemplos de tipos que

Verdaderamente no hay ninguna razón por la que el solo hecho de que un acto se encuentre prohibido o mandado no pueda ser un factor determinante o contribuyente en la fijación del significado que quepa atribuirle de cara a una norma de sanción penal. Al contrario, apreciar una conducta en esa específica dimensión tiene todo el sentido del mundo para evaluar su lesividad, aunque más no sea por la simple necesidad de excluir el castigo de las acciones explícitamente autorizadas por el sistema jurídico, como ocurre por ejemplo en materia ambiental y de seguridad laboral, en que la procedencia de un castigo debe *supeditarse* a que la conducta en cuestión sea un caso de contravención de las reglas que disciplinan el correspondiente sector de actividad.

Como sea, para confirmar o falsar la tesis es cosa de averiguar si acaso existen casos en que las normas de deber reenviadas por un tipo penal deban ser aplicadas ultractivamente aun en la hipótesis de un cambio refutatorio y favorable. Si eso acontece, la tesis que estamos analizando quedará falsada y podremos afirmar con seguridad que, al menos en los casos en que ello ocurre, los presupuestos del deber no forman parte de la descripción, y que la tipicidad de la conducta depende de su antinormatividad y no de las condiciones bajo las cuales ella pudiera generarse.

Es importante notar, en todo caso, que el listado de elementos contextuales de antinormatividad no tiene por qué circunscribirse a tipos de esas características, y bien podría extenderse a otras dos categorías de hechos. En primer lugar, a aquellos que remiten a normas de deber que no son susceptibles de un cambio refutatorio, pues también esta clase de normas pueden contribuir al establecimiento de un injusto estructurado en dos niveles discursivos. La única diferencia es que en este caso la ultractividad ya no podrá servirnos como un medio concluyente para detectar la extensionalidad del reenvío. Tiene perfecto sentido que un tipo contenga remisiones cerradas y puramente extensionales a normas que sin embargo no pueden ser sustituidas refutatoriamente, no con el objeto de hacer posible su ultractividad, que ya viene asegurada por la naturaleza del cambio normativo, sino porque la índole abierta o cerrada de la remisión define el alcance del tipo, el nivel de descripción por relación al cual la conducta se considera digna de castigo y los caracteres que consiguientemente deben ser comprendidos por el agente para actuar con dolo.

contienen remisiones a deberes extrapenales, cuyas normas tendrían aplicación ultractiva aun en la hipótesis de un cambio refutatorio.

En segundo lugar, la lista puede ser ampliada para incluir también aquellos tipos penales que remiten extensionalmente a normas de deber que si fueran sustituidas refutatoriamente conducirían a la absolución del imputado. No es infrecuente que el reemplazo de normas que son objeto de una remisión extensional dé paso a una decisión absolutoria. Esto no niega la extensionalidad del reenvío. El castigo de un hecho cuando han cambiado las normas de deber a que reenvía es imposible si la remisión no es extensional, pero si la remisión es de este carácter es perfectamente posible la absolución del agente por el impacto que un reemplazo refutatorio de las normas reenviadas pueda tener sobre *otros* elementos constitutivos del tipo correspondiente.

Concentraremos nuestra revisión en el primer grupo de tipos penales, sin perjuicio de volver más adelante sobre algún ejemplo correspondiente a alguna de las categorías que podrían ser añadidas.

2. Las remisiones cerradas al deber en el derecho positivo

2.1. Remisión extensional acompañada de ultractividad

El derecho positivo brinda numerosos ejemplos de elementos contextuales de antinormatividad cuya configuración no se vería afectada por una modificación reevaluativa de los deberes o prohibiciones a que remite.

a) En el ámbito de los delitos funcionarios las figuras con esa clase de elementos son de hecho abundantes. Dado que a los agentes del Estado se confía la realización de los fines de la ley, es casi obvio que el apartamiento de sus mandatos sean un factor determinante de la lesividad, o bien de la gravedad de su comportamiento, y que las remisiones correspondientes conduzcan al sistema del hecho.

aa) Un primer grupo de figuras de esta índole está conformado por aquellas que tienen como autor un funcionario encargado de declarar el derecho o velar por su cumplimiento. La prevaricación judicial o administrativa es un ejemplo evidente. La lesividad de este comportamiento para la Administración de Justicia o la Administración Pública en general reside simplemente en que la decisión tomada por el funcionario sea contraria a las normas que ha debido aplicar. Si un juez dicta una "sentencia o resolución injusta" comete un delito de prevaricación (art. 446) que no decae por el hecho de que con posterioridad las disposiciones inaplicadas o infringidas se modifiquen refutatoriamente en el sentido de su decisión, porque lo que está en juego es el ajuste de sus decisiones a las normas aplicables al caso

juzgado. Lo mismo ocurre si esa conducta la realiza un funcionario administrativo en los asuntos de su competencia (art. 404).

En una posición similar se encuentran los funcionarios a quienes compete informar sobre el ajuste a la ley de determinados proyectos o actividades, por ejemplo en materia urbanística o ambiental. El art. 329, por ejemplo, sanciona a:

“la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias *manifiestamente ilegales* que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la *infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen*”.

La ilegalidad de esas licencias así como la existencia de infracciones a las normas generales de carácter medioambiental deben ser apreciadas en función de la normativa vigente al momento de realización de la conducta del funcionario. De modo que si con posterioridad a la aprobación de las licencias o de las visitas inspectivas se modificasen refutatoriamente las condiciones de otorgamiento u operación infringidas –por ejemplo, por haberse descubierto que los efectos de un determinado compuesto no eran los que se pensaba–, eso podría beneficiar al particular, por las razones que veremos un poco más adelante, pero no debería favorecer al funcionario a quien estaba confiado el control del cumplimiento de las normas sectoriales, pues la ilegalidad de sus decisiones, que es el factor del que depende el desvalor de su conducta, constituye un carácter de segundo nivel⁴¹⁰ que no se ve afectado por la modificación del sistema de referencia de este componente contextual⁴¹¹.

⁴¹⁰ El interés protegido por las normas inaplicadas no es el interés protegido por el tipo, sino uno más general, consistente en la correcta aplicación de las normas pertinentes.

⁴¹¹ La opinión sobre este punto depende de cómo se conciban las finalidades del precepto. SILVA/MONTANER proponen de esta figura una interpretación que atribuye al comportamiento del funcionario una doble dimensión lesiva, primero como un ataque contra la Administración pública y enseguida como fuente de riesgo para el medio ambiente. Partiendo de esa base, sostienen que “el hecho típico del art. 329 CP requiere que con el informe, la autorización, el silencio o la omisión sea posible la aparición (o el mantenimiento) de una conducta penalmente típica contra el medio ambiente”, concretamente de una de las conductas previstas en los preceptos anteriores a los que el art. 329 expresamente se remite (*Los delitos contra el medio ambiente*, p. 233 y s). Si esto se entiende en el sentido de condicionar el castigo de la conducta del funcionario a una efectiva creación de riesgo, la morigeración posterior de los parámetros a partir de los cuales habría que apreciar el riesgo ambiental tendría que operar retroactivamente. Pero si el delito del funcionario se concibe como un atentado contra la Administración pública calificado por el riesgo de la comisión de lo que ese

En el ámbito urbanístico, esta vinculación entre el acto del funcionario y las normas coetáneas al hecho aparece incluso destacada en el texto del art. 320, que contiene una figura paralela a la anterior y que castiga a:

“la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística *vigentes*”.

ab) Son también contextuales las remisiones que contienen las figuras que refuerzan los deberes derivados de la organización jerárquica de la Administración, como las que sancionan la desobediencia y la denegación de auxilio (arts. 410-412). La primera de ellas se refiere a:

“las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, *dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales*”.

Como es lógico, ninguna modificación posterior de las reglas competenciales - condicionantes del deber del subalterno⁴¹²- podría afectar la tipicidad de la conducta, pues la remisión debe entenderse hecha al carácter obligatorio de la orden incumplida e indirectamente al conjunto de normas fundantes de su obligatoriedad al momento de la conducta.

ac) Fuera de estos delitos, en los que la inobservancia de la ley o del deber se sitúa en el núcleo del injusto, las remisiones contextuales siguen siendo la regla. La única diferencia es que en estos casos tras la infracción de la norma podemos apreciar la vulneración de otros aspectos de la organización y funcionamiento de la administración pública, como la primacía de interés público, los deberes de probidad y de trato igualitario, el patrimonio fiscal, etc. Aquí podemos encontrar un variado catálogo de figuras que castigan la realización *irregular* de actos propios del

momento constituya un delito ambiental, la solución tendría que ser la contraria. Por mi parte, pienso que este último enfoque calza mejor con la idea de una tipificación autónoma del comportamiento del funcionario, punible por ejemplo a título de tentativa, y en el que además es posible la participación de terceros (al respecto, SILVA/MONTANER, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 230), mientras que el primero responde más bien a un esquema de castigo de conductas de participación en el delito del art. 325.

⁴¹² Entendemos que las alusiones a la competencia de la autoridad requirente envuelve una referencia al deber de obedecerla (como sostiene PUPPE, por ejemplo (“Error de hecho, error de Derecho, error de subsunción”, p. 114).

cargo y en las que lógicamente la contravención del deber debe apreciarse en función de las normas vigentes al momento de la conducta.

Es el caso, por ejemplo, de la provisión ilegal de cargos públicos del art 405, pero también de la figura del art. 529 que castiga al “Juez o Magistrado que entregare una causa criminal a otra autoridad o funcionario, militar o administrativo, *que ilegalmente se la reclame*”. Y es lo que ocurre asimismo en la prolongación ilegal de la libertad (art. 530), la incomunicación ilegal de personas (art. 531), la interceptación ilegal de comunicaciones (arts. 535 y 536), el establecimiento de censura previa fuera de los casos previstos en la ley (art. 538), la obstaculización del ejercicio de derechos cívicos (art. 542) o de derechos en general por motivos discriminatorios (art. 511).

Hay buenas razones para atribuir a las normas quebrantadas una aplicación ultractiva. Si una ley posterior restringiera por ejemplo el ejercicio de derechos cívicos, o admitiera plazos mayores de privación de libertad o hipótesis más amplias de interceptación de las comunicaciones privadas, en virtud de una reevaluación de los intereses en conflicto, no por ello quedaría coonestada una actuación ejecutada por agentes del Estado con desprecio de las exigencias y límites que en ese momento condicionaban la legitimidad de la afectación de derechos fundamentales.

Por otro lado, si entendemos que las alusiones a la custodia de documentos o informaciones encomendada a un funcionario remiten a los deberes que tiene de mantenerlos bajo reserva y control, entonces las mismas consideraciones son pertinentes respecto de las figuras contenidas en los arts. 413 a 415.

ad) Otro tanto cabe decir respecto de diversas figuras que sancionan la omisión de deberes del cargo. Pensemos por ejemplo en las infracciones previstas en arts. 320 y 329 recién citados, que castigan “al funcionario que haya *omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*” conforme a las normas de protección medioambiental, cuya aplicación con efecto ultractivo debería regirse por los mismos parámetros aplicables a la emisión de informes favorables a la concesión de licencias manifiestamente ilegales⁴¹³.

⁴¹³ En el derecho alemán, PUPPE menciona como ejemplo de ley penal en blanco el caso del § 264.1º.2 (actualmente número 3), aplicable a quien “deje al otorgante, en desconocimiento de hechos relevantes sobre las subvenciones, en contra de lo previsto en las disposiciones que regulan la concesión de subvenciones o las disposiciones legales sobre adjudicación de subvenciones”. Si, como

ae) Finalmente, la ultractividad de las disposiciones extrapenales de referencia es también la solución correcta en aquellas ocasiones en que la antinormatividad de la conducta opera como un elemento de *calificación del injusto*. Es el caso del delito de cohecho, cuya pena se incrementa si la dádiva o promesa apunta a la realización de un acto *contrario a deber* o a la omisión o retardo de un acto *debido* del cargo (art. 419). Una modificación de los preceptos extrapenales infringidos no tendría por qué alterar la calificación de un hecho ejecutado con anterioridad. Si un agente fiscalizador es sobornado para no cursar una infracción, su situación evidentemente no mejorará si con posterioridad se modifica la norma infringida por el sobornante, independientemente del motivo de esa reforma.

b) Los elementos contextuales de antinormatividad también son frecuentes entre las figuras que sancionan a los particulares. Es especialmente fácil encontrarlos entre los delitos socio económicos, pero de ninguna manera se circunscriben a ese ámbito. Considerando solo los casos más claros cabe mencionar los siguientes:

ba) El delito de resistencia a la autoridad y desobediencia de órdenes previsto en el art. 556 CP, que castiga a:

“los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, *en el ejercicio de sus funciones*”.

Esta última referencia comporta una calificación indirecta de la conducta del autor⁴¹⁴. La legitimidad de la actuación del funcionario implica la obligatoriedad de la orden emitida y por tanto la ilicitud (*prima facie*) de la desobediencia, así como de la resistencia que se oponga a los actos de aquel. También en esta hipótesis las normas que hay que tomar en cuenta para apreciar la antinormatividad de la

indica la citada autora, esa remisión recae sobre “el deber de información cuya vulneración es conminada con pena en el § 264 párrafo 1º, número 2” (PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 113) debe concluirse que una modificación favorable de esos deberes dejaría intacta la situación del omitente.

⁴¹⁴ PUPPE califica como un caso de remisión en blanco encubierta el de la competencia de la autoridad en las figuras de falsedad en declaración no juramentada y de perjurio previstas los §§ 153 y siguientes. Según indica, la competencia de la autoridad que recibe la declaración sería un elemento en blanco porque habría que interpretarlo como alusivo a cualquier agente frente al cual exista el deber de decir la verdad, y así, como una referencia al deber que infringe el declarante (PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 114). Entendida, entonces, como una remisión a un deber extrapenal de decir la verdad ante ciertos agentes estatales es claro que, independientemente del motivo por el que pudiera reformarse la competencia de una autoridad para tomar una declaración oficial, ello no debería afectar la punibilidad de las conductas de perjurio cometidas cuando ella aun contaba con esas facultades.

conducta del autor son las vigentes al momento del acto, aun cuando estas puedan cambiar posteriormente por cualquier motivo. Lo que está en juego es la eficacia de las actuaciones estatales y desde ese punto de vista lo único que interesa es el carácter vinculante que tenga o haya tenido la instrucción del agente estatal en el momento de ser emitida.

bb) La aceptación de cargos ilegales, prevista en el art. 406 en los siguientes términos:

“La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles”.

Tal como en el caso del nombramiento ilegal una futura reforma de los requisitos del cargo no haría desaparecer la tipicidad de la conducta del funcionario, la calificación de la conducta del particular que acepta ejercerlo tampoco se vería afectada por ello.

bc) El delito de soborno (art. 424), pues cuando la dádiva apunta a la realización de un acto contrario a deber este elemento tiene evidentemente el mismo carácter contextual que para el funcionario que la solicita o la acepta.

bd) Las figuras de discriminación contenidas en los arts. 511 y 512, toda vez que el carácter discriminatorio de un acto no desaparece por el hecho de que una reforma posterior modifique –por las razones que sea– el diagrama de derechos de las personas o sus condiciones de ejercicio. Lo que define su ilicitud es la lesión de la igualdad, el hecho de que en el momento de la conducta el usuario o consumidor tenga derecho a la prestación solicitada y esta le sea negada por los motivos que indican esos preceptos⁴¹⁵.

be) Diversos tipos penales enderezados a reforzar las normas que organizan un determinado sector de actividad y a proteger el control que se ejerce sobre las mismas. A vía de ejemplo, cabe mencionar en esta categoría los delitos de tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis), financiación irregular de partidos políticos (art. 304 ter) y colaboración en la inmigración ilegal de personas (art. 318 bis)⁴¹⁶. Así, quien ha participado en una estructura u organización destinada a obtener financiación

⁴¹⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES (dir), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, p. 2050 y ss.

⁴¹⁶ El Tribunal Supremo Federal en Alemania ha aplicado este criterio incluso en el caso de la infracción del deber de tener visa cometido por extranjeros cuyo país hubiere entrado posteriormente a formar parte de la Unión Europea, cfr. TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 131 y s.

para un partido político de un modo contrario a la ley no se beneficia de una modificación posterior del régimen correspondiente, pues la función que cumple el reenvío a ese conjunto de normas es enteramente similar a la que cumple la expresión "delito" en la figura de asociación ilícita del art. 515.1 y en otras de similar estructura⁴¹⁷.

bf) Una amplia gama de figuras pertenecientes al derecho penal económico, entre las que cabe citar: las defraudaciones contra la seguridad social (art. 307); los delitos de obtención de subvenciones ilegales y de distracción de los fondos obtenidos (art. 308)⁴¹⁸; las hipótesis de insolvencia punible contenidas en los nros. 6 a 8 del artículo 259.1 (en tanto requieren la infracción de deberes contables); la imposición a los trabajadores de condiciones contrarias a la seguridad social (art. 311), y la realización de edificaciones no autorizables (art. 319)⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Sobre la ultractividad en estos casos, JAKOBS, *Derecho penal, PG*, nm. 4/72, p. 121; FIANDACA/MUSCO, *Derecho penal, PG*, p. 111 y ss.

⁴¹⁸ Las condiciones y fines que menciona el precepto no son otros que aquellos con miras a los cuales la subvención haya sido otorgada en su momento. Puntualizando que el bien jurídico inmediatamente protegido en este delito es el cumplimiento de los fines específicos de la subvención, MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa, PE*, p. 588 y ss. En el mismo sentido y calificándolo como delito contra el fomento económico, se pronuncia TIEDEMANN acerca del fraude de subvenciones del §264 StGB (op. cit., p. 282). Según este mismo autor el §264, apartado 1, n° 2, StGB, que castiga en el Derecho alemán la aplicación de un subvención de modo contrario a su fin, "contiene elementos equivalentes a la infidelidad" (TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 282).

⁴¹⁹ Mención aparte cabe hacer al delito de defraudación fiscal (art. 305). Como casi todo lo tocante a este delito, la irretroactividad de las modificaciones introducidas en las normas tributarias es materia de un amplio debate, por lo que no cabe efectuar aquí afirmaciones generales. La discusión en torno a la aplicación del principio de favorabilidad varía dependiendo de qué sea lo que se modifique (MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa, PE*, p. 564; SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 771, nota 47; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 130). Si la reforma consiste en ampliar una exención o el concepto de gasto deducible, por ejemplo, las opiniones se dividen mucho más que si la reforma se limita a modificar las tasas impositivas. En este último caso, en general se estima que el cambio no debe operar con efecto retroactivo. Por ejemplo, dada su modalidad de recaudación, puede considerarse relativamente pacífica la afirmación de que si un individuo utiliza medios engañosos para simular un débito fiscal menor que el que corresponde, no se verá beneficiado por una reducción posterior de la tasa del IVA, cualquiera sea la razón que se aduzca para introducir ese cambio. En Alemania, la jurisprudencia aplica un principio de *imposición tributaria por lapsos*, que es en el fondo una manera de atribuir carácter temporal a las disposiciones correspondientes (TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 133). Un panorama de la situación a nivel doctrinal en ese país puede verse en PIÑA GARRIDO, op. cit., p. 277 y ss. JAKOBS considera el § 370 OA es ley temporal cuando varían las tasas impositivas o los límites de exención y estos siguen vigentes para

2.2. Ejemplos de remisión extensional que no origina ultractividad

Señalábamos antes que la lista de tipos penales con remisiones cerradas a normas de deber incluye también casos que no son acusados mediante un test de ultractividad, es decir, casos en que la extensionalidad de la remisión no obsta a que una modificación ulterior de las normas reenviadas beneficie retroactivamente al imputado.

En general, este grupo está integrado por figuras en que la antinormatividad juega un papel limitativo de la tipicidad de una conducta que por sí misma incide en forma negativa sobre un determinado objeto de tutela. Es lo que ocurre por ejemplo en materia medio ambiental. La normativa sectorial no intenta suprimir las actividades que puedan tener alguna repercusión desfavorable sobre el ecosistema, sino solo limitarlas. Asimismo, es obvio, por otra parte, que la ley penal no persigue sancionar las acciones contaminantes que se realicen conforme a la legalidad, sino solo las que se aparten de ella y sean especialmente graves. Pues bien, tal subordinación⁴²⁰ del tipo a la regulación ambiental se traduce entonces en una exigencia que condiciona la tipicidad del comportamiento a su antinormatividad, tal como podemos verlo reflejado en los artículos 325 y siguientes. El primero de ellos establece que:

Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, *contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia

los períodos anteriores (*Derecho penal*, PG, nm. 4/67, p. 119, nota 99b); y que en general en los delitos contra la Hacienda pública, “la punibilidad se rige por la deuda tributaria tal como existe (*besteht*) o surge (*entsteht*) en el momento del hecho” (op. cit., nm. 4/ 72, p. 122). En este sentido, véase también MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, p. 526 y ss.; PIÑA GARRIDO, “La retroactividad de la ley penal más favorable en los delitos contra la Hacienda Pública”, p. 261 y ss., quien sostiene que las normas tributarias de referencia no son leyes penales y que por consiguiente no se produce una modificación del injusto (p. 280 y ss). En contra, PÉREZ ROYO, “La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en los casos de modificaciones en la normativa tributaria”, p. 83 y ss.

⁴²⁰ Sobre los diversos modelos de relación entre la ley penal y las regulaciones ambientales, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ: “Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005”, p. 25 y ss.

incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

Cabe pensar, por el papel que juega la exigencia de antinormatividad en este injusto, que la remisión que va envuelta en ella es contextual. Si la idea es restringir la tipicidad de las acciones contaminantes a las que quebranten además las normas sectoriales, quiere decir entonces que este desvalor añadido debe apreciarse en función de las normas imperantes en el momento del hecho y que, como toda propiedad relacional, ese desvalor no se verá afectado por una posterior modificación de las normas inobservadas.

El tipo, por lo demás, subraya este aspecto al utilizar el verbo contravenir en gerundio: “contraviniendo las Leyes u otras disposiciones...” es una fórmula que indica que la infracción de esas normas es parte de lo que el individuo *hace* y que para verificar la concurrencia de ese elemento es preciso acudir al sistema del hecho.

Pero a diferencia de lo que ocurría en las situaciones mencionadas en el acápite anterior, en este caso ocurre que, si bien una modificación refutatoria de las normas de referencia dejaría intacta la antinormatividad de la conducta, lo más probable es que la punibilidad de la conducta decayera por exclusión de otras exigencias típicas; de modo que si por ejemplo, en razón de haberse descubierto que un elemento no era tan contaminante como se pensaba, el Estado adoptase la decisión de eliminar los controles existentes sobre su emisión, es claro que las conductas realizadas con infracción de los límites anteriormente establecidos dejarían de ser típicas. Pero –y esto debe subrayarse– dejarían de serlo no porque ya no fuese posible afirmar su carácter antinormativo sino porque ya no podríamos considerar que esas conductas han generado *daño o peligro* medio ambiental⁴²¹.

Esto es importante tenerlo en cuenta porque lo verdaderamente significativo para el problema del error no es la preservación de la punibilidad del hecho sino la

⁴²¹ Esto podemos apreciarlo también considerando la situación inversa. Si un sujeto realiza una conducta contaminante *con sujeción a norma* y luego las regulaciones se tornan más exigentes, es evidente que no puede ser castigado por ello. Pero es significativo que para llegar a esta conclusión no necesitamos recurrir al principio de irretroactividad; basta con reparar en que de cara a un tipo penal que describe una conducta que haya sido ejecutada contraviniendo las disposiciones pertinentes, la acción del agente es sencillamente atípica.

estructura del tipo, que en lo tocante a la antinormatividad de la conducta contiene, como podemos ver, una remisión cerrada, extensional e intersistemática a S_h ⁴²².

En una situación como la que se acaba de describir se encuentra asimismo un conjunto relevante de figuras de peligro que condicionan la punibilidad a la antinormatividad del comportamiento, entre las que cabe incluir las figuras sobre materiales o sustancias radiactivas⁴²³ y sobre productos alimentarios⁴²⁴, la caza ilegal⁴²⁵ y los delitos contra la seguridad de los trabajadores⁴²⁶.

La importancia que tiene reconocer el carácter contextual de esta clase de elementos y la correlativa extensionalidad de la remisión respectiva, reside en que la

⁴²² Sostienen que la infracción de las normas administrativas opera en esta figura como un elemento normativo del tipo y que el error del agente a ese respecto excluye el dolo, SILVA/MONTANER, *Los delitos contra el medio ambiente*, pp. 93, 120 y ss.

⁴²³ "Artículo 345. 1. El que, *contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general*, adquiera, posea, trafique, facilite, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, multa de seis a dieciocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años".

⁴²⁴ "Artículo 363. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores: 1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios *con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición*".

⁴²⁵ "Artículo 334. 1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años quien, *contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general*: a) cace, pesque, adquiera, posea o destruya especies protegidas de fauna silvestre; b) trafique con ellas, sus partes o derivados de las mismas; o, c) realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración. La misma pena se impondrá a quien, *contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general*, destruya o altere gravemente su hábitat".

"Artículo 335. 1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté *expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca*, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años".

⁴²⁶ "Artículo 316. Los que *con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados*, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".

tipicidad de la conducta depende únicamente de su carácter antinormativo, cualquiera sea el conjunto de presupuestos especificados por las normas de referencia infringidas, lo cual convierte a dicho carácter en cuanto tal en un objeto posible del dolo.

Como se puede apreciar, entonces, la revisión de las normas penales vigentes arroja resultados muy significativos. La provisión ilegal de cargos, el disfrute de prestaciones sociales improcedentes, la emisión de informes ilegales en materia urbanística o ambiental, el tráfico ilegal de órganos o personas, y un número considerable de otras figuras⁴²⁷ describen supuestos cuyo injusto pivota sobre la antinormatividad del acto, y que seguirían siendo punibles aun en el supuesto de que las normas infringidas en el momento de realización de la conducta fuesen modificadas en un sentido favorable al agente. Ello apoya la tesis de que la exigencia de antinormatividad en esos tipos está referida al carácter de la conducta en tanto que contraria a norma al momento de su ejecución, independientemente de cuáles puedan ser los presupuestos condicionantes del deber en cualquier punto del tiempo en que el tipo cobre aplicación. Lo mismo, por lo demás, puede decirse respecto de muchas otras figuras cuya estructura en este aspecto es idéntica, aun cuando una modificación favorable de las normas reenviadas pudiera tener un impacto retroactivo sobre otros extremos del tipo penal.

La antinormatividad de la conducta funciona en todos estos tipos como un elemento descriptivo de segundo nivel, por lo que la existencia de estas figuras puede citarse como una prueba factual de que las tesis según la cual los tipos que remiten a deberes extrapenales deben ser integrados con los presupuestos de las normas reenviadas, es falsa.

⁴²⁷ La enumeración precedente es solo ejemplar y fácilmente podría ser ampliada a otras figuras. Cabría discutir, por ejemplo, si el delito de abandono de familia es otro caso, debido a que la descripción de la conducta descansa casi por completo sobre las normas legales que definen los deberes de asistencia entre familiares (Artículo 226. 1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses). Dependiendo de la interpretación que se proponga, es sostenible que esta figura se refiere al quebrantamiento de los deberes de asistencia que hayan sido exigibles al momento de la omisión, independientemente de que una ley posterior pueda reconfigurar de otro modo la carga del mantenimiento de los familiares cercanos. Del mismo modo, cabría analizar una a una las numerosas ocasiones en que la ley penal hace referencia a la falta de una autorización preceptiva.

3. La clasificación semántica de las remisiones y la distinción entre elementos normativos y elementos en blanco

La situación descrita reclama una reflexión adicional acerca de las razones por las que la conceptualización tradicional de las leyes penales en blanco conduce a resultados erróneos. Para esto puede ser útil comparar los resultados a que conduce la clasificación de las remisiones en abiertas y cerradas, con la distinción entre elementos normativos y elementos en blanco.

De acuerdo con el consenso doctrinal, los elementos normativos del tipo son componentes del sentido de las correspondientes figuras de delito, cuya realización dolosa supone entonces que el agente comprenda el hecho en la dimensión de significado que esos elementos aportan a la descripción de la conducta. Por otro lado, es también en relación con esta clase de elementos donde se hace más evidente la necesidad de admitir que la sustitución de las normas reenviadas por otras más favorables no necesariamente debe operar con efecto retroactivo⁴²⁸. No es difícil darse cuenta, por lo tanto, de que ambos aspectos coinciden con bastante exactitud con las propiedades que hemos atribuido a las remisiones cerradas, y todo parece sugerir que la estructura que hemos asignado a esta clase de remisiones proporciona una explicación de los caracteres que la doctrina atribuye a los elementos normativos⁴²⁹.

Por su parte, la estructura de las remisiones abiertas parece cuadrar bastante bien con las características que en general se atribuyen a las leyes penales en blanco. En efecto, dado que mediante una remisión de esa clase el tipo conecta su texto con otros enunciados en el mismo nivel discursivo, tiene pleno sentido decir que

⁴²⁸ OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad*, p. 354, SILVA SÁNCHEZ, "Legislación", p. 717.

⁴²⁹ Los tipos que contienen reenvíos cerrados están formulados con un mayor nivel de abstracción y describen la conducta mediante una referencia a sus caracteres generales, precisamente porque esa es la dimensión en que ella cobra (especial) significado lesivo y se hace merecedora de pena. Lejos de suponer un vacío, las propiedades significadas por los conceptos que operan una remisión cerrada son, por consiguiente, intensionalmente irreducibles a sus especificaciones o presupuestos reglamentarios, pues el hecho de que la conducta posea dichos atributos constituye un componente semántico de su descripción que forma parte del sentido en que el propio agente ha de comprenderla a fin de que sea posible atribuirle una comisión dolosa. Esa misma función da lugar además a una aplicación ultractiva de las normas reenviadas cuando el reenvío es hecho a las reglas del sistema del hecho y ha operado un cambio en el tiempo intermedio, como ocurre en el caso de las remisiones contextuales.

incorpora el contenido de las normas reenviadas a su propia formulación. De un tipo de esas características puede efectivamente decirse, de un modo metafórico, que acusa un blanco o vacío porque, a diferencia del caso anterior, los términos que operan el reenvío no expresan el carácter por el cual el hecho es considerado lesivo, sino que simplemente remiten a una norma o conjunto de normas que aportan los caracteres de sentido faltantes y que, en conjunto con los demás, determinan la relevancia penal de la conducta. Por tal motivo, los términos que operan esta clase de remisiones pueden ser reemplazados, sin pérdida de significado, por el contenido de las normas reenviadas. Además, dado que las disposiciones remitidas contienen una parte del tipo reenviante, se comprende que cualquier cambio que se introduzca en ellas supondrá una modificación del propio tipo y dará paso inevitablemente a una aplicación retroactiva de los cambios favorables que acontezcan entre el hecho y la sentencia.

La correspondencia que acabamos de mostrar se disipa de inmediato sin embargo si, en lugar de emplear como término de comparación los caracteres generales de la distinción entre elementos en blanco y elementos normativos, asignamos un contenido concreto a ambas categorías tomando como base la tesis que identifica los primeros con los que remiten a deberes o prohibiciones extrapenales. Cruzando de ese modo ambas clasificaciones, lo que esta última tesis viene a decir es que todos los elementos de antinormatividad involucrarían una remisión abierta a normas extrapenales de deber, cuyos presupuestos tendrían que ser incorporados a los tipos respectivos, y -como corolario- que todas las demás remisiones típicas tendrían un carácter cerrado. Ambas consecuencias son, sin embargo, erróneas.

Como acabamos de ver, no es verdad, ni siquiera como regla general, que las remisiones a deberes extrapenales sean remisiones abiertas. Bastaría un solo caso para demostrarlo, pero la evidencia "empírica" muestra que el conjunto de tipos que contienen remisiones cerradas al deber es realmente muy destacable

Por otro lado, tampoco es efectivo que todos los demás elementos típicos den lugar a remisiones cerradas. De hecho, la mayor parte de las normas que conforman la parte general del Derecho penal establecen, tanto entre ellas mismas como entre estas y los tipos de la parte especial, remisiones abiertas, que precisamente hacen posible su integración en enunciados comprensivos de supuestos cada vez más amplios.

Esta falta de coincidencia entre ambos criterios clasificatorios no es de ninguna manera casual. Como vimos en su momento, la tesis que identifica las leyes en blanco con las que remiten a deberes extrapenales no atiende verdaderamente a la

construcción del tipo reenviante, sino que se basa en una evaluación de su contenido efectuada a partir de una cierta idea acerca de lo que *debería* y *no debería* formar parte de un tipo penal *completo* y *correctamente* formulado. Según ella, un tipo penal debería abarcar todos los presupuestos del deber y no debería contener mención alguna a la prohibición de la conducta.

El paralelismo entre estas dos exigencias y las derivadas de la teoría de la culpabilidad es evidente, y resulta aun más sugerente si tenemos en cuenta que cualquier evaluación de la corrección y completud de un tipo penal, efectuada desde el punto de vista de la doctrina del error, presupone la satisfacción de los requerimientos derivados del principio de legalidad. Porque entonces lo que el requerimiento de completud viene a decir es que aun cuando los presupuestos del deber puedan encontrarse perfectamente especificados en otras normas de rango legal, *el propio tipo tendría que expresarlos* directamente, o bien estableciendo una remisión *abierta* que incorpore los presupuestos de las normas reenviadas a su contenido. Las siguientes palabras de Jescheck sobre las relaciones entre un tipo en blanco y su complemento, reflejan esta idea con toda claridad:

“Correctamente -dice- hay que partir de que *la norma complementaria es una parte integrante del tipo*, pues la norma prohibitiva resulta *incomprensible* si la conminación penal no está referida a un comportamiento descrito de modo concreto. Por tanto, a la disposición penal así completada le son aplicables las reglas generales del error: la equivocación acerca de un elemento objetivo de la norma que complementa a la Ley penal en blanco es un error de tipo; en cambio, la equivocación acerca de la existencia de aquella es un error de prohibición”⁴³⁰.

Hay que conceder la razón a este autor cuando señala que la norma de determinación debe satisfacer unos mínimos comunicativos. Sin embargo, no se ve por qué su cumplimiento habría de depender de que el detalle de sus presupuestos se encuentre en el propio tipo. Desde la perspectiva de Jescheck sin duda sería correcto decir que la directiva de conducta que se extrae de un tipo que no contiene esas especificaciones es incomprensible *sin* ellas, pero eso no avala su opinión en el sentido de que la inteligibilidad de esa directiva dependa de la *incorporación* de los presupuestos de la norma de referencia al tipo, en lugar de depender, como es usual en el Derecho, de una *conexión* (extensional) entre ambas normas.

⁴³⁰ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 331 (destacado añadido).

El argumento en que reposa la tesis comentada no se conforma con una conexión de esta índole sin embargo, sino que exige que la norma de determinación pueda deducirse *directamente* del tipo, sin asistencia de otras normas. Esto no solo no es obvio, sino que carece de todo sustento normológico. Si una norma castiga con una pena al que interne mercancías de importación prohibida y otra prohíbe importar las mercancías *a, b* o *c*, ¿no se sigue de ello la prohibición *penal* de importar *a, b* o *c*, es decir, que lo que se encuentra reforzado con una pena es la prohibición de importar esas mercancías? La posibilidad de inferir del tipo una norma específicamente penal de comportamiento no depende de que este *contenga* todos sus presupuestos, sino de que estos sean determinables a partir de sus conexiones con otras normas del sistema. Si el tipo remite a un deber extrapenal, la norma de conducta simplemente se construirá como coextensiva con la norma extrapenal de deber precisamente en el punto en que la remisión opera.

Es bastante evidente que la exigencia de que el propio tipo exprese las determinaciones del deber no tiene nada que ver con la inteligibilidad de la norma de comportamiento, ni con el hecho de que la realización de todo tipo penal suponga el quebrantamiento de una norma de conducta. *La finalidad de dicha exigencia no es otra que generar para el dolo un referente cognitivo que se acomode a los requerimientos de la teoría de la culpabilidad.*

Como quiera que se le mire, es inevitable llegar al convencimiento de que la teoría de las leyes en blanco, en su versión para el problema del error, no cumple las más mínimas expectativas argumentales. En principio, ella tendría que proporcionar el sustento de la afirmación según la cual las únicas remisiones que generarían la incorporación de los presupuestos de las normas reenviadas al tipo son las que remiten a deberes extrapenales, e idealmente tendría que justificar también que el elemento (de antinormatividad) que formula el reenvío sería reemplazable por dichos presupuestos. Es decir, tendría que mostrarnos que existe un cierto tipo de remisiones caracterizadas por un rasgo cualquiera que produce la incorporación de la norma reenviada a la reenviante, y que las remisiones a prohibiciones extrapenales (y solo ellas) poseen ese rasgo.

Pero lo que encontramos en cambio es una tesis que simplemente *identifica* aquel rasgo con este objeto de reenvío, aduciendo que de otro modo el tipo estaría (subjetivamente) incompleto. Es decir, lo que se nos ofrece es una explicación que primero se apoya en una exigencia de completud que solo es relevante para el dolo para declarar que los tipos que no enuncian los presupuestos del deber y remiten a las normas que los detallan deben ser completados mediante la adición de tales

presupuestos, y luego invoca esto como una prueba de que su propuesta sobre el contenido del dolo en esta clase de tipos es normológicamente correcta. En realidad, lo único que proporciona esa teoría es una argumentación circular, en la que el contenido del tipo se modela de acuerdo a las necesidades de la teoría de la culpabilidad para luego valerse de él como soporte de las soluciones que esa misma tesis del dolo plantea para el error sobre los elementos de antinormatividad.

En el mejor de los casos, en lugar de como una doctrina acerca de la estructura de los tipos en blanco, la tesis que identifica las remisiones en blanco con las remisiones a deberes extrapenales *debería ser entendida como una tesis acerca de la composición del dolo correspondiente a los tipos que remiten a prohibiciones extrapenales*. Así, lo que las tesis de la sustitución y de la adición (agregación de los presupuestos del deber al tipo *junto* al carácter denotado por el término reenviante) vendrían a decir es que el contenido del dolo de las figuras integradas por elementos de antinormatividad tendría que dissociarse del contenido del tipo, en el primer caso prescindiendo del conocimiento de tales elementos y reemplazándolo por el de sus presupuestos, y en el segundo exigiendo el conocimiento de ambas cosas a la vez. Replanteadas de ese modo, nada habría que objetarles desde el punto de vista metodológico y lo único que cabría discutir serían las ventajas o inconvenientes de las soluciones que proponen⁴³¹, que es el tema que abordaremos en el siguiente capítulo.

⁴³¹ Entendida como una teoría acerca del contenido del dolo, lo que la tesis de la sustitución plantea es entonces que para la apreciación de ese elemento simplemente se prescinda de si el individuo ha obrado o no conocimiento de una porción del significado típico de la conducta (su oposición a norma). Al presentarla de ese modo se hace evidente que, contrariamente a lo que parece, la tesis de la sustitución deriva su rasgo más característico no de un supuesto carácter deficitario de los tipos que remiten a deberes extrapenales, sino de lo que desde este punto de vista vendría a ser un superávit de su formulación. En cuanto a sus resultados, esta doctrina se traduce concretamente en que la contravención del deber nunca podría ser objeto del dolo, ni siquiera en aquellos casos en que la ley eleva una conducta a la categoría de delito justamente en atención a su carácter contravencional, algo que la doctrina con toda razón viene criticando cada vez con mayor fuerza especialmente en el ámbito del derecho penal económico. La tesis de la adición evita este inconveniente, ya que, a diferencia de la anterior, no pretende excluir del dolo el contenido semántico que los elementos de antinormatividad aportan al tipo, sino solo exigir para su apreciación que el individuo obre además con conocimiento de los presupuestos del deber. De ese modo logra impedir el castigo a título doloso de hechos cuya significación es inescindible de su ilicitud si el individuo no ha llegado a captarla, pero lo hace también al costo de dissociar el dolo del sentido del tipo y de sobrecargar sus exigencias cognitivas. En efecto, al asumir que el dolo debe abarcar todo lo que forme parte de la norma de determinación aun en supuestos -no reconocidos por esta tesis tampoco- en que el tipo remite solo

Pero en lugar de ello, la tesis mencionada adapta la estructura de los tipos que remiten a deberes extrapenales a un molde adecuado a las exigencias de la teoría de la culpabilidad, a través de dos medidas que resultan igualmente equivocadas: la extracción de la antinormatividad del tipo y la incorporación de los presupuestos del deber a la descripción del hecho. Este modo de proceder no solo es erróneo en sus resultados sino que es metodológicamente incorrecto: primero, porque impone una determinada estructura teórica a las normas legales y, segundo, porque además invierte las relaciones entre dolo y tipo.

Pero además, al asumir que la norma de comportamiento es el referente adecuado del contenido del dolo y luego "corregir" la conformación del tipo para ajustarla a ese concepto, la tesis mayoritaria genera el inconveniente de encorsetar la norma secundaria a una perspectiva que en realidad solo es apropiada para la norma primaria. Con ello pasa por alto que, en tanto que norma de sanción, el tipo puede perfectamente incluir en la descripción del hecho caracteres que sean inconciliables con la formulación de una norma de comportamiento.

Desde la perspectiva que aquel se formula no es en absoluto problemático exigir que la acción correspondiente reúna ciertas condiciones y además sea *contraria* a una directiva de conducta. Pero una norma de comportamiento no puede hacer referencia a su propia infracción. No tiene sentido incluir en el operando de una

extensionalmente al deber, demanda el conocimiento de circunstancias no necesariamente vinculadas a la decisión de castigo. Por consiguiente, si un individuo obra conscientemente contra el deber pero cree hallarse en un determinado supuesto de contravención cuando en realidad se halla en otro, en rigor incurriría según esta propuesta en una hipótesis de tentativa y no de consumación. Exigir en estos casos el conocimiento de los presupuestos del deber *además* de la conciencia de infringirlo, en lugar de demandar para el dolo solo esto último en conformidad con la redacción adoptada por el tipo legal, reporta por otra parte una ventaja muy específica, cual es la de evitar el castigo por tentativa inidónea de quien supone erróneamente que infringe el deber al que el tipo se remite (por ejemplo, de quien cree que la especie que caza está sujeta a prohibición sin estarlo realmente). Sin embargo, para obtener esta solución no hace verdaderamente falta transformar los presupuestos del deber en objeto del dolo. Lo lógico es buscar la solución a este problema en las relaciones entre el dolo y la tentativa, y sobre todo reexaminar la validez de ciertas consecuencias de la regla de inversión. Si se limita adecuadamente su alcance, se hace innecesario incluir los presupuestos de los elementos de antinormatividad en el tipo: quien obre creyendo quebrantar una prohibición ya no será por ese solo hecho autor de una tentativa inidónea, y su caso podrá ser juzgado en las mismas condiciones que los demás supuestos de análoga significación. Por lo mismo es curioso que PUPPE rechace la regla de inversión pero al mismo tiempo insista en la necesidad de que en las leyes en blanco el dolo abarque tanto el deber como sus presupuestos ("Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", 117 y ss.).

norma la negación de su operador. Ella formula un mandato que solo es comprensible en la prospectiva, como una orden de ajuste de una acción futura a un determinado modelo, mientras que la contravención de este último solo es predicable en la retrospectiva, una vez que la conducta se ha ejecutado y podemos apreciar su divergencia respecto del patrón al que debía ajustarse.

Por consiguiente, cuando se postula que el modelo de una correcta formulación típica lo proporciona el criterio de la inferibilidad de una norma de comportamiento con capacidad directiva, se desconoce la función del tipo como norma secundaria y la perspectiva de descripción que va asociada a ella. Un tipo penal que castiga a quien utilice los fondos de una subvención para un fin distinto de aquel al que debe ser destinada expresa una norma de sanción completa y por lo mismo es falso que deba ser complementado con los presupuestos del deber respectivo.

Peor aun es la versión extrema del postulado de correspondencia que plantea la tesis de la sustituibilidad. Según esa versión, el tipo no solo debería contener la totalidad de los presupuestos de la norma de conducta, sino que *solo* podría contener esa clase de determinaciones, razón por la cual termina concluyendo que las referencias a la antinormatividad del comportamiento deben ser excluidas de aquel. Todo esto distorsiona gravemente del papel y la estructura del tipo penal, y muestra elocuentemente que la prospectiva no es el enfoque adecuado para definir el contenido del tipo.

CAPÍTULO III

DOLO, ANTINORMATIVIDAD Y ERROR

CAPÍTULO III

1. Introducción

Como se puede advertir, el resultado que arrojan las indagaciones efectuadas en los capítulos anteriores difiere notoriamente de la opinión que predomina en la doctrina acerca de los elementos de antinormatividad, en cualquiera de sus denominaciones. En general se sostiene que las dificultades que estos componentes plantean al sistema diferenciado de error serían el producto de una mala comprensión del papel que desempeñan en el sistema del delito y, en particular, de considerarlos precipitadamente como elementos típicos, en circunstancias que un examen atento de su alcance y su estructura revelaría que en realidad no pertenecen al tipo ni serían, por tanto, objeto del dolo.

A esa conclusión se llega básicamente por dos caminos. Primero, argumentando que algunos de esos elementos aludirían a un juicio integral sobre la oposición de la conducta a Derecho, que por su amplitud necesariamente tendría que situarse en la antijuridicidad. Y segundo, en relación con aquellos componentes que harían referencia a un juicio meramente parcial o provisional sobre la oposición de la conducta a deber -y en principio compatibles, entonces, con su ubicación en el tipo- lo que se sostiene, en cambio, es que las remisiones correspondientes alcanzarían únicamente a los presupuestos de las prohibiciones extrapenales respectivas, pero no a sus consecuencias.

A esto cabe replicar, sin embargo, que la doctrina se equivoca, en primer término, al atribuir a estos elementos, o a una porción de ellos, un alcance global que no tienen y que de hecho es incompatible con la propia distinción entre tipo y antijuridicidad. Y, por lo que atañe a los demás elementos de este género, es decir, a aquellos que reconocidamente envuelven un juicio *prima facie* sobre la ilicitud del acto, cabe observar que tampoco es efectivo que las normas reenviadas en estos casos

interesen en el tipo solo en el nivel de sus presupuestos. Qué aspecto de una norma sea objeto de reenvío es un asunto que depende de la estructura de la remisión correspondiente y que se encuentra estrechamente vinculado al problema relativo al efecto temporal de las modificaciones favorables que pudieran introducirse en las reglas de complemento respectivas. Según pudimos comprobar, los límites generalmente aceptados a la aplicación del principio de favorabilidad en este terreno encuentran su raíz precisamente en el empleo de una variedad de remisión que denominamos semidinámica o contextual, cuya principal característica reside en aludir solo al efecto que derive de la norma reenviada al momento del hecho y no a sus presupuestos.

Pues bien, si este resultado es correcto, quiere decir que en todos los casos en que el reenvío a una prohibición extrapenal es efectuado a través de una remisión semidinámica -que son la mayoría- la antinormatividad de la conducta -y no la hipótesis fáctica que pudo determinarla- es lo que define en cada caso el significado penal del hecho e integra los tipos respectivos. Y si esto es así, quiere decir además que la cuestión sobre si el desconocimiento del autor debe ser sometido al régimen del error de tipo o al del error de prohibición -como proponen por una vía equivocada los autores de las tesis aludidas-, concierne exclusiva e ineludiblemente al aspecto subjetivo del hecho punible y debe abordarse como tal.

2. Pertenencia típica y dolo

Ahora bien, una vez que se replantea el problema en los términos que le corresponden surge de inmediato una consecuencia sistemática más o menos obvia, cual es la siguiente: si el dolo debe abarcar la totalidad de los elementos del tipo y si los elementos de antinormatividad pertenecen a esa categoría, es claro que el agente tendría que obrar con la conciencia de infringir una prohibición para que la conducta respectiva pudiese serle atribuida a título doloso. Así, por lo demás, parece entenderlo la doctrina dominante, ya que es evidentemente la idea de que la pertenencia de esos elementos al tipo conduciría a una conclusión incompatible con la teoría de la culpabilidad lo que la impulsa a desalojarlos del tipo.

Con todo y pese a lo obvia que pudiera parecer esa solución, hay razones que llevan a ponerla en duda. Desde luego, la cuestión de qué reglas de error habría que aplicar en un determinado supuesto es un asunto que tiene muchas más implicaciones que la puramente sistemática. Se trata de un tema que concierne al

diseño de las categorías de imputación y que además es objeto de una decisión políticocriminal. De hecho, la misma teoría limitada de la culpabilidad pone de relieve que el tipo no es el referente absoluto del error excluyente del dolo, de modo que eventualmente podría presentarse la hipótesis inversa, esto es, de un error sobre un elemento típico que por razones políticocriminales fuese pertinente sujetar al régimen del error de prohibición; e incluso pudiera ocurrir que la propia distinción entre tipo y antijuridicidad se revelara a la larga como un criterio inapropiado para decidir la aplicación de las reglas de error.

Pero más allá de eso, el solo hecho de que los elementos mencionados denoten la antinormatividad de la conducta debería movernos a cuestionar una aplicación automática de las reglas del error de tipo, toda vez que, desde el punto de vista del diseño global del sistema del error, no cabe ninguna duda de que la separación entre la conciencia del hecho y la conciencia de su prohibición es por lo menos tan importante como la adopción del tipo y la antijuridicidad como referentes sistemáticos del régimen existente⁴³². Es decir, no es posible abordar el problema cognitivo que plantean los elementos de antinormatividad sin tener en la primera línea de consideraciones el hecho de que el modelo estándar del delito asume que el conocimiento del acto sancionado y la conciencia de su prohibición son exigencias que funcionan de manera independiente en la imputación de responsabilidad a título doloso, por lo que la sola circunstancia de que la antinormatividad pertenezca al tipo de un determinado delito no puede ser valorada como un motivo suficiente para excluir el dolo en caso de error.

Por cierto, las opiniones de la doctrina dominante confirman esta apreciación, ya que es bastante claro que la fundamental razón que impulsa a estos autores a excluir la antinormatividad de la órbita del dolo y a elaborar dudosas construcciones para justificar sistemáticamente esa solución, es precisamente su convencimiento de que un error sobre ese aspecto del hecho debería quedar sujeto a las reglas del error de prohibición.

⁴³² De hecho, en el contexto de las ideas que constituyen la raíz histórica del modelo de error vigente, la separación entre el conocimiento del hecho y la conciencia de su prohibición era vista como un verdadero axioma del sistema del delito, asentado a su vez en dos premisas esenciales del finalismo: la necesidad de ajustar el modelo a las llamadas "estructuras lógico-objetivas" de la realidad (y al concepto ontológico de acción), por una parte, y la concepción de la culpabilidad como una categoría exclusivamente normativa, por la otra; cfr. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 74 y ss.; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 39 y ss.

3. Objeto, presupuestos y plan de la exposición

No es un objetivo de este trabajo, sin embargo, reconstruir la historia de las relaciones entre el dolo y la conciencia de la ilicitud; en parte porque sus líneas generales son ampliamente conocidas y sus particularidades han sido objeto de excelentes monografías especializadas⁴³³, pero principalmente porque el problema que nos ocupa solo tiene sentido dentro del marco definido por la teoría de la culpabilidad. Para un partidario de la teoría del dolo el hecho de que los elementos de antinormatividad sean efectivamente elementos típicos no constituye ningún problema y, de hecho, hasta podría mirarse como un argumento en apoyo de su punto de vista. Ese dato solo genera dificultades para quien entienda que hay razones que hacen valorativamente apropiado y conceptualmente correcto distinguir entre un error concerniente al supuesto de castigo y un error relativo a su prohibición.

Ante esto, puede surgir la siguiente observación: ¿por qué preocuparse de un problema que podría estar asentado en una premisa equivocada, en lugar de cuestionar de entrada su fundamento y proseguir solo en el caso de que se confirme su solidez? Por varias razones. Primero, porque no estamos hablando de una premisa inexplorada sino, al contrario, de una materia muy tratada en la que existen dos posiciones perfectamente definidas, de las cuales la aquí escogida ha dominado el panorama doctrinal durante los últimos sesenta años. Segundo, porque el régimen de separación entre el dolo y la conciencia de la ilicitud es el régimen vigente en España, lo ha sido durante varias décadas y no se ve que eso vaya a cambiar en un futuro cercano. Enseguida, porque adoptar esa premisa como punto de partida no significa asumir una posición irreflexiva al respecto, ni renunciar a exponer en el lugar oportuno por qué es preferible, en mi concepto, un sistema dual de error a uno común. Y por último, pero quizás lo más importante, porque podría ser el caso que la discusión sobre ese tema estuviera mal planteada y que centrarse en dirimir cuál de los dos modelos debe prevalecer sobre el otro no sea la mejor manera de avanzar en esta materia.

La duda que será inicialmente objeto de nuestra consideración tiene, entonces, unos contornos muy definidos y puede formularse de la siguiente manera:

⁴³³ Por todos, FAKHOURI, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición . Las remisiones normativas: un caso emblemático*, Pamplona, 2009, pp. 111-261. También, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre los elementos normativos del tipo*, Madrid, 2008, pp. 139-183.

asumiendo la corrección básica de la teoría de la culpabilidad, nos preguntamos qué modificación introduce en ese panorama el hecho de que en determinados casos la oposición a reglas de comportamiento sea empleada como un elemento de individualización de la conducta delictiva⁴³⁴.

La respuesta a este interrogante depende fundamentalmente de la *función* que se asigne al dolo, de sus relaciones con la conciencia de la ilicitud y de si acaso, tratándose de las figuras en cuestión, aquel podría desempeñar ese papel aun en el supuesto de que el sujeto no llegase a tomar conciencia de la reprobación jurídica de su conducta. Si se determina que el dolo puede desempeñar su función sin necesidad de dicho conocimiento aun en el caso de tipos integrados por elementos típicos de antinormatividad, entonces habrá que concluir que la doctrina dominante está en lo correcto cuando sostiene que lo único que necesita conocer el agente para actuar con dolo son los presupuestos de las normas de complemento de la ley en blanco de que se trate. Pero si dicha función nos muestra, en cambio, que la afirmación del dolo puede llegar a depender de que el individuo obre con conciencia de quebrantar una prohibición, entonces, y en esa medida, podremos decir que la doctrina dominante se encuentra en un error.

Salvo contadas excepciones, sin embargo, la función que cumple el dolo dentro del sistema de imputación no es una materia que la doctrina suele tematizar de modo explícito, y lo usual es que exprese su punto de vista sobre el particular precisamente al intentar resolver los problemas cognitivos asociados a los elementos de antinormatividad. Por ello, comenzaremos este último capítulo de la investigación examinando diversas propuestas sobre el tratamiento de los problemas de error que precisamente se apoyan en una determinada tesis sobre el papel que juega el dolo dentro del sistema del hecho punible.

En esta línea, expondremos primeramente las opiniones de tres autores -Roxin, Frisch y Puppe- que, sin compartir una idea común, muestran una afinidad

⁴³⁴ Lo dicho deja fuera de nuestra línea de razonamiento una porción significativa de los argumentos que habitualmente se esgrimen para sustentar la aplicación de la teoría del dolo en determinados grupos de casos: (a) razones políticocriminales relacionadas con los inconvenientes que genera la aplicación del régimen del error de prohibición en el ámbito del Derecho penal accesorio, (b) consideraciones vinculadas a la estructura de los distintos componentes típicos, (c) reflexiones sobre la evitabilidad del error de prohibición en el Derecho penal periférico, y (d) cuestiones vinculadas con la dogmática de determinadas figuras en particular, algunas de las cuales, sin embargo, ya han sido abordadas en los capítulos precedentes. Sobre estas líneas de argumentación véase, en detalle, FAKHOURI, *Delimitación*, p. 265 y ss.

importante en este terreno en cuanto a que, de una u otra manera, todos ellos coinciden en estimar que la función del dolo consistiría en proporcionar al agente una noción del sentido del hecho típico, y también en cuanto están dispuestos a admitir sobre esa base que el dolo debe extenderse al conocimiento de la ilicitud de la conducta en ciertos casos. Luego examinaremos la tesis de Kindhäuser, que puede considerarse diametralmente opuesta a las anteriores –especialmente a la de Puppe–, y que descarta toda posible superposición entre el dolo y la conciencia de la contrariedad a deber.

Una vez expuestas y analizadas estas ideas, volveremos a considerarlas desde un punto de vista más general con el fin de poner de relieve sus rasgos comunes. Esto nos conducirá a distinguir entre dos enfoques posibles del dolo, y luego a explorar las implicaciones del enfoque que llamaremos prospectivo en dos de los desarrollos más recientes en esta materia, los de Jakobs y Pawlik, quienes postulan la conveniencia de volver a un sistema unificado de error. Tras una reflexión crítica al respecto, la última sección estará destinada a fundamentar una concepción proposicional del dolo y a desarrollar sus implicaciones en diversos ámbitos, incluido por supuesto el del error.

SECCIÓN PRIMERA

LA FUNCIÓN DEL DOLO Y SUS RELACIONES CON LA CONCIENCIA DE LA ILICITUD EN LA DOCTRINA

A. EL CONCEPTO MATERIAL DE DOLO COMO FUNDAMENTO DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ERROR DE TIPO AL ERROR SOBRE LA ANTINORMATIVIDAD

Entre los partidarios de la teoría de la culpabilidad no son pocos los que creen que al menos en algunos casos el dolo tendría que abarcar la antinormatividad de la conducta. Dichos autores justifican esta excepción a la premisa de que parten

apelando a la clase de conocimiento que el dolo debería proporcionar al autor. Al hacerlo, abandonan un análisis puramente sistemático y adoptan, en cambio, un punto de vista que podríamos calificar de material, en el sentido de que se aboca a definir, desde un punto de vista cualitativo, la clase de conocimiento que fundamentaría la imposición de la pena correspondiente al dolo. Destinaremos esta sección a presentar las ideas de este grupo de autores.

1. El dolo como conocimiento del sentido social de la conducta: la tesis de Roxin

Como se recordará, ya al analizar, en el capítulo segundo de este trabajo, la posición de Roxin acerca de la estructura de los elementos de antinormatividad tuvimos ocasión de aproximarnos a sus ideas sobre el error recaído en esta clase de elementos. En esa oportunidad pasamos revista, en primer término, a su crítica a los elementos del deber de Welzel, y luego a su propuesta de reformularlos como *elementos de valoración global*. Según vimos, Roxin asigna esa denominación a ciertos componentes típicos cuya constatación requeriría efectuar un juicio *general* sobre la oposición de la conducta a Derecho. En su concepto, dada la naturaleza de los juicios involucrados, esos elementos no podrían pertenecer al estadio de la tipicidad, sino solo al de la antijuridicidad⁴³⁵. No obstante ello, su base fáctica tendría que formar parte del tipo, pues de otro modo este se vería privado de algunas de las circunstancias fundantes del carácter delictivo de la conducta y dejaría de contener un supuesto de infracción de norma.

Lo que Roxin propone, entonces, es dividir los elementos de valoración global en dos, con el objeto de mantener sus presupuestos en el tipo y situar la valoración de la conducta en la antijuridicidad. A su juicio, con ello se conseguiría asegurar que también en estos casos el dolo cubra el conocimiento de todos los hechos fundantes de la ilicitud de la conducta y evitar su superposición con la conciencia de la antijuridicidad, preservando así las referencias sistemáticas del modelo de error derivado de la teoría de la culpabilidad⁴³⁶.

⁴³⁵ Vid cap. I, 3.

⁴³⁶ “Cuando un error concierne únicamente a la antijuridicidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición aun cuando se refiera a una circunstancia del hecho que, bajo la apariencia de un elemento individual, incluya en sí el juicio de antijuridicidad como tal. Así sucede en los elementos de valoración global del hecho” (ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 12/89, p. 463).

Con todo, Roxin establece una excepción al interior de este modelo. Como vimos en su momento, distingue entre elementos de valoración global de carácter *divisible*, que se corresponderían con la noción que acabamos de recordar⁴³⁷, y elementos de valoración global de carácter *indivisible*, que serían en cambio aquellos cuya realización dolosa demandaría el conocimiento no solo de sus presupuestos fácticos sino también de la antijuridicidad de la conducta⁴³⁸.

Roxin no aclara cuál sería el correlato sistemático de esta excepción, es decir, no precisa si la extensión del dolo al carácter antijurídico del hecho constituiría un caso de incorporación de ese carácter al tipo, o bien un supuesto de ampliación del dolo a un elemento propio de la antijuridicidad. Pero sí deja en claro que la razón que justificaría condicionar la imputación dolosa a la conciencia de la ilicitud en tales situaciones sería de orden subjetivo, lo cual permite concluir que su posición acerca de los elementos indivisibles de valoración global es en el fondo una tesis sobre el dolo.

Concretamente, la suya puede ser calificada como una tesis *cualitativa* acerca de este elemento, puesto que en su opinión, más que el conocimiento de un conjunto de circunstancias fácticas y normativas recogidas en un tipo penal, el dolo debería “proporcionar al individuo la comprensión del *sentido social* de su conducta”⁴³⁹.

Para apoyar esta aseveración, Roxin acude al criterio de la valoración paralela:

“La comprensión intelectual que caracteriza el dolo típico en los elementos normativos –señala– no significa una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley, sino que basta con que el contenido de *significado social* del suceso incriminado aludido con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto. Se habla entonces de una ‘valoración paralela en la esfera del profano’. Tal ‘valoración paralela’ se corresponde por tanto con el conocimiento necesario para el dolo, porque *objeto del dolo* no son los conceptos jurídicos o la antijuridicidad de la

⁴³⁷ En su tratado ofrece el siguiente ejemplo: “la amenaza con el ‘mal considerable’ de una demanda no es reprobable y por tanto no es punible como coacción cuando tiene lugar para la realización de un derecho o pretensión vencida o exigible. Si el sujeto que amenaza con una demanda cree (aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas) poseer un derecho o pretensión vencida o exigible, se trata de un error excluyente del dolo sobre la reprobabilidad; pues el mismo afecta a un presupuesto del juicio de reprobabilidad y con ello al significado social de su actuación, y no sin embargo, como en el ejemplo anterior, inmediata y exclusivamente al propio juicio legal de antijuridicidad” (ROXIN, *Derecho Penal, PG*, nm. 12/90, p. 464).

⁴³⁸ Vid cap. I, 3.3.

⁴³⁹ ROXIN, *Derecho Penal, PG*, nm. 12/88, p. 462 y ss.

acción, sino las 'circunstancias del hecho', es decir, *los hechos externos junto con su significado social*"⁴⁴⁰.

De esta concepción del dolo es de donde arranca su noción de los elementos indivisibles de valoración global. Sobre estos señala:

"...en los casos en los que, *para comprender el sentido social de la conducta*, se ha de haber efectuado la valoración jurídica, tal valoración pertenece también al dolo aun cuando sea prácticamente idéntica al juicio de antijuridicidad"⁴⁴¹.

De acuerdo con esto, la tarea de determinar qué elementos de valoración global en concreto tendrían un carácter indivisible descansaría, entonces, en lo que podemos caracterizar como un test de *suficiencia cognitiva*, que funcionaría sobre la base del siguiente criterio: cuando el conocimiento de los *presupuestos* de un elemento de valoración global, junto al de los demás elementos del tipo, sea suficiente para transmitir al individuo una noción del sentido social del comportamiento que realiza, bastará eso para afirmar su dolo; en cambio, si el conocimiento de ese conjunto de circunstancias resultase en algún caso insuficiente para captar el sentido social de la conducta, el conocimiento requerido para la afirmación del dolo tendrá necesariamente que extenderse a lo que Roxin llama la valoración *jurídica* del acto, aun cuando esta sea "prácticamente idéntica" al juicio de antijuridicidad, como él mismo reconoce.

Como ejemplos representativos de esta situación, menciona Roxin el caso del delito fiscal⁴⁴² y el de la infracción del deber de proporcionar alimentos:

"Así... el error sobre la existencia de una deuda tributaria excluye el dolo del delito de fraude fiscal. Pues el dolo de quien –aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas– cree no deber impuesto alguno no abarca siquiera al modo del profano aquel perjuicio al fisco que es propio del delito de fraude fiscal. De la misma manera el dolo del delito de infracción del deber de prestar alimentos o manutención (§ 170 b) presupone el conocimiento de la existencia del deber de alimentos y de la propia capacidad de prestación. Pues quien –incluso a causa de concepciones jurídicas erróneas– no posee ese conocimiento no quiere, ni siquiera

⁴⁴⁰ ROXIN, *Derecho Penal, PG*, nm. 12/85, p. 460 (destacado añadido).

⁴⁴¹ ROXIN, *Derecho Penal, PG*, nm. 12/91, p. 464 (destacado añadido).

⁴⁴² TIEDEMANN mantiene una posición cercana en sus resultados a la tesis de los elementos indivisibles de valoración global, pues sostiene que el error sobre la prohibición debe excluir el dolo cuando el conocimiento de esta sea razonablemente indispensable para que el autor tome conciencia del carácter injusto de su hecho; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, p. 166. Véase también FAKHOURI, *Delimitación*, p. 380 y ss.

al modo del profano, disputar a nadie su derecho de alimentos. En estos casos se trata por tanto de elementos de valoración global del hecho no divisibles⁴⁴³.

Lo dicho implica que en los supuestos de error sobre un elemento de valoración global indivisible las reglas del error de prohibición se verán casi completamente desplazadas por las reglas del error de tipo. Sobre esto anota Roxin:

“el reconocimiento de la existencia de elementos de valoración global del hecho no divisibles conduce a que en tipos como el § 370 OA [delito de fraude fiscal] y el § 170 b sea difícilmente posible un error de prohibición, porque el conocimiento de la deuda tributaria o de la sujeción al deber de alimentos implica necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad en aquel que no cumple sus obligaciones⁴⁴⁴.

Es interesante poner de relieve que Roxin no considera que esta situación sea problemática, ni que ponga en tela de juicio la teoría de la culpabilidad. Al contrario, entiende que velar por que en los delitos dolosos el autor comprenda el significado social de su acto es una prioridad que debe ser valorada como un beneficio en términos de proporcionalidad del castigo. Sobre esto indica:

“la corrección general de la distinción entre error de tipo y de prohibición no depende de que la misma sea practicable en cada uno de los tipos, sino que, el rigor de la teoría de la culpabilidad se puede contrarrestar precisamente exigiendo para el dolo la realización de una valoración jurídica allí donde sin ella no puede alcanzarse tampoco un conocimiento profano del significado social de la propia conducta⁴⁴⁵.

Con ello traza Roxin un modelo de relaciones entre el dolo y la conciencia de la ilicitud que se encuentra presidido por el propósito general de llevar a la práctica la separación propugnada por la teoría de la culpabilidad y de hacerse cargo del problema que plantean las menciones típicas de la antinormatividad del comportamiento, de un modo acorde con la variante limitada o restringida de dicha tesis. Pero al mismo tiempo es evidente que Roxin no ve en esa separación ninguna clase de necesidad conceptual o axiológica, y que su adhesión a ella es más bien flexible y admite excepciones⁴⁴⁶. De hecho, entiende esas excepciones como casos en los que sencillamente no resultaría posible llevar a la práctica la distinción entre

⁴⁴³ ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 12/91, p. 464.

⁴⁴⁴ ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 12/92, p. 464 y s.

⁴⁴⁵ ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 12/92, p. 465.

⁴⁴⁶ Más aun, en el párrafo recién citado da a entender que la corrección general de la teoría de la culpabilidad *depende* de que su rigor pueda ser contrarrestado en ciertos casos con la aplicación de las reglas del error de tipo.

error de tipo y de prohibición, partiendo siempre de que la imputación dolosa se sustenta en que el autor haya comprendido el significado social de su conducta⁴⁴⁷.

Como se puede apreciar, entonces, la adopción de este criterio material sobre el dolo se traduce en una importante relativización de las referencias sistemáticas del régimen del error. Que la prohibición forme parte del tipo o de la antijuridicidad pierde importancia, a fin de cuentas, frente al hecho de que en algún caso el sentido social de la conducta -verdadero objeto del dolo conforme a este planteamiento- pueda aparecer vinculado a su prohibición. Teniendo esto en consideración es perfectamente posible resumir la posición de Roxin señalando que su modelo reconoce en el fondo dos clases de errores: los que afectan a la comprensión del sentido de la conducta -y por lo tanto al dolo- y los que no comprometen su comprensión, grupo este último que cubriría, no todos, pero sí la mayor parte de los casos que normalmente se consideran propios de error de prohibición.

Examen crítico

Como sabemos, la tesis de los elementos de valoración global ha encontrado una amplia acogida en la doctrina, según se desprende, al menos, de las declaraciones efectuadas en un nivel teórico⁴⁴⁸. Por lo general se estima que ella corrige los graves errores de la teoría de los elementos del deber de Welzel, y que, junto con

⁴⁴⁷ En su *Derecho Penal*, la posición flexible y orientada a las consecuencias de ROXIN aparece reflejada en términos especialmente claros y persuasivos en un párrafo contenido bajo los epígrafes "Peligros del pensamiento sistemático" y "Olvido de la justicia en el caso concreto". Dice allí: "Esta 'teoría de la culpabilidad' se ha impuesto mayoritariamente en la discusión científica de las últimas décadas y el legislador la ha convertido en la base de su teoría del error en el nuevo § 17. Y también conduce en muchos casos a soluciones justas. Si p.ej. alguien maltrata gravemente a sus hijos (§ 223 b) o explota a otros con una desvergonzada usura (§ 302 a), parece absolutamente adecuado que la apelación del sujeto a que no conocía la prohibición no cambie para nada su punición por hecho doloso. En cambio, en caso de preceptos penales menos conocidos, pertenecientes a menudo al Derecho penal accesorio y con un fundamento éticosocial menos patente, ya no es sin más evidente que un sujeto que no era consciente del injusto, por la mera evitabilidad de su error tenga que ser castigado conforme al § 17 como criminal doloso. Dicho sujeto puede no haberse informado suficientemente y haber sido descuidado, pero es insatisfactorio que se le equipare en la valoración dogmática a aquel que ha infringido conscientemente la ley. Por tanto la deducción desde el sistema (aquí: la teoría finalista) puede llevar a resultados que en el caso concreto no parezcan justos ni adecuados; si se enjuiciara la conducta del autor según su situación individual y sin encuadrarla dentro de los contextos sistemáticos, se llegaría fácilmente a una solución más adecuada a la realidad" (ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 7/39, p. 211).

⁴⁴⁸ *Vid* cap. I, 3.5.

proporcionar una imagen adecuada del tipo, soluciona el problema del error sobre esa familia de elementos de una manera compatible con la teoría limitada de la culpabilidad, mayoritariamente aceptada.

Entre las pocas voces de disenso, Fakhouri ha señalado que la distinción entre error sobre los presupuestos y error sobre la valoración global misma, en que Roxin basa su propuesta, no constituye sin embargo un criterio convincente de determinación del objeto del dolo. Más aun, sostiene que esta distinción exhibiría un cierto paralelismo con la distinción entre error de hecho y error de derecho, y que adolecería sustancialmente de sus mismas debilidades⁴⁴⁹.

Agrega también -coincidiendo en esto con Schrott y Walter- que el hecho de que Roxin plantee soluciones diferenciadas para el error según que este recaiga sobre elementos normativos, componentes en blanco o elementos de valoración global, constituye un problema de su postura. En este sentido advierte, con razón, que habida cuenta de lo precaria que es la delimitación de esas categorías entre sí resulta casi inevitable que las decisiones sobre cómo debería ser clasificado un elemento cualquiera dentro de ese esquema vengan fundamentalmente determinadas por las consecuencias que se quiera conseguir en el plano del error⁴⁵⁰, tal como históricamente sucedió con la aplicación de la distinción entre error de derecho penal y extrapenal por parte del RG⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ FAKHOURI: *La delimitación*, p. 301. El paralelismo, sin embargo, no parece ser exacto, pues para tenerlo por tal habría que considerar como fácticos no solamente a los elementos que tienen ese carácter, sino también a todas las valoraciones que no son globales en el sentido en que Roxin plantea este concepto. De este modo, el error de derecho quedaría reducido únicamente a aquellos errores incidentes sobre la valoración *global* de la conducta y cualquier otro error tendría que ser computado como fáctico, lo cual sobrepasa los márgenes de la clásica distinción aludida. Por ese mismo motivo, tampoco cabe decir que la posición de Roxin sea paralela a la distinción entre error de derecho penal y extrapenal.

⁴⁵⁰ FAKHOURI: *La delimitación*, p. 301.

⁴⁵¹ Véase su crítica a la doctrina del RG en FAKHOURI: *La delimitación*, p. 140 y ss. A su juicio, "la inseguridad jurídica que caracterizaba a esta jurisprudencia, unida a la sensación de que la calificación como error de hecho o error de Derecho penal o extrapenal se llevaba a cabo en función de la solución que se consideraba más justa, así como la imposibilidad de armonizar la irrelevancia del error sobre el Derecho penal con el principio de culpabilidad, llevaron a la doctrina a buscar otras soluciones en materia de error" (op. cit., p. 143).

En otro plano, Díaz y García Conlledo se muestra en general crítico con el empleo de la expresión “sentido social” y hace ver que lo correcto sería enfocarse en el sentido jurídico de la conducta⁴⁵².

Con todo, sobre los aspectos que aquí más nos interesan, y en particular sobre la indivisibilidad de ciertos elementos de valoración global, no parecen haber surgido mayores cuestionamientos⁴⁵³. Esto no deja de ser llamativo, dado que la explicación que Roxin ofrece acerca de qué debemos entender por conocimiento del sentido social de la conducta y de por qué el dolo tendría que proporcionar ese conocimiento está lejos de ser satisfactoria, en especial si se repara en el papel que juega en su sistema del error.

En este sentido cabe preguntarse, en primer término, cómo se compagina la doctrina de los elementos de valoración global indivisibles con la del error sobre las leyes penales en blanco, considerando que Roxin adhiere a la tesis de la sustituibilidad, y que por consiguiente postula soluciones opuestas para ambos casos. La duda que cabe plantearse es la de si también (el conocimiento de) un elemento en blanco podría eventualmente ser indivisible del dolo, y su justificación se encuentra en el hecho de que, como vimos, la indivisibilidad arranca de consideraciones que no tienen nada que ver con la estructura de la norma. Es verdad que, tal como este autor presenta su doctrina, la indivisibilidad sería un fenómeno asociado únicamente a los elementos de valoración global. Pero si se tiene en cuenta que también las leyes en blanco remiten a deberes y prohibiciones, cuya infracción determina igualmente el sentido de las conductas respectivas, no se ve por qué habría de excluirse esa posibilidad.

Hasta cierto punto el interrogante anterior puede ser respondido a partir de la propia tesis de la sustituibilidad, puesto que lo que ella plantea es precisamente que la remisión que tiene lugar en el caso de las leyes en blanco a deberes extrapenales tendría por único objeto conectar el tipo con determinados presupuestos fácticos, y no ligar el sentido social de la conducta a su prohibición. En este punto, por lo tanto,

⁴⁵² DÍAZ Y GARCÍA: *El error*, pp. 354-345. Véase nota 38.

⁴⁵³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, por ejemplo, declara expresamente adherir a la idea de reasignar el contenido de los elementos de valoración global entre el tipo y la antijuridicidad (*Error sobre elementos normativos*, p. 113), pero no se pronuncia sobre la indivisibilidad de esos elementos, a la que solo dedica una breve mención (en p. 119). Y al abordar los delitos contra la Hacienda Pública tampoco recurre a esa noción para sustentar la tesis, por él favorecida, de que el dolo del artículo 305 CP requeriría que el agente obrara con conciencia del deber tributario, no obstante que este es precisamente un caso que Roxin pone como ejemplo de indivisibilidad.

la situación de los elementos en blanco sería diametralmente opuesta de la de los elementos de valoración global indivisibles.

Pero frente a esta posible respuesta cabe observar, sin embargo, que ninguno de los casos que Roxin cita como ejemplos de una valoración global indivisible del dolo posee verdaderamente un carácter global. En realidad, ni la afirmación de la existencia de una deuda tributaria, ni la afirmación del deber de prestar alimentos suponen una valoración exhaustiva de la conducta de infracción de esos deberes. Muy por el contrario, es el establecimiento de esos deberes el que sirve como condición previa e indispensable para valorar la conducta del agente desde el punto de vista punitivo y preguntarse enseguida si podría haber operado eventualmente alguna causa de justificación a su respecto. De hecho, cuando Roxin señala que en tales casos es *difícil* que pueda presentarse un error de prohibición, reconoce en el fondo que la afirmación de esos deberes no presupone la exclusión de toda causa justificativa del hecho, aun cuando sería raro que se presentara un supuesto de realización justificada de esas conductas.

De cualquier modo, es fácil advertir por qué pone Roxin estas dos situaciones como ejemplos de indivisibilidad, ya que la merma sobre la comprensión del sentido de esas conductas que trae aparejado el desconocimiento de la infracción de esos deberes es evidente. Pero eso no hace más que reforzar la idea de que también en los supuestos de ley en blanco lo que él llama el sentido social de la conducta puede derivar precisamente de su prohibición.

Por otra parte, Roxin presenta la noción de sentido social vinculándola con el criterio de la valoración paralela de la conducta y prácticamente como una derivación suya. Al parecer, su idea es que así como cuando un tipo cuenta con elementos normativos es necesario que el sujeto conozca su sentido social, lo mismo podría ser extrapolado al resto de los casos señalando que el individuo debe obrar con una representación del sentido social de la conducta considerada ahora como un todo. Pues bien, suponiendo que el sentido social de un acto sea algo así como el significado paralelo de su sentido jurídicopenal, cabe formular algunas observaciones.

Desde luego, dado que el criterio de la valoración paralela se utiliza para determinar el grado de especificidad con que el agente ha de comprender un hecho descrito en la ley mediante conceptos jurídicos, llama la atención que Roxin utilice esa noción para extender el dolo a determinaciones que según él se encontrarían situadas fuera del tipo. El problema de esto no es la relativización de las referencias sistemáticas del sistema del error, sino la falta de concordancia entre los diversos

aspectos que integran su propuesta de exclusión del dolo en el caso de los por él considerados elementos indivisibles de valoración global. En síntesis, Roxin afirma que el sentido social de ciertas conductas estaría identificado con un juicio global sobre su antinormatividad, que por su propia índole no podría formar parte de las especificaciones del hecho, pero que sin embargo tendría que ser captado por el dolo del agente. Esto es problemático desde todo punto de vista.

En primer lugar, lo es desde la perspectiva de la teoría del tipo porque con esta tesis Roxin reduce la función de este elemento a una especificación de la conducta que no alcanzaría a reflejar su sentido social (de modo similar a como en su momento lo hizo Welzel y que tantas críticas le valió del propio Roxin⁴⁵⁴).

Lo es también, en segundo término, porque, supuesto que el sentido social no se corresponda con el significado de la descripción contenida en el tipo, cabe preguntarse por qué el dolo tendría que abarcarlo. Si lo que Roxin llama "sentido social" de una conducta en definitiva no coincide con el conjunto de los caracteres que la especifican como merecedora de castigo según el juicio de la ley (salva su justificación, obviamente), no resulta en absoluto obvio que el contenido del dolo tenga que regirse por esa noción. En concreto, si la prohibición de la conducta no forma parte de los elementos que definen su carácter delictivo, resulta como mínimo cuestionable que el sentido social de esa conducta pueda identificarse con su prohibición y en cualquier caso que ese sea un argumento suficiente para concluir que el dolo debe integrar la conciencia de su ilicitud⁴⁵⁵.

Con lo dicho obviamente no se pretende sostener que la solución que Roxin sugiere para el delito fiscal y la omisión de prestar manutención sea equivocada, sino que la justificación que ofrece para ello no es convincente. En realidad, todo indica que la doctrina de los elementos de valoración global indivisibles contradice la caracterización que Roxin hace de los elementos de antinormatividad. Cuando afirma que el sentido social de ciertas conductas se encuentra ligado a su prohibición, lo que en el fondo hace es admitir que esta última forma parte de las

⁴⁵⁴ *Vid* cap. I, 1.4.

⁴⁵⁵ Además, ya la idea de que el sentido social de una conducta esté asociado indisolublemente a un juicio global de antijuridicidad, esto es, a la ausencia de causas de justificación, es extraña. Pues es raro suponer, en efecto, que un hecho solo pudiera ser reconocido socialmente por exclusión de causas justificativas, cuando lo normal es preguntarse por la justificación de hechos que de antemano se asumen como contrarios a deber por alguna otra razón.

determinaciones típicas de esos hechos (tal como lo expresa, por lo demás, el enunciado del tipo).

Pero si esto es así, entonces no pueden ser aceptadas otras dos tesis mantenidas por este autor: en primer lugar, no puede ser cierto que la constatación de la antinormatividad requiera el previo descarte de las causas de justificación, sino que ha de tratarse de un juicio *prima facie* sobre la contrariedad a deber del acto. Y segundo, tampoco puede ser efectiva la tesis de la sustitución con que él y buena parte de la doctrina anulan la relevancia semántica de los juicios preliminares de antinormatividad contenidos en las leyes en blanco. Según creo, los ejemplos de valoración global indivisible que el propio Roxin ofrece son una clara confirmación de lo que se acaba de decir⁴⁵⁶.

2. El dolo como decisión contraria al bien jurídico: la posición de Frisch

El planteamiento de Frisch sobre el error recaído en elementos de antinormatividad es afín en varios aspectos al de Roxin, aunque también exhibe importantes diferencias con él sobre todo de orden sistemático. Por lo pronto, Frisch pone especial énfasis en la necesidad de ligar las apreciaciones de carácter valorativo a

⁴⁵⁶ Por último, la posición de Roxin resulta además poco esclarecedora en la perspectiva del caso concreto. Acabamos de ver que la noción de sentido social a que este autor recurre es ambigua en términos sistemáticos y plantea problemas a su propia construcción de los elementos de valoración global. Pero de todas formas uno podría abrigar la esperanza de que el test de suficiencia que propone fuese capaz de entregar, a partir de una situación específica, una sugerencia iluminadora acerca de por qué la conciencia de la prohibición habría de condicionar la afirmación del dolo en ciertas situaciones. Según hemos visto, la clave estaría en preguntarse si el autor necesitaría conocer la prohibición para captar el sentido social de su conducta. Pero ocurre que con una pregunta como esa resulta muy fácil que la menor evitabilidad del error de prohibición se perciba, sin un motivo especial, como un obstáculo para afirmar el dolo. Y ello, por dos razones: primero, porque también la prohibición forma parte, hasta cierto punto, del sentido social de muchas conductas a las que sin embargo se aplica la teoría de la culpabilidad en forma irrestricta. Y en segundo lugar, porque, dada la vaguedad de la noción de sentido social, tampoco está claro que con ella se indague algo distinto de si un individuo ignorante del gravamen fiscal o del deber alimenticio se preguntaría por la ilicitud de su conducta. Lo que ambas cosas ponen de manifiesto es que el test propuesto difiere demasiado poco de un cuestionamiento sobre la evitabilidad del error de prohibición como para que con su ayuda sea posible saber si la ignorancia de la prohibición debería ser considerada un problema específico del dolo de tales figuras, y por lo tanto no sirve para dilucidar por qué en un supuesto de desconocimiento evitable de la obligación tributaria, por ejemplo, no debería aplicarse el régimen más estricto del error de prohibición, en lugar de excluirse el castigo a título doloso.

una reflexión sistemática que le sirva de sustento. En este sentido, entiende que en particular los problemas de error deben ser abordados desde la orientación valorativa que a su juicio cabría deducir de la opción del legislador (alemán) por un *injusto subjetivo*, una opción que se encontraría reflejada en su decisión de penalizar la tentativa inidónea⁴⁵⁷. En su concepto, esta determinación arrojaría una importante luz sobre cómo debe ser entendido el dolo, en cuanto supondría que ya la decisión actualizada a favor de una conducta captada por los tipos dolosos sería constitutiva de un injusto y, por tanto, revelaría la existencia de "algo así como un *injusto de la decisión*"⁴⁵⁸. Es importante tener presente que, a juicio de Frisch, las cualidades valorativas que pueden ser detectadas en el dolo de la tentativa inidónea son igualmente predicables del dolo de la tentativa (idónea) y del delito consumado⁴⁵⁹. Por esta razón puede sostener, generalizando ahora su punto de vista, que el dolo ha de ser concebido como una *decisión contraria al bien jurídico*⁴⁶⁰, capaz de fundamentar por sí sola un *injusto penal*⁴⁶¹.

A partir de allí deduce este autor, en primer término, que la teoría *estricta* de la culpabilidad no puede ser correcta, dado que no es posible calificar como una decisión contraria al bien jurídico la de quien actúa imaginando la concurrencia de circunstancias que, de existir efectivamente, le conferirían un permiso para actuar. No tiene sentido -afirma- apreciar un injusto *doloso* en una conducta subjetivamente *fiel* al Derecho, sobre todo en los casos en que el error es invencible⁴⁶², y mucho menos aun cuando la representación del agente coincide con la realidad⁴⁶³. El dolo solo puede constituir una decisión defectuosa y contraria al

⁴⁵⁷ FRISCH, "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad", p. 60 y s.

⁴⁵⁸ FRISCH, "El error", p. 61, destacado añadido.

⁴⁵⁹ "Si se quiere evitar -continúa Frisch- el acto de decisión contenido en el delito doloso consumado, se tiene que atender en el ámbito del delito intentado a los supuestos de decisión que en el caso de una eventual inidoneidad -más o menos casual- conducen a la lesión de bienes jurídicos y están incluidos, por tanto, en el delito doloso consumado" (FRISCH, "El error", p. 64)

⁴⁶⁰ Lo mismo que sostiene HASSEMER (*Persona, mundo y responsabilidad*, p. 130 y ss), quien enfatiza, tal como Engisch, la "actitud del agente hacia el mundo de los bienes jurídicos" y recalca la importancia de definir el dolo como una *decisión*. Volveremos sobre estos aspectos más adelante.

⁴⁶¹ FRISCH, "El error", p. 64.

⁴⁶² FRISCH, "El error", p. 67.

⁴⁶³ FRISCH, "El error", p. 68. Adelantándose a una posible réplica, Frisch puntualiza: "En realidad la existencia de la situación justificante no viene a procurar su justificación a una decisión disvaliosa. Lo que sucede es, más bien, que la decisión (en cuanto tal) ya no es en absoluto disvaliosa, dado que el agente ha supuesto la existencia de una situación que justificaría su conducta" (Ibídem).

bien jurídico si se orienta a una conducta descrita como delito y no justificada en concreto, según la representación del autor⁴⁶⁴.

Con la ayuda del mismo criterio Frisch se interna luego en la distinción entre dolo y culpa. Aun siendo verdad -dice- que en ambos supuestos es posible imputar al individuo la lesión evitable de bienes jurídicos, ocurre que en el caso del injusto doloso cabe poner además de su cargo lo que este autor denomina como una "decisión defectuosa *calificada*", por asumir específicamente la forma de una decisión a favor de una conducta típica⁴⁶⁵.

En materia de error, señala Frisch que la gran mayoría de las dificultades que la doctrina enfrenta se deben a que esta no ha sabido comprender la necesidad de adaptar el lenguaje de la norma al universo lingüístico del individuo, motivo por el cual, bajo el influjo de la doctrina de la valoración paralela, se ha visto inducida a tratar como casos de error del agente supuestos que no lo son verdaderamente. En realidad -puntualiza-, lo que el individuo tiene que conocer es la concurrencia de los elementos que constituyen el fundamento de la prohibición. "Lo característico del autor doloso es que ha comprendido la conducta prohibida por los tipos penales dolosos justamente en la dimensión que constituye para la ley el fundamento de la prohibición"⁴⁶⁶. Quien ha captado -agrega- esta dimensión específica y actúa sin suponer una circunstancia de justificación, actúa con dolo porque se decide en contra del bien jurídico. Para que esto ocurra, sin embargo, el individuo tiene que haberse representado aquellas circunstancias por las que está prohibida en *concreto* la conducta; es decir, tienen que estar presentes en su representación todas las circunstancias por las que el legislador prohíbe una determinada acción, aunque ellas se designen de un modo totalmente distinto en el lenguaje de los legos⁴⁶⁷. Para verificar esto en la práctica, la norma debe ser traducida a los términos de un lenguaje que el autor pueda entender, en correspondencia con su visión del mundo. Frisch llama a este proceso *concreción de la norma para el autor*⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ FRISCH, "El error", p. 70.

⁴⁶⁵ FRISCH, "El error", p. 71.

⁴⁶⁶ FRISCH, "El error", p. 72.

⁴⁶⁷ FRISCH, "El error", p. 73.

⁴⁶⁸ "Se trata de precisar y luego de constatar mediante una concreción de la norma orientada al autor, lo que tiene que quedar registrado en su representación para que se pueda admitir la existencia de un injusto de la decisión" (FRISCH, "El error", p. 74).

Aclarado este punto⁴⁶⁹, la solución de los problemas de error se convertiría, a su juicio, en una cuestión prácticamente trivial⁴⁷⁰. Bastaría con determinar, en relación con cada figura, qué es lo que tendría que comprender un individuo para que su decisión de actuar pudiese ser calificada de injusta.

Frisch muestra enseguida cómo habría que llevar a cabo esa determinación, valiéndose de los casos que son ya clásicos en esta materia⁴⁷¹. Sobre la

⁴⁶⁹ Según señala, el error del criterio de la valoración paralela estribaría en que, en lugar de conducir a una simplificación de los términos en que se expresa la norma para traducirla a un lenguaje equivalente en el mundo del lego (Frisch nunca habla de equivalencia, pero su postura tiene, como veremos, una similitud evidente con lo que plantea Puppe a este respecto), mantendría ambos mundos separados y trataría la distancia que media entre la representación no técnica del sujeto y el contenido de la norma como un problema de error, sin serlo realmente. Si finalmente la teoría de la valoración paralela conduce a resultados adecuados -añade- es porque luego recupera parte de lo que atribuye al campo del error, al admitir un cierto margen de dispensabilidad a favor del agente. A este, en efecto, no le exige un conocimiento perfecto del tipo, y por lo tanto considera que esa brecha entre su representación y el contenido genuino de la norma no constituye un error relevante, capaz de obstaculizar el dolo. Sin embargo, este modo de proceder -señala Frisch- encierra un riesgo que no consiste solo en pasar por alto desde el punto de vista metodológico el indispensable proceso de concreción de la norma, sino fundamentalmente en crear la impresión de que podría haber brechas de representación que fuesen irrelevantes, cuando lo correcto es entender que el individuo debe obrar con una representación completa de las circunstancias que hacen injusta la determinación de su voluntad como decisión a favor del tipo no justificada en concreto (FRISCH: *El error*, p. 74 y s; también p. 79). Coincidiendo con el punto de vista de este autor, DÍAZ Y GARCÍA se muestra también crítico frente al criterio de la valoración paralela y con el extendido uso de la expresión "sentido social" para denotar qué es lo que el autor tendría que conocer de un elemento normativo. Si lo que se persigue -señala- es aludir con ella a lo que el individuo debe conocer para actuar con dolo, su empleo es parece cuestionable puesto que lo que el individuo habría de captar no es cualquier significado social de la conducta sino su significado jurídico. Para evitar el equívoco que se acaba de señalar -indica- sería preferible hablar de *conocimiento de la concurrencia en el hecho del elemento normativo en todo su sentido material auténtico*, es decir, de aquel que la ley ha considerado relevante a la hora de introducir el elemento en una descripción típica. En cambio -agrega-, si con su empleo se pretende poner de relieve que el individuo ha de comprender el carácter socialmente desvalorado de la conducta, entiende que ello en rigor no sería necesario para afirmar el dolo (DÍAZ Y GARCÍA: *El error*, pp. 354-345, nota 93; ya antes, en "¿Error de tipo o error de hecho?", p. 210 y s.).

⁴⁷⁰ FRISCH, "El error", p. 77 y s.

⁴⁷¹ También contrasta su punto de vista con las tesis que proponen distinguir entre errores de hecho y de derecho, o entre errores de derecho penal o extrapenal, siguiendo la antigua línea de RG, retomada en las últimas décadas por un sector importante de la doctrina. Sobre ambas, opina que no hay nada que objetarles en la medida en que se aprecie un error de derecho o un error de derecho penal únicamente cuando el autor comprenda las circunstancias necesarias para calificar su conducta como un injusto de la decisión, incluidas las de orden jurídico, pero considere que de todos modos su conducta sería jurídicamente irreprochable (FRISCH: *El error*, p. 77).

“competencia” en el delito de falso testimonio indica, por ejemplo, que la determinación de su significado debe pasar por preguntarse en qué circunstancias cabría *esperar* del individuo un comportamiento ajustado a la norma:

“la cuestión fundamental que debería resultar determinante -dice- es qué circunstancias tiene que captar un lego en derecho para que exista una *legítima expectativa* de que testificará verazmente”⁴⁷².

En el caso de los tipos penales en blanco, sostiene que la cuestión decisiva consistiría en determinar cuáles son las circunstancias cuyo conocimiento daría lugar a que “el ordenamiento jurídico” pudiese esperar del individuo la comunicación de determinados datos fiscalmente relevantes (en relación con la conducta del § 370, párrafo 1º, n.º 6 AO) o ciertas actuaciones contables (en relación con el § 283, párrafo 1º, n.º 6 [5], StGB), y que además haría posible interpretar su comportamiento opuesto como un injusto de la decisión, en razón de haber obrado con conciencia de las circunstancias determinantes de esa expectativa⁴⁷³. Según Frisch, la respuesta a esta pregunta depende de la función que cumpla la circunstancia de referencia y de si ella:

“incorpora en sí misma de un modo tan evidente la razón por la que la acción se prohíbe (o por la que se espera su realización), que *la comunidad jurídica pued[a] esperar* de uno de sus miembros, dispuesto a esforzarse en la evitación de lesiones de bienes jurídicos, *que omita la acción* propuesta al captar esta circunstancia a ella inherente (o que actúe al percibir una determinada circunstancia); de forma que *en virtud de esa comprensión* del significado de la circunstancia en cuestión, [quepa] *calificar la conducta opuesta como una decisión contra el bien jurídico*”⁴⁷⁴.

En otras palabras, si la ignorancia de la prohibición hiciese decaer la expectativa de la comunidad respecto de la omisión de la conducta prohibida y la posibilidad de interpretar la conducta opuesta como una decisión contraria al bien jurídico, el dolo tendría que ser descartado.

Para Frisch, la posibilidad de abrigar esa expectativa y de interpretar de tal modo una conducta depende en general de que el individuo haya comprendido su *idoneidad lesiva*.

“En el ámbito de los usuales delitos de lesión, esta circunstancia consiste en la concreta idoneidad del comportamiento para producir determinadas lesiones de

⁴⁷² FRISCH, “El error”, p. 79 (destacado añadido).

⁴⁷³ FRISCH, “El error”, p. 81.

⁴⁷⁴ FRISCH, “El error”, p. 81 (destacado añadido).

bienes: quien ha captado esta cualidad de su conducta (que constituye el motivo de la prohibición) y la toma como punto de partida, tendría que omitir su conducta en interés del bien jurídico; si la ejecuta con pleno conocimiento de su significado, se decide por tanto mediante un hacer positivo contra dicho bien⁴⁷⁵.

El punto -agrega- es que en ciertos casos la comprensión de la lesividad del acto depende de la conciencia de su ilicitud. Un ejemplo de esta situación se podría encontrar en el delito de defraudación fiscal, en el que, a juicio de Frisch, esa comprensión no surge en modo alguno del solo conocimiento de un hecho objetivamente sujeto a tributación, sino de la conciencia del deber. Sus razones son las siguientes:

“Puesto que el bien jurídico de la pretensión fiscal del Estado viene constituido también de un modo decisivo por la relevancia fiscal o la sujeción tributaria, solo puede captar la idoneidad de su propia conducta para lesionar el bien jurídico aquel que sepa que el hecho en cuestión está sujeto al tributo: sólo de él cabe esperar en la misma medida la realización de determinadas acciones para la evitación del menoscabo del bien jurídico que de aquél, por ejemplo, que ha captado la idoneidad lesiva de su comportamiento para la integridad corporal u otros bienes jurídicos personales⁴⁷⁶.

En cambio, si el individuo desconoce la relevancia tributaria del hecho en cuestión tampoco puede percibir “la significación específica de su conducta” y su decisión no puede ser considerada contraria al bien jurídico.

“El desconocimiento de la sujeción de tal supuesto al tributo excluye, por tanto el dolo, en cuanto error sobre las circunstancias del hecho, y ello, por cierto, con independencia del modo en que esté formulado técnicamente el tipo⁴⁷⁷.

Del mismo modo, solo cabría levantar una expectativa e interpretar una conducta opuesta como contraria al bien tutelado si quien se encuentra en la situación prevista en el § 283, párrafo 1º, nº 6, StGB, sabe que sobre él pesa la obligación de llevar libros de contabilidad. Por consiguiente, también en este caso la afirmación del dolo como un injusto calificado de la decisión solo sería posible en el supuesto que el individuo obrase con conciencia de la antinormatividad de su conducta⁴⁷⁸.

475 FRISCH, “El error”, p. 81.

476 FRISCH, “El error”, pp. 82 y s.

477 FRISCH, “El error”, p. 83.

478 FRISCH, “El error”, p. 84.

Examen crítico

El paralelismo que existe entre la postura de Frisch y la de Roxin en torno a la adopción de un concepto cualitativo de dolo es bastante evidente⁴⁷⁹. Sin embargo, Frisch da un paso más al derivar sistemáticamente ese criterio cualitativo de las decisiones punitivas del legislador y al presentar, a partir del mismo, una visión unificada de todos los aspectos del dolo. Además, el criterio propuesto por Frisch tiene la ventaja de no remitir al intérprete a un concepto de difícil aprehensión como es el de sentido social, sino al de "injusto de la decisión", que en principio es más manejable⁴⁸⁰. Para Frisch el dolo es una decisión que puede ser calificada de *injusta* en razón de haber sido tomada por el individuo con conciencia de la idoneidad lesiva de su acto.

Ahora bien, para que esta noción pueda ser utilizada con provecho es fundamental que se nos indique cuál es la perspectiva desde la cual habría que apreciar la concurrencia de sus elementos. El criterio que Frisch propone debería servirnos para determinar cuándo la representación de un hecho, sin conocimiento de la antinormatividad, valdría como suficiente conciencia de su lesividad y cuándo no. Pero para hacerlo operativo es esencial que se nos diga desde qué perspectiva se debe apreciar esa suficiencia, ya que las tres alternativas imaginables –la perspectiva del ordenamiento jurídico, la de la comunidad y la del propio individuo– pueden conducir a resultados diferentes.

El problema es que Frisch recurre alternativamente a todos esos puntos de vista en diversos pasajes de su exposición. Por ejemplo, adopta el enfoque del ordenamiento jurídico cuando caracteriza al dolo como el conocimiento de la concurrencia en la conducta de las circunstancias típicas no justificada en concreto, o como el conocimiento de las circunstancias por las que *el legislador* prohíbe una determinada conducta⁴⁸¹; y en forma más explícita, cuando señala que una decisión es injusta cuando se ha obrado con conocimiento de aquello que permite, *conforme*

⁴⁷⁹ Sobre todo si se interpreta la exigencia de conocimiento del sentido social de la conducta que formula ROXIN como una alusión a que el agente comprenda los fundamentos de su valoración como hecho punible –que capte “al menos en su esfera de profano lo que ha determinado al legislador a su valoración” (ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 12/91, p. 464)–, y esto último se interpreta como una exigencia de conocimiento de la lesividad del acto.

⁴⁸⁰ Manifestando un cierto escepticismo frente al procedimiento propuesto por Frisch para concretar la norma y determinar si el individuo ha conocido las circunstancias fundantes de la prohibición, FAKHOURI, *Delimitación*, p. 447.

⁴⁸¹ FRISCH, “El error”, p. 73.

al ordenamiento jurídico, afirmar una expectativa de comportamiento adecuado a la norma⁴⁸². En cambio, remite al juicio de la colectividad cuando se pregunta bajo qué condiciones cognitivas la *comunidad jurídica* podría esperar de sus miembros la omisión de la conducta prohibida⁴⁸³. Y alude, por último, al punto de vista del propio autor cuando señala que este debe percatarse de la aptitud lesiva de su comportamiento⁴⁸⁴, y en especial cuando puntualiza que solo cabe hablar de una decisión injusta cuando el agente se decide “por una conducta a la que él mismo asigna la dimensión disvaliosa típica”⁴⁸⁵ y no supone la concurrencia de supuestos justificantes⁴⁸⁶.

Aparentemente, la idea de Frisch es combinar todos estos puntos de vista en un enfoque cuya justificación podría ser la siguiente: sin que el individuo capte la

⁴⁸² FRISCH, “El error”, p. 80.

⁴⁸³ FRISCH, “El error”, p. 81.

⁴⁸⁴ Esto es interesante porque permite apreciar que esta manera de comprender el dolo en el marco de la teoría de la culpabilidad no difiere mucho del dolo malo de la teoría del dolo. En ambos casos el propio actor tendría que ser consciente del carácter materialmente reprobable de su conducta, solo que para la teoría de la culpabilidad ese carácter sería independiente y distinto de su prohibición formal en la mayoría de los casos. La base de esta concepción del dolo como representación de un hecho cualitativamente reprobable al margen de su prohibición es la misma que se percibe tras la función de llamada que normalmente se asigna al dolo en sus relaciones con la conciencia de la ilicitud. Lo que la teoría de la culpabilidad sostiene es que el derecho penal castiga actos de una clase tal que por su propia índole el individuo debería verse movido a suponer su prohibición y a abstenerse de ejecutarlos, aun en desconocimiento o falta de seguridad acerca de su prohibición formal. Lo que separa a la versión estricta de la limitada de esa teoría es que, conforme a la primera, basta tener conciencia de la clase de acto realizado para que esa llamada se entienda realizada y pueda hablarse de un injusto doloso, mientras que para la versión limitada no cabe hablar de dolo cuando el individuo es consciente del acto que realiza pero junto con ello supone la concurrencia de las condiciones de hecho que, de ser efectivas, le conferirían un permiso para actuar. Dada su confianza en la concurrencia de circunstancias legitimantes, el individuo no es consciente de que su decisión sea materialmente injusta y –aceptado el supuesto– no cabe más que reconocer que el Derecho coincide con él en esa apreciación. La función de llamada que se atribuye al dolo deriva, por tanto, de la comprensión de la dimensión lesiva o injusta del acto, solo que para la teoría limitada de la culpabilidad esta comprensión desaparece cuando el individuo cree, aun erróneamente, que concurren los presupuestos de una cusa de justificación, mientras que en ese mismo supuesto ella persiste para la versión estricta de dicha teoría.

⁴⁸⁵ FRISCH, “El error”, p. 64; destacado añadido.

⁴⁸⁶ También cuando más adelante añade: “quien ha captado esta cualidad de su conducta [su idoneidad lesiva] (que constituye el motivo de la prohibición) y la toma como punto de partida, tendría que omitir el comportamiento en consideración del bien jurídico” (FRISCH, “El error”, p. 81; destacado añadido). Y cuando concluye: “solo puede captar la idoneidad de su propia conducta para lesionar el bien jurídico aquel que sepa que el hecho en cuestión está sujeto al tributo” (op. cit., p. 82).

aptitud lesiva de su conducta, ni la comunidad ni el ordenamiento jurídico pueden abrigar una expectativa de que se comporte de acuerdo a la norma. Es un punto de partida razonable pero también sumamente problemático, por las siguientes razones:

a) Desde luego, cabe observar que un planteamiento como este se acerca mucho a la teoría del dolo; tanto, que resulta difícil compatibilizarlo con la teoría de la culpabilidad. Si para actuar con dolo el sujeto tiene que ser consciente de la lesividad de su conducta, no parece haber espacio para un error de prohibición, partiendo de la base de que el objeto de la conciencia de la ilicitud es mayoritariamente identificado con la contrariedad a deber del acto. Quien sabe que su conducta amenaza con perjudicar un interés legítimo de un tercero o de la sociedad en su conjunto, obra con lo que la doctrina califica como un conocimiento eventual de la ilicitud⁴⁸⁷, salvo que suponga la concurrencia de una hipótesis justificante. Y ello es así porque, en términos del propio Frisch, este individuo habrá tomado de modo consciente una decisión contraria al bien jurídico⁴⁸⁸.

Por otra parte, el hecho de que el agente deba ser consciente de la lesividad de su conducta para actuar con dolo presenta también otros inconvenientes. En primer lugar, porque -en contra de lo que sostiene Frisch⁴⁸⁹- también quien evalúa mal el alcance de una causa de justificación piensa en el fondo que su conducta no es injusta o lesiva en el sentido planteado, de modo que si ser consciente de la lesividad fuese un presupuesto del dolo habría que admitir también su exclusión en un supuesto unánimemente considerado como constitutivo de error de prohibición. Y aunque sería posible ajustar el criterio para poder afirmar la existencia de una decisión injusta ya cuando el sujeto conozca los *presupuestos* que hacen injusta su decisión ante el ordenamiento jurídico, es claro que con ese giro hacia la objetividad del Derecho se abandonarían el criterio de la conciencia personal de la lesividad como clave para considerar una decisión como *calificadamente* injusta.

b) En cualquier caso, si lo que se requiere es que el *individuo* sea consciente de la lesividad de su acto, cabe preguntarse qué aporta al análisis una indagación

⁴⁸⁷ Véase FELIP Y SABORIT, *Error iuris*, p. 129 y ss.

⁴⁸⁸ Por otra parte, en materia de delitos de peligro abstracto esa tesis conduciría a supeditar el dolo a la comprensión del carácter lesivo de la conducta. En rigor, no bastaría con ponerse al volante bajo la influencia del alcohol, sino que habría que estar consciente de poner en riesgo la seguridad del tráfico, lo cual es un problema porque tratándose de esta clase de actos a menudo es más perceptible para los individuos su carácter antinormativo que su aptitud lesiva.

⁴⁸⁹ FRISCH, "El error", p. 84.

sobre la existencia de una expectativa de comportamiento adecuado a la norma. Según creo, nada en especial, lo que sugiere que la apelación a esas expectativas juega en realidad un papel distinto: por una parte, le sirve a Frisch como un argumento a favor de la necesidad de que el individuo sea consciente de la lesividad de su conducta (pues de otro modo no cabría esperar que la modificara), y en segundo lugar, le sirve también para complementar este último criterio y suplir sus falencias.

Esto hace necesario que Frisch precise a qué clase de expectativa se refiere. En relación con esto, debe tenerse presente que de todo supuesto alcanzado por una norma surge una expectativa de comportamiento correcto, que a su vez se apoya en la expectativa de que los destinatarios se procuren los conocimientos necesarios para hacer realidad el ajuste esperado. Por eso, si un individuo conoce la situación concreta pero incurre en un error (vencible)⁴⁹⁰ sobre el deber, lo que acontece no es el decaimiento o supresión de la expectativa, sino su *defraudación*. Esto pone en evidencia que no es posible partir del supuesto del desconocimiento *vencible* de la prohibición para descubrir hipotéticas situaciones de *ausencia* de expectativa, ya que una empresa como esa, enfocada desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no tiene sentido. Lo lógico es preguntarse por la existencia de expectativas antes de saber cuál es la situación cognitiva del sujeto, dado que la comunidad también abriga, dentro de ciertos límites, la esperanza de que los individuos conozcan las normas aplicables a sus actos⁴⁹¹. Por consiguiente, cuando Frisch se pregunta por la posibilidad de afirmar una expectativa de conducta adecuada a norma en la hipótesis de un sujeto que ignora la prohibición y por tanto ha defraudado la expectativa de conocimiento, en el fondo se pregunta por algo semejante a un pronóstico sobre el comportamiento fácticamente esperable en una situación dada, es decir, por una expectativa *cognitiva*⁴⁹².

⁴⁹⁰ Pues, como vimos, la pregunta por el tratamiento del error sobre la antinormatividad cobra verdadero sentido e interés precisamente cuando el error es evitable.

⁴⁹¹ Plantearse la pregunta por la existencia de una expectativa poniendo como presupuesto la ignorancia de la norma es, en el fondo, una manera de combinar una perspectiva *ex ante* con cierta información *ex post*.

⁴⁹² Como vimos más arriba, en otros lugares FRISCH sugiere, utilizando también un punto de vista que puede identificarse con el del ordenamiento jurídico, que la cuestión central es si el individuo ha conocido el fundamento de la prohibición. Pero esto tampoco sirve para dilucidar en qué casos el individuo ha de captar el deber para actuar con dolo, ya que la prohibición misma nunca puede ser fundamento de la prohibición. Otra cosa, completamente distinta, es que lo sea del *castigo* del acto en la forma estudiada en el capítulo anterior.

c) Ahora bien, un enfoque que toma como base las expectativas de la comunidad para decidir cuándo se debe afirmar el dolo en un caso concreto es bastante problemático. Suponiendo que la sociedad efectivamente cuente con expectativas cognitivas para los supuestos relevantes, cabe preguntarse por qué habría que concederles ese papel. Pero aun dejando eso de lado, las mayores dificultades de un enfoque como ese dicen relación con sus consecuencias. Como vimos, Frisch presenta al dolo como el presupuesto de una expectativa cognitiva de comportamiento adecuado a la norma, argumentando que sin que el individuo perciba la lesividad de su comportamiento es iluso esperar que se comporte conforme a deber. El problema es que un argumento como ese va demasiado lejos porque también de todas las eximentes de culpabilidad puede decirse que frustran las esperanzas de un comportamiento adecuado a norma.

Al contrario de lo que Frisch piensa, la fórmula de la decisión contraria al bien jurídico no proporciona un punto de vista unificador del dolo. Lo que hace en realidad es introducir en la determinación de su contenido un argumento que, si bien sirve para moderar localmente el rigor de la teoría de la culpabilidad, en última instancia es incompatible con ella.

Por último, es importante examinar también la manera como procede este autor en los casos concretos que escoge para aplicar sus ideas, pues su análisis no siempre se ciñe a los lineamientos teóricos ya reseñados. Por ejemplo, al tratar la defraudación fiscal Frisch se centra fundamentalmente en una consideración relativa al bien jurídico protegido. Señala que como la pretensión fiscal del Estado vendría constituida "también de un modo decisivo por la relevancia fiscal o la sujeción tributaria, solo [podría] captar la idoneidad de su propia conducta para lesionar el bien jurídico aquel que sepa que el hecho en cuestión está sujeto al tributo"⁴⁹³.

Sin embargo, si se examina esa reflexión más de cerca se puede advertir que es difícilmente generalizable, porque entonces habría que admitir que el dolo tendría que estar integrado por la conciencia de la antinormatividad de la conducta en todos los casos en que el bien jurídico afectado esté constituido por deberes, lo cual compromete con soluciones difícilmente compartibles. Desde luego, esa misma solución tendría que ser aplicada a todos los delitos contra el interés fiscal, de los que Frisch, sin embargo, selecciona únicamente la hipótesis del § 370, párrafo 1º, n°6 AO. Más aun, tendría que hacerse extensiva a todo el ámbito de los delitos contra la administración pública, pues el correcto funcionamiento de la

⁴⁹³ FRISCH, "El error", p. 82.

administración estatal no está menos integrado por deberes que la pretensión fiscal, por no hablar de la situación especial en que se encuentran sus agentes.

Un nuevo matiz argumental aparece en el caso de la omisión de llevar libros de contabilidad (§ 283, par 1º, nº6, StGB). En relación con esta figura se nos dice que el bien protegido, "el mantenimiento de la transparencia de la situación patrimonial, únicamente existe dentro de los límites del correspondiente deber y dicho bien -o el patrimonio de los acreedores mediatamente protegido a través de él- no puede ser lesionado allí donde no existen en absoluto los respectivos deberes"⁴⁹⁴. La diferencia con el caso anterior radica en que acá ya no se trata de que el bien jurídico esté *constituido* por deberes sino de que la lesividad de la conducta esté *intermediada* por ellos. Pero nuevamente esto es algo que cabría afirmar de una infinidad de conductas delictivas, si no en última instancia de todas⁴⁹⁵. Es cierto que el patrimonio de los acreedores solo puede verse afectado por la omisión de llevar libros de contabilidad si existe el deber de llevarlos, pero eso no significa que el patrimonio esté integrado por deberes en una medida mayor que otros bienes jurídicos.

En realidad, que en tal caso la conducta cobre un sentido lesivo solo en presencia de un mandato específico no arranca de que el bien jurídico presente una situación especial, sino simplemente de que se trata de una conducta omisiva. No es casual que tanto Frisch como Roxin escojan supuestos de inactividad punible para ilustrar sus ideas, ya que si esos ejemplos resultan persuasivos es porque estructuralmente las omisiones presuponen deberes. No se trata entonces de una particularidad del bien protegido, sino de una particularidad de la conducta misma. Esto se ve reflejado incluso en las propias palabras de Frisch, cuando afirma que quien desconoce la relevancia tributaria del hecho en cuestión tampoco percibe "*la significación específica de su conducta para el bien jurídico*", pues ellas muestran que en última instancia es el significado *del hacer o del omitir* lo que no puede ser comprendido en ciertos supuestos sin conciencia de su antinormatividad.

Antes de cerrar este apartado es importante detenerse en este punto para preguntarse de qué significado se habla y qué lugar puede haber aquí para las expectativas sociales. Seguramente Frisch tiene razón cuando indica que en los

⁴⁹⁴ FRISCH, "El error", p. 84

⁴⁹⁵ La generalización del planteamiento de FRISCH sin ulteriores matizaciones llevaría indefectiblemente a concluir que en toda comisión por omisión la conciencia de la antinormatividad es presupuesto del dolo.

supuestos que menciona el dolo debe abarcar el conocimiento de la antinormatividad de la conducta. Y es probable que esté también en lo cierto cuando afirma que sin ese conocimiento el individuo carecería de una orientación suficiente como para que la colectividad pudiera abrigar una expectativa (cognitiva) de comportamiento adecuado a la norma. En general, las formas de atentado contra bienes jurídicos ajenos que el derecho castiga garantizan una comprensión de su lesividad por parte de los ciudadanos: la violencia, la fuerza, la intimidación, la amenaza, el engaño, son formas de comportamiento que dan una idea más que suficiente del carácter injusto de la decisión respectiva, cualquiera sea el conocimiento que se tenga acerca de la prohibición formal de la conducta. Pero eso no es así en todos los casos, por lo que en algunos de ellos la comprensión de la lesividad del acto puede efectivamente depender de la conciencia de su prohibición formal. La cuestión es *en qué sentido* depende de ella.

Roxin y Frisch elaboran teóricamente este punto como si esa dependencia tuviese que ser establecida a partir de una mirada social, pero el modo como argumentan los casos en que creen que tal dependencia se da revela una perspectiva distinta. Su argumento no consiste en sostener que en las situaciones apuntadas *la mayoría* de las personas requerirían el conocimiento de la antinormatividad para identificar sus acciones como lesivas, sino más bien en que sin conocimiento del deber *no es posible* tener conciencia de la lesividad de ciertas conductas, como las de omitir la manutención familiar o la declaración de hechos tributariamente relevantes. A lo que apuntan, por tanto, es a la existencia de una *implicación necesaria* entre el conocimiento del deber y la conciencia de la lesividad de esos comportamientos⁴⁹⁶. Ello constituye una corroboración de lo afirmado en el capítulo anterior y también unas líneas más arriba, en cuanto a que la comprensión del sentido social o la lesividad de una conducta depende de la conciencia del deber y de su infracción precisamente en aquellos casos en que el *concepto legal del hecho* respectivo comprende su antinormatividad. En otras palabras, reconocer que hay ciertas situaciones en que el dolo debe abarcar la conciencia de la ilicitud es correcto porque existen supuestos de tipificación como los que se acaba de indicar, y no porque sea correcta la concepción del dolo que presentan Roxin y Frisch. *La necesidad de que el dolo se extienda a la prohibición no reside en que su*

⁴⁹⁶ Es por ello que, al margen de que un individuo desconocedor de sus deberes alimenticios pudiera ser consciente de las necesidades de manutención de la familia que debería recibir un aporte suyo, lo cierto es que no es de ese factor de lo que ROXIN hace depender la comprensión del sentido social de su conducta, sino de la conciencia del *deber* de prestarlos.

*conocimiento sea necesario para comprender un sentido social situado más allá del tipo o para afirmar una expectativa de comportamiento adecuado a norma. Descansa simplemente en la pertenencia de la antinormatividad al tipo respectivo, en el hecho de que la lesividad de una determinada clase de conductas se encuentre definida en función de su antinormatividad*⁴⁹⁷.

En tal sentido, puede ser útil reflexionar sobre un punto muy simple, cual es que la pregunta acerca de cuándo *la representación* de la idoneidad lesiva de un acto requiere la conciencia de la prohibición no debería ser distinta de la pregunta acerca de cuándo *la idoneidad* lesiva de una conducta depende de su antinormatividad.

3. La identificación del contenido del dolo con el sentido del tipo: la tesis de Puppe

Desde un punto de vista general, la posición de Puppe en materia de error posee ciertas similitudes, sobre todo de lenguaje, con las propuestas que acabamos de analizar, pero al mismo tiempo posee rasgos distintivos que la hacen muy destacable.

Al igual que Roxin y que Frisch, Puppe concibe el dolo como la comprensión del *sentido* de un suceso, pero a diferencia de esos autores ella no identifica el sentido de ese suceso con el significado social del acto ni con su lesividad, sino

⁴⁹⁷ En realidad, la consideración de la antinormatividad como elemento del tipo no es ajena a estos autores y de hecho sus tesis cobran mucho más sentido si se parte de ese supuesto. Pues, aunque ROXIN evite pronunciarse acerca de si la valoración global pertenecería al tipo en los supuestos de indivisibilidad, y aunque esa hipótesis eche por tierra la premisa sobre la que construye su teoría al respecto, lo cierto es que la pertenencia de esa valoración (con carácter no global) al tipo es, como tuvimos ocasión de comprobar, la única manera de entender su propuesta. En el caso de FRISCH ocurre algo parecido, pues incluso llega a afirmar que cuando el conocimiento de la antinormatividad es un presupuesto del dolo y el sujeto la desconoce cabe afirmar un "error sobre las circunstancias del hecho" (FRISCH, "El error", p. 84). Pese a ello, este autor rehúye una afirmación directa acerca de que la antinormatividad sería una de aquellas circunstancias y más bien discurre en el sentido opuesto: lo que en su lugar pretende es deducir el contenido del dolo de una cualidad que sería inherente al dolo considerado en sí mismo -su carácter de decisión injusta- en lugar de derivarlo del contenido del tipo. Ello quizás explica que al aludir a la posición de PUPPE, que sí considera a la antinormatividad como un elemento típico en ciertos casos, se reserve su opinión al respecto, y luego, al afirmar que el desconocimiento de la antinormatividad daría lugar a un error sobre las circunstancias del hecho cuando sin conciencia de ella la decisión no pudiera ser calificada de injusta, tampoco relacione su tesis con la opinión de dicha autora.

simplemente con su significado típico. Para actuar con dolo –sostiene– el agente necesita conocer el hecho que ejecuta *en el sentido del tipo*⁴⁹⁸.

Explica esta autora que comprender un hecho de esa manera no pasa evidentemente por conocer el enunciado legal, ni menos aun por poseer un manejo óptimo de sus términos. Lo que el sujeto debe captar es el hecho que realiza, y no el enunciado de la norma que le es aplicable. Por consiguiente, para entender el hecho en el sentido del tipo basta con que le atribuya a su conducta el mismo *significado* en virtud del cual podemos decir que es una instancia de la hipótesis descrita en el tipo. Vale decir, basta con que su comprensión del acto pueda ser expresada a través de un enunciado equivalente al del tipo o incluso mediante una oración que implique una oración equivalente a la de aquel⁴⁹⁹.

La indagación del dolo debe comenzar, entonces, por determinar por vía de interpretación el significado de la descripción típica, para luego establecer si existe correspondencia entre ese significado y la representación que el sujeto tuvo de su acto, independientemente de los términos que emplearía para expresarla. Cualquier error del individuo acerca de cómo habría que entender las palabras de un tipo penal es irrelevante, con tal que el sujeto haya entendido a través de medios semánticamente equivalentes lo mismo que de acuerdo con la interpretación correcta de la norma es el significado del suceso a la luz del tipo⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 99. La autora puntualiza que de ello se sigue como consecuencia que con la formulación de los tipos el legislador no solamente decide acerca de las condiciones de punibilidad de un comportamiento sino también acerca de qué es lo que debe representarse el autor para actuar dolosamente.

⁴⁹⁹ "Dos oraciones distintas representan exactamente el mismo supuesto de hecho cuando son verdaderas o falsas bajo las mismas condiciones, es decir, cuando nunca pueden ser simultáneamente una cierta y la otra falsa, lo que se deduce, exclusivamente, de las reglas lógicas y semánticas del lenguaje... Para conocer el supuesto de hecho que se representa en la oración que se deduce del tipo, el autor, por lo tanto, no tiene que representarse esa oración, sino simplemente una oración que sea L-equivalente a aquélla. Si no sabe que ambas oraciones son L-equivalentes, entiende defectuosamente el tipo, y se encuentra en un error de subsunción" (PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 96).

⁵⁰⁰ Esta clara diferencia entre el significado de los términos legales y el significado del hecho que es subsumible en ellos constituiría, en concepto de Puppe, el núcleo racional de la distinción entre error de derecho penal y error de derecho extrapenal, aunque la contraposición entre sentido del tipo y lenguaje del tipo aparecería mal expresada en ella. En realidad se trataría de la diferencia entre un error sobre los conceptos contenidos en los tipos penales (error de derecho penal), y un error sobre los hechos que cumplen el tipo, eventualmente fundamentados también en el derecho (error de derecho extrapenal) (PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 108). Del lado de los

Esto vale también para los conceptos que especifican atributos jurídicos del hecho – como aquellos que se refieren al carácter ajeno de una cosa, a la condición funcional del agente o a la existencia de un derecho de retención–, toda vez que Puppe entiende que esa clase de cualidades son *hechos institucionales* y deben ser tratadas de como tales, es decir, como hechos, desde el punto de vista cognitivo⁵⁰¹. Lo cual significa que la comprensión de un suceso especificado mediante esa clase de conceptos dependerá de que el individuo capte las propiedades normativas denotadas por ellos⁵⁰². Por eso, considera errado el punto de vista tradicional, que aborda esta dimensión del dolo como si se tratase de una valoración paralela, pues –expresa– “en modo alguno se trata de hacer una valoración, sino de conocer hechos jurídicos”⁵⁰³ y de conocerlos, además, en su integridad. En esa línea, observa que:

“los derechos y relaciones jurídicas a los que hacen referencia los tipos penales son tan simples y fundamentales, al menos en las normas del Derecho penal principal, que también el lego en materia jurídica tiene un claro concepto al respecto. Pero aunque no sean tan simples, sencillamente debe asumirse que el lado cognitivo del dolo exige determinados conocimientos jurídicos porque estos son presupuestos de que el autor pueda reconocer el injusto específico del hecho por él realizado”⁵⁰⁴.

En cuanto a los elementos típicos de antinormatividad –que es el punto que más nos interesa–, Puppe mantiene una posición muy similar a la que se acaba de explicar y por lo tanto muy distinta de la del resto de la doctrina. Su discrepancia con la opinión mayoritaria deriva de que, a su juicio, la prohibición extrapenal de la conducta es parte integrante del sentido que expresan los tipos penales en blanco; hecho que, en consonancia con sus ideas generales sobre el contenido del dolo, la lleva a concluir que para realizar dolosamente un tipo de esa índole el individuo debe actuar con conciencia de la prohibición de su conducta.

“Únicamente resulta posible respetar el principio del carácter vinculante del sentido del tipo respecto de la representación que fundamenta el dolo si se reconoce, aparte de los tipos de las normas extrapenales que completan la norma penal en blanco,

hechos de esa clasificación, entonces, no solo quedarían ubicados los sucesos del mundo físico sino también sus relaciones jurídicas denotadas por los elementos normativos del tipo (op. cit., p. 101).

⁵⁰¹ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 104 y s.

⁵⁰² PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 104.

⁵⁰³ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 105, citando a JAKOBS, AT 8/49, nota 108.

⁵⁰⁴ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 105 y ss.

también el propio elemento en blanco como elemento necesario para el conocimiento doloso. Esto significa que el autor, aparte de las normas que completan la norma penal en blanco, *debe conocer también la vigencia de aquellas,* porque solamente en ese caso conoce que existe para él una obligación jurídica⁵⁰⁵.

Puppe rechaza, por tanto, la tesis de la sustitución por considerar que aun cuando el reemplazo de un concepto jurídico por sus presupuestos normativos mantendría inalterada la extensión del tipo, ello modificaría su intensión, que es lo que el individuo debe comprender⁵⁰⁶.

“Cuando sé que un objeto es un asta de ciervo abandonada –explica la autora– conozco otro hecho distinto del hecho de que esta cosa esté sometido al derecho de caza”⁵⁰⁷.

Por consiguiente:

“Una vez que el legislador se ha decidido por una determinada descripción de los casos punibles entonces *ha determinado con ello el contenido de los conocimientos a los que tienen que referirse tanto el dolo como la imprudencia.* Quienes aplican e interpretan la ley penal deben respetar esta decisión”⁵⁰⁸.

Puppe admite, sin embargo, que la regulación contenida en los §§16 y 17 del Código penal alemán es generalmente interpretada de un modo distinto. Pero a su juicio el §17 no obligaría a tratar todos los supuestos de error sobre el deber jurídico como errores de prohibición. Argumenta que en el caso de las órdenes singulares nadie discute eso y además que, en el fondo, todo error de tipo fundamenta mediatamente un error sobre la antijuridicidad, sin que ello sea motivo para ver una contradicción entre los §§ 16 y 17⁵⁰⁹.

Apartándose, entonces, de la doctrina mayoritaria, sostiene esta autora que el § 17 no sería aplicable al error concerniente al efecto obligante de las normas que completan las leyes en blanco. Y añade, en apoyo de ese aserto, un argumento más, que tiene cierta importancia dentro del contexto general de su pensamiento en la materia, cual es que a su juicio la aplicación del régimen del error de tipo al error

⁵⁰⁵ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 117 y s. (destacado añadido).

⁵⁰⁶ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 102 y s.

⁵⁰⁷ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 103.

⁵⁰⁸ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 101, énfasis añadido.

⁵⁰⁹ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 118.

sobre esta clase de prohibiciones no iría en contra de la idea rectora de ese párrafo.

“Esta idea rectora –precisa– consiste en que el ciudadano no puede invocar el desconocimiento de las normas de comportamiento del Derecho Penal porque su conocimiento como normas de comportamiento forma parte del *acervo fundamental* de la *convicción jurídica* de la comunidad”⁵¹⁰.

Pero las normas a que remiten los tipos del Derecho penal del medio ambiente, del Derecho penal fiscal o del Derecho penal económico no pertenecerían a ese acervo fundamental, por lo que su desconocimiento no tendría por qué quedar sujeto a dicha regla. A juicio de esta autora:

“El reproche de indiferencia hacia el ordenamiento jurídico que cabe formular frente al autor de un delito contemplado en una ley penal en blanco, que omite informarse respecto de las normas que completan la norma penal en blanco, está más cerca del reproche por imprudencia que del reproche a título de dolo, que se realiza a quien infringe una norma elemental y general de comportamiento, cuyo conocimiento cabe esperar por su parte sin necesidad de efectuar indagaciones especiales. Si el legislador considera importante utilizar también para este injusto la vía penal, podrá conseguirlo fácilmente mediante una amenaza de pena por imprudencia”⁵¹¹.

La tesis de Puppe acerca de las prohibiciones contenidas en las leyes penales en blanco conduce entonces a una virtual unificación del régimen de error que sería aplicable a estos elementos y a los elementos normativos del tipo. Dado que el dolo tendría que abarcar tanto las relaciones jurídicas denotadas por estos últimos como las prohibiciones contenidas en los tipos en blanco, en el plano cognitivo solo quedaría en pie una única diferencia entre ambas clases de componentes, relacionada con sus presupuestos de concurrencia. En el caso de los elementos normativos, solo se necesitaría que el sujeto fuese consciente de la relación jurídica correspondiente (por ejemplo, de la ajenidad de la cosa en el hurto), pero no de sus fundamentos específicos (de dónde arranca el dominio ajeno), mientras que en el caso de los componentes en blanco el individuo tendría que conocer ambos aspectos, es decir, tendría que captar tanto la hipótesis concurrente (por ejemplo,

⁵¹⁰ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 118 y s. (sin cursivas en el original).

⁵¹¹ PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 119 y s.

que caza un faisán) como la obligación surgida de ella conforme a la norma de complemento (que su caza está prohibida)⁵¹².

Esto último expone a la tesis de Puppe a una objeción ya clásica en esta materia, basada en la regla de inversión. En efecto, dado que, según esta regla, la suposición errónea de la concurrencia de un elemento típico conduce a una tentativa inidónea punible, ocurre que si se admite, como hace Puppe, que la prohibición forma parte de los tipos en blanco, la creencia del autor de contrariar una prohibición inexistente conduciría a afirmar una tentativa inidónea, en circunstancias que lo correcto sería apreciar un delito putativo. Pero a este reparo Puppe responde rechazando la validez de la propia regla de inversión, argumentando que ella excedería los límites de la relación de lógica de contraposición, que le serviría de sustento⁵¹³.

Por último, Puppe manifiesta su aprobación a la categoría de los elementos de valoración global acuñada por Roxin, aunque le da un cariz algo distinto. Coincidiendo con el maestro muniqués, considera que esos serían elementos que harían referencia "al delito como un todo", abarcando incluso las causas de justificación⁵¹⁴. Pero a diferencia de aquel, sostiene además que los elementos de valoración global harían referencia a deberes *no escritos* que integrarían el *acervo común* de conocimientos de la colectividad jurídica⁵¹⁵. Por esta razón, piensa asimismo que a su respecto sería pertinente aplicar las reglas del §17 StGB, tal como si se tratase de los propios tipos penales, y apreciar un error de prohibición⁵¹⁶.

⁵¹² PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 120.

⁵¹³ "En realidad -dice- no existe tal conclusión lógicamente obligatoria... No existe un procedimiento lógicamente válido en virtud del cual pudiese derivarse de la fijación de una condición necesaria singular de la punibilidad (exigencia de dolo) la punibilidad en otro caso (tentativa), y ello es así porque la fijación de una condición necesaria para cualquier consecuencia no dice nada acerca de cuáles otras condiciones son, además, necesarias para esa consecuencia. De ello deriva que una conclusión invertida con validez lógica derivada de la fijación de una condición necesaria únicamente puede consistir en negar la consecuencia si falta esa condición. En lógica esto se denomina contraposición. La conclusión invertida de la teoría del error solamente es lógica en la medida en que consiste en la aplicación de la contraposición. De esta conclusión deriva la determinación positiva definitiva de la punibilidad" (PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 121). Con más detalle, en "El alcance lógico de la conclusión inversa", p. 33 y ss.

⁵¹⁴ PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 124.

⁵¹⁵ PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 124. Por ese motivo, la selección de elementos que ejemplificarían esta noción difiere entre ambos autores. Puppe considera como tales los que hacen referencia a deberes de garantía, de cuidado, de fidelidad y de tráfico.

⁵¹⁶ PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 125. Agrega: "Un fracaso en el conocimiento de estos deberes debe tratarse de la misma manera que el desconocimiento de los

De este modo, termina proponiendo para el error sobre esta clase de elementos una solución similar a la planteada por Roxin, aunque fundamentada de un modo distinto.

Examen crítico

La propuesta de Puppe ocupa un lugar muy destacado en el contexto de la doctrina alemana, por varias razones. De entrada porque, en lugar de recurrir a fórmulas más o menos abiertas para trazar el contenido del dolo, derechamente lo identifica con el conocimiento del sentido o intención del tipo⁵¹⁷. Enseguida, destaca también porque, en abierto contraste con la opinión mayoritaria, esta autora sostiene que las prohibiciones extrapenales a que remiten las leyes en blanco forman parte de los tipos respectivos⁵¹⁸. Y en tercer lugar, se distingue además porque, sobre la base de las afirmaciones precedentes, termina afirmando que en esta última clase de supuestos el dolo debe abarcar la conciencia del deber infringido⁵¹⁹.

Estas opiniones son en general minoritarias pero han tenido un eco favorable en autores como Díaz y García Conlledo⁵²⁰, y tienen por lo demás una estrecha afinidad con algunas de las ideas que aquí se han planteado, por ejemplo en lo relativo a la pertenencia típica de la antinormatividad de los elementos en blanco, y también con

tipos del Derecho penal escrito; por lo tanto, la opinión dominante aquí tiene razón cuando exige para el dolo típico únicamente el conocimiento de los presupuestos fácticos y jurídicos de la norma de comportamiento no escrita a la que se remite el elemento de valoración global del hecho”.

⁵¹⁷ “El contenido del dolo no es más y no es menos que el sentido (intención) de la descripción típica del hecho” (PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, p. 137).

⁵¹⁸ SCHWEGLER mantiene una tesis hasta cierto punto coincidente con la de Puppe a este respecto, si bien considera que la concurrencia del dolo quedaría supeditada a que el autor conozca lo que persigue el legislador con la regulación respectiva; cfr. FAKHOURI, *Delimitación*, p. 388 y ss. También admite que en ciertos casos el dolo debe extenderse a la prohibición mencionada en una ley en blanco LAUER, quien considera, sin embargo, que la necesidad de que el dolo se extienda a ella dependería del grado de precisión con que fuese hecha la referencia a normas extrapenales. Solo los conceptos en blanco “imprecisos” serían equiparables en su concepto a los elementos normativos y deberían ser abarcados por el dolo del agente; al respecto, FAKHOURI, *Delimitación*, p. 390 y s.

⁵¹⁹ Muy cercana a su pensamiento, aunque con puntos de contacto con la tesis de Roxin, se muestra MÜLLER-MAGDEBURG, quien también sostiene que la sustitución de los componentes en blanco altera el sentido de los tipos y que el agente necesita conocer las prohibiciones extrapenales a que remiten esa clase de leyes para actuar con dolo; cfr. FAKHOURI, *Delimitación*, p. 447 y ss.

⁵²⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo*, p. 347 y ss.

otras que se expondrán más abajo acerca del contenido del dolo. Ello no obstante, hay algunos aspectos de su postura que suscitan ciertas críticas⁵²¹.

En primer lugar, se echa en falta en sus explicaciones una fundamentación más acabada de la que probablemente sea su tesis principal, esto es, de que el dolo supone que el agente le atribuya a su hecho un sentido equivalente a la intensión del enunciado típico. Esta es una afirmación de gran importancia que, sin embargo, no aparece suficientemente justificada más allá de lo que pueda desprenderse de la regulación del dolo y el error en Alemania. Es cierto, por otra parte, que esta autora presta especial atención al análisis lingüístico de los enunciados típicos, pero la verdad es que la idea que se puede extraer de su reflexión a ese respecto -que el conocimiento de las circunstancias del hecho comprende el de su sentido⁵²²-

⁵²¹ En la doctrina, las críticas a la tesis de Puppe se concentran en que su rechazo a la tesis de la sustitución la haría presa de "formalismo", toda vez que la cuestión del alcance del dolo dependería de meras casualidades lingüísticas, y en las dificultades que surgen al llevar a la práctica de desnormativización del significado de los términos típicos a través de la formulación de oraciones L-equivalentes. Puede consultarse un resumen de estos planteamientos en FAKHOURI, *Delimitación*, p. 330 y s. En lo tocante a su concepción de las normas penales en blanco *vid supra* cap. II, sec 1ª, A, 2.2.

⁵²² En su análisis de los tipos, Puppe destaca que la relación de sus términos con los hechos que estos denotan no se agotaría en la relación sentido-referencia, debido a que estos no operarían como términos de clase sino como variables dentro de una función. Dice: "si el tipo no sólo hace referencia a un hecho que lo cumplimenta, como hace un concepto de clase en relación con los individuos que lo cumplimentan, sino que representa él mismo aquel hecho, ¿cómo es posible entonces que el tipo haga referencia simultáneamente a varios hechos que lo cumplen? Esto es posible porque los tipos, como descripción de los hechos que los cumplimentan, tienen como característica ser incompletos... Un tipo no es una oración completa, sino lo que se denomina una función de oración, que representa una relación entre individuos y que puede ser realizada varias veces al no determinar los individuos... Un hecho que "pertenece al tipo legal" en el sentido del §16 es el contenido de una oración que se obtiene al sustituir por constante las variables de individuos existente en el tipo". De ello extrae la consecuencia de que "los hechos no constituyen la extensión del tipo, sino la intensión completada del mismo. Expresado en lenguaje común: su sentido". Pero del hecho de que el tipo tenga efectivamente la estructura de una función y que los términos que lo componen constituyan variables que han de ser reemplazadas por constantes individuales no se sigue nada especial. Las constantes son solo la referencia de las variables, y la única diferencia entre una variable y un término de clase es que la referencia de la primera es indeterminada. Por ello, si bien es cierto que un enunciado como "quien dolosamente mate a una persona" no describe un hecho (puesto que describe eventualmente cualquiera que lo cumplimente, en caso de existir), no está en lo correcto Puppe cuando afirma que ese enunciado carece de sentido. Que no exista aun el hecho que lo cumplimentaría y ni siquiera se sepa si acaso existirá no implica que el enunciado que se refiere a él carezca de sentido. Mientras no exista el suceso el enunciado carece de referencia, pero no de sentido. También "el goleador del mundial de Rusia" tiene sentido, aunque su referencia no exista aun. Precisamente una de las virtudes

presupone ya que esas circunstancias sean “ni más ni menos” que el objeto cognitivo del dolo y no brinda una comprensión más profunda de esta importante premisa.

Pero al margen de ello, sin duda la principal objeción que cabe plantearle es que no es consecuente con su tesis sobre el contenido del dolo. Esa falta de consistencia se manifiesta a propósito de los elementos de valoración global, en relación con los cuales Puppe se muestra partidaria de aplicar las reglas del error de prohibición, a pesar de que respecto de los elementos en blanco considera pertinente recurrir a las del error de tipo y de que lo lógico habría sido plantear una misma solución para el error atingente a toda prohibición integrante de una figura delictiva, sin distinciones de ninguna clase.

Como vimos, Puppe ofrece ciertas explicaciones acerca de su modo de proceder en esta materia, pero ninguna de ellas ataca el punto señalado. Ella pone de relieve que los deberes a que reenviarían los elementos de valoración global serían deberes pertenecientes al acervo jurídico básico de la sociedad y que a su respecto sería apropiada la regulación del §17. Pero el problema es que, aun concediendo que eso sea verdad, en nada afecta a la pertenencia de esas prohibiciones al contenido del tipo, pues en nada modifica el hecho de que la caracterización típica de las conductas descritas mediante esa clase de elementos se apoya precisamente en su oposición a deber, y que lo que correspondería en razón de sus premisas sería apreciar un error de tipo y no un error de prohibición⁵²³.

Quizás podría pensarse que el carácter global de los elementos mencionados permitiría excluirlos del tipo, pero esta alternativa debe rechazarse no solo por las razones que tuvimos ocasión de examinar en su momento, sino porque la misma

de la lógica de Frege (a quien Puppe cita) es que permite dar cuenta de la composicionalidad del lenguaje, es decir, de que con sus términos sea posible construir enunciados con sentido más allá de la referencia concreta a un hecho determinado (algo para lo cual las tesis de la referencia directa en cambio encuentran más dificultades). No es correcto, por tanto, que la muerte de A a manos de B *complete el sentido* del enunciado que describe el homicidio, como tampoco que esa sea la razón para sostener que el individuo deba actuar con conocimiento del sentido del hecho para obrar con dolo.

⁵²³ Más aun, si, como Puppe indica, las decisiones del legislador sobre el contenido del dolo deben ser respetadas por quienes aplican el derecho, quiere decir que cualquier consideración relativa a la importancia del deber infringido y la medida de la reprochabilidad de su ignorancia solo puede ser tomada en cuenta para evaluar la conveniencia de establecer una figura imprudente, es decir, para construir argumentos de *lege ferenda* sobre la punibilidad de esa hipótesis, pero no para sostener que la ignorancia de ese aspecto del sentido típico del hecho sea irrelevante para el dolo.

Puppe reconoce que esos elementos también pertenecen al enunciado típico⁵²⁴. Por lo tanto, hecho de que el dolo no abarcaría en este caso el sentido del tipo en su integridad no puede ser soslayado.

De esto se sigue que la premisa sobre el contenido del dolo de la que Puppe dice partir tendría en realidad un alcance más limitado de lo que sugiere su formulación, pues solo valdría para una parte de las prohibiciones integradas a los tipos penales, pero no para todas.

En términos prácticos esto acerca su postura a otras propuestas de inspiración políticocriminal y permite caracterizar el modelo que propone, desde el punto de vista de sus resultados, como un modelo de error basado en la teoría de la culpabilidad y morigerado por una aplicación sectorial de la teoría del dolo.

En términos teóricos, sin embargo, las repercusiones de ese hecho son mucho más significativas. Pues lo dicho conduce a afirmar que, en rigor, el verdadero eje de sus decisiones en esta materia no es el contenido del dolo -o si se quiere, el sentido del tipo como objeto del conocimiento constitutivo de dolo-, sino la *ratio* de los §§16 y 17 StGB, que es el único criterio que recibe una aplicación irrestricta en su modelo. Esto último es especialmente visible cuando la propia Puppe admite que el carácter integral de ciertas prohibiciones que cita como ejemplos de una valoración global es dudoso, porque en lugar de dar pie atrás para tratarlas como cualquier otro elemento en blanco, como habría tenido que hacer si hubiese sido consecuente con su punto de partida, insiste en someterlas a la reglas del error de prohibición invocando la idea rectora del §17. Ello revela que no es tampoco el carácter supuestamente global de la prohibición recaída sobre el hecho lo que a fin de cuentas decide su clasificación y el régimen de error pertinente, sino la *clase* de norma que pueda estar en juego⁵²⁵.

En este punto se hace sentir la ausencia de una fundamentación más detenida de la relación entre dolo y tipo que no supedite esa relación a lo dispuesto en el §17, y un análisis más detallado de la morfología del tipo. En lugar de ello, lo que Puppe lleva

⁵²⁴ En su terminología, también en el caso de esta clase de remisión se generaría una norma de comportamiento tautológica (PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 123).

⁵²⁵ Si esto es así, quiere decir que el modelo de Puppe ofrece pocas orientaciones para resolver los casos que puedan presentarse en la práctica. Pensemos, por ejemplo, en la figura contenida en el artículo 226 CPE, que remite al deber de brindar manutención a ciertas personas. ¿Es esta una ley penal en blanco un tipo que contiene un elemento de valoración global? Desde un punto de vista morfológico tendríamos que decir que se trata de una ley en blanco, pero por otro lado un deber como ese perfectamente podría considerarse fundamental.

a cabo es un intento poco auspicioso⁵²⁶ por conciliar una concepción del dolo de base semántica con una interpretación teleológica del §17, en cuyo desarrollo renuncia a la primera allí donde entra en fricción con la segunda⁵²⁷.

Los términos de esa renuncia ofrecen motivo suficiente, además, para pensar que para Puppe el criterio fundamental de determinación del contenido del dolo no es el sentido del tipo sino la *función de llamada* que tradicionalmente se le asigna. Por lo pronto, esa es la función que ella misma le atribuye⁵²⁸, pero además las soluciones que ofrece desarrollan mucho más coherentemente esa idea que ninguna otra. Es esa función la que explica que en el caso del quebrantamiento de normas periféricas o inesenciales según Puppe sea preciso que el agente obre con conocimiento de la prohibición correspondiente, y que en el caso de las prohibiciones contenidas en normas fundamentales de la sociedad ello no sea necesario. Es decir, explica tanto la inclusión como la exclusión de ciertas prohibiciones de la esfera de conocimiento del dolo, bajo el predicamento de que en el primer caso el solo conocimiento de los hechos no lograría poner al sujeto en condiciones de captar la prohibición de su conducta, mientras que en el segundo sería esperable, en cambio, que la sola representación de una hipótesis de quebrantamiento de una norma fundamental llevara al individuo a comprender su deber de abstenerse⁵²⁹. Volveremos sobre la función de llamada más adelante.

⁵²⁶ Pues en realidad es muy improbable que entre una determinación del dolo fundada en el contenido del tipo y otra fundada en la clase de norma reenviada no surjan incongruencias.

⁵²⁷ Al respecto, cabría pensar que esos ajustes pueden ser atribuidos a la necesidad que tiene de todo jurista de distinguir entre sus propias ideas y las disposiciones del legislador, entre una determinada construcción teórica que estima correcta y el régimen efectivamente en vigor en su país sobre esa misma materia. Pero ese no es aquí el caso, ya que la tesis que Puppe plantea no la pone en esa situación. Porque si acaso es cierto que el contenido del tipo determina el contenido del dolo, entonces toda figura que remite explícitamente a deberes *contiene una decisión específica del legislador* sobre el dolo del correspondiente delito, que es independiente de lo establecido en el § 17 y que hace, por tanto, que cualquier consideración acerca de la *ratio* de este precepto y la clase de norma ignoradas pase a un segundo plano.

⁵²⁸ PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 105.

⁵²⁹ A raíz de ello, Puppe se resiste a extraer la conclusión que se sigue de su tesis sobre el objeto del dolo porque ella preferiría que la ignorancia vencible de normas fundamentales no descargara tan fácilmente de responsabilidad al autor. Esto es sin duda razonable en términos generales, pero no es suficiente y tampoco es lo esencial. La solución necesariamente debe ir de la mano con el diseño de cada figura. Plantear que el error sobre la oposición a reglas fundamentales no excluye el dolo equivale en el fondo a plantear que lo que forma parte del sentido del tipo no es la oposición a dichas reglas sino las hipótesis en que dicha oposición se verifica. Por tanto, la solución que Puppe ofrece para los

4. El dolo como presupuesto de la capacidad de acción: la tesis de Kindhäuser

Las ideas de Kindhäuser acerca del contenido del dolo y el método para determinarlo se ubican prácticamente en las antípodas de las que hemos examinado. Como hemos podido comprobar, los tres autores ya reseñados entienden que el dolo entraña una comprensión de sentido de la conducta sancionada, aun cuando discrepan en la manera de llevar esto a la práctica. Kindhäuser, en cambio, rechaza rotundamente esa afirmación y sobre todo se opone a la idea de identificar el dolo con el conocimiento del hecho en el sentido del tipo.

Sin ir más lejos, Kindhäuser comienza su exposición sobre este tema con una pregunta destinada a contraponer las dos posiciones señaladas. Se pregunta: "¿son objeto del dolo las condiciones suficientes de la realización del tipo o requiere la responsabilidad dolosa un actuar con una representación conceptual que sea al menos equivalente al sentido del tipo?"⁵³⁰ Entre ambas alternativas, Kindhäuser se

elementos de valoración global puede reformularse entendiendo que lo que ella plantea es que las remisiones a deberes fundamentales de la sociedad deben entenderse hechas al antecedente de las mismas y no a su consecuente. Frente a esto cabe indicar, sin embargo, que puede haber casos en que la alusión de un tipo a la contravención de una pauta fundamental de conducta no entrañe la pretensión de excluir la aplicación retroactiva de un cambio favorable posterior, sino que sea hecha dinámicamente a su antecedente, esto es, al conjunto de supuestos que fundan el deber o la prohibición de que se trate y que desde luego pueden experimentar cambios a lo largo del tiempo. Pero también puede darse el caso de que la remisión a una norma ampliamente conocida sea hecha a su consecuente, es decir a los supuestos que en el momento del hecho sean alcanzados por la prohibición o el deber respectivo, como ocurre, a mi juicio, en el caso del delito de omisión del mantenimiento familiar. Lo decisivo, entonces, no es la norma considerada en sí misma sino la clase de remisión que se efectúa a ella, pues eso es lo que determina el sentido de la descripción típica. Si esta distinción se incorpora al análisis es posible definir el dolo como conocimiento del hecho en el sentido del tipo y a la vez mantener que ciertas prohibiciones típicamente relevantes no deben ser cubiertas por el dolo, sin entrar en contradicciones. La misma clase de consideraciones son aplicables a la teoría de los elementos de valoración global. Como vimos en su momento, la opinión de Roxin acerca de que en ciertos casos el dolo tendría que abarcar la prohibición extrapenal aludida en un tipo es perfectamente compatible, pero no así la explicación que da de este fenómeno. Todo cobra más sentido si se entiende que la distinción entre elementos de valoración global divisibles e indivisibles es un reflejo de las diversas clases de remisiones que un tipo puede hacer a las prohibiciones extrapenales.

⁵³⁰ KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 141. Según KINDHÄUSER esta contraposición se corresponde a su vez con dos posibilidades interpretativas que ofrece el § 16 StGB, de acuerdo con los términos que emplea los dos párrafos que lo componen. El

decanta resueltamente por la primera: el individuo solo necesita conocer la referencia, no el sentido del tipo⁵³¹.

En apoyo de ese punto de vista destaca la necesidad de distinguir con claridad dos clases de errores que pueden presentarse en la afirmación de un enunciado cualquiera. Un sujeto puede errar ya en cuanto al significado de los términos que componen el enunciado en cuestión⁵³² –error sobre el *sentido*–, caso en el cual de su error solo se le podrá sacar explicándole el uso correcto de dichos términos, o bien puede errar en la captación de los hechos a los que ese enunciado se aplica⁵³³ –error sobre la *referencia* o sobre la verdad del enunciado–, caso en el cual su error se corrige “con el juicio empírico de que las cosas no tienen las propiedades que el autor les ha atribuido”⁵³⁴.

Hecha esa diferenciación⁵³⁵, sostiene Kindhäuser que la pregunta acerca de qué clase de conocimiento supone el dolo no se puede responder recurriendo únicamente a la distinción entre error de hecho y error de derecho, puesto que como la identificación de la referencia de un enunciado también se realiza mediante conceptos no es posible aseverar sin más que el error del autor sea conceptual o empírico⁵³⁶. Para dirimir si un error atañe al sentido o a la referencia del tipo se

primero de ellos señala que actúa sin dolo quien al cometer el hecho no conoce una circunstancia que *pertenece* al tipo penal, mientras que el segundo se refiere a quien ejecuta el hecho suponiendo la concurrencia de circunstancias que *realizarían* el tipo de una ley más leve. La idea de pertenencia pondría en el centro de la consideración el lenguaje del tipo y su significado, mientras que la de realización aludiría a las circunstancias a las que el enunciado típico puede ser aplicado. Ejemplificando con la difusión de escritos pornográficos, KINDHÄUSER plantea que de acuerdo con la primera variante la afirmación del dolo depende de que el autor atribuya al escrito en cuestión un carácter pornográfico, mientras que en conformidad a la segunda solo se requiere que el individuo conozca el contenido del escrito, “un contenido que realizaría objetivamente los presupuestos de un escrito pornográfico” (op. cit., p. 143).

⁵³¹ KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 142 y ss.

⁵³² El individuo ignora, por ejemplo, que en derecho el término “cosa” en el delito de daños comprende también a los animales (KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 146).

⁵³³ Por ejemplo, si confunde a una persona con un espantapájaros (KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 146).

⁵³⁴ KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 147.

⁵³⁵ Que se encuentra ya en Haft, cfr. KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 148.

⁵³⁶ Así, “quien afirma haber falsificado un documento al haber manipulado un papel borrador puede errar o acerca del sentido o acerca de la verdad de la predicación de la palabra ‘documento’, puede, por ejemplo, considerar como documento a cualquier portador de un significado –entonces

requiere de un *criterio adicional*, que a su juicio ha de extraerse de la teoría de la imputación⁵³⁷.

En esa línea, plantea que si se concibe el hecho punible como la contradicción de una norma –es decir, como un acto a través del cual el agente expresa que la norma no es un criterio vinculante para sus decisiones de acción–, entonces la atribución de responsabilidad por ese hecho debe descansar sobre dos constataciones: que el autor ha estado en condiciones de *comprender* la orden emanada de la norma y que ha estado también en condiciones de *acatarla*.

Estas dos capacidades se encuentran vinculadas funcionalmente pero se examinan en niveles de imputación distintos en el sistema de Kindhäuser⁵³⁸. Primero se indaga si el autor ha estado en condiciones físicas y mentales de evitar la realización del tipo, supuesto que haya tenido la motivación para hacerlo. Si la respuesta es afirmativa, el hecho se le imputa a título de *infracción de deber*, y a continuación se pregunta por la posible concurrencia de razones que pudieran disculpar su falta de motivación de evitar la conducta prohibida, en ausencia de las cuales el hecho ilícito se le imputa a título de *culpabilidad*⁵³⁹.

De acuerdo con este modelo, entonces, la cuestión crucial para el problema del error consistiría en precisar qué conocimientos condicionarían las capacidades de acción y de motivación, respectivamente⁵⁴⁰. Para dilucidar este punto Kindhäuser introduce la siguiente reflexión: dado que para definir los conocimientos que se requieren para seguir una norma es necesario saber de antemano qué es lo que ella dispone, la capacidad de acción debe determinarse dando por supuesto el conocimiento de la norma y la disposición del individuo a observar sus mandatos⁵⁴¹.

error conceptual sobre el sentido- o puede considerar a un papel borrador como un recibo –entonces error empírico sobre la verdad-” (KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 148).

⁵³⁷ KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 150 y ss.

⁵³⁸ KINDHÄUSER, “Acerca del concepto jurídico penal de acción”, p. 28 y ss.; “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, p. 8 y ss. Sobre las raíces históricas y filosóficas de este sistema, cfr. HRUSCHKA, “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, p. 73 y ss., SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*.

⁵³⁹ KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 151 y s.

⁵⁴⁰ KINDHÄUSER, “¿Indiferencia como dolo?”, p. 41 y ss.

⁵⁴¹ Citando a Jakobs (AT, 1983, p. 118), señala que la evitabilidad “se determina con la ayuda de que el autor, si hubiese tenido el motivo dominante de evitar una determinada acción, habría evitado realmente esa acción” (KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 153).

“No es posible en absoluto –dice– preguntarse si el autor habría podido evitar la realización del tipo si no se da por supuesto al mismo tiempo que tiene el motivo para ello”⁵⁴²,

Lo cual significa, en su concepto:

“un motivo en la interpretación correcta del contenido de la norma”⁵⁴³.

Siguiendo estas pautas, el conocimiento propio del dolo es visualizado en este modelo como el conocimiento que requeriría un individuo consciente de la norma y de sus alcances para ser capaz de identificar el supuesto normado⁵⁴⁴, o dicho de otro modo, como “el conocimiento de los hechos suficiente para la formación del motivo de evitar”⁵⁴⁵ por parte de quien comprende adecuadamente la norma (el sentido del tipo).

A juicio de Kindhäuser, la adopción de este punto de vista permitiría discernir con claridad entre un error de prohibición y un error de tipo, entendiendo por el primero una equivocación concerniente al lenguaje del tipo, y por el segundo una equivocación relativa a los hechos que lo hacen verdad en un caso concreto. En el conocido caso del posavasos de cerveza, por ejemplo, sería fácil apreciar que el autor incurre en un error sobre la norma, pues si el sentido del término “documento” le hubiese sido familiar el autor habría debido abstenerse de eliminar las marcas trazadas en él⁵⁴⁶. Del mismo modo, si un sujeto distribuye escritos pornográficos conociendo su contenido pero sin atribuirles esa calificación, obra de todas formas con dolo, puesto que de haber conocido el alcance de la norma que emana del tipo habría encontrado en ella un motivo suficiente para evitar su conducta⁵⁴⁷. Y a la inversa, si el autor le atribuye a un hecho propiedades inexistentes pero que, de concurrir efectivamente, permitirían considerarlo un caso alcanzado por la norma, procede estimar una tentativa; si el hecho que se representa, en cambio, no es de

⁵⁴² KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 154.

⁵⁴³ KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 154.

⁵⁴⁴ KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, p. 10.

⁵⁴⁵ KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 152. De acuerdo con esto, el disparo contra el granjero de quien cree que es un espantapájaros no es doloso, mientras que la manipulación de un papel borrador en la creencia de que se trata de una factura es una falsificación de documento tentada porque esa apreciación de los hechos habría debido conducir al autor a omitir esa conducta (*ibídem*).

⁵⁴⁶ KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 155 y s.

⁵⁴⁷ KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 156.

aquellos que aun en caso de existir realizarían el tipo, solo cabría apreciar un delito putativo⁵⁴⁸.

Tratándose de las leyes penales en blanco, Kindhäuser hace ver que la aplicación de este criterio no es tan simple, debido a que intervienen dos enunciados y se requiere precisar el contenido de la norma cuyo conocimiento por parte del agente ha de darse por supuesto para la determinación de su capacidad de acción. En su concepto, como en esta clase de tipos el legislador no ha conseguido generar una norma concluyente y es preciso complementarlos con las normas reenviadas, en la verificación de las condiciones necesarias para afirmar el dolo habría que suponer la correcta comprensión tanto de la norma penal como de las especificaciones contenidas en las normas de complemento. Así, por ejemplo, el conocimiento necesario para el dolo del delito del § 2, párrafo 1, de la *BJagdG* se determinaría preguntándose qué necesita saber un individuo para formar la decisión de evitar la conducta, supuesto que conozca tanto la prohibición como el conjunto de especies alcanzadas por ella.

En contraposición a lo señalado por Puppe, Kindhäuser niega, entonces, que el dolo requiera una representación del derecho conculcado, tal como lo niegan en general los autores partidarios de la tesis de la sustitución. En su concepto, todo se soluciona con mucha mayor facilidad si "para la imputación a título de dolo [se admite] que al autor le es conocido lo que hay que entender bajo el concepto de derecho de caza ajeno y qué cosas (conceptualmente) están sometidas al derecho de caza"⁵⁴⁹. Si cree dar muerte a un animal que de acuerdo con la normativa complementaria efectivamente está sometido a una restricción de caza en el momento del hecho, comete una tentativa. Si su error consiste en dar a un animal por afecto a esa prohibición cuando en realidad no lo está, habrá sólo un delito putativo. Y si mata a un animal sustraído de la caza ignorando ese dato, incurrirá en un error de prohibición⁵⁵⁰.

Examen crítico

Como sucede con cualquier construcción dogmática, las ideas de Kindhäuser sobre el contenido del dolo están estrechamente vinculadas a su defensa de una

⁵⁴⁸ KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 157 y s.

⁵⁴⁹ KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 160.

⁵⁵⁰ KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 160.

determinada tesis sobre la imputación penal en general, que en su caso se aparta en puntos importantes de la construcción tradicional del delito. Pero evidentemente no es este el lugar para discutir las ventajas o inconvenientes del modelo de dos niveles y dos clases de imputación que este autor considera preferible⁵⁵¹, de modo que los comentarios que siguen solo harán referencia a su propuesta de delimitación del conocimiento relevante para el dolo.

La primera observación que cabe formular concierne al método que utiliza Kindhäuser para delimitar el contenido del dolo. Pues, incluso sin cuestionar su enfoque general sobre el hecho punible, no es en absoluto evidente que del hecho trivial de que para cumplir una norma es necesario conocerla se siga la necesidad de sustraer del dolo la representación de sentido del hecho. Comprender los alcances de una norma es efectivamente una condición necesaria para poder identificar sus casos de aplicación⁵⁵², pero no es verdad que eso deba llevar a concluir que el conocimiento constitutivo del dolo ha de ser puramente fáctico (o empírico, como lo adjetiva también Kindhäuser). Es cierto que un individuo puede ser responsable penalmente aun si no llega a comprender su hecho en la forma significada por el tipo -dado que pesa sobre él la carga de proveerse de los conocimientos necesarios para la observancia de los deberes que le impone la ley-, pero ello de ninguna manera descarta la posibilidad de que el dolo pueda consistir precisamente en una representación del hecho equivalente al sentido del tipo.

Al argumentar de la manera como lo hace, Kindhäuser parece estar pensando en que si un determinado contenido representacional (el conocimiento del sentido del tipo) forma parte de la conciencia de la ilicitud, sería equivocado exigirlo para el dolo. Pero el presupuesto en que esto se basa, esto es, que la conciencia de la ilicitud envuelve el sentido del hecho, es erróneo. Lo que la norma aporta al individuo es la información de que cierta categoría de conductas se encuentran prohibidas, no la información sobre la existencia de esa clase de conductas. Es decir, lo único que ella posibilita es el reconocimiento de que el acto se encuentra sujeto a prohibición, pero el reconocimiento del acto mismo no es un fruto del seguimiento de la norma sino un presupuesto de aquel, por lo que no hay motivo para que la atribución de caracteres de sentido al hecho tenga que ser desplazada a la culpabilidad bajo el predicamento de que el conocimiento perfecto del

⁵⁵¹ Sin perjuicio de que más adelante será preciso referirse a algunos aspectos de ese modelo; *vid infra* sec. 2^a.B.3.1.1.2.

⁵⁵² KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", pp. 152-154.

enunciado típico debe darse por supuesto para que el individuo pueda comprender el acto en esa dimensión⁵⁵³.

Por otra parte, la definición del dolo como el conocimiento de los hechos que es suficiente para generar un motivo de evitación de la conducta presenta el problema de que es a todas luces demasiado amplia, ya que puede ser igualmente aplicada a la imprudencia consciente. Todo aquel que se representa un riesgo desaprobado de verificación del resultado típico tiene por ese solo hecho un conocimiento que a la luz de la norma debería bastarle para decidirse a evitar la conducta, pues por definición todo supuesto de hecho típicamente relevante constituye una hipótesis de deber y un motivo suficiente en tal sentido. Si el derecho conoce también casos de penalización de la imprudencia -y por lo tanto, de una representación no constitutiva de dolo capaz de fundar un juicio de culpabilidad- es claro que el dolo no puede ser identificado con el conocimiento capaz de motivar una decisión normativamente orientada⁵⁵⁴.

De hecho, la idea de dar por supuesta la disposición al seguimiento normativo para determinar el alcance del dolo es una idea que Kindhäuser toma de Jakobs⁵⁵⁵, pero que este autor utiliza para determinar la evitabilidad de una conducta, que en el sistema de este último es la base de un concepto de acción jurídico penal que sería válido tanto para la atribución de responsabilidad a título de dolo como de culpa⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Si el argumento de Kindhäuser resulta a primera vista persuasivo es porque se funda en la extrapolación de algo que nos resulta muy familiar, pues efectivamente los jueces y en general los juristas partimos de una hipótesis contenida en un tipo delictivo para identificar hechos concretos que podrían realizarla. Pero ese no es el caso de un destinatario corriente de las normas, ni es el curso de las operaciones mentales que se espera que realice para prestarles obediencia. De él se espera que comprenda las implicaciones y el significado de las acciones que realiza y que eso lo conduzca a advertir su prohibición. De hecho -y aunque sea obvio decirlo-, un individuo puede tener perfecta conciencia del significado de las acciones que ejecuta sin siquiera tener noticia de que una norma se refiere a ellas. ¿Por qué, entonces, no podría ser el caso que el supuesto normado, identificado conceptualmente por el juez, tuviese que ser reconocido por el agente de la misma manera? Nada se opone a que el dolo consista precisamente en eso.

⁵⁵⁴ *Vid infra* sec. 2ª, B, 3.1.1.2.

⁵⁵⁵ KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 153.

⁵⁵⁶ JAKOBS recurre a esa idea para elaborar un concepto *general* de acción relevante para un injusto penal, y no solo las condiciones específicas de atribución de un injusto doloso. En este sentido, que la representación de un hecho que debería ser motivo de evitación puede dar paso ya sea a una imputación dolosa o bien a una culposa, lo deja suficientemente claro el siguiente pasaje: "La evitabilidad se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si hubiese tenido el motivo dominante de evitar una determinada acción, la habría evitado. Así pues, el motivo se da por supuesto

Es verdad que Kindhäuser utiliza también otras fórmulas más restrictivas para referirse al dolo. Así ocurre cuando caracteriza a este elemento como el conocimiento de un resultado “esperable con una probabilidad *relevante para el dolo*”⁵⁵⁷. Pero si bien esa y otras fórmulas similares dejan espacio para una representación no dolosa del hecho que sin embargo sea suficiente para fundar un juicio de culpabilidad, su propia existencia revela que no es correcto definir el dolo como el conocimiento bastante para formar la decisión de evitar.

Por último, en lo que concierne a la delimitación de los casos de error de tipo y de prohibición la posición de Kindhäuser presenta no pocas dificultades. Asumiendo que el método apropiado para distinguir entre ambas clases de error consista, como él sostiene, en dar por supuesta una correcta comprensión de la norma, se plantea inmediatamente la pregunta acerca de cómo habría que proceder en los casos en que para aplicar un tipo penal es preciso recurrir a la intermediación de otros conceptos jurídicos. En ese caso lo que se necesita aclarar es qué es exactamente lo que habría que dar por supuesto: ¿solo el tipo penal o también el contenido de las normas complementarias?; y en este último caso, ¿con o sin sustitución de los términos que reenvían a prohibiciones extrapenales? La respuesta de Kindhäuser es que debe darse por supuesta una “correcta comprensión de los *conceptos típicos*”⁵⁵⁸, es decir, que la comprensión del sentido de términos como “documento” o cualquier otro que se encuentre jurídicamente definido debe quedar excluida del

meramente; cómo se desenvuelve, no interesa en el ámbito del injusto. Ejemplo: Si alguien arroja tejas desde el tejado a un camino, puede evitar la acción «arrojar tejas a un camino», y ello, cuando las está arrojando conscientemente, con sólo omitir continuar haciéndolo; si él no es consciente en realidad de que por donde está arrojando tejas pasa un camino, o las arroja sin participación de la consciencia actual, en un automatismo, aun así puede evitar la acción si, supuesta una motivación dominante (no arrojar teja alguna a un camino), reconocería las características propias de la acción que está realizando y entonces la omitiría” (JAKOBS, *Derecho penal*, PG, p. 174, nm. 27). Y más adelante, cuando agrega: “La causación del resultado individualmente evitable es el supraconcepto que engloba el actuar doloso e (individualmente) imprudente. El conocimiento de la ejecución de la acción y en su caso de sus consecuencias (en el dolo), o la cognoscibilidad individual (en la imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción y, por tanto, al injusto. En el ámbito del dolo, pues, no existe en definitiva diferencia alguna con el concepto final de acción; sólo que el punto de vista se ha desplazado desde la finalidad en relación con el resultado a las condiciones de la evitabilidad del resultado. Este cambio del punto de vista proporciona un concepto de acción que incluye genuinamente acciones imprudentes, también como reacciones imprudentes automatizadas, y ello a través de las respectivas condiciones de la evitabilidad” (op. cit., p. 174-175).

⁵⁵⁷ KINDHÄUSER, “Crítica a la teoría de la imputación objetiva”, p. 10; “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, p. 24.

⁵⁵⁸ KINDHÄUSER, “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 149.

dolo⁵⁵⁹. Como se podrá advertir, la aplicación consecuente de este criterio conduce a un dolo de contenido semántico mínimo o sencillamente nulo, lo que calza, por lo demás, con el hecho de que este autor califique el conocimiento doloso como un conocimiento empírico⁵⁶⁰. Sin embargo, una concepción del dolo de estas características va mucho más lejos que la clásica distinción entre error de hecho y error de Derecho⁵⁶¹, y es en último término insostenible.

Es preciso agregar, en todo caso, que la posición actual de Kindhäuser no es exactamente esa, ya que en escritos posteriores ha señalado que el dolo debe abarcar el conocimiento de los hechos institucionales⁵⁶². Esta ampliación del objeto del dolo, de uno meramente empírico a un mundo integrado también por funciones y estatus socialmente atribuidos, introduce un giro importante en de su postura porque le restituye al dolo buena parte de la comprensión de sentido social y jurídico que la regla de contrafacticidad le restaba. Pero al mismo tiempo, deja en evidencia que no es esta regla la que verdaderamente rige el contenido del dolo⁵⁶³. Más aun, en la medida en que se entienda que este elemento debe abarcar el conocimiento de todos los hechos institucionales integrantes de un tipo delictivo, en la práctica lo único que quedará fuera de su alcance serán las prohibiciones extrapenales.

⁵⁵⁹ KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 154 y ss.

⁵⁶⁰ KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", pp. 147, 148, 149, 151.

⁵⁶¹ Quizás en parte por ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sitúa la tesis de Kindhäuser, aunque no sin ciertas dudas, entre las que distinguen entre error de hecho y error de derecho (*El error sobre elementos normativos del tipo penal*, p. 327 ss.).

⁵⁶² En el *Praxiskommentar (Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 2ª ed. Nomos, Baden Baden, 2005, §16 nm. 6, 10 y 14) y en su *Manual de Derecho Penal (Strafrecht, AT*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 20 y ss, 203 y ss.) KINDHÄUSER adopta de hecho una posición idéntica a la de Puppe en torno a los elementos normativos del tipo, al señalar que el dolo supone el conocimiento de las relaciones jurídicas denotadas por esos elementos, pero no el de las reglas y presupuestos fácticos que les sirvan de sustento. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo*, p. 230, nota 43.

⁵⁶³ Pues si se da ese paso ya no tiene sentido mantener que el conocimiento del hecho en el sentido del tipo sea un componente de la culpabilidad y no del dolo, que es la tesis que defiende KINDHÄUSER al señalar que "el conocimiento del tipo es conocimiento del sentido de la norma; y un error sobre el sentido del tipo es un error de mandato o de prohibición" (KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 151). Una afirmación como esa solo es válida para los supuestos de error de subsunción, pero no para trazar una distribución de los errores relevantes entre el injusto y la culpabilidad.

En esta materia, y a diferencia de lo que ocurre con otras propuestas, cabe destacar que el planteamiento de Kindhäuser conduce a un rechazo absoluto a la idea de que el dolo pudiera extenderse, siquiera excepcionalmente, al conocimiento de los elementos de antinormatividad. La razón es que definir el dolo como un conocimiento capacitante para el seguimiento de la norma de conducta cierra por completo esa posibilidad, por dos razones. Primero, porque si el dolo debe poner al agente en condiciones de comprender la prohibición es obvio que aquel no puede suponer ya el conocimiento de esta. Y segundo porque, dado que una norma de comportamiento no puede estar integrada por elementos de antinormatividad, ocurre que ya el hecho de escoger a esta norma como referente del contenido del dolo excluye toda posibilidad de que este pudiera extenderse a la prohibición extrapenal de la conducta. Por consiguiente, si en algún caso se admitiera que el dolo debe abarcar el conocimiento de ese aspecto de la conducta, eso mismo comportaría el reconocimiento de que el dolo no puede ser concebido como una mera capacidad de acción.

5. Balance y convergencias

En la sección anterior hemos pasado revista a cuatro de las propuestas más destacadas en la doctrina en materia de error que, pese a estar basadas en una aceptación general de la teoría de la culpabilidad, plantean la necesidad de aplicar excepcionalmente la teoría del dolo, al menos en relación con algunos elementos de antinormatividad. También hemos examinado con cierto detenimiento las razones que citan a favor de esa solución y la manera como intentan distinguir los supuestos de antinormatividad que habrían de quedar sujetos a uno u otro régimen. Ahora puede ser conveniente volver a contemplarlas pero con una mirada de conjunto, con el fin de poner de relieve ciertas líneas más generales de argumentación que de una u otra manera comparten como también aquello que las distingue.

Desde luego, todos los autores examinados están de acuerdo en que las soluciones en materia de error deben ser derivadas de la *función* que se asigna al dolo, y coinciden además en que la función de este elemento consiste en *hacer posible la conciencia de la prohibición*. El centro de sus disputas es más bien la manera como

el dolo contribuiría específicamente a la formación de esa conciencia. Roxin⁵⁶⁴, Frisch⁵⁶⁵ y Puppe⁵⁶⁶ piensan que el dolo debe desempeñar una *función de llamada*⁵⁶⁷, en el sentido de poner al agente en alerta sobre la posible ilicitud de la

⁵⁶⁴ Bajo la fórmula, un poco más matizada, de que el dolo debe proporcionar el conocimiento del sentido social de la conducta y este debería conducir al agente a optar por una conducta adecuada a Derecho; cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 12/91, p. 464. Con todo, este autor admite que en rigor, una llamada a evitar la conducta típica emana ya de la representación del riesgo, cfr. op. cit. nm. 7/24, p. 103, y nm. 14/64 p. 585.

⁵⁶⁵ FRISCH, "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad", p. 81 y ss. En el caso de este autor la implicación entre dolo y conciencia de la ilicitud es muy clara, dado que en su concepto el dolo constituye una decisión contraria al bien jurídico y se supedita a que el individuo sea consciente de la aptitud lesiva de su conducta.

⁵⁶⁶ La adhesión de esta autora a esa tesis sobre la función del dolo es explícita en los siguientes pasajes: "A la hora de formular los tipos, el legislador no solo debe cuidarse de que se cumpla el tipo objetivo en todos los casos y solo en los casos en los que deba aplicarse la correspondiente ley penal, sino que, además, debe cuidarse de que el tipo objetivo exprese el injusto típico específico. Debe, por tanto, si tiene opción, escoger aquella descripción en la cual el destinatario de la norma *pueda reconocer*, con el mínimo posible de conocimientos de reglas empíricas y jurídicas, *el injusto específico del tipo*" (PUPPE, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", p. 101, destacado añadido). Y más adelante añade: "El legislador acertó al escribir en el § 242 la expresión 'cosa ajena' en vez de cualquiera presupuestos de hecho de la adquisición de la propiedad y, en el § 292 la expresión 'sometido al Derecho de caza' y no una enumeración de especies animales y de otro tipo de objetos. De esta forma, ha asegurado que el autor doloso debe tener una representación del derecho que conculca, *de manera que el conocimiento necesario para el dolo cumpla realmente la función de apelación que se le atribuye*" (op. cit., p. 105; destacado añadido).

⁵⁶⁷ La doctrina suele hablar de "función de llamada" para aludir a la capacidad, digamos, evocativa que se atribuye al dolo -y que en el fondo no es otra cosa que una proyección del significado material que regularmente tienen los hechos descritos en los tipos penales-, de modo similar a como se hacía en el debate entre las versiones estricta y limitada de la teoría de la culpabilidad. Como se recordará, los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad apelaban a la función de llamada del dolo para defender la aplicación de las reglas del error de prohibición en los casos de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación (Vid. ROXIN, *Derecho Penal*, PG, 14 nm. 14/54, p. 584 y s. Cfr. asimismo JAKOBS, *Derecho penal*, PG, p. 447 y ss. (nm. 11/47 y ss.), y "*Dolus Malus*", p. 7 y ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 347; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general III*, 2001, pp. 119, 131 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos*, pp. 173, 189, 215; LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal. PG, I*, pp. 465 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, p. 429; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, 2007, pp. 383, 386). El argumento apunta a poner de relieve que la sola conciencia de ejecución de la conducta típica (dolo) pone al sujeto en la necesidad jurídica de examinar con especial cuidado las circunstancias en que pueda creerse habilitado para actuar. Quien dispara contra alguien sabe que ejecuta una conducta que ocasionará la lesión o la muerte del otro, y por ello está llamado a realizar un esfuerzo adicional de verificación acerca de si concurren efectivamente los presupuestos de una hipótesis legitimante. Por tal motivo, de acuerdo con este punto de vista quien, por ejemplo, lesiona o mata con dolo a otra persona

conducta que ejecuta. Para sostener esto, se apoyan en el razonable supuesto de que la conciencia de un hecho reprobado por el Derecho debería encaminar al individuo hacia la comprensión de su ilicitud. Pero lo que distingue a la postura de estos autores de la de otros partidarios de la teoría de la culpabilidad es que consideran que si la representación del hecho que surge de la captación de sus caracteres típicos no es suficientemente indicativa de su antijuridicidad, se debe negar la concurrencia del dolo. En otros términos, lo que sostienen es que si la configuración típica de la conducta no da cuenta de su lesividad, la ignorancia de su prohibición debe excepcionalmente regirse por las reglas del error de tipo.

Esta situación de aparente neutralidad de la conducta se presenta en muchos delitos de peligro abstracto, pero es especialmente aguda en aquellos delitos cuya descripción reposa en la existencia de prohibiciones extrapenales. Porque si se aplica la tesis de la sustitución -como hace la mayoría-, el reemplazo de los elementos de antinormatividad por las hipótesis previstas en las normas de complemento dará lugar a un enunciado seguramente aséptico, sobre cuyo

creyendo por ligereza ser víctima de una agresión inexistente, tendría que responder con la pena atenuada del delito doloso respectivo y no a título de culpa. Al respecto dice WELZEL: "Si se acepta la tesis de la teoría de la culpabilidad de que *el dolo de tipo incita a reflexionar sobre la juridicidad y antijuridicidad del hecho*, respecto de aquel que no tiene duda alguna sobre la prohibición penal, sino que cree, a causa de la existencia de una situación justificante, poder realizar el tipo de prohibición, con mayor razón tiene que regir la exigencia de comprobar los presupuestos objetivos de su suposición" (*Derecho Penal Alemán*, 11ª, p. 199, destacado añadido. Igualmente, *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 183). Lo cual está en sintonía con la concepción que este autor tiene del dolo y del tipo, reflejada en el siguiente párrafo: "Si el ordenamiento jurídico declara inadmisiblemente socialmente (antijurídica) una acción dolosa determinada (aborto, coacción, secuestro, prevaricación del abogado, etc.), *parte del supuesto de que el ciudadano puede realizar, por principio, esta valoración ético-social* (a través de un examen de conciencia, reflexión o averiguación) y que cuando, a pesar de ello, efectúa la acción dolosa, porque estima que se da una situación excepcional justificante (por ejemplo, estado de necesidad), se ha asegurado de que existe realmente (*Derecho penal alemán*, 11ª, p. 193; *Nuevo sistema*, p. 169; destacado añadido). El argumento no es convincente, en todo caso, como demostración de que lo que procede es castigar a título de dolo; en primer lugar porque de *todo* supuesto de riesgo surge una llamada a observar una conducta cuidadosa, en segundo término porque la representación de un supuesto justificante neutraliza la advertencia que surge de la representación del hecho típico (cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 14/54, p. 584 y s.; en contra, JAKOBS, *Derecho penal*, nm. 11/47, p. 447: "los impulsos sólo se paralizan forzosamente en la medida en que sea inevitable la suposición de una situación justificante") y, por último, porque el supuesto a que alude Welzel no es válido para todos los delitos. También en línea de rechazo de la función de llamada invocada por la teoría estricta de la culpabilidad: HRUSCHKA, "Realmente es 'limitada' la teoría 'limitada' de la culpabilidad? Adiós a un debate", p. 127 y ss. En contra de que el dolo desempeñe una función de llamada en el sentido del texto, JAKOBS, "*Dolus Malus*", p. 7 y s.

contenido el legislador penal tampoco tendrá mucho control⁵⁶⁸. Evidentemente, en este último caso el origen de la neutralidad de ese enunciado y de la representación constitutiva de dolo no se encuentra en el contenido del tipo, sino más bien en la opinión que considera que la antinormatividad no puede ser una integrante de aquel.

De cualquier modo, aceptados los términos de ese análisis es evidente que el dolo resultante bien podría no ser en absoluto indicativo de la lesividad de la conducta y que es precisamente ese factor -la incapacidad de un dolo de esas características de desempeñar la función de llamada que le corresponde- lo que mueve a Roxin y Frisch a incluir la antinormatividad del acto entre los objetos del dolo, al menos en aquellos contados supuestos en que estiman que sin su comprensión no sería posible captar el sentido social de la conducta ni hablar de un injusto de la decisión⁵⁶⁹. La posición de Puppe a este respecto es ciertamente muy distinta, pues ella no excluye la antinormatividad del tipo, pero como tuvimos ocasión de ver, el verdadero eje de sus decisiones en materia de error no es el contenido del tipo sino la función de llamada que también a su juicio el dolo debería desempeñar.

Al margen de las diferencias apuntadas, es claro, en cualquier caso, que todas estas propuestas giran en torno a lo que podríamos considerar una *conexión latente* entre el dolo y la conciencia de la ilicitud; una conexión no reflejada en la estructura del hecho punible -que asigna el dolo a la tipicidad y la conciencia de la ilicitud a la culpabilidad-, ni mucho menos evidenciada en el concepto de un dolo neutro o avalorado, pero que sin embargo, por lo menos a juicio de un sector importante de la doctrina, debería jugar un papel muy importante en la búsqueda de soluciones adecuadas en materia de error.

Es significativo, por otra parte, que a pesar de estar de acuerdo en que la función del dolo consiste en hacer posible la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, Kindhäuser rechaza las propuestas comentadas. Lo hace porque a su juicio lo correcto desde el punto de vista metodológico no es preguntarse si un sujeto en conocimiento de las circunstancias típicas deduciría la prohibición de la conducta, sino, al revés, dar por supuesta una perfecta comprensión de la norma para luego

⁵⁶⁸ Una consideración que está en la base de la distinción de KUHLEN entre remisión estática y remisión dinámica.

⁵⁶⁹ En relación con el § 370 AO, señala FRISCH: "solo puede captar la idoneidad de su propia conducta para lesionar el bien jurídico aquel que sepa que el hecho en cuestión está sujeto al tributo" ("El error", p. 82).

preguntarse qué conocimiento de las circunstancias deberían conducirlo a percatarse del deber de omitir una determinada acción. Desde esta perspectiva la adquisición de la conciencia de la ilicitud debería nada –por así decirlo– a las *características* del acto representado. De modo que, independientemente de que el hecho típico sea o no denotativo de su lesividad, la representación de los caracteres que lo hacen típico siempre constituiría una razón suficiente desde el punto de vista de la imputación penal para afirmar que el sujeto ha ejecutado un acto contrario a deber y para suponer refutablemente que el suceso ha tenido su origen en un déficit de seguimiento normativo. Por ello, y como señalábamos al término de la sección anterior, en el sistema de Kindhäuser no solo no hay excepciones a la separación entre dolo y conciencia de la ilicitud, sino que tampoco puede haberlas.

No obstante lo anterior, son muchos más los elementos que unen a las tesis examinadas que los que las separan. Desde luego, todas ellas son tributarias, como es obvio, de la teoría de la culpabilidad y acogen, con mayor o menor radicalidad, la idea de un dolo independiente de la conciencia de la ilicitud de la conducta. Pero más importante que todo eso es el hecho de que todas ellas conciben la función del dolo básicamente en relación con la norma de comportamiento, como un insumo necesario para que el autor pueda comprender el carácter prohibido de su conducta y ajustar sus decisiones de acción al modelo planteado en la norma. En ese entendido los autores señalados podrán discrepar en cuanto a la clase de conocimiento que el dolo debe proporcionar, pero en lo fundamental concuerdan en que el valor específico de este elemento consiste en hacer posible el reconocimiento del acto prohibido y la observancia del deber de evitación correspondiente. Para aislar esta idea y facilitar la exposición, en lo que sigue denominaré como *prospectivo*⁵⁷⁰ o *motivacional* al enfoque que concibe al dolo en relación con el seguimiento normativo.

Este enfoque del dolo goza del favor generalizado –aunque quizás no del todo consciente– de la doctrina, presumiblemente por las siguientes razones. Primero, porque ofrece un modelo intuitivamente plausible de las relaciones entre dolo y conciencia de la antijuridicidad, en el sentido de que sin duda la representación de las circunstancias típicas permite a las personas percatarse de la prohibición de su conducta. Segundo, porque se ajusta a la visión que concibe al delito como la defraudación de una expectativa de seguimiento. Y tercero, porque casa de modo natural con la que es, de momento, la mejor explicación disponible acerca de la

⁵⁷⁰ En el sentido únicamente de orientado al futuro.

mayor gravedad asignada a los hechos dolosos en comparación con los meramente imprudentes, y según la cual el origen de la misma se encuentra en las diferencias expresivas que existen entre ambas clases de realizaciones en términos de negación de la norma de comportamiento⁵⁷¹.

⁵⁷¹ Una primera línea de argumentación sostiene que la mayor gravedad del dolo residiría en la mayor *peligrosidad objetiva de las conductas intencionales* frente a las que se originan en un mero descuido del autor. Esa mayor peligrosidad de las conductas dolosas derivaría de que quien obra guiado por el propósito de conseguir la realización de una conducta típica normalmente se mostrará dispuesto a adaptar su conducta para sortear las dificultades que encuentre hasta conseguir la meta que se haya propuesto. Es obvio, sin embargo, que esta tesis sirve mucho más para explicar por qué se castiga la tentativa dolosa y no la culposa, puesto que si se piensa en hechos ya consumados el riesgo de adaptación futura del comportamiento no puede servir para justificar la pena más severa del dolo. Por otra parte, es claro que el mayor peligro a que alude este punto de vista es en el fondo una proyección de la mayor peligrosidad atribuible al autor doloso, y no un aspecto que pueda explicar la mayor pena atribuible a un hecho doloso ejecutado al primer intento versus, por ejemplo, un hecho culposo cometido después de una larga trayectoria de imprudencias similares. Una segunda tesis plantea precisamente que el fundamento de la mayor pena de los hechos dolosos residiría en la *peligrosidad del autor*. Y es probable que esté en lo cierto al pronosticar más y peores conductas delictivas de parte de un autor doloso que de uno imprudente. Pero el punto es que la prevención especial no es la finalidad que fundamenta la procedencia y la medida de la pena en los sistemas actuales. Como señala RAGUÉS, “cabe imaginar casos en los que el pronóstico de reincidencia de un delincuente doloso sea muy favorable y no por ello el Derecho en vigor permite tratarle más benignamente que al infractor culposo con un elevado riesgo de reiteración delictiva” (RAGUÉS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 167). Una tercera posición, de carácter preventivo general y desarrollada por JAKOBS (por ejemplo en “El principio de culpabilidad” y en “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”) plantea, en cambio, que la mayor severidad con que se castiga los hechos dolosos deriva de las *diferencias expresivas* que existen entre esas conductas y las meramente imprudentes. Esa mayor fuerza expresiva del dolo se presenta como el contraste entre la *negación* de las normas jurídicas –en virtud de la realización de la decisión contraria a ellas– y un fracaso en la planificación personal, que a su turno determinaría necesidades de pena muy diferentes, dada la exposición del agente a sufrir una *poena naturalis*. Como señala RAGUÉS, “al autor doloso se le impone la pena como contrarréplica a la afirmación que se extrae de su hecho de que para él una determinada norma jurídica no tiene validez. La imposición de la pena muestra a los demás ciudadanos que dicha afirmación es errónea y que la norma sigue rigiendo, lo que permite que puedan seguir contando con ella en sus orientaciones futuras. Por el contrario, al autor imprudente basta con imponerle en ciertos casos una pena menor, simplemente para garantizar los estándares objetivos de peligro” (RAGUÉS: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 42). A mi juicio, esta es la tesis que mejor explica, con los matices que luego se expondrán en el texto, las diferencias de régimen punitivo entre las conductas dolosas y las imprudentes (en el mismo sentido, RAGUÉS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 170 y ss.).

B. ENFOQUE PROSPECTIVO DEL DOLO Y TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

Ahora bien, si lo que se ha señalado en último lugar es efectivo, es decir, si el valor del dolo consiste en ser expresión intensificada de una falta de reconocimiento normativo, podría haber buenos motivos para preguntarse si realmente tiene sentido la separación que la teoría de la culpabilidad establece entre ese elemento y la conciencia de la ilicitud. Pues, en efecto, si lo que el dolo manifiesta es una negación *del deber* significado por la norma, ¿no es lógico entender que esa negación presupone el conocimiento por parte del emisor de aquello que niega y, por consiguiente, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta? Dicho de otro modo, si el desvalor del dolo arranca de la fuerza con que expresa una negación del deber contenido en la norma, ¿no habría que pensar que, más que en poder comprender la ilicitud, debería estar asentado en una contravención consciente de lo que la norma prescribe? Esta es una reflexión que ha ido recobrando⁵⁷² fuerza en los últimos años, como veremos enseguida.

1. La equivalencia del conocimiento del hecho y del deber: La tesis de Jakobs

Uno de los autores que ha puesto de relieve esa conexión con mayor claridad es Günther Jakobs. Inicialmente partidario de la teoría de la culpabilidad, su posición ha ido derivando hacia la teoría del dolo.

En efecto, desde hace algunos años este autor ha venido insistiendo en que, de cara al seguimiento de la norma, conocer el deber que ella impone es tan importante como conocer la situación en que habría que darle cumplimiento, toda vez que la falta de cualquiera de esos conocimientos incapacita por igual para ajustar el comportamiento a lo prescrito por la norma. Por este motivo ha planteado en reiteradas oportunidades que un Derecho interesado en el respeto de las normas de conducta no debería establecer para el error de tipo y el de prohibición diferencias tan marcadas como las que se observan en el sistema vigente en Alemania y en otros países⁵⁷³.

⁵⁷² Cfr. BINDING, *La culpabilidad en Derecho penal*, p. 67 y ss., quien sostiene que lo único en contra de lo cual el sujeto actúa es su deber.

⁵⁷³ En este sentido, JAKOBS, "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos", p. 472 y ss.; "Indiferencia como dolo indirecto", p. 190 y ss., "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional", p. 25 y ss.,

Su posición actual sobre la materia es mucho más categórica, pues sostiene que no debería haber diferencia *alguna* entre ambas clases de error y que en ambos casos la descarga de responsabilidad por ignorancia debería estar regida por el principio de responsabilidad, y no por el principio del conocimiento⁵⁷⁴. Su argumento central ahora es que en definitiva se trataría de un mismo objeto de conocimiento, porque a su juicio:

“un conocimiento de los elementos de conducta típicos sin el conocimiento de que estos forman parte de la estructura normativa de la sociedad se encuentra *per se* tan vacío de sentido como el conocimiento de que ocurre algo en algún momento con una cosa cualquiera: se trata de un conocimiento pero este no contribuye a la orientación jurídica”⁵⁷⁵.

Por consiguiente, el conocimiento del tipo y el de la prohibición deberían ser considerados una misma cosa:

“[N]o puede decirse que el autor tiene que saber primero ‘lo que hace’ como paso previo a encontrarse en la situación de comprender el carácter injusto de su conducta. A este argumento se le puede dar la vuelta perfectamente: sólo aquel que ha comprendido lo que es el injusto puede saber qué propiedades de sus movimientos corporales -o de su omisión- y qué situaciones resultan relevantes”⁵⁷⁶.

Y añade:

“No se trata, que quede claro, de que cuando concurre dolo del tipo el autor lo asocie por regla general con el injusto: más allá de eso, el dolo del tipo y la conciencia del injusto *son* lo mismo”⁵⁷⁷.

Lo son, en el sentido de que lo que el individuo debe comprender para actuar con dolo es que su conducta constituye una *perturbación* social y que ello lo *obliga* a obrar de un modo distinto al proyectado. Pues bien, una tal comprensión puede estimarse garantizada -prosigue Jakobs- con el solo conocimiento de la realización del tipo en el ámbito del derecho penal nuclear, pero no en el derecho penal

⁵⁷⁴ “Aquello que WELZEL llama ‘principio de la responsabilidad’ respecto de la imprudencia del tipo es, en realidad, el principio de conocimiento rechazado por él mismo; en la medida en que, desde la concepción habitual, que tampoco es puesta en duda por WELZEL, un autor que no conoce la realización del tipo se ve liberado de la pena del dolo sin tener en cuenta en qué medida es responsable de su desconocimiento” (JAKOBS, “*Dolus Malus*”, p. 8).

⁵⁷⁵ JAKOBS, “*Dolus Malus*”, p. 17.

⁵⁷⁶ JAKOBS, “*Dolus Malus*”, p. 17. Esa inversión es justamente lo que caracteriza el pensamiento de KINDHÄUSER.

⁵⁷⁷ JAKOBS, “*Dolus Malus*”, p. 18.

accesorio⁵⁷⁸ ni en el caso de los delitos de peligro abstracto⁵⁷⁹. En estos supuestos, por tanto, resulta necesario cargar al dolo con la conciencia de la ilicitud, lo que tendría:

“la ventaja de que entonces (y desde luego sólo entonces) se conoce[ría] un acontecimiento social y el autor no [tendría] delante de sus ojos únicamente retazos de conocimientos del arsenal de lo que ocurre al mismo tiempo”⁵⁸⁰.

Lo que Jakobs propone, en definitiva, es abandonar el paradigma a que nos ha tenido habituados la teoría de la culpabilidad y regresar al concepto de un *dolus malus*⁵⁸¹. En ese nuevo escenario -acota- “el dolo del tipo tendría, todo lo más, una función didáctica provisional, pero no pertenecería al concepto de delito”⁵⁸².

2. La culpabilidad como presupuesto del injusto: la tesis de Pawlik

A esa misma conclusión se puede llegar también por una vía ligeramente distinta, radicalizando las consecuencias que es posible extraer de dos afirmaciones en torno a las cuales se ha escrito quizás hasta más de la cuenta: que el significado del delito reside en la defraudación de una expectativa de seguimiento y que el quebrantamiento de una norma supone la culpabilidad del autor. De esas aseveraciones, en efecto, puede extraerse como corolario negativo que sin culpabilidad ningún hecho puede cobrar interés para el Derecho penal. Condensada al máximo, tal es en el fondo la tesis de Pawlik⁵⁸³, quien consecuentemente niega que la diferenciación tradicional entre injusto y culpabilidad posea el valor que la doctrina le atribuye.

La base de su pensamiento en esta materia se encuentra, como se ha dicho, en la idea hegeliana de que el delito expresa una negación del Derecho y, por otra parte, en la tesis de Binding según la cual, al margen de que para otras esferas de lo jurídico pudiera tener sentido la noción de un injusto no culpable, el significado del

⁵⁷⁸ JAKOBS, “*Dolus Malus*”, p. 19.

⁵⁷⁹ JAKOBS, “*Dolus Malus*”, p. 18.

⁵⁸⁰ JAKOBS, “*Dolus Malus*”, p. 19.

⁵⁸¹ Complementada, en todo caso, con una cláusula de *dolus indirectus* para hacer frente al fenómeno de la ceguera jurídica, cuya importancia se vería ciertamente incrementada (*Dolus malus*, p. 19).

⁵⁸² JAKOBS, “*Dolus Malus*”, p. 2 (abstract); en el mismo sentido, p. 19.

⁵⁸³ PAWLIK, “¿El paso más importante de la dogmática de la última generación? Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal”, p. 122 y ss.

injusto específicamente penal no puede separarse de un momento de contravención *personal* de la norma⁵⁸⁴, que solo es afirmable si concurren las condiciones de vinculación normativa examinadas en la culpabilidad⁵⁸⁵.

“El menoscabo de la integridad ajena no se sanciona jurídico penalmente de forma inmediata por sí mismo, sino por su contenido de significado específico, por así decir, por su contenido de significado de cierre: el autor debe haber tomado posición *respecto de las exigencias de colaboración de su comunidad jurídica*, y, en verdad, en una forma en la que las ha rechazado”⁵⁸⁶.

Es importante señalar que, en concepto de Pawlik, esta toma de postura frente a las exigencias del Derecho no puede ser considerada como un significado *añadido* al menoscabo generado en la esfera de libertad ajena, sino que se le debe considerar como un componente estrictamente *constitutivo* del significado penal de la conducta, pues solo entonces ese detrimento de la libertad del otro:

“se muestra en un modo y forma que el autor expresa aquello sobre lo que gira el Derecho penal: que él no está dispuesto a cumplir con sus deberes de colaboración que nace de su estatus de ciudadano”⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ Esta es la solución planteada por BINDING a las debilidades de la tesis de MERKEL, cfr. PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, p. 122 ss. Sobre la posición inicial de BINDING en la primera edición de *Die Normen* (1872), véase MOLINA, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 301 y ss.

⁵⁸⁵ PAWLIK no comparte, en todo caso, la noción autoritaria de ilícito de BINDING, centrada en el puro desconocimiento de la autoridad del Estado, sino que defiende la idea de un injusto consistente en el quebrantamiento de la obligación ciudadana de contribuir al mantenimiento de la libertad existente (“La pena retributiva y el concepto de delito”, en *La libertad Institucionalizada*, 2010, p. 102), a la que atribuye una función legitimadora, pero también restrictiva de la práctica punitiva. En tal sentido, se manifiesta en contra, por ejemplo, de la tendencia generalizada a anticipar la punibilidad, pues a su juicio lo “único que es incompatible con la relación de igualdad jurídica general es el establecimiento de una fuente de peligro que por sus características sea ingobernable e intolerable desde el punto de vista del entendimiento normativo de una sociedad” (“La pena retributiva y el concepto de delito”, p. 102). En el mismo sentido señala que la vinculación entre la libertad individual y la general –esto es, que toda libertad se determina en estricta correspondencia con la de los demás (“los derechos de una persona no pueden ser definidos a priori sin tener en cuenta la posición de la otra persona” [“La pena retributiva y el concepto de delito”, p. 100])– permite dar cuenta de la dimensión fáctica de la pena, del dolor que con ella se inflige, pues “para poder transmitir el mensaje de que el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de colaboración son dos caras de una misma moneda es imprescindible disponer de medios coercitivos” (“La pena retributiva y el concepto de delito”, p. 103).

⁵⁸⁶ PAWLIK, “¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?”, p. 127.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

De ello se sigue que todo intento de constatar la existencia de un acto de deterioro injustificado de la libertad ajena como algo que habría que establecer *antes* de la culpabilidad, sería completamente inútil, toda vez que una indagación inconclusa acerca de la existencia de un quebrantamiento normativo no aporta nada que sea de interés para la función punitiva. En particular:

“bajo el dominio del concepto de delito que sitúa en primer plano la contradicción del autor con la voluntad general -‘el ataque al deber mismo’- no hay lugar para un injusto independiente de la culpabilidad como categoría general del delito”⁵⁸⁸.

Por lo demás, a juicio de este autor, distinguir entre injusto y culpabilidad tampoco sería necesario para fundamentar los requisitos y efectos de las diversas situaciones a las que se confiere valor eximente, pues todo ello puede ser explicado a partir de los fines propios de cada uno de esos institutos sin necesidad de apelar a una ninguna categoría intermedia⁵⁸⁹.

Como se comprenderá, la adopción de la idea de un injusto culpable propicia un retorno a una concepción del dolo como la de Binding. Y ello, tanto a raíz de la pérdida de significado que en este contexto experimentan las categorías en que se apoya la distinción error de tipo/error sobre la antijuridicidad, como también por el hecho de que el ataque *al deber* mismo con el que el dolo se identifica no puede tener lugar más que si el individuo es consciente de la norma al momento de quebrantarla.

3. La implicación mutua entre dolo y conciencia de la ilicitud: la tesis de Mañalich

Un punto de vista cercano al anterior, aunque con fundamentos distintos, ofrece Mañalich al subrayar que la expresión objetivada de falta de seguimiento normativo en que el delito consiste⁵⁹⁰ requiere no solo que el individuo haya obrado con conciencia de la prohibición del hecho, sino también que esa conciencia se funde

⁵⁸⁸ PAWLIK, “¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?”, p. 127. PAWLIK hace extensiva esta opinión al intento de trazar la separación entre injusto y culpabilidad acudiendo una distinción entre capacidades del agente, al modo de Kindhäuser, pues estima que esa estrategia da en todo caso por supuesto que exista alguna necesidad de trazar aquella separación, que es precisamente lo que PAWLIK niega (op. cit, p. 114).

⁵⁸⁹ PAWLIK, “¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?”, p. 128 y ss.

⁵⁹⁰ MAÑALICH, “Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno”, p. 19.

precisamente en la comprensión del hecho como portador de las propiedades que permiten describirlo con los términos del tipo.

Mañalich llega a esta conclusión a partir de considerar que, dado que la culpabilidad es siempre culpabilidad por el injusto concreto ejecutado⁵⁹¹, ella solo podría fundarse en la representación de que *el comportamiento de cuya imputabilidad se trata* es contrario a derecho. Según explica, el dolo y la conciencia de la ilicitud se relacionarían "al modo de una actitud proposicional de primer orden y una actitud proposicional de segundo orden"⁵⁹², de forma que el dolo haría posible la representación de la antinormatividad del hecho bajo la descripción correspondiente. Así:

"...mientras actúa con dolo de homicidio quien se representa la posibilidad concreta de que su comportamiento cause la muerte de otro ser humano..., actúa con conciencia de la antijuridicidad propia del homicidio quien se representa la posibilidad concreta de que su comportamiento, bajo su descripción como la causación de la muerte de otro, sea contrario a una norma prohibitiva (no desplazada a su vez por una norma permisiva preferente)"⁵⁹³.

En el mismo sentido argumenta que, dado que la antinormatividad de un acto delictivo es una propiedad sobreviniente (secundaria) respecto de la reunión de las características en virtud de las cuales es objeto de una prohibición⁵⁹⁴, solo puede conocer su antinormatividad quien conoce tales propiedades⁵⁹⁵.

De ello se seguiría como primera consecuencia que la función del dolo consistiría en posibilitar la conciencia del injusto, y segundo, que solo podría contar con tal conciencia el individuo que obrase con dolo en la ejecución del acto correspondiente⁵⁹⁶. Basado en estas afirmaciones, Mañalich define la conciencia de la antijuridicidad como:

⁵⁹¹ MAÑALICH, "Sobre la conexión", p. 21.

⁵⁹² Ibidem.

⁵⁹³ Ibidem.

⁵⁹⁴ "Es la propiedad secundaria de un comportamiento que soporta una descripción que expresa la satisfacción de las propiedades exigidas por la formulación del contenido de la prohibición" (MAÑALICH, "Sobre la conexión", p. 22).

⁵⁹⁵ MAÑALICH, "Sobre la conexión", p. 22.

⁵⁹⁶ "...la consciencia ("actual") de la antijuridicidad del hecho siempre faltará tratándose de un injusto (subjetivo) imprudente, incluso en casos de imprudencia consciente, en la medida en que la demarcación entre dolo (eventual) e imprudencia (consciente) se trace con arreglo a un criterio

“...la representación de la específica antinormatividad del hecho que es posibilitada por la representación de las circunstancias fácticas en que consiste, a su vez, el dolo⁵⁹⁷.”

Por otro lado, a juicio de este autor, también la posibilidad de atribuir el dolo descansaría a su turno en que el agente hubiese obrado con conciencia de la ilicitud. Por tanto, su tesis es que así como el dolo haría posible la representación de la antijuridicidad del hecho imputado, también la representación del hecho en tanto que antijurídico haría posible su imputación a título de dolo⁵⁹⁸. Más aun, a juicio de Mañalich la imputación del dolo solo es procedente si el agente ha obrado con un conocimiento *actual*, y no meramente potencial, de la antinormatividad del hecho. Y por tal motivo considera que la práctica de afirmar el dolo en supuestos de error vencible de prohibición -reflejada en los ordenamientos alemán y español- es incorrecta, porque genera “un quiebre funcional en referencia a la función de fundamentación de la culpabilidad que desempeña el injusto subjetivo”⁵⁹⁹. Por tal función se refiere -según lo aclara la referencia que hace a Kindhäuser- a la que cumple el dolo posibilitando la comprensión de la antijuridicidad del hecho supuesto que el individuo conozca la norma, vale decir, a la función que ambos insumos cognitivos cumplen al posibilitar en conjunto el seguimiento normativo.

Así, en el contexto de las ideas generales sobre el delito a que este autor adhiere, su opinión a favor de la teoría del dolo puede ser entendida como una consecuencia derivada de dos consideraciones: por una parte, de concebir el hecho punible como el resultado de un juicio de imputación orientado a poner de relieve el no ejercicio por parte del agente de las capacidades de que disponía precisamente en

(estrictamente) cognoscitivo” (MAÑALICH, “Sobre la conexión”, p. 22, citando en el mismo sentido a BINDING).

⁵⁹⁷ MAÑALICH, “Sobre la conexión”, p. 24.

⁵⁹⁸ Ello no obstante, MAÑALICH puntualiza que “el conocimiento de las circunstancias que objetivamente fundamentan la antinormatividad del hecho pertenece a un nivel de imputación que es anterior al nivel de imputación en el cual se hace relevante el conocimiento de la propia antinormatividad del hecho” (“Sobre la conexión”, p. 23).

⁵⁹⁹ MAÑALICH, “Sobre la conexión”, p. 23, citando en ese sentido a KINDHÄUSER: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 161: “...quien recibe una orden debe estar no sólo en situación de ejecutar la acción ordenada, sino que también debe poder comprender la orden de un modo tal que sepa qué acción debe ejecutar. Pero precisamente esta subsunción no la puede hacer el autor que no conoce o no conoce con precisión los conceptos de la premisa mayor típica. El sistema del Derecho penal vigente admite este quiebre funcional: admite que el autor sea castigado por un hecho doloso pese a que la norma que le prohíbe su comportamiento no le fuese conocida y, por cierto, cuando podía y debía evitar el desconocimiento de la norma”.

razón de los conocimientos con que contaba, y por la otra, de su adhesión a un concepto de dolo entendido como actitud del individuo *hacia el deber*, en la misma dirección señalada por Pawlik y Binding. Y si se adopta ese punto de vista, sin duda debe concederse la razón a estos autores cuando señalan que la circunstancia de que un error sea vencible no cambia para nada el hecho de que sin conocimiento de la norma es imposible actuar *en contra* de ella, ni atribuirle al individuo la decisión consciente de restarse a su observancia⁶⁰⁰.

4. Observaciones críticas al enfoque prospectivo del dolo

Los planteamientos que acabamos de revisar pueden ser interpretados como una confirmación de lo dicho más arriba, en el sentido de que un desarrollo consecuente del enfoque prospectivo del dolo conduce a fusionar este elemento con la conciencia de la ilicitud y a abandonar la separación entre ambos que ha constituido la premisa ampliamente admitida en materia de presupuestos subjetivos del delito durante los últimos cincuenta o sesenta años. Y es lógico que así se haga dado que, como ya se ha dicho, en la prospectiva los conocimientos normativos no son menos necesarios que los fácticos para la observancia del deber, y porque si se entiende que el valor expresivo fundamental del hecho punible se concentra en la contravención personal del deber expresado en la norma, es natural que la imputación más grave se reserve para las conductas realizadas con conciencia de su antinormatividad.

No obstante lo señalado, pienso que una consideración más detenida del asunto muestra que no hay buenas razones para volver a un *dolus malus*, y que los argumentos normalmente esgrimidos en esa dirección no son convincentes. Pero sobre todo, no comparto la opinión -tácita pero ampliamente dominante en la doctrina- según la cual el enfoque que hemos llamado prospectivo sería el punto de vista adecuado para conceptualizar el dolo.

⁶⁰⁰ MAÑALICH, "Sobre la conexión", p. 23: "...el reproche por un no-seguimiento consciente (o "a sabiendas") de la norma sólo se deja fundamentar si el sujeto quebranta la norma conociendo ("actualmente") la antinormatividad de su comportamiento. Si el agente no se representa la antijuridicidad del hecho, entonces el quebrantamiento de la norma sólo le es reprochable en virtud de un criterio de imputación extraordinaria, en el sentido de que el carácter vencible del error de prohibición fundamenta la responsabilidad del sujeto por ese mismo error, puesto que el sujeto habría podido evitar, de modo fiel a derecho, su propio déficit de capacidad de seguimiento de la norma".

Destinaremos los párrafos que siguen a revisar críticamente esos argumentos y a examinar algunas de las implicaciones sistemáticas que acarrearía un retorno a la teoría del dolo. Ello nos servirá para poner en duda la corrección del enfoque prospectivo de este elemento y para plantear, a modo de contrapunto, un enfoque *retrospectivo* o *proposicional* del dolo, que será desarrollado con mayor detalle en la sección siguiente.

4.1. Críticas a la fundamentación prospectiva de un dolo malo

Comenzando por la tesis Pawlik, me parece que es perfectamente posible estar de acuerdo en lo esencial con una postura como la suya sin que por ello haya que equiparar el error de tipo al de prohibición, ni condicionar la concurrencia del dolo a la posesión de la conciencia de la ilicitud. Pues aun si se tiene por cierto que la única dimensión de significado del hecho punible que tendría interés para los efectos penales reside en la toma de postura del autor acerca de la necesidad de observar las prescripciones del Derecho, ocurre que un argumento tan general como ese no basta para justificar un regreso al dolo malo.

Por lo pronto, cabe tener en cuenta que si se aceptan las premisas de Pawlik no hay nada que se pueda decir desde ese punto de vista acerca de las relaciones entre el dolo y la conciencia de la ilicitud que no derive del papel que juega en general la culpabilidad en la fundamentación de un injusto jurídicopenal. Por eso, la posibilidad de que el dolo cobre significado para esta área del Derecho no depende únicamente de que el individuo obre con conciencia de la ilicitud sino de que actúe culpablemente, es decir, de que concurran *todos* los presupuestos de vinculación personal a la norma.

Pero si esto es así, entonces no se puede hacer pié en la función de la culpabilidad para afirmar que el único dolo penalmente significativo es el que surge acompañado de la conciencia *actual* de la antinormatividad del hecho, porque ello supondría sostener que sin esa conciencia no podría haber culpabilidad, lo que es falso⁶⁰¹. Si se reconoce que la sola posibilidad de acceder a la norma es suficiente

⁶⁰¹ Como es obvio, no solo quien obra con conocimiento pleno del hecho y además con conciencia actual de la ilicitud obra culpablemente; también lo hace quien ejecuta un delito en forma imprudente, como asimismo quien ejecuta un hecho doloso ignorando en forma vencible la prohibición.

para fundar la culpabilidad -cosa que nadie niega⁶⁰²-, no hay motivo para pensar que la afirmación de que el dolo solo cobra significado si concurre la culpabilidad del agente pudiera servir como un argumento a favor de la teoría del dolo. Argumentar del modo como lo hace Pawlik aquí implica transferir equivocadamente una vinculación necesaria entre el dolo y la culpabilidad a un componente (la conciencia actual de la antijuridicidad) no necesario de esta.

Por otra parte, tampoco es efectivo que entre el dolo y la conciencia de la ilicitud exista una implicación mutua, en términos tales que solo pueda obrar con conocimiento de la antijuridicidad de una conducta quien tenga de ella una comprensión acorde con la contenida en la norma quebrantada⁶⁰³. Y aunque la hubiera, eso solo probaría que el dolo es requerido para afirmar la conciencia de la ilicitud, pero no para calificar la actuación de un sujeto como dolosa y eventualmente valorarla como tal⁶⁰⁴.

En cuanto a lo primero, es verdad que solo quien reconoce su conducta como "matar a otro" puede tener conciencia de su antinormatividad como "causar la muerte de otro"⁶⁰⁵, pero esa verdad analítica no nos dice nada acerca de si es posible tener conciencia de la ilicitud de un acto en tanto que hipótesis meramente posible de matar a otro (es decir, de si también quien reconoce en su acto posibilidades compatibles con la imprudencia consciente de que se convierta en una instancia de "matar a otro" puede ser consciente de su oposición a la norma "no matar"), ni tampoco acerca de si para reconocer una conducta como "matar a otro" o como cualquier otro comportamiento sea necesario saber que el acto en cuestión está prohibido⁶⁰⁶.

⁶⁰² De hecho, la única situación que PAWLIK presenta como incompatible con el valor declarativo del dolo es la de error de prohibición *invencible*, y no la del meramente vencible (PAWLIK, "¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?", p. 128).

⁶⁰³ *Vid supra* sec. 2ª.B.3.1.1.2.

⁶⁰⁴ Significaría, como afirma MAÑALICH, que solo podría obrar con conciencia de la ilicitud quien obra con dolo, y no quien actúa de modo imprudente. Pero aun así quedaría a salvo la posibilidad de establecer un régimen de error para quien yerra venciblemente acerca de la antijuridicidad de la conducta y otro distinto para quien ignora la concurrencia de las circunstancias que hacen típico el hecho.

⁶⁰⁵ MAÑALICH, "Sobre la conexión", p. 21 y s.

⁶⁰⁶ El problema es que concebir la antijuridicidad de una conducta como una propiedad secundaria respecto de los caracteres que la definen como tal no dice nada acerca del valor que en el proceso de imputación cabe asignar al *conocimiento* de dichas propiedades. Concretamente, no dice nada acerca de que el conocimiento de las propiedades primarias valga más, menos o lo mismo que el

En realidad, de ese argumento normativo solo se sigue lo siguiente: que si la prohibición se vincula a una cierta descripción del hecho, la representación que tenga el sujeto acerca de las probabilidades de que el acto realice esa descripción determinan también su comprensión de las probabilidades de realizar un acto prohibido por la norma. Y es por esa razón que Mañalich puede decir que si la ley admite la imputación a título de dolo eventual, la representación puramente probable o posible de su prohibición tiene que valer como conciencia de la antijuridicidad del hecho⁶⁰⁷.

Ahora bien, lo que esto significa –en particular para una concepción cognitiva del dolo– es que la conciencia de la prohibición admite entonces las mismas graduaciones que la conciencia de realización del hecho, y que quien ejecuta un acto que genera un riesgo de realización del resultado propio de la imprudencia obra con una conciencia exactamente correlativa de su prohibición. Al respecto cabe observar, sin embargo, que de la probabilidad de realización del riesgo típico no se sigue para la ley una *probable* prohibición del hecho bajo esa descripción, sino simplemente su prohibición. De modo que, correspondientemente, quien se representa la posibilidad del resultado sabe también que su hecho está prohibido ya bajo la descripción que lo caracteriza como causa solo posible del resultado⁶⁰⁸.

de las secundarias, ni de si el desconocimiento evitable de unas u otras deba sujetarse a un mismo régimen por mor de la conexión funcional que pueda establecerse entre el conocimiento de aquellas y estas. El argumento además sugiere que bajo “no matar” solo se prohíbe la realización dolosa de la muerte de alguien, pues de otro modo no tendría sentido afirmar que el conocimiento de la propiedad secundaria (prohibición) depende de la representación del acto bajo sus propiedades primarias. Ese presupuesto es a mi modo de ver falso –en “no matar” la prohibición no está limitada a una representación específica de matar a otro– y por lo mismo ya la representación del *riesgo* (desaprobado) de matar a alguien constituye un conocimiento suficiente de las propiedades que hacen de ese acto un acto prohibido bajo “no matar”.

⁶⁰⁷ MAÑALICH, “Sobre la conexión”, p. 25: “Pues si el dolo, definido en su forma básica como dolo eventual, se satisface con una representación, con un grado de probabilidad relevante para la decisión, de la posibilidad concreta de la realización del tipo delictivo, entonces ese dolo sólo podrá fundamentar una representación equivalente, definida por el mismo grado de probabilidad, del carácter antinormativo del hecho”.

⁶⁰⁸ Con todo, dado que para MAÑALICH la descripción relevante de la conducta es “causar la muerte de otro”, él entiende que un individuo que obra con dolo eventual –vale decir, que actúa con la conciencia de que su hecho probablemente realizará esa descripción– se representa tan solo la probabilidad de que la conducta se revele a la larga como prohibida. En mi concepto, una aproximación como esa no es correcta porque aplica a la norma de comportamiento una perspectiva que es propia de la norma de sanción.

En todo caso, es interesante el énfasis que pone Mañalich en que la (conciencia de la) antinormatividad de una conducta supondría que esta se hubiera realizado bajo una representación coincidente con la descripción contenida en la norma infringida. Concuero en que esa correspondencia proposicional tiene una importancia decisiva, pero no como condición de la posibilidad, relevante en la prospectiva, de reconocer el quebrantamiento del deber correspondiente, sino precisamente como expresión de la función que el dolo desempeña en la retrospectiva. El planteamiento comentado presenta esa correspondencia proposicional como una exigencia necesaria para que el individuo pueda tener conciencia de contravenir la norma, en circunstancias que a mi modo de ver ella es necesaria para atribuir al individuo el significado del acto que realiza. Si se parte de la base de que una norma prohibitiva, como "no matar", prohíbe toda realización evitable del comportamiento que describe, también quien obra con una representación del riesgo de muerte compatible con la mera imprudencia tiene de ese hecho una representación coincidente con la descripción bajo la cual es alcanzado por la prohibición.

En otras palabras, si de lo que se trata es de que el individuo conozca las propiedades primarias por las que un hecho se encuentra prohibido⁶⁰⁹, es indudable que quien se representa que su conducta es fuente de un riesgo que el Derecho por su parte desaprueba, conoce también todas las propiedades primarias por las que su realización se prohíbe. Y si ese individuo es además consciente de obrar contra el derecho por esa misma circunstancia, entonces no cabe afirmar que no conozca el hecho justamente en la dimensión por la cual se encuentra prohibido por la norma que quebranta. Por lo tanto, si a pesar de ello se sostiene que esa representación es insuficiente para obrar con dolo, porque lo que se necesita es que el individuo se represente su conducta como "matar a otro", quiere decir que lo que así se formula no es una exigencia relacionada con el *seguimiento* de la *norma de conducta*, sino una condición necesaria para que al sujeto le pueda ser atribuido el acto en la *dimensión de sentido* en que se encuentra contemplado en la *norma de sanción*.

Así, la afirmación de que el dolo supone una correspondencia entre la representación del sujeto y la proposición descriptiva del acto contenida en el tipo es correcta como caracterización del dolo. Pero, en cambio, es errado pensar que esa exigencia deriva de la necesidad de que el individuo cuente con una conciencia genuina de la prohibición del hecho y que ella constituya una condición relacionada

⁶⁰⁹ MAÑALICH, "Sobre la conexión", p. 21 y s.

con el seguimiento de la norma de conducta, puesto que en realidad lo que está en juego es la posibilidad de atribuir al individuo la identificación del hecho conforme al significado por el cual este constituye un supuesto específico de infracción de norma sujeto a pena⁶¹⁰.

Por último, en cuanto al argumento fundado en la equivalencia prospectiva de los conocimientos fácticos y normativos, es claro que este puede resultar persuasivo para quien entienda que el dolo desempeña su función en esa misma perspectiva, pero no para quien considere que ese enfoque del dolo es equivocado. En cualquier caso, cabe añadir que como fundamento de un retorno a la teoría del dolo ese argumento es insuficiente, toda vez que de la equiparación de ambos conocimientos lo único que se sigue es que el régimen para ambas clases de error debería ser el mismo, pero no que deba ser específicamente el del error de tipo⁶¹¹.

4.2. El regreso a la teoría del dolo y el sistema del delito

La fusión de los insumos cognitivos de que hemos estado hablando también tiene algunas repercusiones sistemáticas que conviene tomar en consideración. La primera de ellas es que, si acaso es efectivo que todo lo que el dolo expresa es una

⁶¹⁰ Es probable que en esta discrepancia incida la adhesión de este autor a un modelo de imputación –el de KINDHÄUSER– que atribuye a la norma de conducta el enunciado de la norma de sanción, y que concibe a la prohibición misma como una prohibición de causación. Ello es consonante con las premisas del sistema de imputación del derecho común reconstruido por HRUSCHKA, un sistema en el que la misma norma que sirve para determinar como mandado o prohibido un acto sirve luego como criterio para evaluar su corrección. Desde mi punto de vista, esa identificación es un problema que limita las posibilidades de rendimiento de este modelo. El tipo no es solo el reverso de una norma de comportamiento y mera expresión del carácter correcto o incorrecto de un acto, sino la descripción de una hipótesis determinada de infracción de una norma de conducta que, aparte de los elementos constitutivos de la mera contradicción de la norma, integra también elementos incompatibles con el sentido en que se formula una norma de comportamiento. *Vid infra* sec. 2ª, B, 3.

⁶¹¹ ¿Por qué no se utiliza el mismo argumento para plantear de *lege ferenda* una atenuación de la pena del delito doloso tanto para los casos de error de tipo como para los de error de prohibición? Por descontado, en ninguno de esos supuestos concurriría dolo, si por tal se entiende el integrado también por la conciencia de la ilicitud. Pero la atenuación de la pena respectiva bien podría ser la expresión punitiva de esa diferencia. A mi modo de ver, el carácter más o menos obvio de que la adopción de un régimen común de error debería traducirse en la negación de dolo y la afirmación de la culpa (en supuestos de evitabilidad) se apoya precisamente en la fuerza de la intuición que este enfoque niega en términos teóricos: no es plausible castigar el error de tipo con la pena atenuada del dolo porque este cumple una función distinta, que de ninguna manera se agota en la idea de desacato a la autoridad de la norma.

actitud contraria al mandato de la norma, lo lógico sería situar este elemento en la culpabilidad y no en el injusto⁶¹². Eso, sin embargo, no se compeadece con las importantes razones que existen –por ejemplo, en materia de tentativa– a favor de considerarlo un elemento del tipo.

En cierta forma el peso de estas razones se deja entrever, aunque de un modo muy insatisfactorio, en la opinión de Pawlik y Jakobs en el sentido de que el dolo podría seguir manteniéndose en el tipo por razones didácticas⁶¹³. Si “didáctico” no significa aquí “incorrecto” hay que entender que con ello sugieren una especie de superación de la teoría del delito por un sistema menos estructurado, pero mientras ese sistema no exista lo que se evidencia en esa frase es más bien el reconocimiento de un problema, que en realidad más que sistemático es conceptual: si existen razones para examinar el dolo antes de indagar en la antijuridicidad y la culpabilidad eso sugiere que cumple funciones distintas de las que la tesis comentada le adjudica.

Por supuesto, siempre es posible construir un concepto de dolo malo cuyos componentes estén no obstante distribuidos en los diversos niveles de análisis del delito. Es decir, se puede designar como “dolo” al conjunto integrado por el conocimiento del hecho y el conocimiento de su ilicitud, sin perjuicio de que el primero se sitúe en el injusto y el segundo en la culpabilidad. La razón para proceder de esta manera sería que solo en virtud de la conciencia de la contrariedad a deber la realización conciente del hecho alcanzaría significado jurídicopenal.

Esa alternativa, sin embargo, no soluciona todos los problemas. Desde luego, no puede sostenerla quien crea que ambas clases de conocimiento son en el fondo una misma cosa, es decir, que el sentido del suceso es el de su prohibición o que se trata de dimensiones interdependientes, como plantea Jakobs. Enseguida, el hecho de contemplar ambas exigencias cognitivas por separado, cada una con sus propios

⁶¹² Obligadamente, cabría añadir, puesto que debe abarcar la conciencia de una ilicitud que solo quedará establecida una vez examinado el injusto.

⁶¹³ En este sentido, JAKOBS, *“Dolus Malus”*, p. 19. En un sentido similar se expresa PAWLIK al señalar que “la cuestión del orden del análisis es una cuestión didáctica, no una cuestión de la teoría del delito” (“¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?”, p. 128), aunque en su caso ello resulta más comprensible dado el escepticismo que muestra ante la posibilidad de sacar algún rendimiento analítico de la separación entre injusto y culpabilidad.

presupuestos, no haría más que poner en evidencia lo que se ha dicho antes: que cumplen funciones diferentes⁶¹⁴.

Y en tercer lugar, si analizamos la propuesta distinguiendo entre un conocimiento de los hechos, un conocimiento de la prohibición y un significado global designado como "dolo", y tenemos además en cuenta que, de acuerdo con la tesis comentada, el significado del dolo depende del cumplimiento de *todas* las condiciones de la culpabilidad, ocurre que el balance en términos valorativos es mucho menos evidente de lo que sus autores dan a entender.

Consideremos primero la hipótesis de un comportamiento *inculpable*. Lo que la propuesta comentada viene a decir, esto es, que en tales casos no cabe hablar de dolo porque un dolo sin culpabilidad no tiene significado jurídicopenal, no parece especialmente revelador, pues no está muy lejos de lo que afirma el sistema estándar. Dado que en un supuesto como ese también el modelo derivado de la teoría de la culpabilidad reconoce que no hay delito, la discrepancia entre ambos sistemas se reduce más bien a una cuestión semántica sobre el uso de la expresión dolo.

La tesis examinada cobra interés recién cuando se aborda la hipótesis de un error *vencible* de prohibición, ya que para ese caso propone la exclusión del dolo, lo que sí tiene importantes consecuencias a nivel punitivo. Con esa solución, lo que en el fondo se afirma es que un acto realizado con conocimiento del tipo pero sin conciencia de la ilicitud debe ser tratado igual que un caso de desconocimiento vencible del tipo, tal como lo sugiere la equivalencia prospectiva de ambas clases de conocimiento.

Frente a esto, pienso que hay razones que aconsejan mantener un régimen diferenciado de error⁶¹⁵. A favor de un modelo de esas características pesa en primer término una consideración general, relativa al carácter asimétrico de la comunicación normativa. Una vez que son establecidos, los dictados de la autoridad tienen para sus destinatarios el carácter de una imposición, en el sentido de que en principio no se reconoce poder liberatorio ni al disenso ni a la ignorancia de su contenido. Por ello no parece una buena idea, desde el punto de vista

⁶¹⁴ Lo que no obsta, por cierto, a defender un régimen unitario de error, pero el punto de apoyo ya no podrá ser la equiparación funcional que se sostiene que existiría entre el conocimiento de los hechos y el de su prohibición.

⁶¹⁵ Sobre los fundamentos de la distinción, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "El error de prohibición: pasado, presente y futuro, p. 339 y ss.

políticocriminal, equiparar el error fáctico al normativo, pues, dada la excepcionalidad del castigo de la imprudencia, en la práctica equivaldría a conceder en la mayor parte de los casos un efecto exoneratorio a la ignorancia *reprochable* de los deberes que el derecho punitivo pretende reforzar y generar un fuerte incentivo a favor de su desconocimiento⁶¹⁶.

Pero quizás el fundamento más importante de un régimen diferenciado de error es que existe una disparidad valorativamente relevante entre la conducta de quien obra en error de tipo y la de quien obra en error de prohibición, en ambos casos vencible. Pues el primero realiza en su mente un acto que el derecho no reprueba, mientras que el segundo ejecuta un acto con plena conciencia de los caracteres que lo convierten en uno sujeto a castigo. La falta de conciencia de la ilicitud hace imposible en ambos casos el ajuste a la norma, pero dado que la vencibilidad del error proporciona las condiciones para reprochar la ejecución de la conducta no hay ninguna razón para no tomar en cuenta esa diferencia. En este sentido, y en contra de lo que plantea la visión prospectiva del dolo, una vez verificado el fracaso en el seguimiento de la norma lo que interesa valorar en las situaciones en que aún cabe reprochar el hecho realizado en error vencible –sea de tipo o de prohibición– no son las posibilidades que tuvo el agente de ajustar su conducta a la norma a partir de su estado mental –igualmente nulas en cualquier supuesto de error–, sino *el desvalor del hecho ejecutado* en razón de la conciencia que el sujeto tuvo de él, vale decir, el significado que es posible atribuirle como expresión de agencia del individuo. No se trata, entonces, de valorar el error en cuanto tal, tomando en cuenta su incidencia sobre las posibilidades de seguimiento de la norma, o bien lo más o menos cerca que la representación del suceso puso al individuo en condiciones de captar aquello que terminó por no reconocer –sea un componente típico o la prohibición–, sino de *fijar el significado del hecho* que le será imputado en razón del carácter no dispensable de su error⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Por cierto, este efecto podría contrarrestarse haciendo en principio punible toda ejecución imprudente de un comportamiento delictivo, pero una ampliación punitiva como esa sería a todas luces una insensatez. También podría establecerse un sistema de castigo para la imprudencia *iuris*, pero su misma coexistencia con un régimen general de impunidad para la imprudencia *facti* contradiría la premisa de igualdad de tratamiento de los fallos cognitivos que propugna la teoría del dolo.

⁶¹⁷ A mi modo de ver, la mayor gravedad de un acto ejecutado en error de prohibición *versus* uno ejecutado en error de tipo procede de la diferencia que existe entre ejecutar el acto prohibido ignorando que se encuentra sometido a prohibición, y ejecutar un comportamiento distinto –en la perspectiva del agente– y responder por sus consecuencias. Podría objetarse a esto que si un sujeto no ha captado la ilicitud de su comportamiento, cualquier reproche que se le haga fundado en las demás

Es en este preciso aspecto en el que se hace visible una diferencia importante entre el error de tipo y el de prohibición, debido a que solo el primero merma la conciencia del hecho al punto de privar al individuo de la posibilidad de reconocerlo bajo la descripción contenida en el tipo, y correlativamente priva a quien imputa de la posibilidad de atribuirle subjetivamente su realización en esa específica dimensión de sentido. Como veremos con más detalle en la sección siguiente, la función del dolo está ligada, en efecto, a la tarea de determinar el significado público o intersubjetivo del hecho a partir de la dimensión interna de su realización, que codetermina el significado del suceso en tanto que ejercicio de agencia.

Vistas las cosas de esa manera, el error vencible de prohibición no es un caso anómalo, ni mucho menos erróneo, de afirmación del dolo, sino un supuesto en el que se hace especialmente visible que la función de ese elemento no es prospectiva sino retrospectiva. A mi juicio, el dolo es compatible incluso con una ausencia total de conciencia de la ilicitud –sin perjuicio de que en ese supuesto sea asignificativo e impune–, puesto que no es contra el *deber* expresado en la norma como la conducta dolosa adquiere su particular valor expresivo, sino en relación con el *contenido proposicional* de la misma.

El dolo es un *carácter del acto* que contraviene la norma, y solo por ese motivo y en tal medida puede ser asociado refutablemente a un grado mayor de déficit de seguimiento. Si las acciones dolosas son vistas como quebrantamientos más intensos de las normas no es porque lo sean de su dimensión imperativa, sino

propiedades de su acto constituiría una reprobación puramente moral e inadmisibles de su conducta. Pues, asumiendo que en una sociedad pluralista la única base legítima de reprobación es el deber, con la ignorancia de la prohibición desaparecerían las posibilidades de reprocharle su ejecución como no fuese, precisamente, en la dimensión que todavía le puede ser imputada: la de haber desatendido el deber. Sin embargo, este argumento de neutralidad no me parece certero, ya desde el momento en que, en rigor, impide incluso equiparar el error de prohibición al de tipo: si sin conciencia de la prohibición ninguna consideración cualitativa es válida, entonces todo agente en error vencible sobre la ilicitud de su acto realizaría un único ilícito de desatención normativa, que debería ser sancionado uniformemente. En lugar de ello, cuando un individuo es responsable de ignorar la prohibición del acto que ejecuta, es responsable de ese acto y no de una falta genérica originada en la infracción de sus incumbencias. En cambio, cuando un sujeto es responsable de ignorar las propiedades del acto que realiza, no puede ser considerado agente del acto definido por esas propiedades, sino que solo le pueden ser atribuidas sus consecuencias. Entiendo que esta asimetría es consecuencia, por otra parte, del carácter instrumental de las normas, en el sentido de que su finalidad última es evitar actos lesivos, y que esa asimetría guarda correspondencia además con la que impone a la comunicación normativa la condición de autoridad del emisor de las normas.

porque constituyen la realización u omisión por antonomasia de *aquello* que es objeto de prohibición o de mandato. Dicho brevemente, la fuerza expresiva de las acciones dolosas deriva primordialmente de sus relaciones con el operando y no con el operador de la norma quebrantada.

En contraste con lo señalado, el enfoque prospectivo teoriza el dolo como si este consistiera en una pura expresión de desacato, con lo que ofrece de él una imagen distorsionada. Una cosa es que el dolo y la culpa tengan sentido penal solo si en definitiva puede afirmarse que el autor ha incurrido en algún grado de infidelidad al derecho, y otra muy distinta es que aquellos elementos constituyan únicamente grados diversos de esa falta de adhesión normativa. Y en sentido similar, una cosa es admitir que el dolo repercute en un grado mayor de infidelidad al Derecho cuando la hay, y otra muy distinta es concebirlo específica y exclusivamente como una actitud paradigmática de desobediencia.

Considérese, por último, que si el (des)valor del dolo se redujese efectivamente a la mera expresión de un desacato normativo las drásticas diferencias que separan al régimen punitivo del dolo del de la culpa serían en último término inexplicables. Ello, porque la determinación del grado de infidelidad jurídica del agente no depende solo de que haya obrado con dolo o con culpa, sino del efecto conjunto de todos los factores de la culpabilidad. Por tal razón, bien puede ocurrir que la actitud antinormativa demostrada por un autor doloso pero semi-imputable –o la de un sujeto que haya obrado en condiciones de parcial exigibilidad de otra conducta, o bien bajo la concurrencia combinada de factores de atenuación de la culpabilidad– sea menor que la demostrada por un autor imprudente⁶¹⁸. Luego, si el dolo no fuese más que otro factor incidente sobre el grado de dicha infidelidad, ¿qué sentido tendría que el legislador cerrara de entrada la posibilidad de castigo de la ejecución culposa de la mayoría de los delitos? Y una vez tomada esta decisión, ¿por qué habrían de seguir castigándose hechos dolosos por debajo del umbral de culpabilidad (infidelidad) predicable de un hecho imprudente plenamente culpable? Si se reflexiona sobre esto es posible advertir que tales

⁶¹⁸ La concepción generalmente compartida de la culpabilidad no limita la reducción del reproche que puede tener lugar a causa del efecto combinado de los factores que sirven para determinarla, por lo que la infidelidad al derecho de un autor doloso admite una reducción indefinida hasta llegar a su práctica inexistencia. Esto se confirma con las posibilidades que admite el cálculo de penas en el derecho vigente, a partir de lo dispuesto, por ejemplo, en los artículos 21.1 y 68 del Código Penal.

diferencias de régimen responden a una comprensión de la función del dolo que no se deja reducir a los estrechos márgenes del enfoque prospectivo⁶¹⁹.

4.3. Críticas a la función de llamada del dolo. Componentes retrospectivos de esta tesis

También la tesis de la función de llamada se ve afectada por las consideraciones que se acaba de exponer, en la medida en que también ella es tributaria de un enfoque motivacional del dolo. En realidad, es contingentemente posible que el dolo haga más fácil evitar un error de prohibición, pero ello no habilita para definir el conocimiento propio de este elemento como aquel que permite percatarse de la ilicitud de la conducta, o percatarse de ella con mayor facilidad, ya que, como se ha dicho, su aporte específico al establecimiento de la existencia de un hecho punible no concierne primariamente a la disposición del individuo al seguimiento normativo, sino a la determinación del significado atribuible al hecho a partir de su perspectiva interna de ejecución.

Lo dicho podría hacer innecesario examinar más a fondo los problemas de consistencia interna que, por otra parte, gravan a la tesis de la función de llamada, si no fuese porque una mirada más atenta a la misma puede ayudar a comprender mejor por qué algunas de las características que tradicionalmente se atribuyen al

⁶¹⁹ Llegados a este punto, el lector atento puede tener la impresión de que en el texto se polariza innecesariamente un debate que no requiere desarrollarse en esos términos. Hasta cierto punto eso es efectivo; después de todo, para defender la teoría del dolo no se precisa argumentar que el desvalor del dolo consista *únicamente* en un desacato de la autoridad de la norma, es decir, que consista en una actitud específicamente normativa del individuo. Basta con sostener que no puede haber dolo *sin* desobediencia de la norma. Sin embargo, las razones citadas para rebatir el enfoque prospectivo no persiguen refutar la teoría del dolo (al respecto he mencionado las razones por las que me inclino por la teoría de la culpabilidad), sino que buscan poner en evidencia la unilateralidad del discurso que se utiliza para postular un regreso al *dolus malus*; un discurso centrado en la afirmación de que el significado del delito consiste *exclusivamente* en la desautorización de una norma, fuera de la cual no habría nada que tenga interés para el Derecho penal, y para el que la ubicación del dolo en el tipo no posee más que una dudosa función pedagógica. Por supuesto, incluso un enfoque como ese ha de hacer espacio en algún momento al hecho evidente de que toda infracción normativa lo es de alguna norma en particular, lo cual supone vincular la falta de seguimiento con un hecho específico y eventualmente con una determinada actitud del sujeto hacia él. El punto es que una adecuada formulación de ese aspecto del dolo es incompatible con una unilateralización del lenguaje prospectivo, como se intenta mostrar en el texto.

dolo no cuadran con el enfoque prospectivo en el que se las pretende asentar, sino que responden a la función que ese elemento desempeña en la retrospectiva.

Como vimos, si bien la tesis señalada asume que el conocimiento del hecho y el de su antijuridicidad son insumos cognitivos independientes, plantea no obstante que el dolo debe poseer una cierta capacidad evocativa de la ilicitud de la conducta. Y ello, no como un mero postulado acerca de lo que sería deseable que el legislador consiguiera a través de la formulación de los tipos penales, sino como una exigencia funcional que, en caso de no ser satisfecha, conduciría a juicio de algunos autores a negar excepcionalmente el dolo en supuestos de error sobre la ilicitud de la conducta.

Ahora bien, al margen de que esa solución pueda ser correcta en más de un caso, una observación más atenta revela algunas particularidades de esta tesis difíciles de soslayar. Por una parte, es claro que, al negar el dolo cuando la representación del hecho típico no es suficientemente indiciaria de su ilicitud, esa tesis reduce significativamente la separación planteada por la teoría de la culpabilidad. Sin embargo, lo que llama más la atención es la manera como procesa la relación que existiría entre el conocimiento del hecho y el conocimiento de su ilicitud. Cabría pensar que la necesidad de que el dolo provea de una base para que el agente pueda deducir la existencia de una prohibición sería un requisito para la aplicación del régimen más estricto del error de prohibición vencible, toda vez que entonces efectivamente podríamos decir que, por haber estado en condiciones de percibir la ilicitud de su conducta, el hecho de que no haya dado ese paso debe ser interpretado como un fallo de su parte. Pero entonces, en los casos en que ese requisito no pudiera darse por cumplido, lo lógico sería pensar que la falta de reconocimiento de la prohibición ya no sería interpretable como un fallo del agente, y que esto, en el marco de un sistema de separación cognitiva, condujese a afirmar un error invencible de prohibición. No es esto, como sabemos, lo que plantea la tesis comentada, pues su rasgo distintivo reside precisamente en que propone tratar los supuestos de ignorancia de la ilicitud originados en el carácter socialmente neutro de la conducta como errores de tipo y no de prohibición. Para el caso de error vencible, esta solución es difícil de justificar.

Antes de proseguir, conviene aclarar que el hecho de que un determinado tipo sea poco o nada indicativo acerca de la ilicitud de la conducta no hace automáticamente invencible un eventual error de prohibición del agente, ya que pueden presentarse situaciones en que pese a todo la norma haya sido accesible al individuo. Pensemos, por ejemplo, en el caso de quien realiza una operación gravada ignorando que ello

lo obliga a efectuar determinadas declaraciones o registros. Si reconstruimos las figuras pertinentes de delito fiscal como integradas por sus normas de complemento, en la forma planteada por la tesis de la sustitución, es probable que efectivamente obtengamos una descripción neutra de la conducta, cuya representación no sea por sí misma indicativa de ilicitud. Sin embargo, de ello no se puede desprender sin más que si el sujeto falla en reconocer la antijuridicidad de su conducta su error será invencible, pues todavía habrá que analizar si los conocimientos generales con que contaba podían haberlo llevado a plantearse la eventual concurrencia de un deber y la ilicitud de su acto. Así, por ejemplo, la conciencia de que operaciones similares generan deberes tributarios como los omitidos podría ser suficiente para afirmar la accesibilidad de la norma infringida y la evitabilidad del error correspondiente⁶²⁰.

Pues bien, el verdadero alcance de la idea de tratar los supuestos de ignorancia de la antinormatividad de una conducta descrita en un tipo en forma neutra como casos de insuficiencia del dolo se muestra precisamente cuando el error es de esta clase, es decir, cuando es vencible. Y se traduce en la decisión de someter la conciencia de la prohibición -en ese grupo de casos en particular- a un régimen de *facticidad*⁶²¹, conforme al cual, pese a reconocerse la exigibilidad de la conciencia normativa, se declara la exclusión del dolo (y de la punibilidad de la conducta, en la mayoría de los casos). Una decisión como esa no tiene ninguna justificación desde el punto de vista prospectivo. Si dadas las circunstancias particulares del caso se puede concluir que la prohibición era accesible al individuo, la función del dolo - que se ha definido como hacer *posible* el conocimiento de la antinormatividad de la conducta- no puede declararse incumplida⁶²².

Por lo tanto, la posición de quienes se apoyan en la función de llamada para atenuar las consecuencias de la aplicación de la teoría de la culpabilidad, en el caso de ciertas leyes penales en blanco, es cuestionable no solo desde el punto de vista de la compatibilidad de las diversas afirmaciones implicadas en ese razonamiento, sino también porque ese argumento es incapaz de brindar sustento a la negación del

⁶²⁰ Sobre el tema, cfr. CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, especialmente p. 167 y ss.; NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho*, especialmente p. 107 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, p. 155 y ss.

⁶²¹ Por oposición a un régimen de responsabilidad en la exclusión de la conciencia de la ilicitud; vid JAKOBS, *"Dolus Malus"*, p. 6.

⁶²² En especial, si por otra parte se está dispuesto a sostener que el error invencible de prohibición no impide la atribución del dolo.

dolo en los supuestos en que la ignorancia de la ilicitud es reprochable al propio individuo. Dicho de otro modo, cuando conforme a esa línea de argumentación se señala que en los casos de desconocimiento vencible del deber tributario o alimenticio debe aplicarse localmente la teoría del dolo, lo que se postula es una solución cuyo fundamento explícito se encuentra refutado por la propia evitabilidad del error que se plantea como supuesto⁶²³.

En lugar de lo que plantea la tesis comentada, la justificación del rechazo del dolo en esas situaciones se encuentra a mi modo de ver en las siguientes razones: (a) en el hecho de que en muchos tipos penales la antinormatividad de la conducta forma parte de las determinaciones de sentido en virtud de las cuales se la considera digna de castigo; y (b) en que, contrariamente a lo que se suele pensar, el desvalor propio del dolo no reside en capacitar al agente para la comprensión de la antinormatividad de la conducta y el seguimiento de la norma primaria, sino en la fuerza con que pragmáticamente puede atribuírsele la realización de la hipótesis específica de infracción prevista en la norma secundaria.

En la sección siguiente nos ocuparemos de desarrollar este enfoque retrospectivo o proposicional del dolo.

⁶²³ Por supuesto, lo que se acaba de apuntar no persigue sostener que la exclusión del dolo en estos casos sea incorrecta, sino solo que el fundamento de su descarte no puede cifrarse en el incumplimiento de la función posibilitante del seguimiento normativo. En otras palabras, si acaso es correcto aplicar un criterio de facticidad a algún supuesto de error vencible sobre la prohibición mencionada en un tipo, entonces esa es una buena demostración de que es incorrecto postular que la función del dolo sea puramente prospectiva, porque si esa fuese su función no tendría sentido negar el dolo cuando el individuo ha podido conocer la prohibición.

SECCIÓN SEGUNDA

UN ENFOQUE PROPOSICIONAL DEL DOLO

A. FUNDAMENTOS

1. Introducción

De acuerdo con una conocida doctrina heredada del finalismo, las acciones son movimientos corporales, o abstenciones de movimiento, realizadas por un sujeto con miras a un fin determinado⁶²⁴. Por ello admitirían conceptualmente ser descompuestas en una faz externa -integrada por el movimiento corporal y el cambio asociado a él- y una faz interna -constituida por la *voluntad final*-⁶²⁵. La doctrina finalista se encuentra prácticamente abandonada en la actualidad por diversas razones⁶²⁶, pero eso no significa que su propuesta conceptual acerca de la acción sea errada. Al menos en sus manifestaciones paradigmáticas, la acción humana efectivamente es "ejercicio de voluntad final"⁶²⁷, en el sentido de que quien actúa realiza un movimiento -o se abstiene de realizarlo- orientado por una meta, cualquiera esta sea. Desde las actividades más simples, como atarse los zapatos, hasta otras más complejas, como abrir un negocio o sacar una carrera, por ejemplo, todas suponen múltiples actos parciales integrados a un propósito global que da sentido al conjunto y a partir del cual es posible visualizar cada eslabón de la serie como un medio para la obtención del fin propuesto. Solo por citar una opinión coincidente de un autor en absoluto conectado con el finalismo, cabe mencionar

⁶²⁴ WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 39 y ss.; EL MISMO, *El nuevo sistema del Derecho penal*, p. 41 y ss. Sobre los puntos de contacto de esta tesis con la posición del primer BINDING y con los autores hegelianos, véase MOLINA, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 303 s.

⁶²⁵ WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 40-41; EL MISMO, *El nuevo sistema del Derecho penal*, p. 42-44.

⁶²⁶ En general, porque se estima que es incapaz de dar cuenta de las acciones imprudentes (en contra, STRUENSEE, "El tipo subjetivo del delito imprudente", p. 423 ss.) y de las omisiones; pero sobre todo porque se considera metodológicamente equivocado situar la estructura ontológica de la acción en el centro del sistema penal y pretender deducir de allí la solución para la mayoría de los problemas fundamentales del Derecho penal (cfr, ROXIN, "Contribución a la crítica de la teoría final de acción"; también *Derecho penal*, PG, nm. 8/18, p. 240 y ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 236 y ss.).

⁶²⁷ WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 39; EL MISMO, *El nuevo sistema del Derecho penal*, p. 41.

que también Von Wright considera que la mayoría de las acciones pueden describirse como provocar o efectuar un cambio *a voluntad*⁶²⁸.

Una de las razones del abandono del concepto de acción final reside en que el Derecho penal también atribuye responsabilidad a las personas por la causación de consecuencias no deseadas y aun por consecuencias no previstas por el agente, supuesto que haya debido preverlas y evitarlas. Esto ha movido a la doctrina a buscar formulaciones que le permitan abrazar todas las hipótesis punibles (activas, omisivas, dolosas e imprudentes)⁶²⁹ en un supraconcepto de acción más abstracto⁶³⁰, generalmente de naturaleza contrafáctica⁶³¹, que capture un rasgo penalmente relevante y común a todas las modalidades punibles. En el intertanto, los últimos sesenta años han sido testigos en diversos ámbitos del conocimiento de un enorme interés por profundizar en la comprensión teórica de la acción humana⁶³². Como resultado, la filosofía de la acción⁶³³ –sobre todo la de habla

⁶²⁸ VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 53. Aunque observa, en otro lugar, que no toda acción supone la señalada dualidad interno-externo a que se acaba de aludir en el texto, pues todos realizamos actos mentales –como pensar o recordar– que no tienen un correlato exterior. También considera que la palabra acción o actividad puede ser empleada para referirse a movimientos que no tienen un correlato interno, como los actos reflejos, aunque excluye estos supuestos del uso teórico del término; cfr, VON WRIGHT, *Explicación y comprensión*, p. 111 y s.

⁶²⁹ Sobre la naturaleza conductual de la posesión, por todos COX, *Delitos de posesión*, p. 120 y ss.

⁶³⁰ Sosteniendo, por ejemplo, que lo que determina la existencia de una acción es su *significado social* (Cfr. JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 238), o bien el hecho de ser una *manifestación de la personalidad* del autor (Cfr ROXIN, *Derecho penal, PG*, nm. 8/43, p. 252 y ss.).

⁶³¹ Como la concepción negativa de la acción, que la presenta ¡como “el no evitar evitable estando en posición de garante” (HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, 177, citado por ROXIN, *Derecho penal, PG*, nm. 8/32, p. 247.); o bien como la “objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma” (JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción”, en *Estudios de Derecho penal*, p. 118) o la “asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma” (*Ibidem*, p. 124).

⁶³² La acción ha sido objeto preferente de la atención filosófica, tanto teórica como práctica, al menos desde la antigüedad clásica. Pero no cabe duda de que desde mediados del siglo pasado la reflexión teórica sobre la acción se ha visto muy enriquecida como consecuencia del impulso recibido desde la filosofía analítica y en particular de los trabajos seminales de ANSCOMBE (*Intention*, 1957) y DAVIDSON (*Actions Reasons and Causes*, 1963). Una breve introducción a diversos aspectos del enfoque contemporáneo de esta materia puede encontrarse en GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, pp. 25-59. Para una visión más amplia y detallada de los diversos aspectos que comprende la investigación actual en este terreno, véase O’CONNOR/SANDIS (ed.), *A Companion to Philosophy of Action*, Wiley-Blackwell, 2013.

⁶³³ Y no solo ella: muchos de los temas fundamentales en esta materia son objeto asimismo de la filosofía de la mente, la filosofía del lenguaje, la psicología y las neurociencias.

inglesa- ofrece hoy en día una amplia gama de conceptos y teorías que escrutan con finura y rigor las más variadas cuestiones concernidas en la explicación de la conducta y la agencia de los individuos⁶³⁴. Ciertamente, mucho de lo que allí se discute carece de una incidencia directa sobre los asuntos que interesan al Derecho penal. El debate teórico sobre la acción tiene por ejemplo como cuestión central - aunque en ningún caso única- la relativa a cómo las capacidades intelectivas y volitivas de los sujetos originan su comportamiento, y toma como paradigma la acción intencional⁶³⁵ y no la clase de situaciones que resultan más problemáticas para el Derecho punitivo, como son precisamente aquellas en que al agente se le imputa un acto no intencional, en el sentido corriente del término⁶³⁶. La índole fundamentalmente práctica de estos problemas no excluye la posibilidad de aprovechar algo del aparato técnico de la filosofía de la acción e incluso algunas de sus tesis para el análisis de los conceptos de imputación, tal como lo viene haciendo la doctrina angloamericana⁶³⁷ y comienza a ser más frecuente en nuestro entorno cultural⁶³⁸. De todo ello, interesa rescatar apenas un aspecto que es de gran importancia para el tema que estamos abordando, cual es el de la conexión entre acciones y descripciones.

⁶³⁴ Sobre la agencia de los animales-no humanos, cfr. GLOCK, "Animal Agency", p. 384 y ss., y BEKOFF, "Action in Cognitive Ethology", p. 393 y ss. DAVIDSON, "Animales racionales", en *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*, p. 141-155.

⁶³⁵ Crítico al respecto, MILLGRAM, "Pluralism about Action", p. 90 y ss.

⁶³⁶ A causa de esta disparidad de enfoques y perspectivas no es infrecuente que, llegados a esta clase de supuestos, las opiniones de los teóricos del comportamiento adopten un aire más cauteloso y hasta dubitativo. Un ejemplo entre muchos podemos encontrar nuevamente en la opinión de VON WRIGHT sobre la cuestión de si es correcto afirmar o no que lo que alguien hace de modo no intencional es también una acción suya: "Consideremos nuevamente el ejemplo de la acción tripartita de pulsar un botón, abrir una ventana y refrescar una habitación. Supongamos que una consecuencia ulterior de esta acción es la de que una persona que se encuentra en la habitación empiece a tiritar, siendo esto previsible por parte del agente. Su intención no era, sin embargo, hacer que otra persona tiritase. Era más bien, digamos, dejar que entrara aire fresco en la habitación. ¿Diremos en este caso que el agente hizo que otra persona tiritase, aun cuando su actuación no fuera intencional a tenor de la descripción dada? Tengo mis dudas sobre la existencia de criterios unívocos de decisión. No cabe decir que de modo no intencional hizo tiritar a otra persona, puesto que sabía que esto iba a ocurrir y estaba actuando intencionalmente. Pero tampoco sería correcto asegurar, sin mayores distinguos, que provocó intencionalmente la tiritona" (VON WRIGHT, *Explicación y comprensión*, p. 114 y s.)

⁶³⁷ Puede verse una muestra representativa en DUFF-GREEN (ed.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, en especial pp. 151-376, Oxford University Press, 2011.

⁶³⁸ Destacadamente MAÑALICH, por ejemplo en *Norma, causalidad y acción*.

2. Acción y descripción

De un modo muy general –pero no exento de polémica en sus detalles– puede decirse que las acciones son movimientos corporales o abstenciones que tienen su origen en las creencias y deseos de un agente⁶³⁹. Ello las convierte, como se ha dicho, en fenómenos bidimensionales, en el sentido de que externamente pueden ser consideradas como simples eventos –sucesos dotados de eficacia causal y susceptibles de descripción, por ejemplo, en razón de las consecuencias que generan–, e internamente, como el resultado del deseo de un individuo de realizar ese movimiento por alguna razón⁶⁴⁰. Muevo mi mano voluntariamente en tal dirección porque *quiero* evitar que la ventana se golpee y porque *pienso* que poniéndola así podré evitar que se cierre; tuerzo a la izquierda en la siguiente esquina porque *quiero* llegar pronto a tal sitio y porque *creo* que por allí llegaré más rápido.

La conexión específica entre los deseos y creencias del agente, por un lado, y sus correspondientes acciones, por el otro, es materia de gran controversia. La posición

⁶³⁹ Lo dicho no pretende ser más que una *aproximación* y en ningún caso una definición. Como aproximación simplemente reúne los rasgos que podrían ser aceptados por una amplia mayoría como un recuento de lo esencial que cabe reconocer en una acción. Pero es sin duda insuficiente como *concepto* porque no da cuenta de las cuestiones centrales que verdaderamente deciden el uso apropiado o inapropiado del término. Más aun, incluso una aproximación tan general como la señalada envuelve compromisos que son cuestionables desde diversos puntos de vista. Por ejemplo, se puede sostener que las acciones *no* son movimientos corporales, pues hay acciones que no requieren de una manifestación exterior, como pensar o recordar, y en los que tampoco tiene sentido hablar de un una abstención de movimiento (Sobre esta clase de actos, PROUST, “Mental Acts”, pp. 209-217). Por otra parte, es dudoso que las acciones que sí tienen un correlato exterior puedan ser *identificadas* con los movimientos corporales respectivos, por el hecho de que –como veremos enseguida– un mismo movimiento corporal puede dar origen a varias acciones. Tampoco es verdad que toda acción tenga que ser realizada por una razón: silbar, por ejemplo, es algo que se puede hacer sin motivo alguno, lo que no impide calificarla como un acto intencional (ALVAREZ, *Kinds of Reasons*, p. 103; en el mismo sentido, SEARLE, *Intentionality*, p. 84 y s.). Incluso una intención de hacer algo en el futuro puede carecer de una razón que propiamente dé cuenta de ella (DAVIDSON, “Intending”, p. 84). Como se habrá notado, en esta “aproximación” evito emplear el término “intención”, dado que las relaciones entre esta y el par cognitivo-volitivo que racionaliza una conducta es también materia de amplia controversia (Un resumen de las posiciones en MELE, “*Intention*”, p. 108 y ss.).

⁶⁴⁰ MANRIQUE, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, p. 32 y ss. VON WRIGHT, *Explicación y comprensión*, p. 111.

dominante en la filosofía anglosajona⁶⁴¹, al menos desde *Actions, Reasons and Causes*⁶⁴² sostiene que esa relación es de orden causal, es decir, que los deseos y creencias del agente constituyen la causa eficiente de la acción que ejecuta⁶⁴³. La controversia pasa por distinguir entre *tener* una razón para actuar de cierto modo y actuar *por* ella. Pues, en efecto, un individuo puede tener una razón para hacer algo y actuar por una razón distinta, o bien no actuar en absoluto. Decir, entonces, que ha obrado por una razón determinada equivale a decir, de acuerdo con esta tesis, que esa razón, junto con la proactitud correspondiente, ha sido la causa de su conducta⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Comúnmente considerada la "versión estándar" de la acción, aunque no sea en realidad una doctrina única sino más bien un conjunto de teorías que aceptan un esquema causal de explicación de la acción (cfr. AGUILAR/BUCKAREFF, "The Causal Theory of Action: Origins and Issues", p. 1 y s.

⁶⁴² DAVIDSON, 1963.

⁶⁴³ Una breve exposición en DAVIS, *The Causal Theory of Action*, pp. 32-39; una síntesis histórica en AGUILAR/BUCKAREFF, "The Causal Theory of Action: Origins and Issues", p. 1-26.

⁶⁴⁴ El argumento continúa señalando que la conexión entre lo que se hace y la razón *por* la que se actúa no se explica, sino que más bien se oscurece, si en lugar de plantearla como una relación de causación se presupone un agente que provoca sus acciones de un modo no causal. Ello, se sostiene, no solo reflota los problemas del dualismo cuerpo-mente (MOORE se refiere de un modo un tanto despectivo a la concepción contraria como la visión "misteriosa" de la acción, debido a que esta sostiene que la agencia humana sería especial por estar situada al margen de la matriz causal-explicativa de la ciencia; cfr. MOORE, "Renewed Questions about the CTA", p. 29) sino que de todas formas presupondría implícitamente la misma causalidad que explícitamente rechaza (Cfr. O'CONNOR, "Reasons and Causes", p. 129-138; con mayor detalle, STOECKER, "Action Explanation", pp. 15-31). Como cuestión colateral cabe mencionar, en todo caso, que la versión estándar de la Teoría Causal de la Acción, según la cual las acciones son movimientos causados y racionalizados por creencias y deseos, entiende esa afirmación en un sentido algo distinto del que posee en el contexto general de la filosofía de DAVIDSON (STOECKER, op. cit., p. 16). La mayor parte de los filósofos que adhieren a ese enfoque sobre la acción entienden que la voluntad y los pensamientos causan las acciones esencialmente del mismo modo como la caída de un árbol causa un corte del tendido eléctrico, lo cual, para los críticos de esa teoría, implica indefectiblemente reducir la mente humana a un fenómeno físico. La concepción de DAVIDSON sobre la causalidad es más matizada, pues él introduce una distinción entre *relaciones* causales y *explicaciones* causales, que aquí cobra importancia. Las relaciones causales solo existen entre eventos y se cumplen independientemente de cómo se describan esos eventos (es decir, son *extensionales*), mientras que las explicaciones causales están constituidas por afirmaciones acerca de eventos mediante las cuales se intenta explicar esos fenómenos según una cierta descripción (lo cual significa que son *intensionales*). Ahora bien, dado que para DAVIDSON las razones y los deseos son *estados* mentales y no eventos, y que además ellos hacen inteligibles los fenómenos bajo una cierta descripción y no bajo otra, la afirmación de que las razones causan las acciones significa que el contenido de esos estados mentales explica las acciones y que esa explicación es de orden causal (STOUTLAND, "Interpreting Davidson on Intentional Actions", p. 301). La

Para otro sector, probablemente más heterogéneo, de filósofos ningún enfoque causal puede constituir una explicación suficiente de la acción, ya que la naturaleza de esa explicación sería irreduciblemente teleológica⁶⁴⁵. Las razones -se apunta- son

importancia que DAVIDSON asigna a las conexiones conceptuales entre razones y acciones explica por lo demás por qué aparentemente él nunca concibió su propia tesis como *antagónica* a la de ANSCOMBE, considerada en la actualidad como un paradigma del enfoque teleológico (STOUTLAND, op. cit., p. 297; véase también).

⁶⁴⁵ Sus críticos (CHISHOLM, FRANKFURT, VON WRIGHT, HORNSBY, VELLEMAN, SEHON, entre otros) le objetan principalmente: (a) que concebir las razones y deseos del agente como causas de las acciones supone dejar al agente fuera de la explicación de la conducta, al ser éstas explicaciones basadas en relaciones entre *eventos*, (b) que es insuficiente para comprender la *conducción* de las acciones mientras se realizan, y (c) que compromete con una posición reduccionista sobre los fenómenos mentales (Un panorama de estas objeciones y una discusión de los puntos de vista en discordia puede encontrarse SMITH, "The Standard Story of Action: An Exchange I", p. 45-55; HORNSBY, "The Standard Story of Action: An Exchange II", y en O'CONNOR, "Reasons and Causes", p. 129-138). Por otra parte, la teoría causal encuentra también dificultades internas. Por ejemplo, dada la inexistencia de leyes generales sobre la actividad humana, su compatibilidad con una causalidad regida por leyes se encuentra en entredicho (aunque no para quienes sustentan una concepción no humeana de la causalidad o un monismo anómalo como el de DAVIDSON (DAVIDSON, "Mental Events", p. 207 y ss.; MCLAUGHLIN, "Anomalous Monism", p. 410-442). Asimismo, diversas situaciones particulares desafían una aproximación causal simple y requieren de una explicación más elaborada, como es el caso de las omisiones (que pueden ser consideradas como acciones omisivas o como casos de ausencia de acción; cfr. BACH, "Refraining, Omitting and Negative Acts", pp. 50-57; un interesante debate al respecto en AGUILAR/BUCKAREFF (eds.), *Causing Human Actions*, pp. 115-165), de la acrasia o debilidad de la voluntad (DAVIDSON, "How is Weakness of Will Possible?", pp. 21-42; FERRERO, "Intention", p. 82 y ss.; TENEMBAUM, "Akrasia and Irrationality", p. 274-281), y como es también el caso -probablemente más interesante para el Derecho penal- de lo que se hace sin querer cuando se intenta hacer otra que sí se desea realizar. Si un sujeto alarga el brazo para tomar la sal y bota por ejemplo el pimentero en su intento, la teoría pareciera conducir a afirmar erróneamente la intencionalidad de esta última acción por el hecho de haber sido causada a fin de cuentas por una razón primaria (la de alcanzar la sal). No es difícil sortear ese escollo precisando las condiciones causales requeridas, por ejemplo aclarando que una acción es intencional cuando lo que causa su realización es la intención de realizar esa acción y no otra, esto es que una acción Φ solo es intencional si es causada por el deseo de hacer Φ (DAVIDSON, "Intending", p. 87; DAVIS, "The Causal Theory of Action", p. 33). Pero aun hecha esa precisión subsisten dificultades como las que plantean las realizaciones desviadas de una determinada intención (*deviant actions*), destacadas por el propio DAVIDSON (en "Freedom to act", *Essays on Actions and Events*, p. 79). Para sortear este escollo normalmente se acota que el complejo deseo-creencia debe causar la conducta *del modo apropiado*. Esto puede ser entendido como una referencia a los medios causales pretendidos por el agente o bien al modo como usualmente ocurre la realización de esa clase de intenciones, pero ninguna de esas estrategias está exenta de problemas (Cfr. STOUT, "Deviant Causal Chains", p. 159 y ss.; abarcando otros casos de desviación causal, AGUILAR, "Agential Systems, Causal Deviance, and Reliability", p. 85-100).

la única explicación apropiada de las acciones humana, y las explicaciones basadas en razones no son de naturaleza causal⁶⁴⁶. Sin embargo, parece ser más fácil negar el carácter causal del nexo entre una acción y las creencias que la racionalizan que perfilar una explicación distinta⁶⁴⁷. En ese sentido, la línea argumental más frecuentada es la que destaca el carácter *normativo* de las intenciones; esto es, el hecho de que, supuesto un determinado binomio de creencia y deseo, su contenido define lo que sería apropiado que el agente hiciera llegado el caso⁶⁴⁸. Lo usual es que esta característica del razonamiento práctico sea formalizada a través de un silogismo⁶⁴⁹, en el que el deseo expresado en la premisa mayor aporta la dirección de ajuste requerida del comportamiento⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ SEHON, "Teleological Explanation", p. 121-128. Véase también STOUT, "What are you Causing in Acting?", p. 101-113.

⁶⁴⁷ Dos propuestas de explicitación al respecto, en O'CONNOR, "Reasons and Causes", p. 129-138, y en CLARKE, "Agent Causation", p. 218-226. Crítico al respecto, MELE, subrayando que a su juicio cualquier explicación teleológica en términos de una meta o propósito *x* no explica la acción a menos que el deseo o la intención del agente de lograr *x* tenga un efecto relevante en lo que hace (MELE, "Teleological Explanations of Actions", p. 194.)

⁶⁴⁸ Un fino desarrollo de las muchas maneras como una acción puede estar motivada por razones, en ÁLVAREZ, *Kinds of Reasons*, especialmente p. 90 y ss.

⁶⁴⁹ La premisa mayor del silogismo práctico contiene siempre un deseo o una meta del sujeto, la premisa menor una creencia del individuo acerca de los medios que hacen posible o facilitarían la obtención del fin, y finalmente la conclusión expresa la acción que el sujeto tendría que ejecutar o que este derechamente acomete. (Sobre el origen de esta forma de raciocinio en ARISTÓTELES y sobre sus alcances en el contexto de su obra, cfr. VIGO, "La concepción aristotélica del silogismo práctico", pp. 3-39). Existe bastante controversia acerca de cuáles son las particularidades que diferencian a un silogismo práctico de cualquier razonamiento deductivo. ANSCOMBE, por ejemplo, afirma que es un error pensar que la conclusión de un raciocinio de esa índole es una *afirmación* sobre lo que un individuo debería hacer (*Intenciones*, sec. 33), pues a su juicio la conclusión de un silogismo práctico es un *acto*, la realización de una acción, y no una proposición acerca de ella. Por ello "la función de 'querer' en el silogismo práctico -sostiene- es muy diferente de la que posee una premisa" (op. cit., sec. 35, p. 121), pues en realidad con ella no se pretende probar la verdad de ninguna proposición, a menos que se pretenda inferir lo que un sujeto con determinadas creencias haya querido al hacer algo (op. cit., sec. 35, p. 122). Sobre el punto existen, sin embargo, tres posiciones: a) la que plantea, como ya se ha dicho, que la conclusión del silogismo es una acción, b) la que postula que es una intención, y c) la que señala que es una creencia acerca de lo se debería hacer. Un resumen de estas tres visiones puede hallarse en STREUMER: *Practical Reasoning*, pp. 244-251.

⁶⁵⁰ Pues, mientras creer algo es un estado mental caracterizado por una dirección de ajuste mente-mundo, desear algo es un estado mental que posee una dirección de ajuste mundo-mente (Cfr. ANSCOMBE, *Intención*, sec. 32). Una interesante crítica a esta afirmación en ALVAREZ, *Kinds of Reasons*, p. 66 y ss.

Sea como fuere, es sin duda una característica distintiva de las acciones el hecho de ser materia de *elección*⁶⁵¹ y que esa elección -de fines y de medios- es guiada por razones⁶⁵². Pero eso supone, evidentemente, que las acciones sean identificadas como portadoras de propiedades conducentes a la obtención del objetivo propuesto, es decir, que el agente atribuya a la acción proyectada determinadas características que la conviertan en un fin o un medio preferible a otros cursos de acción. Un conocido pasaje de Davidson refleja esto con claridad:

“Dar la razón por la que un agente hizo algo consiste a menudo en designar la pro actitud (a) o la creencia relacionada (b) o ambos; permítaseme llamar a este par la *razón primaria* por la que el agente ha ejecutado la acción⁶⁵³. (...) *R* es una razón primaria por la que un agente ejecutó la acción *A* bajo la descripción *d* solo si *R* consiste en una pro actitud del agente hacia acciones con una cierta propiedad y en una creencia del agente de que *A*, bajo la descripción *d*, posee esa propiedad⁶⁵⁴.”

Que una acción esté causada, guiada o motivada por razones significa, entonces, que la proposición que la describe -como instanciación de determinadas propiedades relevantes- guarda una determinada relación con esas razones. En este sentido:

“Sabemos ya *por la descripción de la acción*, que debe haber sido causada por un cierto binomio de creencia y deseo, y sabemos que tal acción es justo lo que ese par deseo-creencia es apropiado para causar⁶⁵⁵.”

Ahora bien, como objeto de una descripción posible, las acciones revisten diversas peculiaridades. Así, en tanto que *evento*, una misma conducta puede ser descrita de muchos modos. Para comenzar, se la puede descomponer en otras más simples: escribir estas palabras, por ejemplo, puede ser descrito como mover los dedos de

⁶⁵¹ ALVAREZ, *Kinds of Reasons*, p. 17.

⁶⁵² La razón por la que se actúa no necesita ser correcta, pues lo que importa desde el punto de vista de lo que mueve al individuo a actuar es lo que él cree, independientemente de que puedan ser razones rechazables a la vista de terceros o sencillamente equivocadas (ANSCOMBE, *Intención*, sec. 40; DAVIDSON, *Essays in Reasons and Causes*, p. 84). En parcial desacuerdo, Álvarez sostiene la necesidad de distinguir entre razones que *motivan* y razones que *explican* la acción, ALVAREZ, *Kinds of Reasons*.

⁶⁵³ DAVIDSON, “*Actions, Reasons and Causes*”, p. 4.

⁶⁵⁴ DAVIDSON, “*Actions, Reasons and Causes*”, p. 5, destacado añadido.

⁶⁵⁵ DAVIDSON, “*Problems in the Explanation of Actions*”, en *Problems of rationality*, p. 108, citado por STOUTLAND, “*Interpreting Davidson on Intentional Action*”, p. 302.

una determinada manera sobre el teclado, y matar a otro individuo, como oprimir eventualmente un gatillo⁶⁵⁶.

En la dirección opuesta, las acciones pueden ser descritas en función de una o más de sus consecuencias⁶⁵⁷. ANSCOMBE⁶⁵⁸ propone como ejemplo el de un sujeto que bombea agua envenenada a un edificio, donde hay moradores que urden planes de guerra y que al beber de esa agua de seguro morirán, y luego se pregunta: ¿qué está haciendo este hombre?, ¿cuál es la descripción de su acción? ¿Contrae los músculos de su brazo, hace sonar la bomba, genera curiosas sombras en el suelo, lleva agua a la cisterna, envenena a los moradores, evita una guerra, ocasiona herencias?⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ En esta línea de regresión se discute cuáles son las *acciones básicas* (en la nomenclatura de DANTO) o primitivas (en la de DAVIDSON), es decir, aquellas para la realización de las cuales ya no es preciso realizar nada más, como levantar un brazo. Al respecto, véase SANDIS, "Basic Actions and Individuation", pp. 10-17.

⁶⁵⁷ Siguiendo a VON WRIGHT (*Norma y acción*, p. 56-57; *Explicación y comprensión*, pp. 112-13) algunos autores distinguen entre el *resultado* de una acción y sus *consecuencias*. Con ello se persigue aludir, por una parte, al cambio que puede considerarse intrínseco o conceptualmente ligado a la realización del acto o a su fase terminal (si abro una ventana, el paso de la ventana de estar cerrada a abierta es el resultado de la acción de abrir la ventana), y por la otra, a los eventos posteriores causalmente conectados con el resultado (por ejemplo, que baje la temperatura de la habitación). Aquí no seguiré esa distinción.

⁶⁵⁸ ANSCOMBE, *Intención*, sec. 23.

⁶⁵⁹ Siguiendo la plástica expresión de FEINBERG se suele aludir a esta posibilidad de expandir o contraer la descripción de una acción con solo incluir u omitir alguna de sus consecuencias, como "efecto acordeón" (FEINBERG, "Action and Responsibility", en *Philosophy in America*, Cornell University Press, 1965, pp. 134-160, citado por MCCANN, "Action Individuation", p. 49). Una de las dificultades asociadas a este efecto consiste en determinar cuántas acciones realiza el individuo: si una sola con muchas redescripciones posibles (DAVIDSON), o bien tantas acciones como descripciones podemos dar de lo ocurrido (GOLDMAN). La respuesta depende naturalmente del enfoque que se utilice para individualizarlas. Un enfoque amplio o grueso (*coarse grained*) conduce a afirmar que el individuo realiza una sola acción -por ejemplo, mover el dedo índice de la mano derecha-, que puede ser descrita como "disparar un arma", "matar a la víctima", "sumir a su familia en duelo", etc.; mientras que un enfoque fino (*fine grained*) lleva a sostener que cada una de esas descripciones corresponde a una acción diferente realizada por el individuo. Hay razones a favor de ambos enfoques, pero también motivos para rechazarlos: si se trata de la misma acción, quiere decir entonces el acto de matar a una persona podría ocurrir antes de la muerte de la víctima y quizás también en un lugar diferente, mientras que si afirmamos que son acciones distintas tenemos que conceder que una persona podría actuar en varios lugares a la vez (si se producen consecuencias simultáneas en distintos sitios) e incluso ejecutar acciones después muerta. Sobre el problema de la individualización de las acciones, véase: GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, pp. 41-59; LOWE, "Action Theory and Ontology", p. 5-7; SANDIS,

Por otra parte, dado que las descripciones son intensionales, un mismo evento puede ser singularizado de distintas maneras variando simplemente el modo de presentarlo. Así, si Juan mata a Miguel, podemos decir que causó la muerte de este último, pero también que dejó viuda a Elena y sin padre a Francisco y Andrés, e incluso que redujo en un habitante la población del mundo. Al hacerlo habremos dado de la misma acción una descripción distinta sin siquiera haber aludido a eventos posteriores que sean consecuencia suya o haber proporcionado alguna otra especificación de los movimientos del agente⁶⁶⁰.

A lo dicho hay que sumar, por supuesto, la complejidad (y la opacidad) que introduce la dualidad de perspectivas -interna y externa- desde las que es posible abordar la descripción de una conducta. En este sentido, lo normal es que seamos conscientes de apenas una porción de las descripciones posibles de nuestro comportamiento, en parte porque cuando adoptamos la intención de hacer algo solemos concentrarnos en la acción en tanto que portadora de la propiedad que nos interesa de ella, pero también porque en último término es probable que nunca estemos en condiciones de anticipar todas las consecuencias de nuestros actos. Por ejemplo, si voy a buscar unos papeles a la oficina de al lado no pienso en ello en términos de acciones básicas, ni de consumo energético. Y si un sujeto va a la cocina y enciende la luz es probable que no perciba que al hacerlo ahuyenta a unos ladrones⁶⁶¹, tal como el sujeto del ejemplo de ANSCOMBE tampoco es consciente de evitar una guerra. Como esta misma autora señala:

“un hombre puede saber que está haciendo una cosa bajo una descripción pero no según otra”⁶⁶².

Es perfectamente posible, entonces, que el enunciado descriptivo de una acción en tanto que evento no coincida con la descripción de la misma acción en la

“Basic Actions and Individuation”, p. 10-17; MCCANN, “Action Individuation”, p. 49-61. Una posibilidad intermedia, aunque tampoco libre de dificultades, consiste en utilizar un enfoque grueso pero concebir las acciones como procesos limitadamente extensos, delimitables por referencia a los diversos eventos que dan su identidad a cada acción en particular; al respecto, MCCANN, “Action Individuation”, p. 58 y ss.

⁶⁶⁰ La muerte de Miguel es el mismo *hecho* que determina la viudez de Elena y la orfandad Francisco y de Andrés, así como la reducción de la población mundial, pero eso no asegura que sea una sola y la misma acción, RUBEN, “Cambridge actions”, p. 82-89.

⁶⁶¹ Me refiero al conocido ejemplo de Davidson: un sujeto presiona el interruptor, enciende la luz, ilumina la habitación y, sin saberlo, ahuyenta a unos sujetos que merodeaban por el lugar (DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, p. 4-5).

⁶⁶² ANSCOMBE, *Intenciones*, sec. 6, p. 54.

perspectiva del agente. Que no lo haga no impide interpretar el evento así descrito como una acción del individuo⁶⁶³. Incluso si alguien sustrae unos cuadros de una galería que se quema al año siguiente, el uso del lenguaje nos habilita para decir – de un modo algo debilitado, es cierto– que el ladrón ha salvado las pinturas del incendio⁶⁶⁴.

Dada la complejidad de las relaciones entre una acción y sus descripciones posibles⁶⁶⁵ es conveniente, entonces, distinguir la cuestión relativa a *si* un hecho determinado es una acción, de la pregunta acerca de *cuál* sea la acción ejecutada. Conforme a lo dicho, a la primera pregunta se puede responder –siguiendo a Davidson⁶⁶⁶– de la siguiente manera: si un evento admite varias descripciones pero es intencional solo según una de ellas es una acción también bajo las demás, aunque no sea intencional según estas. Pues ser una acción es una propiedad *extensional* de un evento, mientras que el ser intencional es una propiedad *intensional* del mismo, lo cual significa que el hecho de que un evento dado sea o no una acción no depende de cómo sea descrito, mientras que el hecho de que un evento sea intencional sí depende de cómo se le describa⁶⁶⁷.

En cambio, la pregunta acerca de *cuál* es la acción ejecutada está ligada de un modo más estrecho a las intenciones del agente, en un sentido que se hace patente cuando se piensa en las acciones que no llegan a término. Pues aunque la descripción en tanto que evento de una acción infructuosamente intentada podría

⁶⁶³ A la pregunta sobre cuál es la descripción de la acción que realiza el hombre que acciona la bomba, ANSCOMBE responde: “cualquier descripción de lo que está sucediendo que incluya al hombre como sujeto, y que sea de hecho verdadera” (*Intención*, sec. 23, p. 85). El punto no es pacífico, sin embargo: cfr. GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, p. 51 y s.

⁶⁶⁴ Posiblemente diremos que *el robo* evitó que las pinturas se quemaran, pero dado que quien roba es el ladrón, es él también quien libra a esos objetos de la llamas.

⁶⁶⁵ Con frecuencia, en todo caso, esta misma conexión entre acciones y descripciones es empleada como un argumento en contra de la explicación causal. De acuerdo con un principio planteado por HUME una causa y su efecto deben ser existencias o entidades independientes, característica que no se daría entre la intención de ejecutar un acto y el acto mismo. Pues dado que una razón primaria hace inteligible una acción mediante su redesccripción, no habría dos eventos sino uno solo bajo dos descripciones diferentes. El argumento (utilizado por VON WRIGHT [*Explicación y comprensión*, p. 118 y ss.], con antecedentes en KENNY y MELDEN, y antes en RYLE) presupone, sin embargo, que describir un evento en términos de su causa implica confundir el evento con ella, lo cual no es efectivo: la explicación mediante una redesccripción no es excluyente de una explicación causal (DAVIDSON, “Actions, Reasons and Causes”, p. 13-14).

⁶⁶⁶ DAVIDSON, *Essays on Reasons and Events*, p. 50 y ss.

⁶⁶⁷ BRANDOM, *Hacerlo Explícito*, p. 380.

no exhibir relación alguna, por ejemplo, con la muerte de otro sujeto, bien podría ser el caso que pudiese ser correctamente descrita como una instancia (imperfecta) de *matar a otro*, con tal que ese haya sido el propósito del agente al obrar como lo hizo⁶⁶⁸. Esto provee de una buena razón para estimar que, en principio, la individualización más apropiada de una acción es la que destaca aquello que la distingue de un mero evento y la describe en consonancia con el binomio de creencia y deseo que explica su realización⁶⁶⁹.

3. Acciones y descripciones en derecho penal

Aunque la teoría del delito no siempre lo sitúe en el primer lugar, el primer paso en el proceso de atribución de un hecho punible comienza por identificar un hecho que, en tanto que evento, satisfaga los términos de un tipo, ya que solo entonces hay motivo para iniciar una indagación sistemática acerca de si se cumplen las exigencias normativas y subjetivas que se requieren para declararlo constitutivo de delito.

La determinación de la concurrencia de tales condiciones comienza por algo muy simple, como es constatar que el hecho sea una acción. Para ello basta con que el movimiento corporal o la abstención del individuo haya sido intencional bajo *alguna* descripción⁶⁷⁰. Pero, evidentemente, para el propósito de imposición de penas no da igual que la descripción objetivamente aplicable al suceso coincida o no con la descripción bajo la cual el propio individuo lo haya reconocido. De hecho, desde el punto de vista penal la gravedad de las acciones depende mucho más de su dimensión interna que de su aspecto puramente exterior -como se comprueba al comparar el régimen punitivo de la tentativa con el de la imprudencia⁶⁷¹-, lo que

⁶⁶⁸ Pues, en el fondo, hacer algo es siempre un caso de intentar; cfr. HORNSBY, "Trying to Act", p. 18-25. En sentido similar, ANSCOMBE, *Intención*, sec.36, p. 124: "El signo distintivo de querer es tratar de obtener".

⁶⁶⁹ En este sentido, VON WRIGHT, *Explicación y comprensión*, p. 148; MANRIQUE, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, p. 48 y ss. Sostiene la complementariedad de lo que denomina *acto básico*, *acto resultado* y *acto consecuencia*, GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, p. 113 y ss.

⁶⁷⁰ Las eximentes de conducta son casos de ausencia de *toda* intención.

⁶⁷¹ Desde luego, solo las acciones dolosas se castigan en etapa de tentativa; no así las imprudentes, que requieren consumación. Además, y pese a que la tentativa no produce objetivamente la transformación en el mundo cuya evitación se persigue con las normas de comportamiento y los hechos imprudentes sí, la penalidad de aquella es considerablemente mayor que la de estos en dos sentidos: primero, porque su castigo es de procedencia general y no específico

concuera con el hecho de que en general el mérito o demérito de una conducta depende también de la intención con que se ejecuta⁶⁷². Si alguien se arroja a los pies de un bus en movimiento para salvar a un niño que ha caído, realiza un acto heroico aunque fracase en su intento, de la misma manera que si alguien dispara contra otro sujeto hace algo que merece reprobación aunque yerre el blanco y la víctima resulte ilesa. Otro tanto cabe decir en las situaciones opuestas: la falta de intencionalidad en la ejecución de una conducta que resulta beneficiosa o dañina reduce o incluso excluye el reconocimiento o el rechazo que amerita su autor⁶⁷³, tal como se refleja en nuestra práctica de dar disculpas⁶⁷⁴.

A mi modo de ver, la distinción entre dolo y culpa capta de un modo particular esta consideración moral básica, y es afín a la diferencia que media entre las acciones intencionales y las que no lo son, sin ser exactamente correlativa con esta⁶⁷⁵. Según intentaré mostrar en este apartado, la distinción dolo/culpa constituye más precisamente una bipartición trazada sobre la gama de actitudes en que un individuo, al realizar una conducta, puede encontrarse en relación con una determinada descripción de ella.

Lo dicho implica situar al dolo y la culpa entre los elementos de los que depende la individualización de una acción y, como veremos enseguida, implica sostener además que la distinción entre ambos supone una evaluación pragmática de la intención⁶⁷⁶ del agente; es decir, una determinación del *compromiso* que el par de

(art. 12), y segundo, porque las penas imponibles por tentativa son superiores a las aplicables por la ejecución imprudente del respectivo delito, como se desprende si se cotejan las sanciones contempladas en los artículos 142, 146, 152 y 157, por ejemplo, con las previstas para las figuras dolosas correspondientes, una vez computada la rebaja establecida en el art. 62 CPE.

⁶⁷² Que esto sea así se debe a que las acciones son el compromiso del agente -en tanto que sujeto volente y racional- con el mundo y con las normas, RAZ, "Being in the World", *Agents and their Actions*, p. 79 y ss.

⁶⁷³ Sobre la imputación de la consecuencias valiosas y desvaliosas conforme a la doctrina kantiana, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 125 y ss.

⁶⁷⁴ AUSTIN, *Cómo hacer cosas con palabras*, conferencias IV-VI. Sobre la importancia que asignamos a las actitudes que reconocemos en las acciones de los demás hacia nosotros, en especial en las que nos afectan negativamente, véase STRAWSON, *Libertad y resentimiento*, p. 46 y ss. Dos desarrollos interesantes de esta observación en el marco de visiones distintas sobre los fundamentos de la pena y la responsabilidad penal, en NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 374 y ss., y MAÑALICH, "La pena como retribución", pp. 117-205.

⁶⁷⁵ Por supuesto, qué tanto se aleje de ella depende de qué se considere intencional desde un punto de vista práctico.

⁶⁷⁶ Utilizo el término "intención" como sinónimo de lo que una persona pretende *al* hacer algo.

creencia y deseo que ha dado origen al acto entraña en relación con la descripción de la conducta contenida en el tipo.

Desde luego, eso no quiere decir que cuando alguien causa imprudentemente la muerte de otra persona la proposición *matar a otro* no se realice. Tanto las acciones homicidas dolosas como las culposas son sin duda instanciaciones de "matar a otro" en su consideración como meros eventos. Pero es claro que "matar a otro" es aplicable en uno y otro caso de una manera muy diferente, pues solo en el primero esa descripción puede ser predicada también de la representación interna del suceso, es decir, en relación con el contenido de la decisión del sujeto. En las realizaciones imprudentes, en cambio, si bien encontramos una acción que puede ser descrita como "matar a otro", ese mismo enunciado resulta inadecuado para dar cuenta de la perspectiva interna de realización del hecho, tal como "alertar a los ladrones" tampoco describe lo que en la misma perspectiva hace el sujeto del ejemplo de Davidson⁶⁷⁷.

4. Dolo, significado del hecho y tipo

Ahora bien, así como dolo y culpa son calificaciones jurídicas de los estados mentales con relación a los cuales se determina el significado de un suceso en tanto que acción, la apreciación relativa a si esos estados mentales merecen ser calificados como dolo o como culpa constituye también un problema de *atribución de significado*.

Esto es importante recalcarlo porque establecer si una determinada intención puede ser descrita de cierta manera no es un asunto privado que se decida en la intimidad de la psiquis del agente. La apreciación del dolo supone, en efecto, adoptar la perspectiva del autor en la realización del acto, pero de ello no se sigue que la determinación del significado de su intención deba supeditarse a la interpretación que el propio individuo haga de ella. El agente no delimita el significado de sus estados mentales, porque los significados⁶⁷⁸ son públicos y pertenecen al dominio compartido del lenguaje⁶⁷⁹. De tal manera que para establecer cuál sea la descripción apropiada de un estado mental no tiene ninguna

⁶⁷⁷ Vid nota 228.

⁶⁷⁸ En su existencia como prácticas de uso de las palabras en una comunidad lingüística determinada.

⁶⁷⁹ CARPINTERO, *Las palabras las ideas y las cosas*, p. 402 y ss.

importancia qué piense el individuo acerca de cómo debería ser *calificada* su actitud. El sujeto solo cobra importancia para fijar el *contenido* de sus estados mentales (qué sabía y que quería)⁶⁸⁰, pero una vez despejada esa incógnita no solo el significado de su acto en tanto que evento, sino también el de su intención, se determina intersubjetivamente. De este modo, la voluntad y el conocimiento con

⁶⁸⁰ Por fortuna, no es imprescindible tener información de primera mano acerca de cuáles puedan ser los estados mentales del individuo. La atribución de intenciones es una actividad ubicua entre los humanos, que está por lo demás en la base del surgimiento del propio lenguaje. Al respecto, puede consultarse un detallado análisis de esta actividad y sobre todo de su trasfondo normativo en BRANDOM, *Hacerlo explícito*, especialmente pp. 35-123. En general, podemos atribuir intenciones a otros individuos en parte porque compartimos un sustrato común de creencias y emociones, pero también porque aquellas poseen una importante *dimensión normativa*, en el sentido de que la declaración de una cierta intención genera *compromisos* que la hacen cotejable a partir de lo que el agente hace o deja de hacer (VON WRIGHT, *Explicación y comprensión*, p. 136 y ss.; una exposición crítica del escepticismo que detecta al respecto en la doctrina penal contemporánea, en MANRIQUE, *Acción, dolo eventual, doble efecto*, pp. 67-73). Así, la declaración de la intención de hacer algo compromete al individuo con la ejecución del acto correspondiente en el momento apropiado, de modo que su no realización en ese instante revela o bien la inexistencia de esa intención o su sustitución por otra en el tiempo intermedio. Por la inversa, la realización de una conducta solo es entendida como tal cuando inferimos una intención que explique lo hecho por el individuo racionalizándolo, es decir situándolo en un contexto de propósitos y medios apropiados para conseguirlos. Y por lo mismo, la ejecución de una conducta determinada es evidentemente incompatible con la existencia de la intención opuesta. "Para iniciarse en la sabiduría de la explicación intencional -escribe BRANDOM- hay que tener en cuenta la significación normativa de la atribución de estados intencionales... Atribuir creencias y deseos adecuadamente relacionados significa atribuir cierto tipo de *razón* a una acción. Suponer que alguien (1) cree que está lloviendo y que la única manera de no mojarse es abrir un paraguas y (2) que desea no mojarse significa suponer que este individuo tiene razones para abrir un paraguas. Decir esto no quiere decir todavía que alguien que tiene razones de este tipo, actuará de acuerdo con ellas, incluso cuando no hay otras razones en competición para un transcurso de la acción incompatible con las primeras... lo que se sigue inmediatamente de la atribución de estados intencionales que llevan a razones para actuar es precisamente que (*ceteris paribus*) el individuo que tiene tales razones *debería* actuar de una determinada manera. Este 'debería' es un *debería racional*, es decir alguien con tales creencias y deseos está racionalmente obligado o comprometido a actuar de cierta manera. La significación de los estados atribuidos es en primer lugar una cuestión de la fuerza de las mejores razones, o sea una fuerza racional. Y esto... es un asunto normativo. Las interpretaciones intencionales atribuyen estatus normativos cuya significación concierne a correcciones prácticas" (BRANDOM, *Hacerlo explícito*, p. 110). El fundamento de esto se encuentra en la índole misma de la razón y el actuar racional. La razón no es una mera regularidad y no puede ser captada como el mero resultado de un proceso psicológico. Como señala FREGE: "las leyes del inferir tal como lo hacemos realmente no son todas ellas leyes de la inferencia correcta (*richtigen*); de lo contrario, las inferencias falsas serían imposibles", motivo por el cual puede afirmar: "Igual que la ética, también a la lógica se le puede llamar ciencia normativa" (citado por BRANDOM, op. cit., p. 46 y 48).

que el agente haya ejecutado una conducta nos permite a los demás individuos, como usuarios de un lenguaje común aplicable también a los estados mentales ajenos, establecer hasta qué punto su conducta puede ser calificada, desde el punto de vista interno o *agentivo*⁶⁸¹, como la realización de “matar”, “herir” o “encerrar” a otro, por ejemplo.

Ahora bien, esta fijación pública del significado atribuible a la perspectiva interna de realización de un acto se lleva a cabo en Derecho penal utilizando un referente específico, cual es el que proporciona el enunciado del tipo. El eje para el establecimiento del dolo no son las valoraciones sociales, ni el sentido favorable o adverso que una decisión tenga en relación a determinados bienes jurídicos, ni las condiciones necesarias para el seguimiento de la norma en el caso concreto, en alguna de las modalidades desarrolladas por las tesis que hemos examinado con anterioridad. La concurrencia del dolo requiere como condición necesaria -pero no suficiente- que el contenido de la decisión del agente realice el contenido semántico del tipo. Por ello, definir si una conducta ha sido realizada con dolo o con culpa consiste, como ya se ha dicho, en establecer si la descripción contenida en el tipo es también aplicable intersubjetivamente a la dimensión interna de su realización.

Avanzando un poco, podemos decir que dolo y culpa son términos que adjetivan las diferentes maneras en que la intención del agente puede entrar en relación con el enunciado típico, y lo hacen desde un punto de vista actitudinal y pragmático. Pues lo que varía en los supuestos que van desde la culpa consciente hasta el dolo directo es la *fuerza* con que se implica y eventualmente se afirma la descripción típica en la decisión que se objetiva en el acto ejecutado.

Por cierto, la existencia de esa implicación no depende de cuál haya sido el propósito del agente, es decir, de qué aspecto de la acción lo haya movido a actuar como lo hizo. Pues así como un acto admite múltiples descripciones en tanto que evento según el punto de vista que se adopte y las circunstancias que se tomen en cuenta⁶⁸², también la decisión de ejecutarlo puede ser descrita de un cierto modo en tanto que razón primaria de una conducta, y de un modo distinto en virtud del involucramiento consciente de otras descripciones aplicables necesaria o posiblemente al hecho. Por consiguiente, la proactividad hacia la realización del tipo

⁶⁸¹ Tomo el término de la gramática de casos.

⁶⁸² Sobre la dependencia de la descripción del punto de vista de los intereses de quien la formula, véase MANRIQUE, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, p. 180 y ss.

en que el dolo consiste se determina examinando si la intención del agente de ejecutar el hecho bajo una descripción envuelve también una actitud favorable hacia su realización bajo la descripción contenida en el enunciado típico. Si el resultado de ese juicio es afirmativo, se atribuirá al sujeto una proactitud hacia la realización del tipo que, como tal, estará dotada de una intensidad variable, recogida en las categorías clásicas del dolo y cuya fuerza expresiva⁶⁸³ dependerá de qué tan estrecha sea la implicación de la realización del tipo que quepa reconocer en la decisión del agente, pero también de otros factores, ya no cognitivos, sino estrictamente disposicionales que quepa identificar en su decisión.

Así, quien rebaja las propiedades nutritivas de un complemento alimenticio realiza una intención que puede ser descrita precisamente con esos términos, o quizás como "rebajar costes de producción", considerando solo las razones que lo han movido a actuar de esa manera. Pero si el sujeto se ha decidido a llevar adelante ese comportamiento con conciencia de los riesgos que acarreaban para la salud de los consumidores, esa misma intención puede ser descrita como "lesionar" o incluso "matar a otro", puesto que realiza ese enunciado descriptivo con una fuerza correspondiente a las probabilidades con que el sujeto imaginó que podía hacerse verdad. Y con mayor razón aun, quien dispara con propósito homicida a una mujer que sabe embarazada pone por obra una intención que, aunque vaya acompañada del más rotundo desinterés por la vida del feto, es igualmente significativa respecto de la vida de este, en razón de que según su contenido es tan susceptible de ser descrita como "matar al feto" (causar un aborto) como lo es como "matar a la madre"⁶⁸⁴.

⁶⁸³ En el sentido indicado, las diversas clases de dolo reflejan diferentes niveles de *fuerza ilocucionaria* en la afirmación del tipo.

⁶⁸⁴ Esa variación intensiva determina indirectamente una vulneración más o menor grave de la norma de comportamiento. El dolo directo implica la afirmación más enfática posible del enunciado del tipo y, por lo mismo, la negación más intensa de la norma de conducta respectiva. En la medida en que el complejo deseo-creencia pueda ser descrito como una realización paradigmática de la descripción contenida en el tipo, el acto será al mismo tiempo la realización por antonomasia de aquello que la norma de conducta prohíbe, y al menos en ese respecto -esto es, sin considerar todavía las condiciones de seguimiento del deber- una negación especialmente rotunda de la norma de comportamiento. En cambio, la ejecución de una conducta típica con dolo eventual representa desde el punto de vista subjetivo una realización comparativamente más débil del hecho descrito en el tipo e indirectamente una vulneración menos intensa de la norma de conducta respectiva, y lo mismo ocurre, en forma más acentuada aun, en los casos de imprudencia.

5. **Contrafactividad del dolo**

Sentado lo anterior, se hace necesario precisar en qué sentido es posible atribuir al sujeto una proactitud hacia la descripción que *no* ha orientado su conducta. Como hemos visto, en tanto que fenómenos necesitados de *explicación* las acciones solo son intencionales bajo la descripción que el agente prioriza como resultado de su razonamiento práctico, lo cual significa que en los supuestos de dolo eventual la explicación de la acción se encuentra siempre en un propósito distinto de la realización del tipo.

En ocasiones esto es visto como un obstáculo para hablar de dolo en tales casos⁶⁸⁵. La objeción se apoya en la premisa según la cual la explicación de un fenómeno ha de tener prioridad sobre su valoración, y prosigue señalando que si las acciones se explican por referencia a las creencias y deseos del agente el dolo tendría necesariamente que identificarse con la razón primaria del acto, por lo que no cabría calificar como dolosa una realización típica en que la voluntad del individuo se hubiera orientado a una meta distinta de la descrita en aquél⁶⁸⁶.

Sin embargo, el hecho de que la voluntad de actuar del sujeto se gatille bajo la identificación de la conducta según una cierta descripción no excluye la posibilidad de atribuirle un significado adicional en relación con otra descripción posible del mismo comportamiento, con tal que el individuo también haya sido consciente de ella. Como ya se indicó, no es el propio individuo quien decide cómo debe calificarse su decisión de actuar, sino que eso es objeto de un juicio intersubjetivo que se materializa institucionalmente a través de la figura del juez. Pero además, el hecho de que, siendo consciente de varias descripciones posibles de su comportamiento, el individuo actúe movido solo por una de ellas en nada obsta a apreciar que su decisión manifiesta también una determinada actitud respecto de las demás y que su conducta tiene un cierto valor expresivo en relación con ellas. El error del planteamiento comentado estriba en pensar que solo lo que explica la conducta -lo que mueve al agente- puede ser tenido en cuenta para dotar de significado a su intención y para valorarla desde el punto de vista normativo, en

⁶⁸⁵ MANRIQUE, *Acción, dolo eventual y doble efecto*.

⁶⁸⁶ Sobre todo cuando el resultado típico haya tenido lugar en cierto modo contra la voluntad de los agentes, como en el célebre caso de la correa de cuero: por todos, RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 83 y ss.

circunstancias que, como ya se ha indicado, una misma intención puede ser significativa en más de un respecto⁶⁸⁷.

Desde luego, toda intención puede ser caracterizada a partir de cualquiera de las redescpciones analíticas de la conducta de que el individuo sea consciente⁶⁸⁸. Así, todo individuo casado sabe perfectamente que la decisión de tener una aventura

⁶⁸⁷ Aunque la tesis de MANRIQUE merece una consideración mucho más detenida que la que aquí es posible dispensarle, su manifiesto interés obliga a decir algo más acerca de ella. La oposición que expresa esta autora a la práctica jurídicopenal de atribuir ciertas consecuencias meramente previstas de los actos a título de dolo (eventual) tiene una arista valorativa y otra conceptual (MANRIQUE, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, pp. 133 y ss.). Es difícil estar en desacuerdo con la primera y no creo que exista disparidad de opiniones a ese respecto: el dolo eventual es menos grave que el dolo directo y el de consecuencias necesarias. No obstante, es discutible cómo debería incidir eso en su régimen punitivo y en la cuestión de si, enfrentados ya a un sistema que distingue solo dos categorías subjetivas, lo más correcto desde el punto de vista de la proporcionalidad sería castigar esos hechos a título de dolo o de culpa. La crítica conceptual que formula resulta, en cambio, menos justificada. En primer lugar, y como ya se ha dicho en el texto, no comparto la premisa en que apoya su planteamiento y según la cual la explicación de la acción tendría prioridad sobre su evaluación (op. cit., p. 133, 185, 234). Pues sostener que la descripción etiológica deba primar sobre todas las demás incluso cuando lo que esté en juego no es la determinación de las causas de la acción sino su dimensión práctica, implica negar que desde esta y otras perspectivas puedan efectuarse descripciones verdaderas de la misma, cosa que al parecer la autora no pretende sostener (op. cit., p. 179 y ss.). Por otro lado, una sujeción estricta a esa tesis obligaría necesariamente a limitar las propiedades de la conducta susceptibles de valoración a las que el propio individuo hubiese identificado como deseables en ella y a prescindir de todas las demás. Con eso, a mi modo de ver, la atribución del dolo en muchos de los supuestos considerados como de dolo de segundo grado se haría imposible, sobre todo en aquellos casos en que las consecuencias necesarias y no deseadas del acto fueren posteriores al resultado perseguido por el individuo y no pudieren ser incorporadas a la conducta a través de alguna de las estrategias de redescpción mediante las cuales la doctrina del doble efecto enfrenta el llamado problema de la cercanía (op. cit., p. 155 y ss.). Desde el punto de vista de la consistencia interna, objeta también MANRIQUE que si se define el dolo como el conocimiento y voluntad de realizar una conducta los supuestos de dolo eventual ya no pueden ser incluidos allí, y agrega que para hacer frente a esta dificultad tampoco es suficiente ni admisible reducir el dolo al mero conocimiento del riesgo, porque lo que se consigue con eso es responsabilizar al individuo, no por la conducta realizada, sino por la no realización de la conducta debida, y por consiguiente, una estructura de imputación que responde al reproche propio de la culpa (op. cit., pp. 107-135 y 229 y ss.). Ninguna de esas objeciones afectan sin embargo a un concepto actitudinal de dolo como el que aquí se propone, no identificado con un estado mental específico. Pero además, a diferencia de Manrique, considero que tomar en cuenta los compromisos pragmáticos de una acción forma todavía parte del proceso de determinación de su significado -como se demuestra precisamente en los casos de dolo de consecuencias necesarias- y no de un juicio en el que al individuo se le imputa lo que *no* ha hecho.

⁶⁸⁸ MANRIQUE, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, pp. 157-162.

equivale a la de ser infiel. Y aunque esas diversas especificaciones de su comportamiento puedan despertar en él reacciones distintas y hasta contrapuestas, lo cierto es que si se decide por la primera habrá *deseado* también la segunda, en un sentido no psicológico pero sí pragmático-normativo. Y si A quiere matar a su cuñado, quiere también matar al marido de su hermana y al hijo de los suegros de esta, porque a fin de cuentas se trata de la misma persona en diferentes respectos. Dada esa relación de identidad, simplemente no hay espacio para que la decisión a favor de una de esas acciones no involucre al mismo tiempo una decisión a favor de las demás⁶⁸⁹.

Otro tanto ocurre con las facetas no queridas de un acto pero que resultan ineludibles por razones circunstanciales. Quien se come todo el pastel sabiendo que otros querían probarlo no puede negar que su determinación ha consistido también en privar a los demás de esa posibilidad asilándose en que su *única* intención ha sido disfrutar. Pues *aunque eso fuese verdad* desde un punto de vista psicológico, cualquier disculpa basada en la falta de intencionalidad es inútil porque el individuo no puede desconocer que su conducta posee un segundo significado, aparte del perseguido por él. Y no puede desconocerlo porque sería simplemente arbitrario que seleccionase de su acción solo los rasgos que han provocado su interés por ella, para presentarla como intencional únicamente en esa dimensión con prescindencia de las demás características que han estado igualmente ante su vista⁶⁹⁰. O dicho con mayor precisión, podría hacerlo pero solo si los aspectos que deja fuera de consideración fuesen completamente irrelevantes y no hubiere motivo para tenerlos en cuenta. Quien quema la casa del vecino y se disculpa *verazmente*

⁶⁸⁹ Como se ha dicho antes, es discutible incluso si cabe considerarlas "otras acciones": cfr. RUBEN, "Cambridge Actions", pp. 82-89.

⁶⁹⁰ ANSCOMBE, "Medalist's Address. Intention and 'Double Effect'", p. 63, destacado añadido (en *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, 56, pp. 12-25; citado por MANRIQUE, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, p. 165, por su reimpresión en Woodward [ed.], *The Doctrine of Double Effect*, Notre Dame Press, 2001, pp. 247-260). O como dice en otro lugar: "si bien podemos encontrar casos en que 'solo la persona implicada puede decir si tenía cierta intención o no', estos se hayan limitados por lo que sigue: no puede pretender no haber tenido la intención de hacer el acto que era un medio para sus fines". Por eso prefiere decir: "En términos generales, las personas tienen la intención de hacer lo que hacen", siquiera "como antídoto contra la absurda tesis que en ocasiones se sostiene: la acción intencional de una persona solo puede referirse mediante la descripción de su objetivo" (ANSCOMBE, *Intención*, sec. 25, p. 95). Al respecto MCINTYRE señala: "Si lo que fue el aspecto útil de los medios puede ser separado conceptualmente del aspecto dañino de los medios, esta no sería una dañosidad en sí misma útil, entonces el daño en sí mismo no sería intentado" (MCINTYRE, "Doing away with Double Effect", p. 234).

señalando que solo ha querido disfrutar del espectáculo, en realidad solo da cuenta de un preocupante estado mental, precisamente por *no* haberse parado a considerar los riesgos y los derechos de otros como un obstáculo para su proyecto. Como dice ANSCOMBE,

“las circunstancias y los hechos inmediatos acerca de los medios que uno está eligiendo para sus fines *imponen* qué descripción de *su intención* uno debe admitir”⁶⁹¹.

En realidad, salvo el caso del dolo directo, el dolo es una actitud que se determina contrafácticamente, en el sentido de que se determina a partir de la representación de aquello que debió ser para el sujeto motivo de abstención conforme a la norma. Esto es evidente en los supuestos de dolo de consecuencias necesarias. Entre este y el dolo directo existe en efecto una diferencia conceptual, pero es valorativamente irrelevante, porque quien se decide por una acción siendo consciente de que ella provocará de forma ineludible una consecuencia no buscada toma también la decisión de objetivar con su acto la descripción ligada a esa consecuencia, si esta es una que el derecho obliga a tomar en cuenta. Además, miradas las cosas retrospectivamente –que es como cabe miraras en materia de dolo–, es claro que, aunque el autor haya tenido un propósito adicional a ese, la certeza de verificación del resultado típico le impide distanciarse de la descripción contenida en el tipo, de suerte que, contemplada su decisión desde el punto de vista de la norma, ella solo puede ser interpretada como una afirmación categórica de la conducta típica y como una negación igualmente rotunda de la intención de segundo orden de no realizarla.

En los supuestos de dolo eventual son aplicables los mismos criterios, con la diferencia de que en este caso la incerteza respecto de la realización del tipo deja un margen para atribuir al agente una proactitud menos categórica a favor de su ejecución. En razón de ello, el dolo eventual no es valorativamente asimilable al dolo directo ni al de consecuencias necesarias⁶⁹², pero sigue siendo un caso en el que la perspectiva interna de realización del hecho puede ser interpretada como una afirmación –si bien menos enfática– del tipo. Así, las razones por las cuales la decisión del agente puede ser redescrita intersubjetivamente, por ejemplo, como “matar a otro” son en este caso las mismas que permitían hablar de aborto en el

⁶⁹¹ ANSCOMBE, *Intención*, sec. 23.

⁶⁹² En ello tiene razón MANRIQUE, pero sin oposición de la doctrina penal.

ejemplo del homicidio de una mujer embarazada. Lo que cambia es la *fuerza* de la afirmación de ese enunciado en el acto que lleva a cabo el autor.

Como actitud favorable hacia la realización del tipo, el dolo supone primeramente un estado cognitivo: certeza o duda respecto de la realización de la proposición contenida en el tipo⁶⁹³. Dentro de ciertos límites, esa actitud puede ser establecida y determinada a partir del contexto de la acción de que su autor ha sido consciente, pues este define el espacio que hace posible o impone la certidumbre o la duda -en toda su variedad de matices- respecto de la realización del tipo.

Pero al mismo tiempo el dolo es también una *disposición* hacia esa hipotética realización del hecho típico que el individuo se representa como segura o como incierta. Quien se encuentra en una determinada relación cognitiva respecto de la posible realización del tipo puede abrigar hacia esa posibilidad de que es consciente distintas actitudes de orden conativo o volitivo en el momento de decidirse a actuar: puede desearla o rechazarla -con mayor o menor intensidad- o puede incluso ser indiferente a ella.

Con todo, es importante tener presente que concebir el dolo como una proactitud hacia la realización del tipo no significa supeditar su declaración a la concurrencia de un estado psicológico en particular. La disposición de que aquí se habla no se identifica con ese fenómeno síquico privado que el individuo podría reconocer como el impulso de su voluntad, sino que consiste en una interpretación social de ese estado mental realizada a partir del conocimiento con que el sujeto haya obrado. La razón de que esto sea así es fácil de comprender y reside en que al Derecho -al menos en esta fase inicial del análisis- no le interesa la etiología de la acción sino su significado, y en que evidentemente el contenido de la voluntad del

⁶⁹³ En tal sentido, el dolo puede ser definido como una *actitud proposicional* (vid *infra* B, 2). Por tal se entiende una actitud cuyo contenido puede ser expresado a través de una proposición -como afirmar, sugerir, sospechar, dudar, negar, preguntar o desear tal o cual cosa- y que son descritas mediante oraciones que tienen cláusulas subordinadas del estilo "A piensa que p". Estas oraciones expresan la relación cognitiva en que un individuo se encuentra respecto de una determinada proposición. Al parecer, el primero en emplear esta expresión fue RUSSELL, en *An Inquiry into Meaning and Truth* (1940), sin perjuicio de que ya desde mucho antes estas oraciones constituían un objeto predilecto de los lógicos a raíz fundamentalmente de los problemas de opacidad referencial que presentan. Una excelente síntesis de estos problemas y de diversas respuestas elaboradas para hacer frente a los mismos puede leerse en VALDÉS (comp.): *Pensamiento y lenguaje. Problemas en la atribución de actitudes proposicionales*, 1996. Una visión más actualizada puede consultarse en MCKAY/NELSON, "Propositional Attitudes Report", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/entries/prop-attitude-reports/>).

agente, en términos del significado práctico de sus decisiones y acciones, no se agota en su vivencia intrapsíquica del hecho⁶⁹⁴. En la medida en que se trata, entonces, de una disposición que es *atribuida* al individuo en virtud de una *interpretación normativa* de sus estados mentales, también en supuestos de indiferencia o de rechazo hacia la hipótesis típica es posible atribuir al sujeto la proactividad correspondiente, si su conciencia del hecho le impone un compromiso práctico que haga incompatible la ejecución de la conducta con un rechazo hacia la realización del tipo.

Por eso, la definición del dolo como una actitud cognitiva y conativa a favor de la realización típica -y la culpa como ausencia de dicha actitud- no debería ser vista como una versión sofisticada del concepto tradicional del dolo, según la cual este consistiría en conocimiento y voluntad de realización del tipo. Tal actitud puede coincidir con un estado psicológico del agente -como en los supuestos de dolo directo- pero en ningún caso se identifica con él, por lo que bien puede ser predicada del autor incluso si se constata que obró con una marcada preferencia por la no realización del tipo.

B. CONSECUENCIAS DE LA TESIS PROPUESTA

Fijadas las líneas generales de la concepción del dolo que aquí se plantea, estamos ahora en condiciones de examinar cuáles son sus principales repercusiones. Para facilitar esta tarea, y a falta de un mejor nombre, nos referiremos a ella indistintamente como *teoría actitudinal o proposicional del dolo* -según a cuál de sus facetas se intente aludir- y emplearemos como esquema expositivo tres simples afirmaciones que condensan lo esencial de su contenido, esto es: (a) que el dolo es una *actitud*, (b) que el dolo es una actitud que se expresa hacia una *proposición* determinada, (c) y que tal proposición es aquella que puede ser extraída por vía de interpretación de la *norma secundaria*, vale decir, del tipo.

⁶⁹⁴ Pues así como actuar consiste en producir un estado futuro de cosas, el futuro generado por sus acciones le pertenecerá como agente aun cuando solo una parte de él haya constituido el foco de su deseo.

1. El dolo como actitud

La elección del término "actitud" como caracterización general del dolo apunta a poner de relieve dos aspectos que ya han sido destacados en las páginas precedentes, pero en los que vale la pena insistir un poco más. Con ese término se persigue, en efecto, destacar que el dolo hace referencia a la voluntad de actuación de un individuo y, a la vez, que se refiere a ella en cuanto que objeto de atribución de significados públicos. De acuerdo con el enfoque que aquí se ha expuesto, el dolo es un *adjetivo que califica intersubjetivamente la voluntad desplegada por un individuo en la ejecución de un acto típico*.

Sostener que el dolo dice relación con la voluntad de un agente probablemente habría sido considerado una trivialidad hace algunas décadas. En la actualidad, no solo resulta discutible sino que incluso puede prestarse a equívocos a raíz de las connotaciones que cobra esa afirmación en el marco del enfrentamiento, aun no zanjado, entre las llamadas tesis volitivas y cognitivas del dolo. Por esa razón, lo primero que haremos en este apartado será perfilar con mayor exactitud las implicaciones del concepto de dolo que aquí se propone, para luego determinar qué posición cabría atribuirle dentro del panorama presente de la teorización de este elemento.

1.1. Objeto y determinación del dolo

Para despejar el primer tema es preciso, en primer lugar, distinguir dos sentidos en los que es posible calificar una concepción del dolo como voluntativa, uno ligado a la *determinación* del dolo y el otro, a su *concepto*. Como se sabe, la disputa entre tesis volitivas y cognitivas concierne al primero de ellos, toda vez que si bien ambas coinciden en que la afirmación del dolo en un caso concreto depende del conocimiento con que haya obrado el autor, discrepan en torno a si para ese fin habría que considerar también la voluntad del agente respecto de la realización del tipo.

Esa discusión, cabe recalcar, atañe al modo como se *verifica* la concurrencia del dolo en un caso concreto y, por lo mismo, debe ser distinguida del problema relativo a qué es el dolo. Por consiguiente, no hay ningún obstáculo en sostener, por ejemplo, una tesis cognitiva en cuanto a la determinación de este elemento y volitiva en lo que atañe a su concepto, como podría ser una que planteara que el dolo expresa un baremo de valoración *cognitiva* de la *voluntad* de un agente.

Por desgracia, a esta distinción entre objeto valorado e instrumento de valoración no siempre se le concede la importancia que merece, e incluso daría la impresión de que tiende a desvanecerse a medida que se difunde la práctica de definir el dolo como mero conocimiento⁶⁹⁵ y, con ella, la idea de que el dolo consistiría en una determinada conciencia del hecho y nada más.

Aun así, sería apresurado interpretar esta tendencia a identificar el dolo con la conciencia del hecho como una señal de rechazo a lo que podríamos denominar la *función hermenéutica* del conocimiento, es decir, al papel que desempeña este último en el proceso de interpretación de la voluntad del agente. Sería apresurado, en efecto, porque la sola posesión de una determinada conciencia del riesgo es completamente estéril desde el punto de vista valorativo si no se pone dicha conciencia en relación con la voluntad del agente de realizar una conducta determinada⁶⁹⁶. Solo una vez establecido ese vínculo con la voluntad del sujeto dicha conciencia se convierte en un factor relevante para apreciar los alcances de su decisión, en el entendido de que conocer con qué representación ha actuado es lo único que nos permite, como terceros, discernir qué ha *formado parte de su determinación* de actuar en unas circunstancias dadas, como paso previo e indispensable para atribuir a su decisión un *significado* específico.

En esta línea, cabe afirmar entonces que la función que desempeña el conocimiento en la evaluación de lado subjetivo del hecho es básicamente *instrumental*. Recurriendo a una analogía, podría decirse que empleamos la conciencia del hecho de un modo similar a como los astrónomos utilizan la luz: tal como ellos se valen de su espectro para averiguar de qué elementos está compuesto un planeta, nosotros empleamos la representación de un individuo para conocer las propiedades de la voluntad que ha dado origen a uno de sus actos.

⁶⁹⁵ No es raro que ambos temas se traten como una sola cosa. A menudo se piensa que como el dolo ocupa en la estructura del delito un lugar más avanzado que la voluntariedad del movimiento corporal que da origen a la realización del tipo, al definirlo como conocimiento se da por supuesto un componente volitivo que no requiere mención expresa. Con ello se olvida, sin embargo, que preguntarse si el movimiento corporal fue voluntario bajo alguna descripción es una abstracción que hacemos por razones prácticas, y que la imagen completa del lado subjetivo del hecho surge recién cuando ponemos en relación la voluntad del agente con la descripción bajo la cual ha sido efectivamente voluntaria su conducta.

⁶⁹⁶ Si un sujeto sabe exactamente qué ocurrirá si realiza un determinado movimiento pero otro individuo utiliza la fuerza física para mover el cuerpo del primero de esa manera, es obvio que no hay nada que imputar al primero y por qué nada puede serle imputado.

Considerando lo anterior, podemos advertir entonces que la pregunta acerca de *qué* es el dolo admite a lo menos dos respuestas. Si nos centramos en este elemento en tanto que *criterio valorativo*, se le puede definir, por ejemplo, como una decisión contraria al bien jurídico o como una posibilidad privilegiada de evitación de la conducta típica, mientras que si nos enfocamos en aquello que es *objeto* de dicha valoración, el dolo aparece como una *voluntad de acción* que, por reunir ciertas propiedades, satisface un determinado baremo valorativo.

De lo anterior se desprende que el estado mental en que el dolo consiste desde un punto de vista referencial -o si se quiere, el estado mental que es objeto de la valoración que el dolo expresa- es la *voluntad* y no el conocimiento del autor; y ello es así con total independencia de que se acoja una tesis cognitiva o volitiva en lo tocante a su determinación. Lo cual significa, en el fondo, que *todas* las tesis del dolo son volitivas en lo que atañe a su extensión.

Lo dicho no debería sorprender, dado que las propias tesis cognitivas asumen ese hecho como una parte esencial de su sustento teórico. Consideremos, por ejemplo, lo que dice Hruschka al respecto. Lo que critica este autor a la tesis volitiva no es su afirmación de que el dolo envolvería un momento de voluntad, sino algo completamente distinto. Lo que le reprocha es *la relación* en que pone a la voluntad y al conocimiento, el hecho de que sitúe ambas cosas "en un mismo nivel", pues, en su concepto:

"con semejante equiparación se pasa por alto que entre estos dos elementos existe una relación de dependencia según la cual, siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, *conociendo* el carácter de la acción y las circunstancias, *quiere* también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión"⁶⁹⁷.

Hruschka, por lo tanto, es consciente de que lo que un individuo sabe al momento de realizar una conducta tiene importancia *en la medida que nos permite valorar su voluntad*⁶⁹⁸, y hacerlo, además, desde un punto de vista intersubjetivo. Uno puede

⁶⁹⁷ HRUSCHKA, "Sobre la difícil prueba del dolo", en *Imputación y Derecho penal*, p. 146 (destacado añadido).

⁶⁹⁸ Aludiendo a la opinión de Jakobs (en su *Derecho Penal*) añade: "...no es casual que una teoría sustantiva más reciente, bastante extendida, elimine el elemento volitivo de la definición del dolo y lo defina recurriendo sólo al elemento cognitivo. Con ello no se está negando que el dolo contenga un elemento volitivo, sino sólo la *igualdad de rango* entre ambos elementos sugerida por la fórmula usual del dolo como 'conocer y querer la realización del tipo' con su inalterada conjunción de estos dos elementos" (HRUSCHKA, "Sobre la difícil prueba del dolo", p. 147 y s., destacado original).

estar de acuerdo o no con la manera como expresa esta idea⁶⁹⁹, pero eso no impide apreciar que es precisamente esta premisa la que se encuentra en la base de todos los enfoques cognitivos del dolo.

Esto puede ser fácilmente confirmado, desde un ángulo ligeramente distinto, acudiendo a las palabras de otro destacado representante de la tesis cognitiva, sobre un tema que por lo demás es clave para cualquier concepción del dolo, como es la justificación de la mayor severidad con que se castigan las acciones dolosas en comparación con las imprudentes. A esta pregunta, responde Jakobs señalando que la mayor rigurosidad de que son objeto los comportamientos dolosos puede explicarse recurriendo a la distinción que él mismo plantea entre defectos cognitivos y defectos volitivos, toda vez que el riesgo de fracaso personal y *poena naturalis* que acecha en los primeros haría innecesaria una respuesta tan enérgica como la que reciben las desviaciones dolosas. De nuevo, puede que esta explicación no resulte del todo convincente ni sea aplicable a todos los casos de culpa, pero lo relevante de ella es lo que sugiere respecto del significado de los defectos cognitivos y lo que da a entender *contrario sensu* sobre el valor de la cognición misma. Pues, al plantear que la decisión de un individuo de seguir adelante con su conducta, a pesar de ser consciente de un alto riesgo de realización del tipo, sería reveladora no de un defecto cognitivo -como en la culpa- sino de un defecto de carácter *volitivo*, lo que hace Jakobs en el fondo es poner en evidencia que la función que desempeña el conocimiento en esta materia es efectivamente transitiva o instrumental. Por lo tanto, y contra lo que podría sugerir el modo de hablar de muchos de sus exponentes, la particularidad de la tesis cognitiva no reside en negar que el dolo sea esencialmente voluntad⁷⁰⁰, sino en sostener que el conocimiento debe ser la *única* herramienta que

⁶⁹⁹ Seguramente no diríamos que quien sabe que comer dulces engorda y a pesar de ello come voluntariamente un pastel *quiere* también engordar, lo que muestra que la verdad de una implicación como esta depende de su fuerza pragmática.

⁷⁰⁰ En rigor, también las tesis cognitivas del dolo son tesis volitivas en el sentido apuntado, solo que de una clase particular. Lo que ellas vienen a decir es que el conocimiento es condición suficiente para la valoración de la voluntad del sujeto como dolo, y por consiguiente: (a) que si un sujeto realiza una acción con una determinada conciencia acerca de sus posibles consecuencias, eso basta para atribuirle dichas consecuencias a título de dolo, y (b) que esa atribución no se ve afectada por la eventual concurrencia de una voluntad contraria a la realización del tipo. En otras palabras, lo que sostienen es que una vez establecido, por un lado, que un individuo ha realizado una acción voluntaria bajo una descripción cualquiera y, por la otra, que lo ha hecho con una cierta conciencia de sus posibles consecuencias, sabemos de su voluntad todo lo que se necesita saber para afirmar o negar el dolo, independientemente de cuál haya sido su razón primaria para actuar o su preferencia en relación con el resultado acontecido.

se utilice para valorarla⁷⁰¹.

Sentado lo anterior, bien podría defenderse la compatibilidad de un enfoque como ese con la tesis actitudinal que aquí se ha planteado, pero es evidente que no pocas de las afirmaciones vertidas al sentar las bases de la tesis actitudinal son en verdad mucho más afines a un enfoque dualista que a uno monista. Tomando en cuenta esto y teniendo además presente que el debate entre estos dos enfoques gira en torno a dos aspectos que son de suma importancia para la noción de dolo que aquí se ha perfilado, como son la intersubjetividad del significado de la voluntad y el peso que se concede a las consideraciones de racionalidad práctica, resulta necesario exponer las razones por las que desde mi punto de vista las tesis volitivas están en lo correcto al insistir en que en la apreciación del dolo no debería prescindirse de valorar la dirección de la voluntad del agente.

1.2. Insumos y perspectiva de evaluación

Como primer paso conviene dejar en claro un aspecto importante, cual es que el hecho de tomar en cuenta la (dirección de la) voluntad del sujeto no implica identificar el dolo con un estado voluntativo en particular, ni supeditarlo a la concurrencia de alguna forma de aprobación del resultado. Supone simplemente utilizar como insumo la información relativa a cuál de las posibilidades de desarrollo de los acontecimientos de que el individuo fue consciente fue *de hecho preferida por él*, en lugar de limitarnos a valorar su voluntad exclusivamente sobre la base de los compromisos pragmáticos que sea posible inferir de su representación del acto. A mi juicio, no hay nada equivocado en considerar esta dimensión del hecho; al contrario, hacerlo es indispensable para dar cuenta de las valoraciones que subyacen a la atribución del dolo.

Como hemos recordado, en el debate entre monismo y dualismo no está en discusión el papel que juega el conocimiento en la atribución del dolo, que todo el mundo reconoce que es fundamental. Lo que se discute es si el examen sobre la concurrencia de este elemento tendría que limitarse a valorar la conciencia que el individuo haya tenido del suceso o si, en cambio, debería considerar también la

⁷⁰¹ Cfr. PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 310. Muy claro y crítico al respecto, ROXIN, "Acerca de la normativización del dolo eventual", p. 102 y ss. En España, DÍAZ PITA ha criticado esta línea de pensamiento en "La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización", p. 68.

voluntad del autor respecto de la realización del hecho típico. La tesis cognitiva rechaza esta última posibilidad con argumentos que básicamente ponen de relieve la incapacidad de un planteamiento ligado a la voluntad del agente de explicar el dolo eventual⁷⁰².

Tales argumentos son sin duda plenamente eficaces cuando se esgrimen contra una tesis volitiva de carácter fáctico, es decir que *identifique* el dolo con una determinada dirección de la voluntad del sujeto, pero pierden su eficacia cuando se los emplea contra un enfoque normativo que tome en cuenta la voluntad del agente y la integre en un esquema más complejo y flexible de valoración.

Las tesis volitivas tradicionales, en cambio, solían establecer una asociación rígida entre la concurrencia del dolo y la presencia de ciertos estados mentales en el agente, de suerte que la afirmación de aquel quedaba condicionada a los resultados de un examen puramente constatativo: había dolo en caso que el individuo hubiese obrado con conocimiento y voluntad de realización del tipo, y no lo había si faltaba cualquiera de esos elementos. Claramente, esa manera de proceder acusaba falencias conceptuales y valorativas. Así, para explicar el llamado dolo eventual esas teorías se veían obligadas a relajar nada menos que el rasgo que por otro lado consideraban fundamental del dolo, consistente en que el autor hubiese obrado con la voluntad de realizar el tipo, y a darlo por concurrente con la mera aceptación de esa posibilidad⁷⁰³, lo que sin duda representaba una inconsistencia⁷⁰⁴. Pero además, como supeditaban el dolo a que el agente hubiera aceptado la posibilidad de realización del tipo, inevitablemente tenían que rechazar su concurrencia, aun en los supuestos de creación de riesgos muy elevados, si pese a todo el individuo había actuado con la esperanza o el deseo de que esa posibilidad no se concretara. Como se ve, ya la primera falla era importante pero la segunda era sencillamente definitiva.

⁷⁰² Cfr. RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 75 y ss.

⁷⁰³ Decir que alguien acepta o se conforma con un resultado solo tiene sentido si este no coincide con lo que el sujeto quería. En el mismo sentido, PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 295.

⁷⁰⁴ DÍAZ PITA destaca cómo la teoría del consentimiento nunca fue capaz de dar cuenta de numerosas situaciones de creación de un alto riesgo en las que, pese a todo, no puede decirse que el agente esté de acuerdo con la producción del resultado lesivo, pero en las que no obstante es justificada la afirmación del dolo (*El dolo eventual*, p. 171). De acuerdo con ella, RAGUÉS señala que dicha teoría "sitúa demasiado alto el límite entre el dolo y la imprudencia, desde luego mucho más alto de lo que, desde una perspectiva de merecimiento de pena, se puede aceptar (*El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 75 y s.).

Ninguna de esas insuficiencias tiene por qué gravar, sin embargo, a una concepción que tenga claro que el dolo comporta una *evaluación* de estados mentales y que, por lo mismo, hace referencia a toda posible combinación de tales estados que satisfaga el criterio escogido. Las tesis volitivas actuales no conciben, o por lo menos no necesitan concebir, el dolo como un hecho psicológico, y por lo tanto no condicionan su afirmación a la circunstancia de que el individuo haya querido o rechazado el resultado delictivo⁷⁰⁵. La disposición anímica hacia la realización de la hipótesis típica es considerada simplemente como un factor más que, junto con la conciencia del riesgo, sirve para evaluar la voluntad del agente desde un punto de vista intersubjetivo. Y aparte, es un factor que incide en esa evaluación solo en la medida en que la adscripción del dolo no venga impuesta de antemano por un compromiso normativo; es decir, únicamente si el riesgo de que el individuo ha sido consciente no ha llegado a ser tan alto como para que su decisión de actuar tenga que ser valorada como una actitud favorable a la realización del tipo, independientemente de cuáles hayan sido sus preferencias sobre el desenlace de su conducta. Por lo tanto, una tesis que sea consciente del carácter normativo del concepto de dolo puede perfectamente incorporar al análisis sobre su concurrencia la dirección que el agente haya querido imprimir a su conducta sin verse afectada por las objeciones que se suele plantear a ello. Y puede hacerlo porque, al no identificar el dolo con la voluntad de realización del tipo, no se ve en la necesidad de definir el dolo eventual como una modalidad atenuada de aquella, ni se ve impedida de afirmar ese elemento cuando la conciencia de creación de un alto riesgo se presenta acompañada de un rechazo psicológico al resultado típico.

Para rechazar una tesis del dolo como la que se acaba de describir hacen falta, por lo tanto, razones completamente distintas de las que ha sido usual esgrimir contra las concepciones volitivas tradicionales⁷⁰⁶. Hasta donde alcanzo a ver, solo Puppe ha

⁷⁰⁵ Lo destaca, por ejemplo, PUPPE: "Los defensores tanto del concepto voluntativo como del cognitivo del dolo eventual están actualmente de acuerdo en que el juicio según el cual el autor se ha decidido con su conducta a favor de la producción del resultado no puede consistir en un dato empíricamente constatable, sino en una interpretación de la conducta del autor" ("Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 310.)

⁷⁰⁶ Dejo de lado las objeciones de carácter epistemológico a la posibilidad de conocer hechos psíquicos, que me parecen mucho menos convincentes. Puede consultarse una detallada exposición sobre este tema y sobre los reparos que es posible formular al respecto en términos de legitimidad, en RAGUÉS *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 205 y ss. Defendiendo la posibilidad de considerar los estados mentales como hechos no observables, de tratarlos como propiedades disposicionales y de formular juicios intersubjetivamente contrastables, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 730 y ss.

aportado un argumento que podría cumplir esas expectativas, relacionado con el principio de responsabilidad por el hecho. Según ella, tomar en cuenta si el agente quiso o no la realización del tipo es problemático porque invita a los jueces a inferir ese hecho a partir de la personalidad que atribuyan al individuo y a entrar en consideraciones que son más propias de un Derecho penal de autor⁷⁰⁷. Esta es sin duda una advertencia de la mayor importancia, y no se necesita conocer muy de cerca cómo razonan los jueces en la práctica para admitir que Puppe probablemente tiene razón en esto. Tomar en cuenta la historia de las personas para asignarles un perfil y luego apreciar si la hipótesis de aceptación o rechazo del resultado encaja con esa idea del agente, es un modo de pensar incompatible con un Derecho penal de acto, pero al que por otra parte no es difícil verse arrastrado. En contraste, limitar la evaluación del dolo a la representación que el individuo haya tenido del hecho evita ese peligro, o cuando lo menos lo disminuye significativamente.

No obstante lo anterior, es discutible que para hacerse cargo de la preocupación de Puppe sea necesario prescindir de las intenciones del agente en la evaluación del dolo. En lugar de ello, lo lógico sería tomar nota de los peligros que se presentan en el nivel correspondiente, que es el probatorio, e introducir filtros respecto de la clase de argumentos que pueden ser admitidos como fundamento de la atribución de *cualquier* estado mental relevante para el dolo⁷⁰⁸. Además, no hay por qué pensar que el establecimiento en juicio de una voluntad cualquiera -como la de matar o de engañar a alguien, por ejemplo- tenga que basarse en un prejuicio caracteriológico, pues bien podría desprenderse de circunstancias concluyentes del hecho o incluso de una eventual confesión del propio imputado. Suponiendo, entonces, que no existan dudas sobre si el individuo quiso -o no quiso- la realización del tipo, y que el juicio probatorio correspondiente no plantee reparos desde el punto de vista del respeto al principio de responsabilidad por el hecho, tenemos que volver a preguntarnos por qué un dato como ese no podría ser considerado para valorar su decisión; esto es, por qué la voluntad del autor tendría que ser evaluada tomando en cuenta solo su conocimiento de las circunstancias, y no también la dirección que haya querido dar a su acto.

⁷⁰⁷ PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 314 y s.

⁷⁰⁸ Aunque quizás no del todo, porque esa misma clase de razonamientos podrían sea empleados para admitir o descartar un error del agente.

1.3. Insuficiencias de la tesis cognitiva

A mi modo de ver, las tesis cognitivas no solo no responden convincentemente esa pregunta sino que el llamado que hacen a abstraerse de lo que el agente haya querido o rechazado conduce a resultados valorativamente insatisfactorios, y tampoco es seguido a cabalidad por sus propios partidarios. Así puede apreciarse desde diversos ángulos: (a) en primer lugar, considerando las consecuencias de la tesis monista en algunos supuestos clave, como el de la realización intencional del tipo mediante conductas de escaso riesgo; (b) examinando las condiciones de posibilidad de un régimen de distinción entre el dolo y la culpa basado únicamente en el conocimiento del riesgo, y (c) finalmente, analizando las propias fórmulas que se ofrecen para identificar la clase de conocimiento que sería propio del dolo.

En lo que sigue revisaremos estos temas, teniendo presente que en el marco de un trabajo sobre el error la cuestión sobre si la voluntad del autor debe ser integrada o no a la apreciación del dolo cae fuera de su eje. Si aquí se aborda es únicamente porque se ha sostenido que el dolo supone la posibilidad de describir la voluntad de un agente con los términos de un tipo de delito, y que la intención con que el individuo haya obrado es uno de los factores que inciden sobre dicha posibilidad. Ello hace necesario mostrar de qué manera esas aseveraciones pueden resistir la crítica de la tesis cognitiva y defender la relevancia de la información volitiva en el proceso de determinación del dolo. Pero al mismo tiempo debería resultar claro que una exposición sobre ese tema en un lugar como éste no puede aspirar a cubrir la totalidad de sus aspectos.

Lo segundo que es necesario advertir es que el desarrollo que se hará de este tópico estará más fundado en las consecuencias que derivan de concebir el dolo como la cognición de un determinado riesgo, que en las soluciones concretamente favorecidas por los partidarios de ese enfoque. Ello se debe a que -como se ha adelantado ya y veremos con detalle más adelante- precisamente una de las críticas que es posible dirigir a algunas de las concepciones cognitivas que gozan de mayor reconocimiento en la actualidad es que también ellas incorporan información volitiva en el proceso de determinación del dolo, solo que en forma indirecta y no explícita.

1.3.1. El problema de la realización del tipo mediante conductas situadas en la porción inferior del riesgo desaprobado

Como resulta fácil de comprender, la creación intencional de riesgos desaprobados

de escasa intensidad constituye un problema para las tesis cognitivas⁷⁰⁹. La razón es que si, de acuerdo con ellas, el conocimiento del riesgo es lo *único* que permite distinguir entre el dolo y la culpa, quiere decir que la conciencia de un peligro de escasa entidad necesariamente tendría que conducir a una imputación a título imprudente, aun cuando el individuo hubiere actuado con el propósito de realizar el tipo. Esto no siempre coincide con lo que los autores que postulan este punto de vista sostienen, pero es lo único que a mi modo de ver se sigue consecuentemente de la premisa de irrelevancia de la dirección de la voluntad y de la consideración exclusiva de la representación del riesgo en la atribución del dolo.

Ahora bien, antes de entrar a este tema conviene aclarar un punto que puede ser fuente de ambigüedades. Afirmar que lo único relevante para la determinación del dolo es el *conocimiento del riesgo* puede significar dos cosas bien diferentes. Dado que se trata del conocimiento de un objeto, con esa expresión se puede aludir ya a las características del acto de cognición o bien a las características del objeto sobre el que ese acto recae, de modo tal que la diferencia entre el dolo y la culpa puede hacerse depender, consiguientemente, de las cualidades del *riesgo* conocido por el agente o bien de alguna cualidad del *conocimiento* que este haya tenido del riesgo. La importancia de distinguir entre estos dos sentidos se puede apreciar fácilmente teniendo en consideración que conforme al primero de ellos no es posible que dos sujetos sean conscientes de un mismo riesgo y realicen la misma conducta pero uno obre con dolo y el otro con culpa⁷¹⁰, mientras que eso sí podría ocurrir si acaso lo único relevante fuese cómo haya comprendido cada cual el riesgo.

Cuando la gravedad del peligro captado por el agente es lo único que cuenta, la tarea de distinguir entre el dolo y la culpa se transforma en la de caracterizar los peligros que serían propios de una o de otra forma de realización del hecho, supuesta su correcta comprensión por parte del agente. Con ello, el problema del dolo se objetiviza y el dolo mismo se convierte en el conocimiento de un riesgo cuyas características habría que precisar. Esta es, precisamente, la idea matriz de las

⁷⁰⁹ Aquí, en todo caso, solo es posible hablar de un "problema" en términos relativos, puesto que únicamente lo habrá para quien piense que en esos casos también debería ser posible la atribución del dolo, pero no para quien crea que la solución correcta para ellos es la imprudencia.

⁷¹⁰ Salvo que se considere relevante no solo la conciencia de la situación de riesgo sino también la estimación del mismo, pues en ese caso los individuos podría diferir en sus apreciaciones. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 196 y ss.

tesis cognitivas⁷¹¹ y por lo tanto ese será el sentido en que de momento asumiremos la afirmación de que el dolo se determina en función del conocimiento del riesgo, al menos hasta examinar más adelante los criterios que propone la doctrina para identificarlo.

Partiendo de la base indicada, la determinación del dolo en función del riesgo conocido supondría dividir, por tanto, el espectro del peligro desaprobado en dos niveles, uno cuya representación sería constitutiva efectivamente de dolo y otro cuya representación daría lugar a imprudencia. Trazar esa línea no es nada fácil, pero por el momento podemos dejar de lado esa dificultad para ocuparnos de una consecuencia muy evidente de esa división. Se trata del hecho de que el riesgo desaprobado deje de estar disponible en toda su extensión para su realización dolosa o culposa, y en su lugar cada uno de sus niveles pase a ser susceptible de una u otra forma de realización exclusivamente. Esto tiene cierta importancia porque, de seguirse ese predicamento, *ninguna* actuación ejecutada con conciencia de unas posibilidades de realización del tipo ubicadas en la porción inferior del espectro de riesgo podría ser calificada como dolosa.

Como se podrá advertir, esta es una consecuencia muy discutible desde el punto de vista valorativo y exige una justificación particular⁷¹². De hecho, en la medida en que algunos sus partidarios (no todos) se atienen a ese resultado, la tesis cognitiva debe ser considerada, no como una simple tesis sobre la *determinación* del dolo, sino como una doctrina sobre los *alcances* de la imputación dolosa⁷¹³, cuya viabilidad dependerá de cuán justificados sean los límites que establezca para esa imputación.

⁷¹¹ Piénsese por ejemplo en la conocida frase de HERZBERG en el sentido de que lo importante no es que el individuo se tome en serio el riesgo que conoce sino que obre con conocimiento de un riesgo que merece ser tomado en serio. Sin embargo, el tránsito desde criterios probabilísticos –por cierto, inadecuados– de determinación del riesgo propio de dolo a otros de carácter cualitativo ha producido también un desplazamiento respecto de la clase de elementos que se incorporan a la apreciación del dolo. No es raro que junto a las características del riesgo se consideren también aspectos relacionados con la cognición misma y que estos últimos se acerquen mucho o sean de hecho indiscernibles de la disposición anímica del individuo frente al riesgo o al resultado.

⁷¹² De hecho, no todos los partidarios de un enfoque cognitivo están de acuerdo con ella, pero para evitarla es preciso abandonar la cualidad *del riesgo* como criterio distintivo entre el dolo y la imprudencia.

⁷¹³ Si fuese solo un método de determinación del dolo tal como ha sido tradicionalmente entendido por la doctrina y la jurisprudencia, no habría más remedio que descartarlo como inadecuado en la medida en que no permite afirmar el dolo en supuestos en los que de acuerdo con las valoraciones sociales habría que apreciar su concurrencia.

Por desgracia, el debate sobre la plausibilidad valorativa de este enfoque no siempre se desenvuelve con toda la claridad que sería deseable, y a menudo se ve perjudicado por una selección inapropiada de los casos relevantes. Sobre esto último incide en no poca medida el hecho de que la manera como están formulados los criterios de determinación cualitativa de los peligros propios de dolo son bastante más permeables de lo que se suele reconocer a consideraciones basadas en la disposición que haya tenido el agente respecto del resultado. Esto tiene una repercusión directa sobre el análisis de los casos relevantes, ya que le permite a la tesis comentada afirmar inconsecuentemente el dolo en supuestos en que una apreciación puramente objetiva del riesgo no lo permitiría, y tiene también un efecto indirecto sobre las posibilidades de llevar a cabo una evaluación medianamente precisa de las consecuencias de dicha tesis en el plano valorativo, toda vez que de ese modo este enfoque mejora artificialmente su capacidad de enfrentar una crítica sobre la estrechez de los márgenes que ofrece para el dolo. Gracias a la porosidad de sus criterios, parecería en efecto que la concepción del dolo fundada en los caracteres del riesgo fuese capaz de afirmar la existencia de una actuación dolosa prácticamente en todas las situaciones en que sería razonable hacerlo, salvo en los supuestos más extremos de creación de riesgos verdaderamente ínfimos, respecto de los cuales sus partidarios defienden la atribución de culpa. El resultado de todo esto es que la discusión termina centrándose precisamente en esos casos extremos, que en ningún caso son representativos de las verdaderas repercusiones que tendría una aplicación consecuente de este enfoque, en términos de reducción del espectro disponible para la atribución del dolo. Así, como ejemplos de situaciones en las que el dolo debería excluirse en razón de la escasa entidad del peligro generado, lo usual es que se citen casos como el del tirador inexperto de Thyrén⁷¹⁴ o el del contagio de sida a través de un contacto sexual único⁷¹⁵, en los que si bien el peligro que sea crea tiene un carácter desaprobado, también es verdad que es extremadamente reducido.

Frente a esto debería ser obvio que, a menos que se esté dispuesto a calificar como dolosa toda creación desaprobada de un riesgo que no sea ínfimo, la frontera entre el dolo y la culpa tendría que situarse en un nivel mucho más alto que ese, si de

⁷¹⁴ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 491.

⁷¹⁵ Cfr. RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 133 y ss. Sobre la opinión de PUPPE al respecto, *el mismo*, p. 149 y ss. Un panorama general sobre la tesis de esta autora, en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 471 y ss.

verdad se pretende que las características del peligro sean las que determinen que su cognición deba ser calificada como dolo o imprudencia⁷¹⁶. Partiendo de ese supuesto, los partidarios de ese punto de vista tendrían que esforzarse por demostrar que la exclusión objetiva del dolo es la solución valorativamente correcta para un conjunto muchísimo más amplio de actos del que suele ser objeto de debate, aun en la hipótesis de que el agente haya perseguido el resultado de modo intencional.

Al respecto, y si mi apreciación es correcta, las perspectivas de éxito de un empeño como ese son extraordinariamente bajas. De entrada, y salvo casos límite -que de cualquier modo requerirían de un tratamiento especial-, no es en absoluto obvio que existan riesgos penalmente relevantes pero a la vez excluyentemente propios de la imprudencia⁷¹⁷. El hecho de que un individuo sepa que sus posibilidades de causar un resultado no son altas en ningún caso debería servir para exonerarlo del dolo, si su intención ha sido precisamente provocar esa consecuencia. Quien se esmera por quitarle la vida a una persona y lo hace mediante la creación de un peligro que las normas desaprueban merece el castigo del dolo. Por tal motivo, si un terrorista, consciente por ejemplo de que los dispositivos de seguridad le dejan apenas un 3% de probabilidades de éxito, intenta de todas formas matar a un jefe de estado enemigo y logra su objetivo, difícilmente le atribuiremos un homicidio imprudente.

Esta solución -la de atribuir dolo aun en supuestos de escaso riesgo- es especialmente justificada, como se aprecia, cuando el agente no ha tenido mejores opciones para conseguir su propósito que las que ha empleado, pero también es válida en los demás casos. Por evidentes razones políticocriminales, la dosificación del riesgo no debería ser un motivo para excluir el dolo de quien actúa intencionalmente⁷¹⁸. En teoría, un sujeto con suficiente información fáctica y jurídica podría escoger un modo de lograr el fin delictivo que, en caso ser descubierto, solo

⁷¹⁶ Lo advierte con toda claridad ROXIN, "Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo", p. 105.

⁷¹⁷ Aparte de las opiniones en este sentido de HERZBERG, SANCINETTI y PUPPE, lo afirma PÉREZ BARBERÁ incluso en el supuesto de que el agente no advierta que su acción tiene escasas posibilidades de éxito (*El dolo eventual*, p. 491, nota 903).

⁷¹⁸ De modo que si alguien, por ejemplo, introduce en la alimentación de una tía a la que quiere heredar una sustancia discretamente nociva pero que termina causándole la muerte tal como pretendía, lo correcto desde el punto de vista de las valoraciones sociales sería imputarle un homicidio doloso y no uno meramente imprudente, por bajo que haya sido el riesgo desaprobado de muerte conscientemente creado por él.

lo hiciera posible de una pena por delito imprudente, lo cual sería a todas luces muy desafortunado de cara a la función que se espera que desempeñen las normas penales⁷¹⁹. Y si nos ponemos en la hipótesis de que el individuo realice de ese modo una figura que no admita comisión imprudente, probablemente habría que convenir en que la exclusión de su dolo entraría de lleno en el terreno de lo inadmisibile.

1.3.2. Ausencia de fundamento pragmático

Por otra parte, la idea de sujetar el dolo a una categorización del riesgo descansa además sobre un presupuesto sumamente discutible. Supone que todo riesgo debidamente captado por el agente, *cualquiera que sea su intensidad*, debería conducir a una y solo una conclusión en el orden subjetivo, independientemente de cuál haya sido la voluntad del sujeto. Esta premisa es atacable por los menos desde dos puntos de vista. Lo es, primero, en razón de la irrelevancia que atribuye a la voluntad del autor, y lo es también a raíz de la suficiencia que concede al conocimiento para afirmar el dolo en todos los niveles del riesgo percibido.

Ya se ha dicho que en muchas situaciones la voluntad del agente no puede jugar ningún papel de cara a la afirmación o negación del dolo. Estas son hipótesis en las que el peligro que conscientemente se crea es tan alto que la actitud del individuo no puede dejar de ser valorada como la realización agentiva de la conducta típica. Casos como el del cinturón entran en esta categoría⁷²⁰, y también, paradigmáticamente, los supuestos de dolo de consecuencias necesarias. La razón es que una decisión de actuar en tales circunstancias y con conciencia de un riesgo

⁷¹⁹ En el mismo sentido se expresa ROXIN al criticar la posición de PUPPE: "esa teoría significa que a uno le estaría permitido, intencionadamente y calculando el resultado, crear un peligro para la vida objetivamente imputable, peligro que incluso ni siquiera tiene que ser mínimo, y, en caso de que se produzca el resultado, uno no debe temer más que el riesgo de una punibilidad por imprudencia, mientras que si ese resultado no se produjera, no se tendría que temer nada. El que un homicidio intencional no deba ser considerado doloso solamente por el hecho de que las perspectivas de resultado, visto *ex ante*, no eran especialmente grandes, contradice la lógica del idioma y el contenido de la culpabilidad de tal hacer. La tesis de que una tentativa fracasada de homicidio intencional no sería, bajo estas circunstancias, ninguna tentativa, puede animar a cometer tales hechos, pese a que la tarea del Derecho penal es precisamente oponerse a los peligros prohibidos contra bienes jurídicos tutelados; y esto, especialmente, cuando estos peligros han sido creados intencionalmente" ("Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo", p. 105 y s.).

⁷²⁰ Véase RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 83 y ss.

de esas características cobra intersubjetivamente el significado de *matar, engañar* o realizar la conducta típica de que se trate, al margen de cualquier otra consideración.

Pero fuera de esos supuestos la situación es completamente distinta debido a la falta de un fundamento que permita afirmar la suficiencia del conocimiento y excluir la relevancia de la voluntad. Puppe está en lo cierto cuando señala que a quien entierra un cuchillo en el pecho de otra persona no le puede estar permitida la exoneración del dolo⁷²¹, pero eso no dice absolutamente nada respecto de aquellas conductas que no son unívocas en relación a la muerte y no puede ser utilizado como un argumento para sostener que la dirección que el sujeto haya querido imprimir a su acto es siempre irrelevante para valorar su actitud⁷²². En el ámbito de las conductas que no alcanzan un nivel concluyente de riesgo, ignorar las intenciones del agente carece de justificación.

Esa prescindencia tampoco se compeadece con los cánones sociales que rigen la interpretación del comportamiento de los individuos, y no parece que un concepto evaluativo de la decisión de un agente, como es el de dolo, pueda ser construido de espaldas a esas prácticas. Es un hecho que la valoración que hacemos de las acciones de terceros, en especial de aquellas que nos afectan negativamente, depende en forma muy significativa de la intención que atribuyamos a sus autores⁷²³. Un pisotón, por ejemplo, es valorado como una agresión inaceptable si creemos que ha sido ejecutado de modo intencional, y es minimizado hasta la insignificancia si creemos que se ha debido a un simple descuido o una mera casualidad⁷²⁴. La práctica de pedir excusas lo muestra de un modo elocuente. Por eso, que el Derecho prescinda de esta dimensión, y que lo haga respecto de las conductas más gravemente lesivas de los intereses de terceros, no tiene mucho sentido⁷²⁵.

⁷²¹ PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 308.

⁷²² En el fondo, la tesis cognitiva asume que si a partir de cierto umbral de riesgo consciente la voluntad en sentido psicológico del agente es irrelevante, por debajo de él también lo es.

⁷²³ STRAWSON, *Libertad y resentimiento*, p. 41 y ss. Comentando el compatibilismo que Strawson construye sobre la base de esas actitudes, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 374 y ss.

⁷²⁴ En el mismo sentido, DÍAZ PITA, "La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización", p. 68.

⁷²⁵ En realidad, y como veremos en un momento, las tesis cognitivas no hacen eso. Antes bien, ellas mismas recalcan la importancia que las valoraciones sociales tienen en la apreciación de si una

Pero además, ¿por qué ignorar la intención del agente, si lo que se pretende es precisamente valorar su voluntad de actuación? Como ya se ha explicado, el dolo es un concepto valorativo de la voluntad de un individuo y la función que desempeña el conocimiento en esta materia es puramente instrumental. De modo que si lo que se quiere valorar es esa voluntad, ¿por qué habría que dejar de considerar su nota más característica, cual es precisamente la posibilidad que tiene el individuo de elegir fines y medios entre múltiples posibilidades de acción?

En contra de lo que la tesis cognitiva sugiere, el compromiso pragmático derivado de la cognición *no es la única base que permite describir la decisión de un individuo como la realización consciente de un acto típico*⁷²⁶. Si la configuración de las circunstancias no es concluyente en ese sentido, podemos calificar de esa manera la decisión del autor si su propósito ha sido precisamente ejecutar el acto en cuestión. Lo único que cambia cuando consideramos conductas que implican un riesgo no concluyente es que la probabilidad no ineludible de realización del tipo deja relativamente indeterminado para nosotros, como terceros observadores del comportamiento del sujeto, qué descripción podemos dar de la dimensión agentiva del acto, pero eso de ninguna manera impide, sino que muy por el contrario aconseja, tomar en cuenta la dirección que haya querido imprimir a su acto.

En relación con lo anterior, ocurre además que también la suficiencia que la tesis comentada atribuye al conocimiento del riesgo en esta materia es injustificada. Como hemos visto, la única razón para prescindir de la voluntad del agente y atender solo a la conciencia del hecho viene dada por consideraciones de racionalidad práctica, que se presentan cuando los riesgos conscientemente creados son tan altos que hacen intersubjetivamente irrelevante qué dirección haya querido dar el sujeto a su acto, pero no en los demás casos. En este sentido es importante no perder de vista que lo único sobre lo que versan esas consideraciones es acerca de qué sería racional que un sujeto con ciertas intenciones escogiera hacer o no hacer en determinadas circunstancias, *pero sin que eso suponga negar que un individuo puede realizar una misma intención de muchas maneras en unas circunstancias dadas*. Es decir, lo único que esas consideraciones establecen son *límites a la compatibilidad entre acciones e*

conducta concreta ha de ser calificada como dolosa o no, y de hecho por esa vía terminan concediendo que los elementos conativos influyen significativamente en esa determinación.

⁷²⁶ Utilizo aquí "consciente" en el sentido en que lo hace la tesis cognitiva para caracterizar el dolo.

intenciones, pero en ningún caso una especie de *correspondencia rígida* entre unas y otras, como si con la ayuda de un supuesto baremo cuantitativo o cualitativo sobre las posibilidades de desarrollo de los hechos, toda decisión adoptada en un contexto dado pudiera ser definida en términos binarios como la realización o no realización consciente de una determinada conducta.

Esto tiene, por lo demás, una repercusión importante en el plano valorativo. Suponiendo que al dolo y la culpa se los haga depender exclusivamente de los caracteres del riesgo conocido por el agente, el máximo nivel de riesgo consciente compatible con la imprudencia tendría que ser inmediatamente inferior y contiguo al mínimo nivel de riesgo consciente compatible con el dolo. Pero ocurre que los límites del dolo y la imprudencia no se comportan de esa manera. Independientemente de que, a mi modo de ver, todo el rango del riesgo desaprobado debería ser en principio compatible con el dolo, hay que convenir que el nivel a partir del cual el riesgo consciente comienza a ser incompatible con la culpa es muy superior al límite inferior del dolo. Vale decir, y hablando siempre de peligros conscientes o percibidos, el nivel de riesgo a partir del cual se debe afirmar el dolo aunque el agente haya rechazado el resultado es muy superior al nivel mínimo de riesgo en el que todavía se puede afirmar el dolo, especialmente si el sujeto ha obrado con la intención de realizar el tipo. La tesis cognitiva desconoce esto, y pretende fijar la frontera entre el dolo y la culpa en algún punto intermedio entre aquellos niveles. Con ello todo un segmento de acciones potencialmente atribuibles a imprudencia es asignado forzosamente al dolo, y todo un conjunto de acciones eventualmente calificables como dolosas es reconducido a la culpa. Si en la práctica estas consecuencias no son tan ostensibles como deberían serlo, ello únicamente se debe a que los criterios que se emplean en esta materia permiten ajustar esa línea divisoria con mucha más libertad que la que se confiesa.

1.3.3. Ingredientes volitivos de los criterios de determinación del conocimiento propio del dolo

Las insuficiencias de una aproximación puramente cognitiva al dolo también pueden pesquisarse en los criterios que se proponen para identificarlo. En teoría, un enfoque estrictamente centrado en la cognición del riesgo tendría que ser capaz de caracterizar el peligro cuya conciencia sería sinónimo de dolo prescindiendo de toda referencia a la voluntad, ya del propio agente o de un sujeto hipotético. La manera más obvia de hacer esto consiste en asociar el dolo a la conciencia de una

determinada probabilidad del resultado. Sin embargo, esa alternativa tiene una limitación inherente, cual es que, aun si se pudiera cuantificar con precisión el peligro derivado de una situación dada, esa cuantificación solo nos diría algo acerca del riesgo mismo, pero nada acerca de su suficiencia de cara a la imputación del dolo⁷²⁷. Para esto se necesita un criterio normativo que indefectiblemente debe apoyarse en la lógica difusa de las evaluaciones prácticas. En algún momento, todo criterio de determinación del dolo tiene que caracterizar genéricamente alguna propiedad de significado que nos permita calificar una decisión activa como una decisión dolosa⁷²⁸.

Las tesis *cualitativas* cumplen con esta exigencia. Aunque se las suele agrupar bajo una designación común son en verdad muy distintas entre sí: difieren desde luego en torno a la cualidad que consideran relevante, pero también en relación a si precisan que el individuo sea consciente de ella o se conforman con que pueda ser socialmente atribuida al sustrato pertinente, y en cuanto a qué es lo que hacen objeto de calificación (el riesgo, el conocimiento del mismo o una combinación de ambas cosas). Obviamente, aquí no hay espacio para intentar siquiera una exposición resumida de esos planteamientos⁷²⁹, pero para el propósito de este

⁷²⁷ En el mismo sentido, HASSEMER: "...los grados objetivamente descriptibles de la peligrosidad no son, para una concepción del dolo, aceptables como tales sino sólo en la medida en que vayan investidos de una valoración y elaboración subjetivas. Determinar si la acción es realmente peligrosa o en qué medida, no decide sobre el dolo..." ("Los elementos característicos del dolo", p. 141).

⁷²⁸ Como se ha dicho antes, el conocimiento del peligro solo cobra un sentido práctico debido a su incidencia *sobre el significado atribuible a la decisión* de un sujeto de realizar un acto. Por lo mismo, qué valor comunicativo se le otorga a un determinado conocimiento de cara al significado de la decisión de un agente y cuánto conocimiento es suficiente para afirmar el dolo, depende de cómo se vea impactado el significado de dicha decisión por el conocimiento del agente. El baremo de suficiencia cognitiva descansa siempre sobre una valoración de la voluntad de acción del individuo. Pone de relieve este aspecto, aludiendo a la difícil tarea, habitual en Derecho, de distinguir entre situaciones progresivas o graduables, *Molina Fernández*, Fernando, "La cuadratura del dolo: Problemas irresolubles, sorites y Derecho penal", especialmente p. 733 y ss.

⁷²⁹ En España mantienen tesis cognitivas del dolo, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, p. 225 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 247; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 68 y ss., GIMBERNAT ORDEIG, "Acerca del dolo eventual", en *Estudios de Derecho penal*, p. 252 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 189 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 648 y ss., "Aberratio ictus e imputación objetiva", p. 366 y ss. Según señala este último autor, "El objeto del dolo viene constituido por la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales; ni el proceso causal, ni la relación de imputación (objetiva) del resultado en sentido estricto, ni el resultado, quedan dentro de su ámbito; sí, en cambio, todos los

apartado debería ser suficiente con mostrar, a través de las opiniones de dos de sus exponentes más destacados -Ragués y Puppe-, que también para este grupo de autores la voluntad del agente juega un papel importante, solo que de un modo más bien tácito y oblicuo.

La concepción de Ragués combina elementos propios de la valoración del riesgo con elementos propios de la valoración de su cognición, todo ello asentado sobre un interesante modelo de adscripción social⁷³⁰. De hecho, esa suerte de sincretismo le permite abordar en forma mucho más plausible que otros autores los casos de creación de riesgos leves o moderados, admitiendo la posibilidad de su realización dolosa. A su juicio, en efecto, también es posible hablar de dolo en los tramos inferiores del riesgo prohibido, por lo que su propuesta teórica no comporta una distribución rígida del riesgo desaprobado entre el dolo y la imprudencia. Para él, la diferencia entre el dolo y la culpa en esos tramos de riesgo se encontraría en el *modo* como el sujeto comprende el peligro emanado de su conducta.

Explica, en este sentido, que para afirmar el dolo no es suficiente con que el individuo comprenda la peligrosidad abstracta de su conducta y capte las circunstancias de las que ella surge, sino que además es preciso que reúna ambos aspectos en un juicio unificado que lo haga consciente de la idoneidad lesiva de su comportamiento en la situación dada.

“Para afirmar el dolo de homicidio -señala- no basta con que el sujeto conozca, por una parte, que un disparo con arma de fuego es en general un medio apto para causar la muerte y, por otra, que delante de él se halla una persona. Además del conocimiento de estos dos factores aislados, en el caso concreto ambos datos deben integrarse en un juicio de acuerdo con el cual, el sujeto advierte que, si efectúa un disparo en la dirección en que se encuentra la otra persona, estará realizando una conducta apta para provocar su muerte”⁷³¹.

Si el sujeto integra ambos aspectos y toma conciencia de que su conducta posee en concreto la aptitud para realizar el tipo, obrará con dolo si decide seguir adelante, y solo con culpa si la lleva a cabo sin advertir su idoneidad. Para ejemplificar estas ideas el autor mencionado nos propone el siguiente caso:

“un conductor va atrasado a una fiesta y conduce a gran velocidad por una carretera

elementos de la conducta que hacen de ésta una conducta «ex ante» penalmente relevante” (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 648 y s.).

⁷³⁰ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 323 y ss.

⁷³¹ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 456.

de montaña. En una de las curvas, sin ningún tipo de visibilidad, invade por completo el carril contrario, impactando con otro vehículo que se aproximaba en sentido opuesto y causando, a consecuencia del impacto, la muerte de su conductor”⁷³².

En un supuesto como ese -precisa- no resulta difícil atribuir al autor tanto el conocimiento del peligro inherente a la conducta de invadir el carril contrario en una curva sin visibilidad, como la representación de la posibilidad de que aparezca otro vehículo a mitad de la curva, pues ambos datos forman parte del conocimiento general que tendría cualquier persona habilitada para conducir. “La cuestión decisiva para afirmar o negar el dolo del conductor estriba, sin embargo, en determinar si éste integró ambos factores de riesgo o si, por el contrario, entendió que en su supuesto no concurría riesgo alguno, es decir, si no juzgó que su conducta fuera concretamente apta para causar la muerte de otra persona”⁷³³.

Tomando esto como base, y considerando además que Ragués adopta una noción despsicologizada de conocimiento⁷³⁴, lo que distingue al autor doloso del imprudente en su propuesta es que a uno le puede ser adscrita la conciencia de la aptitud lesiva de su conducta y al otro no. La generalización de este criterio es expresada por Ragués del siguiente modo:

“existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”⁷³⁵.

Ahora bien, en torno a esta manera de concebir la atribución del dolo cabe hacer algunos comentarios en la perspectiva que aquí nos interesa⁷³⁶. En primer lugar, hay que señalar que lo que Ragués caracteriza como la conciencia de una determinada *aptitud de la conducta* es más bien un atributo de la *conciencia* que el sujeto tiene de ella. Es decir, aunque la expresión que emplea parece aludir a una aptitud de la

⁷³² RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 459.

⁷³³ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 459.

⁷³⁴ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 357 y ss.

⁷³⁵ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 353. No muy lejos de este planteamiento, FEIJÓO SÁNCHEZ define el dolo como una “decisión consciente de realizar el hecho típico” (*El dolo eventual*, p. 59). Por su parte, MIRÓ LINARES considera que para que haya dolo es necesario que el individuo se represente “efectivamente la realización de aquello en que, en esencia, y también desde una perspectiva comunicativa, consiste el riesgo prohibido por cada injusto penal” (“Dolo y Derecho penal empresarial”, p. 233 y s.).

⁷³⁶ Véase la proyección de ese criterio de atribución del dolo en el ámbito de la imputación del hecho al partícipe, en MIRÓ LINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, p. 227 y ss.

conducta, a un carácter de la situación, lo que es verdaderamente relevante, y objeto de calificación en definitiva, es el modo como el individuo procesa las características que ya conoce del suceso. Por eso, bien podría ocurrir que, encontrándose dos individuos en conocimiento de una misma situación, solo uno de ellos llevara a cabo el juicio de integración sobre la concreta aptitud lesiva del acto, sin que, por otro lado, pudiéramos decir que el otro sujeto ha obrado incurso en un error.

Esto conduce a plantear ciertas dudas sobre el carácter cognitivo del atributo que Ragués considera propio del dolo⁷³⁷. En su opinión, el conductor del ejemplo citado más arriba carece de una adecuada conciencia del riesgo (no comprende su conducta como concretamente apta para producir el resultado). Pero si se tiene en cuenta que la premisa de que se parte es que el individuo está al tanto de todo lo que se necesita saber para llevar a cabo el juicio de unificación, lo que parece estar ausente en su caso es un momento interno que se acerca mucho a un "tomarse en serio el peligro" o a otras actitudes de naturaleza característicamente volitiva⁷³⁸. Quizás sea más correcto afirmar que lo que le falta al sujeto en cuestión es reaccionar como sería esperable que lo hiciera frente a aquello que ya sabe, y es probable que en términos corrientes dijéramos que, aun cuando tuvo conocimiento

⁷³⁷ Es verdad que quien desea causar el resultado imagina su acto como concretamente idóneo para ello. Por ello puede decirse que aunque el tirador inexperto del famoso ejemplo de Thyren sea consciente de sus bajas posibilidades de acertar, lo cierto es que cuando apunta y dispara lo hace creyendo, siquiera por un momento, que *al* hacerlo *realiza* su meta, por la misma razón por la cual podemos decir que si uno no cree que puede doblar cucharas con el solo poder de la mente en el fondo nunca llega a *intentarlo* realmente. Sin embargo, la conciencia de la realización del hecho que se presenta en estos casos es derivativa de la voluntad, y no al revés.

⁷³⁸ Esta conciencia de la concreta aptitud lesiva de la conducta presenta, en efecto, bastantes similitudes con el requisito que plantea FRISCH en el sentido de que el autor ha de enjuiciar su propia conducta como un riesgo concreto para el bien jurídico (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 542). Por su parte, el propio FRISCH admite que su postura se aproxima bastante a la de quienes consideran que el dolo depende de un "tomarse en serio" el riesgo, aunque insiste en que su propuesta hace referencia a un aspecto cognitivo y no volitivo, seguramente porque a su juicio "conocer" implica también "tomar postura" frente a aquello que se conoce. A la vista de lo anterior, también PUPPE estima que el planteamiento de FRISCH es voluntativo, a pesar de cómo él lo califica. Sobre esto, escribe: "Tampoco esta supuesta teoría de la representación hace depender el dolo, en última instancia, de un acto de conocimiento por parte del autor, sino de la actitud interna que éste mantiene con su conocimiento" (PUPPE, *Perspectivas conceptuales del dolo eventual*, p. 292 y s.).

de las circunstancias de riesgo, no quiso en modo alguno la realización del tipo⁷³⁹.

Otra razón para dudar del carácter cognitivo de dicho criterio es que presupone que la imprudencia sería incompatible con una representación lúcida del riesgo. Conforme al planteamiento de Ragués, en efecto, si el individuo percibe los factores que determinan la existencia de un peligro escaso (pero desaprobado) actúa con culpa, a menos que tome conciencia concreta del riesgo que crea, como ocurre en los casos en que se obra con intención. Pienso, sin embargo, que es perfectamente posible obrar con conciencia concreta del riesgo y sin intención ni dolo, y que si alguien realiza conscientemente una conducta que tiene bajas probabilidades de resultar lesiva, confiando en que puede hacer lo que pretende sin realizar el tipo, corresponde apreciar imprudencia por muy nítida que haya sido su visión de las probabilidades correspondientes, y en parte precisamente por ello. Así, si una mujer que se sabe o se cree embarazada pretende viajar a Nigeria, por ejemplo, consciente de que allí hay una epidemia de ébola, y reflexiona sobre los riesgos subsistentes aun en el supuesto de que use mascarillas, reduzca sus contactos sociales y adopte toda clase de precauciones, ¿diremos que obra con dolo respecto de su propio contagio y del de la criatura si realiza el viaje porque ha llegado a la conclusión de que el riesgo remanente es bajo? La tesis comentada tendría que responder afirmativamente a esa pregunta, ya que la mujer ha considerado en forma muy seria la aptitud lesiva de sus actos y porque -cabe asumir- una reflexión sobre el riesgo no puede dejar de ser concreta por el solo hecho de arribar a la conclusión de que el peligro es escaso.

Por mi parte pienso, en cambio, que no corresponde afirmar el dolo en un supuesto como ese, toda vez que, partiendo de la base que la mujer no desea esos resultados, la implicación que deriva de las probabilidades de que ellos igualmente se produzcan es demasiado baja como para atribuirle la proactividad hacia la descripción típica que el dolo requiere. O por decirlo en los términos de la teoría analizada, no concurre el dolo porque en el caso propuesto no cabe sostener que la autora haya ejecutado conscientemente la conducta típica⁷⁴⁰. Del mismo modo, si ante una situación de necesidad un sujeto opta por exceder el límite máximo de

⁷³⁹ O quizás lo más exacto sería presentar las cosas del modo inverso, diciendo de quien obra con dolo que *no quiso* evitar el resultado, mientras que el que obra imprudentemente ni siquiera llega a tener ese momento de voluntad respecto de la realización del tipo.

⁷⁴⁰ Lo cual coincide, según entiendo, con las respuestas que ofrece RAGUÉS en los supuestos que analiza bajo el rótulo de la integración de los conocimientos previamente imputados en un juicio de concreta aptitud lesiva, (*El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 455 y ss.).

velocidad con plena conciencia del peligro, eso no significa que luego, si se produce un accidente, haya que justificar una conducta dolosa sino solo una imprudente, sin perjuicio de que al volante pueda haber ido conduciendo con una extrema conciencia del riesgo, entre otras razones por la necesidad misma de llegar a destino.

De cualquier modo, hay que reconocer que no es fácil precisar con exactitud la índole de la conciencia de riesgo a que alude Ragués y decidir si se le debe categorizar como un momento volitivo o cognitivo. Pero eso a fin de cuentas es secundario para nuestro análisis. Lo único que interesa es determinar qué clase de estados mentales se consideran indicativos de la conciencia propia del dolo, y sobre todo aclarar si la voluntad del agente se encuentra o no entre ellos. Y al respecto, la conclusión a la que hay que llegar, al menos en el caso de aquellas conductas que Ragués caracteriza como neutras o no inequívocamente ligadas a la creación de un determinado riesgo desde un punto de vista social⁷⁴¹, es que la voluntad del autor efectivamente es relevante. Esto podemos apreciarlo considerando algunas de las situaciones que él mismo plantea.

En efecto, si bien en una colisión de vehículos de la que resultan heridos o muertos en general solo cabe apreciar un delito imprudente, también es posible -en palabras de este autor- que esta situación cambie si el causante del accidente declara ante el tribunal que le juzga "que embistió al otro coche de forma

⁷⁴¹ De hecho, la propuesta de RAGUÉS se muestra mucho más efectiva para explicar la realización imprudente de un comportamiento considerablemente peligroso que para resolver la situación opuesta, del individuo que realiza dolosamente una acción que entraña riesgos mínimos desaprobados, en especial si se aceptan los demás postulados de la tesis cognitiva. Ello se debe a que en la primera clase de situaciones -las de alto riesgo- casi siempre será posible encontrar elementos objetivos que, valorados desde un punto de vista social, nos permitan llegar eventualmente a la conclusión de que, pese a todo, el individuo no ha sido consciente de la concreta aptitud lesiva de su conducta. En el caso propuesto, por ejemplo, incluso si no sabemos qué haya pasado por la cabeza del autor, podemos tomar en cuenta que en el momento del hecho iba en dirección a una fiesta, que iba atrasado, que quería llegar pronto a su destino y que por ello es presumible que no pretendía en absoluto verse envuelto en un accidente carretero, y a partir de ello sacar en limpio que, aun en esa situación límite, el individuo ha obrado sin comprender la lesividad concreta de su conducta y por consiguiente sin dolo. En cambio, la situación del individuo que realiza una conducta desaprobada y escasamente riesgosa pero con la intención de causar el resultado típico es mucho más difícil de abordar mediante una pura apreciación social de las circunstancias, sobre todo si además se prescinde de todo dato de orden volitivo, pues desde ese ángulo el dolo no pasa de ser más que una hipótesis indiscernible bajo la apariencia relativamente inocente de los acontecimientos.

perfectamente consciente a consecuencia de un ataque de sadismo⁷⁴². Esto se explica porque entonces el conductor habrá obrado con "conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta realizada"⁷⁴³. Asimismo, "si un empresario se niega a proporcionar a uno de sus operarios el equipamiento necesario para garantizar su seguridad" y luego ocurre un desenlace fatal⁷⁴⁴, o bien si "un padre juega con su hijo de corta edad para lanzarlo al aire y cogerlo"⁷⁴⁵ pero se le escapa de las manos, cae y se lesiona, también cabrá atribuir en principio imprudencia, a menos que, por ejemplo, el empresario declare "ante el tribunal que le juzga que siempre fue consciente del riesgo que corría el trabajador, pero que le tenía muy poca simpatía y que, negándole las medidas de seguridad, albergaba la esperanza de que un día se precipitara al vacío"⁷⁴⁶, o que el padre confiese "haber dejado conscientemente caer al niño"⁷⁴⁷, pues entonces concurriría en el agente la conciencia de la concreta aptitud lesiva de su conducta.

Al respecto, y sin perjuicio de concordar plenamente con las soluciones que ofrece Ragués para estos casos, habría que coincidir también en que la manera como procesa estos casos da cuenta de que la intención del agente está lejos de ser irrelevante para el establecimiento del dolo⁷⁴⁸. Esto no cambia por el hecho de que en su propuesta la voluntad del agente sea empleada para dar por satisfecho un baremo que se define como cognitivo, porque, como se ha dicho, lo que importa es qué datos se utilizan para afirmar o negar la concurrencia del dolo, independientemente de la índole del criterio que medie en su atribución.

Tampoco se ve alterada esta conclusión por el hecho de que Ragués sostenga que los estados psicológicos -conocimiento incluido- sean realidades inescrutables o

⁷⁴² RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 152.

⁷⁴³ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 488.

⁷⁴⁴ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 489.

⁷⁴⁵ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 481.

⁷⁴⁶ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 489.

⁷⁴⁷ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 481.

⁷⁴⁸ Después de todo, lo que a su juicio cambia las cosas en los casos ya mencionados es la intención del conductor, del empleador o del padre de la criatura de causar el daño, y no la existencia de un momento de deliberación consciente acerca de los riesgos involucrados. De hecho, lo que hace la tesis cognitiva para resolver estos casos -indagar primero la intención del agente para luego atribuirle un cierto conocimiento del hecho- contrasta con lo que se nos ha dicho antes, en el sentido de que los juicios que acerca de la voluntad del agente serían puramente derivados del conocimiento que se le atribuya.

inaccesibles⁷⁴⁹ y que por ello prefiera operar sobre la base de una adscripción social de la conciencia relevante del riesgo, pues, nuevamente, lo que interesa es qué clase de información ingresa a ese proceso valorativo, y en este sentido puede verse que al menos cierta información psicológica, en concreto, qué es lo que el sujeto ha querido al realizar la conducta, es tomada en cuenta e incide en forma determinante en la solución que Ragués propone para esos casos. Además, la apelación a las valoraciones sociales es de hecho un motivo adicional para afirmar, como veremos un poco más abajo, que su modelo de adscripción del dolo también valora la voluntad del autor.

A diferencia de la de Ragués, la tesis de Puppe se centra exclusivamente en la tarea de identificar *riesgos propios de dolo*⁷⁵⁰. La mayor preocupación de esta autora es evitar que la supuesta ausencia de una voluntad de realización del tipo redunde en una exoneración injustificada de la pena del delito doloso. A este respecto señala que:

“golpear con un objeto pesado o puntiagudo en la cabeza, dar patadas o golpes de karate en la cabeza de un niño, clavar un cuchillo en la zona del corazón, disparar al tronco o estrangular hasta dejar a alguien inconsciente son, entre muchos otros, métodos generalmente reconocidos para matar. El autor que los aplica para dejar a su víctima indefensa o inmóvil no debe poder excusarse alegando no haber querido dicha muerte”⁷⁵¹.

Lo que busca, entonces, es establecer *situaciones* en las que el dolo podría ser *socialmente* afirmado, independientemente de lo que el sujeto haya querido lograr con su acto⁷⁵².

El criterio que propone para ello es el siguiente:

“una conducta tiene la cualidad de causar un ‘peligro de dolo’ siempre que puede ser

⁷⁴⁹ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 515; la fundamentación de ese aserto puede verse en p. 205 y ss.

⁷⁵⁰ Véase, al respecto, el comentario de FEIJÓO SÁNCHEZ en *El dolo eventual*, p. 85, nota 118.

⁷⁵¹ PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 308.

⁷⁵² La manera como PUPPE se refiere a estas y otras situaciones muestra una afinidad importante con la tesis que aquí se ha expuesto, en el sentido de que lo que está en juego en la atribución del dolo es la posibilidad de *describir* una acción *en tanto que ejercicio de agencia*. Plantea, en esta línea, que si un acto puede ser descrito de una cierta manera –por ejemplo, con expresiones como “golpear”, “dar patadas”, “clavar un objeto” o “estrangular” a alguien–, pero también como “matar” a una persona, la ausencia de una voluntad de realizar esta última conducta no puede ser un motivo para excluir la verdad de su descripción como “matar a otro”, si lo que el individuo ha realizado conscientemente es un método generalmente reconocido para ejecutar la muerte de un individuo.

identificada como un método apropiado para la causación de dicho resultado, de acuerdo con reglas de experiencia generales”⁷⁵³.

También indica que hay dolo si:

los “peligros creados y conocidos por el autor constituyen una estrategia racional para la producción del resultado”, de acuerdo con una valoración social del hecho⁷⁵⁴.

Hasta allí no hay nada que parezca mayormente discutible, aunque de momento tampoco nos ha dicho Puppe algo que permita resolver las dudas que a menudo se plantean en la atribución del dolo. De poco sirven estas indicaciones generales si no se nos da una idea de qué tan apropiado o racional ha de ser el acto como posible estrategia de causación del resultado. Por ejemplo, para afirmar el dolo ¿basta con que el acto no sea del todo inapropiado como tal o debe ser especialmente idóneo para el fin propuesto? ¿Se excluyen del dolo solo los actos que sería irracional emplear como estrategia para lograr un objetivo? ¿Qué elementos de la situación se puede tomar en cuenta para apreciar si un acto es una estrategia racional o un método apropiado de causación del resultado?

Para llenar este vacío Puppe proporciona un punto de referencia que es especialmente interesante para nuestro argumento. Señala que una acción puede ser identificada como un método apropiado para causar el resultado:

“cuando el autor habría podido aplicar dicho método para causar el resultado *intencionadamente*”⁷⁵⁵.

Y agrega un poco más adelante -de forma todavía más elocuente- que el dolo supone:

“la representación [de un] peligro que el autor, de acuerdo con el criterio de la racionalidad instrumental, *solo correría si estuviera de acuerdo* con el resultado”⁷⁵⁶.

Estas son palabras significativas, en primer lugar, porque constituyen un claro reflejo de lo dicho más arriba, en el sentido de que lo que se hace al calificar una conducta como dolosa es valorar la *voluntad* con que haya sido ejecutada. Ahora, lo que Puppe pretende, por razones que ya vimos, es independizar esa valoración de la que pueda haber sido la voluntad concreta del autor. Para ello propone que, en lugar de su inclinación o aversión al resultado, valoremos desde un punto de vista

⁷⁵³ PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 308.

⁷⁵⁴ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 261 y ss.

⁷⁵⁵ PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 308.

⁷⁵⁶ PUPPE, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, p. 309.

social el peligro del que fue consciente, preguntándonos si un sujeto cualquiera habría realizado esa conducta sin estar de acuerdo con el resultado. Con este método reemplaza entonces al autor y a su concreta voluntad por la voluntad hipotética de un hombre medio, de modo tal que si, en esa valoración social, la aprobación del resultado aparece como un presupuesto explicativo de la disposición del hombre medio a realizar el comportamiento en cuestión, el dolo del agente quedará afirmado.

En torno a esto, lo primero que cabe preguntarse es si existe en realidad un motivo suficiente que avale ese reemplazo. La duda se justifica porque, dado que la implicación de una conformidad con el resultado sirve como criterio identificativo del riesgo propio de dolo, lo lógico sería que el hecho de que el individuo haya estado de acuerdo o no con él tuviera cierta importancia. En otros términos, si la cuestión estriba en determinar si la conducta puede ser interpretada como el medio de realización de una hipotética intención de provocar el resultado, ¿por qué no deberíamos considerar también si el individuo tuvo de hecho ese propósito?⁷⁵⁷ No tiene mucho sentido marginar esa información, a menos que exista una razón para no considerarla. Pero en cuanto al temor de que la apreciación del dolo derive en un juicio sobre la personalidad del agente, ya vimos⁷⁵⁸ que puede y deber ser conjurado de otra manera, y que en cualquier caso ese reparo no es suficiente para anatemizar como cuestión de principio la consideración de la voluntad del autor.

Más allá de eso, lo único que podría justificar la decisión de Puppe de prescindir del propósito real del agente es el interés -sin duda correcto- de mantener la preeminencia de la voz social en la evaluación del dolo, esto es, que no sea el propio agente el que determine el significado de su actitud por el solo hecho de haber inclinado su voluntad en un sentido u otro. Pero lo cierto es que ambas son cosas muy diferentes. Una cuestión es quién decide sobre el significado intersubjetivo de un fenómeno psíquico, y otra muy distinta es qué elementos de ese estado psíquico se toman en cuenta para fijar su significado. Garantizada la primacía de la tercera persona, por así decirlo, la renuncia a considerar lo que el agente de hecho haya querido o rechazado es completamente innecesaria. No hay ningún inconveniente en tomar en cuenta su voluntad integrándola, junto a otros factores, en una ponderación que eventualmente pueda arribar a la conclusión de

⁷⁵⁷ ¿No es claro que indagamos su representación para saber si estuvo de acuerdo con el resultado (aun cuando el propio autor no lo vea de ese modo)?

⁷⁵⁸ *Supra* 1.2.

que hay dolo a pesar de que el individuo haya obrado con una marcada preferencia por la no realización del tipo.

El criterio que nos ofrece Puppe deja además sin precisar buena parte de lo que tendría que ser clarificado para que pudiera ser verdaderamente operativo. Qué tan apropiado o racional debe ser el acto en tanto que estrategia delictiva, es algo que efectivamente se resuelve en alguna medida con el baremo de la voluntad hipotética de un autor potencial, pero solo a condición de que se especifique *en qué relación tendría que encontrarse esa voluntad hipotética con la conducta en cuestión*, es decir, qué grado de compromiso de la voluntad de un autor potencial es el que se requiere para el dolo. Como se comprenderá, es completamente distinto que una acción sea explicable *solo* como expresión de un acuerdo con el resultado a que lo sea *también* como expresión de dicho acuerdo; de modo que si se toma como base el primer criterio se arriba a un dolo de contornos sumamente estrechos, que cubre las hipótesis de consecuencias necesarias y solo los casos más graves de dolo eventual, mientras que si se considera suficiente una relación potencial se abre un abanico mucho más amplio de posibilidades. Sintomáticamente, Puppe recurre a ambas formas de implicación. Así, a veces lo que cuenta es si el autor habría podido utilizar la conducta como método para realizar intencionalmente el tipo⁷⁵⁹, y otras lo que interesa es la cuestión de si la conducta podría ser realizada por alguien que no estuviera de acuerdo con el resultado⁷⁶⁰.

Es interesante notar que esta ambigüedad, por otro lado, no es casual, sino que obedece a algo que ya hemos comentado más arriba. Las pautas de racionalidad práctica no niegan sino que presuponen un cierto margen de elección de los sujetos, de modo que si bien su aplicación con pretensiones explicativas a casos concretos configura efectivamente un grupo de supuestos en los que la acción de un individuo es incompatible con un rechazo del resultado, también define, en un nivel inferior de riesgo, un conjunto mucho más amplio de acciones que son

⁷⁵⁹ PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 308.

⁷⁶⁰ PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 309. Podría pensarse que PUPPE postula ambos criterios a la vez, pero esto no tiene sentido. En primer lugar, porque evidentemente una de las dos formulaciones -la más estricta- estaría de más; y segundo, porque si el ámbito propio del dolo estuviese dado por la conciencia de riesgos interpretables socialmente como una posible estrategia de realización del tipo, sencillamente no quedaría espacio para la imprudencia consciente fuera de los casos de creación de riesgos insignificantes, que en opinión de Puppe solo son compatibles con la culpa.

perfectamente compatibles tanto con la aceptación como con el rechazo de aquel⁷⁶¹.

En realidad, la única razón por la que esta coexistencia de criterios completamente dispares no resulta tan problemática en la práctica es porque su manejo es encomendado a la acción santificadora de las valoraciones sociales. A ellas remite Puppe, en efecto, la apreciación última acerca de si el riesgo conscientemente creado por el individuo necesita o admite ser explicado con la hipótesis de una voluntad favorable a la realización del tipo. Pero ocurre que precisamente por ello su oposición a considerar la voluntad del agente tiene resulta aun menos persuasiva, porque es un hecho que para tales valoraciones esa voluntad tiene una gran importancia a la hora de determinar a qué actitud debe ser atribuida una conducta que se valora como peligrosa o lesiva. Sin ir más lejos, bien puede decirse que esa apelación a las valoraciones sociales prácticamente asegura que la conciencia del riesgo no sea en definitiva el único factor incidente sobre ese juicio.

Una muestra de cómo las consideraciones anímicas o disposicionales se infiltran en la apreciación del dolo la podemos encontrar en uno de los ejemplos que propone la autora germana. Para responder a la crítica según la cual su tesis no permitiría distinguir entre un dolo de peligro y un dolo de lesión⁷⁶², y para mostrar que, contrariamente a lo que piensan sus críticos, la creación consciente de un peligro concreto no sería aún una "estrategia acreditada de causación del resultado", ella plantea el caso de un conductor "que en la carretera desatiende abiertamente el orden de un policía de que se detenga y se dirige hacia él tocando la bocina"⁷⁶³. Según señala, aun si el agente advierte la posibilidad de que el policía salte a un lado demasiado tarde o caiga en el intento, no habría aquí una estrategia propia de dolo. La razón que da es la siguiente:

"Sin duda -observa-, dicho sujeto ha creado de forma consciente un peligro concreto y no permitido para el policía en el sentido del § 315 b StGB, pero su confianza en que el agente, que ha sido entrenado para afrontar estas situaciones, se apartará a tiempo

⁷⁶¹ Véase el apartado anterior.

⁷⁶² Según PUPPE "cuando un sujeto crea o se representa factores que, en general, son apropiados para causar un resultado lesivo está creando a sabiendas un peligro abstracto y este mismo sujeto crea dolosamente un peligro concreto cuando se representa que en el caso concreto no existen contrafactores que necesariamente hagan imposible la producción del resultado" (PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 309 y s.).

⁷⁶³ PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 310.

es perfectamente compatible con las reglas de la racionalidad instrumental”⁷⁶⁴.

Lo que llama la atención no es la calificación del hecho como imprudente -que dentro de ciertos límites que podemos dar por supuestos parece correcta- sino que el dolo se excluya por la *confianza* del conductor en la evitación del resultado. Es verdad que luego Puppe se pregunta si esa confianza es racional, pero no cabe duda de que la razonabilidad de esa confianza deja subsistente un riesgo importante, suficiente por lo pronto para hablar de un peligro concreto capaz de realizar el § 315 b StGB. Siendo consecuente, Puppe no debería excluir el dolo por la confianza del autor en la no verificación del resultado, y ni siquiera debería mostrar interés por la actitud que este haya tenido sino solo por la que pudiera serle adscrita a partir de su representación. Conforme a su planteamiento, la actitud atribuible al agente debería ser la *consecuencia*, el punto de llegada de una valoración centrada en forma exclusiva en el conocimiento con que haya obrado, y no el punto de partida de una exclusión del dolo sujeta a una mera condición de razonabilidad.

Podría pensarse que con el término “confianza” solo se intenta aludir a un factor puramente cognitivo -a “la representación de contrafactores” que impidan o reduzcan la posibilidad del resultado⁷⁶⁵-; pero si así fuese la solución del caso probablemente tendría que ser distinta. Después de todo, el conductor es consciente de que el policía puede caer o no alcanzar a hacerse a un lado; y si es así ¿no se debería evaluar el valor estratégico de su conducta -o el compromiso de la voluntad de un actor potencial- a partir de las probabilidades de éxito asignables a la escapatoria del agente policial conforme a la representación del sujeto?

Contemplemos una hipótesis paralela: ¿acaso la banda que intenta el robo de un banco no tiene una clara conciencia de los múltiples contrafactores que podrían frustrar el éxito de su empresa? Supongamos por un momento que las posibilidades de que los dispositivos de seguridad del banco sean exitosos sean tan altas como las posibilidades que tiene el policía del ejemplo anterior de esquivar el automóvil y salir ileso, o al menos que la idea que los autores tienen al respecto las haga equiparables: ¿diríamos que también los asaltantes actuaron con una “confianza racional” en la evitación del resultado? Por supuesto que no, pues está completamente fuera de lugar hablar de ese modo en su caso. El término “confianza” expresa una actitud favorable hacia una determinada posibilidad, el

⁷⁶⁴ Ibídem.

⁷⁶⁵ Ibídem.

deseo o la esperanza, al menos, de que ocurra algo que no es seguro. Pues bien, nadie excluiría el dolo de los ladrones por la conciencia que tienen de las adversidades que enfrentan, pero en cambio sí podríamos estar dispuestos a decir que la confianza del conductor en unas posibilidades equiparables de evitación de la muerte excluye su dolo homicida. Este contraste demuestra que *la actitud del autor frente a la realización del tipo* es lo que determina la solución del caso, y que también para Puppe el descarte de una estrategia acreditada de producción del resultado puede depender completamente de la clase de consideraciones que sin embargo llama a desoír.

Lo que ocurre en el supuesto que acabamos de analizar no es una situación aislada. De una u otra forma, tanto el propósito del agente de realizar el tipo como su eventual confianza en la no producción del resultado son procesados por las tesis cognitivas -por Puppe y por Ragués⁷⁶⁶, concretamente- como motivos para afirmar o negar la satisfacción del baremo del que hacen depender la atribución del dolo. Por eso, aun ciñéndonos al análisis que esos autores llevan a cabo, no es exacto afirmar que lo único que debe tomarse en cuenta para apreciar la concurrencia de dicho elemento es el conocimiento del riesgo con que haya obrado el autor; pues, aunque ese pueda ser el punto de partida de su análisis, lo cierto es que la valoración social mediante la cual proponen que se decida si ese riesgo del que se es consciente o esa conciencia del riesgo posee o no la cualidad determinante para el dolo sin duda considera como un insumo relevante la voluntad con que el sujeto haya realizado la conducta. Al término de ese proceso valorativo seguramente podrá decirse que el sujeto obró con conciencia de un riesgo propio de dolo o con conciencia de la concreta aptitud lesiva de su conducta, pero eso no debería hacernos olvidar que

⁷⁶⁶ En esta línea es representativo, por ejemplo, el siguiente pasaje. Comentando el caso de unos jóvenes que luego de fumar hachís se ponen a jugar a una variante de la ruleta rusa, consistente en someter al perdedor a unas condiciones más o menos precarias de ahorcamiento, dice RAGUÉS que la decisión del BGH de revocar la condena por tentativa de homicidio emitida por el *Landgericht* de *Siegen* es a su juicio correcta, ya que “no puede descartarse que, en realidad, tales sujetos sólo creyeran habérselas con un riesgo bajo control”. Pero luego agrega lo siguiente: “En estos últimos casos, solo una exteriorización del conocimiento hace posible cambiar el sentido de la imputación. En referencia al ejemplo expuesto, debería imputarse la creación dolosa de un riesgo de muerte si se pudiera acreditar mediante exteriorizaciones de los autores, por ejemplo, que el juego no era más que una mera artimaña para simular la muerte accidental del compañero”. Lo destacable del párrafo es que lo que en realidad plantea no es una hipótesis de exteriorización de *conocimiento* sino que una de exteriorización de *intenciones*, y solo consecuencial o derivativamente una de conocimiento, como se desprende de que todo haya sido “una artimaña para simular la muerte accidental del compañero” (RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 481).

tales conclusiones se habrán obtenido valorando, entre otras cosas, la información voluntativa disponible. Por consiguiente, sin dejar de reconocer que ambos autores tienen razón al relativizar el valor que cabe conceder al propósito del agente al momento de calificar la dimensión interna de su acto, lo cierto es que la dirección de su voluntad no es un elemento que pueda ser soslayado ni reducido a una determinada representación del riesgo.

1.4. Caracterización general de la tesis propuesta sobre el dolo

A modo de recapitulación de las ideas desarrolladas en los apartados anteriores, podemos caracterizar la tesis actitudinal como una teoría volitiva y a la vez normativa del dolo. Volitiva, porque afirma la importancia de la dirección de la voluntad del agente para la apreciación del dolo, y normativa porque, sin perjuicio de ello, niega que el dolo sea o dependa de un estado volitivo, y en cambio plantea: (a) que el dolo consiste en una valoración de la voluntad de actuación de un individuo, (b) que esta valoración tiene como eje determinar si la voluntad en acto del sujeto puede ser descrita con los términos de un tipo penal y, por último, (c) que la perspectiva desde la cual se realiza el juicio correspondiente es la de un tercero.

Lo primero, esto es, que el dolo no debe ser identificado con un estado o con una combinación específica de estados psicológicos del agente, es desde luego una opinión compartida entre quienes acogen una concepción normativizada del dolo, sea esta de carácter cognitivo o voluntativo. Ahora bien, no es infrecuente que esta independencia del dolo de estados mentales específicos se presente vinculada a la idea, en sí poco clarificadora, de que el dolo no tendría ninguna clase de existencia. De un modo algo enfático se señala a veces que el dolo no es más que un concepto o un cierto significado y que lo único que existe es ese significado o ese concepto, sugiriendo con ello -o afirmando derechamente- que este elemento carecería de todo correlato real, ya en el mundo externo o en el de la psiquis de las personas. Es muy posible que con este modo de expresarse se quiera subrayar que el dolo no es un objeto del mundo sino un constructo normativo⁷⁶⁷, lo cual es evidentemente

⁷⁶⁷ HRUSCHKA va un poco más lejos incluso cuando, en relación a los problemas relativos a la conceptualización del dolo, afirma lo siguiente: "Los problemas se sitúan en un nivel más profundo, concretamente en la premisa inicialmente formulada según la cual el dolo -incluido el 'componente' que aquí nos interesa, esto es, el conocimiento de las circunstancias 'externas'- es un *hecho*. (...) debemos abandonar el presupuesto según el cual el dolo o sus 'componentes' son hechos relevantes para la decisión o, incluso, hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible. (...) los

cierto. Pero eso no debería impedirnos reconocer que hay hechos para los que el uso de ese término resulta apropiado y otros para los que no⁷⁶⁸. Como vimos en su momento, la valoración que expresa el dolo recae sobre una voluntad de acción y se funda precisamente en los contenidos mentales que hayan estado presentes en la conciencia del individuo al momento de realizar su conducta, de lo cual se sigue que su referencia está indudablemente constituida por esos estados mentales, solo

hechos [Taten] dolosos no 'existen' en tanto que hechos dolosos en el mismo sentido de la expresión 'existir' aplicable a los hechos [Tatsachen] 'externos'. Tales hechos 'existen' en tan escasa medida como 'existe' la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad (...) ningún científico natural *como tal* encontraría tales objetos" (HRUSCHKA, "Sobre la difícil prueba del dolo", p. 154). No es fácil interpretar estas expresiones de Hruschka. Tiene razón cuando señala que ni el dolo, ni el conocimiento, ni la voluntad existen como hechos externos, y que ningún científico natural daría con esos objetos (aunque quizás un partidario del reduccionismo fiscalista discutiría esa aseveración), pero el problema es que de la circunstancia que los estados mentales no sean hechos *externos* no se sigue sin más que no sean *hechos de ninguna clase*. Además, para negar la existencia de los hechos dolosos *como tales* no hace falta negar que los estados mentales sean hechos psíquicos; basta con saber que el dolo es un predicado evaluativo de los estados mentales de un agente y que esa clase de predicados no denotan nada que exista *como tal* en el mundo. VIVES ANTÓN, por su parte, propone concebir la acción no como un sustrato susceptible de interpretación sino como el sentido de un sustrato, y asegura que ese "giro copernicano" no solo cancelaría "de un portazo la investigación de la acción como un acontecimiento natural" sino que permitiría resolver todos los problemas que desde siempre han aquejado a la teoría de la acción (*Fundamentos del sistema penal*, p. 222). La suya, sin embargo, es una opinión difícil de compartir y no deja de ser algo críptica. La razón fundamental es que no resulta claro en qué sentido el énfasis que se hace en que la dimensión fáctica sería meramente el *sustrato* de la acción permitiría ir más allá de la opinión -relativamente asentada en la doctrina- de que las acciones son *hechos humanos interpretables* (SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 156 y ss.). Menos claro todavía es hasta qué punto la tesis de VIVES sería compatible con ideas bastante extendidas en filosofía, como la de que *una misma acción* puede ser descrita de múltiples maneras, o de qué manera su adscripción a un punto de vista alternativo permitiría resolver de mejor manera los problemas centrales de la teoría de la acción. También PÉREZ BARBERÁ se muestra por momentos reticente a aceptar que el dolo tenga una dimensión fáctica, o al menos así parece desprenderse de aquellos pasajes de su monografía sobre la materia -que subtitula como una contribución al "abandono de la idea de dolo como estado mental"- en que señala que el dolo "no es un dato empírico, un hecho -ni físico ni psíquico-, sino un juicio, un juicio objetivo de reproche, que en tanto tal es normativo (jurídico-normativo)" (*El dolo eventual*, p. 668). Con todo, entiendo que lo que rechaza este autor es la *identificación* del dolo con uno o más hechos determinados, pues más adelante no solo defiende la posibilidad de aplicar ese concepto a estados mentales, sino también el carácter fáctico de dichos estados y la posibilidad de efectuar afirmaciones contrastables a su respecto (op. cit., p. 721 y ss.).

⁷⁶⁸ El "buen" o el "mal tiempo" para volar, por ejemplo, tampoco existe como tal en el mundo, pero eso no quita que tales expresiones aludan a condiciones atmosféricas muy concretas -aunque variables- que verdaderamente hacen más fácil o difícil la navegación.

que por cualquier combinación de estos que permita describir la dimensión agentiva del acto con los términos del tipo. En esa dimensión, el dolo debe ser considerado efectivamente como un hecho, aun cuando un hecho no observable; de otro modo, difícilmente podríamos validar las afirmaciones en las que se funda la atribución del dolo a un individuo, supuesto que ellas efectivamente respalden la valoración que el dolo expresa.

Como se ha dicho, la tesis planteada tiene también un carácter normativo por cuanto para la valoración de los estados mentales de los que depende la afirmación del dolo utiliza criterios de racionalidad práctica, de una manera relativamente similar a como lo hacen las tesis cognitivas⁷⁶⁹. Estos criterios relativizan el peso que

⁷⁶⁹ Las diferencias principales ya se han explicado más arriba, en el apartado 1.3.2 de esta sección. Hay también otras divergencias. Recientemente, por ejemplo, PÉREZ BARBERÁ ha enfatizado la relevancia de dichas exigencias de racionalidad de un modo tal que distingue a su tesis no solo en el plano teórico sino también en el práctico. Sostiene este autor que el dolo es un juicio de reproche que descansa sobre una posibilidad objetivamente privilegiada de previsión del apartamiento de una regla (*El dolo eventual*, p. 648), y que esa posibilidad incrementada de previsión (en comparación con la de la imprudencia) tendría que encontrarse epistémicamente fundada (p. 674). Es decir, para actuar con dolo el individuo no solo necesitaría conocer la capacidad lesiva de su acto, también tendría que atribuirle esa capacidad de un modo epistémicamente fundado. Obraría, por tanto, sin dolo si le atribuyera a su acción o a las circunstancias en que tuviera lugar propiedades que la hicieran objetivamente peligrosa (de modo que su conciencia comportara una posibilidad objetivamente privilegiada de previsión), pero lo hiciera de un modo completamente infundado, y ello *aun cuando acertara al atribuirle esas propiedades*. Para ejemplificar esta idea propone la siguiente situación: "A quiere matar a B, que es hindú. A oyó alguna vez que para los hindúes el agua tiene un significado sagrado, y de ello infiere que ningún hindú sabe nadar. A invita entonces a B a pasear por los bordes de una piscina llena...y lo empuja sorpresivamente a la parte más profunda de ésta. B, efectivamente, no sabía nadar, simplemente porque nunca aprendió, y muere ahogado" (p. 781). Según PÉREZ BARBERÁ aquí solo cabría imputar imprudencia porque, si bien el juicio de probabilidad del autor es acertado, es en todo caso irracional y, por lo tanto, inidóneo para fundar "la hipótesis de posibilidad objetivamente privilegiada" de previsión que exige el dolo. (p. 781 y s.; un desarrollo de esa idea, fundado en que la racionalidad de los motivos de adquisición de creencias contribuye a conformar el contexto comunicativo en que la acción del agente expresaría el apartamiento de una regla, puede encontrarse en p. 805 y ss.). Esta solución es coherente con el planteamiento del autor pero es susceptible de algunas críticas. En primer lugar, dado que, independientemente de su religión, un cierto porcentaje de la población no sabe nadar, no parece haber obstáculo en afirmar que el plan de A de cualquier manera representaba un peligro para la vida de B, de modo que si eliminamos la razón que lleva a A a sobrevalorar la capacidad lesiva de su conducta, subsiste el peligro de que B se ahogue por las mismas razones por las que efectivamente termina pereciendo. A mi modo de ver, eso basta para atribuir dolo a A, puesto que esa ha sido precisamente la intención que tuvo al empujarlo. Pero además -y esto es lo central-, al evaluar el riesgo que se ha representado el agente no hay por qué prescindir de su creencia de que B no sabía nadar. Por muy arbitrarias e infundadas que hayan sido las razones por las que

se concede a la dirección de la voluntad de agente y a la vez explican que se pueda atribuir dolo incluso a un individuo que haya deseado un desenlace atípico para su conducta.

Enseguida, el enfoque desarrollado en estas páginas presenta cierta semejanza con aquellas concepciones que de un modo explícito admiten que la concurrencia eventualmente más débil de uno de los factores incidentes en la afirmación del dolo puede ser compensada por una concurrencia más fuerte de otro. En este sentido hemos señalado que mientras mayor sea el riesgo del que el individuo sea consciente, menos necesario será que apruebe psicológicamente la realización del tipo, hasta el punto de que incluso un eventual rechazo suyo a la verificación del resultado pudiera llegar a ser irrelevante si el riesgo percibido es lo suficientemente alto. A la inversa, también hemos podido comprobar que la conciencia de un peligro escaso de ningún modo es un obstáculo para atribuir el dolo, si lo que el

pensó que *B* sería incapaz de nadar, hay que admitir que *A* evaluó de modo perfectamente racional la incidencia que esa incapacidad tendría sobre la capacidad lesiva de su conducta. A mi juicio, eso es todo lo que se requiere para el dolo, pues, contrariamente a lo que PÉREZ BARBERÁ sostiene, las razones por las cuales el agente le confiera a su conducta las propiedades lesivas que racionalmente podría poseer y que efectivamente posee no conforman el contexto comunicativo de la acción típica. De otro modo, la atribución del dolo nos comprometería con la sustentabilidad epistémica incluso de las razones *remotas* por las que el agente atribuya a su hecho el peligro que encierre. En lugar de ello, si *A* prende fuego a la casa de *B* en un horario laborable pero pensando que este se encuentra dentro, y *B* efectivamente fallece en el incendio, hay que apreciar un homicidio doloso sin importar cuáles hayan sido las razones por las que *A* pensó que *B* estaría en casa. Si la presencia de este último se debe, por ejemplo, a que estaba enfermo, sigue habiendo dolo si *A* ignoraba esa circunstancia y sencillamente pensó que era domingo o si ni siquiera reparó en qué día de la semana era, y sigue habiéndolo también si -ya de modo más extravagante- supuso que *B* no iría a trabajar porque había perdido el Barcelona o porque se acercaba el término del calendario maya. Nada de esto constituye un error de tipo ni otro motivo para descartar el dolo, sino simplemente malas razones por las que el agente reconoce los caracteres típicos de su conducta. Por otro lado, cabe agregar que la importancia de las consideraciones de racionalidad *epistémica* en la estructura del hecho punible se refleja ya antes, a nivel de tipo objetivo. Por eso no hay siquiera una tentativa inidónea si el agente clava agujas en un muñeco creyendo que con ello puede causar la muerte de una persona, puesto que esa no es la clase de actos que las normas prohíben. Supuesta, por tanto, la aptitud objetiva *ex ante* de la conducta para causar el resultado, para el dolo son decisivas las consideraciones de racionalidad *práctica*. Esta toma como base las propias creencias del autor y confronta sus decisiones con dichas creencias: si él cree -por buenas o malas razones, eso da igual- que una acción provocará una determinada consecuencia y no desea que eso ocurra, entonces no debería realizar esa acción; y si llega a realizarla voluntariamente, entonces estaremos habilitados para decir que con ella ha expresado una actitud favorable hacia la causación del resultado. Por ello, en el caso planteado PÉREZ BARBERÁ la actuación del agente es perfectamente racional desde el punto de vista práctico.

individuo ha pretendido es justamente realizar la hipótesis típica. En este aspecto en particular la concepción expuesta se acerca a la tesis tipológica de Schünemann⁷⁷⁰, salvo en cuanto este autor exige que ninguno de los elementos de aquel falte por completo⁷⁷¹. También se aprecia aquí un punto de contacto con teorías como las de Hassemer, Prittwitz, Philips y otros autores que estiman que los diversos estados mentales del agente operan como simples indicadores del dolo y que la afirmación de este elemento requiere de un juicio posterior de ponderación global en el que esos factores pueden compensarse recíprocamente⁷⁷².

Más allá de todo eso, el aspecto más importante de la normativización que plantea la tesis presentada reside en que esta desplaza al agente del centro de la determinación del dolo y lo sustituye por una apreciación intersubjetiva de sus estados mentales. Al hacerlo coincide con las tesis que subrayan el papel que juegan las valoraciones sociales en esta materia⁷⁷³, aun cuando puede haber ciertas diferencias en relación a qué es exactamente lo que se entiende atribuido al individuo. Conforme al planteamiento que aquí se ha expuesto, lo que se adscribe al sujeto no son sus estados mentales sino la cualidad que los unifica desde el punto de vista de un observador externo, que utiliza criterios socialmente compartidos para comprender la actividad de aquel como fruto de su agencia o, lo que es igual, para interpretar la dimensión interna de sus actos.

De cualquier modo, el dolo es sin duda el resultado de una evaluación pública de los estados mentales del agente, y debe ser concebido como un predicado evaluativo y social referido a la dimensión interna de un acto. En tal sentido podemos definirlo como una decisión de actuar intersubjetivamente valorable como la creación voluntaria de un estado de cosas típico. En esa evaluación intervienen sin duda criterios normativos, cuya justificación radica en que los estados de cosas posibles pero que no constituyen la razón primaria de un acto también determinan

⁷⁷⁰ SCHÜNEMANN, "De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo", p. 106.

⁷⁷¹ La salvedad se justifica porque esa exigencia podría significar que también en los supuestos de creación consciente de riesgos intolerablemente altos el dolo quedara sujeto a la concurrencia de un acuerdo, siquiera mínimo, con el resultado. Esta, sin embargo, no es una consecuencia que SCHÜNEMANN extraiga de la exigencia aludida pero se sigue de ella y coincide además con la interpretación que PUPPE hace de las palabras de este autor (PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 302. En todo caso y como cuestión general, la visión de SCHÜNEMANN está mucho más ligada a la perspectiva del agente que lo que aquí se plantea.

⁷⁷² Cfr. HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, p. 145 y ss; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 564 y ss; PUPPE, "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", p. 294 y ss.

⁷⁷³ Cfr. por todos, RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 323 y ss.

pragmáticamente el significado de la decisión correspondiente, con una fuerza que depende de las probabilidades percibidas de que pudieran hacerse realidad. Por ese motivo, a la conclusión de que concurre la proactividad que caracteriza al dolo se puede llegar por más de una vía: desde luego cuando el individuo ha perseguido precisamente la creación del estado de cosas típico, pero también cuando ha asumido su creación como una consecuencia ineludible del logro de otras metas, o incluso cuando, al no estar dispuesto a renunciar a los objetivos que busca con su conducta, ha creado un riesgo tal que permite valorar su decisión de realizar el hecho como la creación voluntaria de dicho estado de cosas.

2. El dolo como una actitud hacia una *proposición* determinada

Ahora bien, el dolo se caracteriza no solo por consistir en una actitud de cierta índole sino también y fundamentalmente por el objeto sobre el que recae. Llamamos dolo a la actitud favorable de un agente hacia la realización de una hipótesis fáctica que la ley especifica como delito. Considerando, entonces, que su objeto es un estado de cosas que hace verdad un enunciado típico, podemos definir el dolo como una *actitud proposicional*⁷⁷⁴.

En lingüística y filosofía se usa esa expresión para designar las diversas relaciones mentales en que un sujeto puede encontrarse respecto de una proposición determinada⁷⁷⁵. Esas actitudes normalmente se expresan a través de oraciones que contienen verbos como saber, dudar, desear, etc., que son complementadas mediante una proposición que explicita el objeto de esa creencia, deseo, etc. Por ejemplo, podemos decir que la actitud de un hinchado de fútbol es de deseo y que la proposición correspondiente es la que describe a su equipo ganando el campeonato, tal como podemos decir que el dolo es una actitud intersubjetivamente favorable hacia el hecho que realiza un tipo penal.

Conviene, sin embargo, aclarar un posible equívoco. Decir que el dolo tiene como objeto la proposición típica puede dar pie para pensar erradamente que la actitud propia del dolo se *dirige* hacia esa proposición, algo que en propiedad solo podría

⁷⁷⁴ En la doctrina penal también MAÑALICH ("Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la ilicitud", p. 21) caracteriza el dolo como una *actitud proposicional*, aunque lo hace en un sentido muy distinto del que se desarrolla en las páginas que siguen. Entiende por "actitud" una actitud estrictamente *cognitiva*, y emplea aquella expresión para designar una actitud del individuo hacia el deber expresado en la norma de comportamiento.

⁷⁷⁵ *Vid supra* nota 260.

ser dicho del dolo directo. En realidad, solo se *determina* en función de dicha proposición, tal como la actitud propia de temer algo se determina en función de la proposición que describe aquello que se teme. Dicho con la suficiente generalidad, entonces, lo que se quiere señalar es lo siguiente: que si alguien obra reconociendo en su hecho las condiciones apropiadas para hacer verdad un determinado suceso, obra al mismo tiempo con una cierta *actitud* hacia la proposición que lo describe: sabe que ese suceso va a ocurrir, desea que ocurra, supone que ocurrirá, abriga la esperanza de que no acontezca, etc. Es en este sentido que el dolo es una *proactitud* hacia la descripción típica.

Concebir el dolo de la manera indicada tiene varias consecuencias. Desde luego, otorga un fundamento a la afirmación de que el dolo supone el conocimiento de todos los elementos que definen la conducta típica, pues cada uno de ellos contribuye al significado de la proposición resultante. Por consiguiente, si el agente ignorase uno o más de los caracteres que definen la situación típica no sería posible calificar sus estados mentales como una proactitud hacia esa situación en particular. A quien no se percata del carácter venenoso de una sustancia se le puede quizás atribuir imprudencia, pero de ninguna manera se le puede atribuir una actitud favorable a hacer verdad la muerte o la lesión de otro. El error de tipo cancela, por tanto, la posibilidad de describir la dimensión interna del acto como la realización de la hipótesis típica⁷⁷⁶.

⁷⁷⁶ Lo dicho no significa que sea "imposible" atribuir responsabilidad título doloso en supuestos de ignorancia deliberada, solo que la idea de someter los supuestos de ignorancia deliberada a la pena del dolo descansa sobre una *asimilación* valorativa. Buena parte de las situaciones que se analizan bajo ese rótulo pueden ser adecuadamente procesadas a través del dolo eventual y no requieren de una solución específica, pero hay casos de desconocimiento genuino, consciente y estratégicamente provocado por el propio agente con el fin de eludir las consecuencias penales de sus actos, que suscitan la duda de si, a pesar de que haber actuado sin conocimiento de los caracteres típicos del hecho, el individuo merecería el castigo del dolo. Como vimos más arriba, la atribución del dolo supone siempre la apelación implícita a un baremo valorativo con ayuda del cual determinamos a partir de qué grado de compromiso pragmático con una determinada descripción del hecho estamos dispuestos a hablar de dolo. Lo expuesto en el texto sugiere que ese baremo debería tener como eje la posibilidad de (re)describir intersubjetivamente los estados mentales del agente como una actitud favorable a la realización del tipo. En los casos de desconocimiento provocado esa interpretación no puede estar basada en sus estados mentales inmediatos. Pero eso no clausura totalmente la posibilidad de afirmar el dolo, si de acuerdo con lo dicho se considera a este elemento como una forma de compromiso pragmático con una determinada configuración del hecho. Por mi parte no me cerraría a la posibilidad de una homologación valorativa, pero consideraría la atribución del dolo en estos casos como meramente derivativa de los casos genuinos de dolo, y por lo tanto sujetaría esa

Una segunda consecuencia destacable del enfoque propuesto dice relación con lo que en su momento llamamos el *contenido semántico del dolo*, es decir, con la cuestión de hasta qué punto el dolo depende de que el individuo capte la situación típica *precisamente en el sentido del tipo*. Algunos autores sostienen que esto no es necesario y que basta con que el sujeto tenga conocimiento de los *hechos* que satisfacen la descripción típica⁷⁷⁷. Pues bien, concebir el dolo como una actitud proposicional tiene una incidencia decisiva sobre este punto porque implica que

asimilación a una exigencia estricta de equivalencia valorativa. Basándose en consideraciones similares, relativas al valor expresivo de ciertos casos de desconocimiento provocado, RAGUÉS se ha manifestado partidario, desde hace ya algunos años, de castigar los supuestos más graves a título de dolo (Véase RAGUÉS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Un debate sobre este tema y sobre la tesis de este autor puede verse en *Discusiones*, N°13, 2, año 2013 (10), consultable en <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/partes/709704/num-13-ano-2014>).

Una fundamentación de la atribución del dolo en casos de desconocimiento provocado desde la doctrina de la imputación, puede verse en SÁNCHEZ OSTIZ, "Casos difíciles, Teoría del delito y doctrina de la imputación, p. 102 y ss, quien considera que "en casos en que el sujeto se representa que desconoce ('sabe que no sabe'), y a pesar de ello, despliega un riesgo, hay motivos para imputar entendiendo que obra dolosamente" (op. cit., p. 105). Defiende la idea de que en los casos señalados no cabe hablar de "error", sino solo de un "desconocimiento" que no descarga de responsabilidad, así como la necesidad de superar la distinción entre error de tipo y error de prohibición, VAN WEEZEL, *Error y mero desconocimiento en Derecho penal*, p. 39 y s. Una estrategia no muy distinta sigue PÉREZ BARBERÁ, quien considera que la vinculación del dolo a ciertos estados mentales debe ser superada completamente. A su juicio, los casos de ignorancia deliberada no serían supuestos asimilados u homologados valorativamente a una actuación dolosa, sino hipótesis genuinas de un dolo que debe ser conceptualizado sin referencia a estados mentales (Véase PÉREZ BARBERÁ, "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", especialmente, p. 194 y ss.). En contra, MANRIQUE, "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", quien considera que en estos casos solo es posible la atribución de culpa. En sentido similar se manifiesta MIRÓ LINARES, aunque por razones muy distintas. Acertadamente puntualiza este autor que con la discusión acerca de la posibilidad de atribuir dolo en casos de ignorancia deliberada lo que está en juego es el consenso acerca del estándar que nos permite valorar un hecho como doloso (MIRÓ LINARES, "Dolo y derecho penal empresarial: Debates eternos, problemas modernos", p. 219). A su juicio, sin embargo, si bien algunos de los casos de ceguera provocada exhiben una fuerza comunicativa superior a la que cabe identificar con la imprudencia, esa fuerza expresiva no sería equiparable a la del dolo en términos de negación de la norma. De tal manera que, si bien la superación del enfoque sicologista permitiría en principio construir un concepto de dolo que abarcara las situaciones de ignorancia deliberada, la asentada identificación social y jurisprudencial del dolo con conocimiento y una lectura garantista de los principios de legalidad y de proporcionalidad, impedirían una homologación punitiva de esos supuestos al régimen punitivo del dolo (op. cit., p 223 y ss.).

⁷⁷⁷ Así, por ejemplo, KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 148, quien por esa razón califica al error de tipo como un error empírico por oposición a un error lingüístico o sobre el sentido. *Vid supra* III.A.1.4.

aquel solo puede concurrir si el sujeto comprende el acto que realiza en el sentido de la proposición de que se trate.

Con todo, esto podría quizás ser objeto de alguna réplica. Pues teniendo presente que, según se acaba de decir, aquello hacia lo cual se manifiesta una actitud al obrar con dolo no es directamente una proposición sino un *hecho* que realiza esa proposición, se podría pensar que para el dolo bastaría con que el sujeto tuviese una representación de la *referencia* del tipo. Pero tal manera de enfocar las relaciones entre agente y enunciado típico pasaría por alto precisamente una de las características que singularizan a las actitudes proposicionales como objeto de estudio de la lógica, la filosofía y la lingüística, cual es que los enunciados que expresan actitudes proposicionales *no cumplen la regla lógica de sustituibilidad de los términos correferenciales*⁷⁷⁸. Si alguien sabe, por ejemplo, que Mozart compuso *La Flauta Mágica* y que murió en 1791, no por ello sabe que el autor de *Così fan tutte* murió ese año, aunque se trate de la misma persona⁷⁷⁹. Del mismo modo, y aunque parezca una trivialidad decirlo, si alguien realiza los hechos que realizan un cierto tipo de delito pero sin comprenderlos en el sentido en que este los describe, no puede decirse que exprese con ello una actitud favorable hacia la hipótesis típica. Dado que mediante el dolo se atribuye el desvalor del acto típico a la agencia del individuo, no basta con que este capte el suceso bajo una descripción extensionalmente equivalente a la del tipo; es necesario que manifieste una actitud hacia el hecho en cuestión en tanto que poseedor de las propiedades por las cuales ha sido seleccionado por la norma como objeto de reproche y de castigo. Definir el dolo como una actitud hacia la proposición contenida en el tipo es simplemente una forma abreviada de expresar esta idea.

Por último, el hecho de definir el dolo como una actitud proposicional expresa también una toma de postura en lo tocante a la cuestión de si aquel envuelve o no

⁷⁷⁸ Ello los convierte en un caso de un *contexto opaco*, en la terminología de QUINE. Siguiendo a este mismo autor, podemos decir que en un tipo penal los términos que lo componen son empleados de un modo *no puramente referencial* (QUINE, *Palabra y objeto*, p. 185). Para una perspectiva general sobre el problema de la opacidad, véase RICHARD, "Opacity", p. 667 y ss. Sobre la insustituibilidad de las expresiones co-referenciales en esta clase de enunciados, véase CARPINTERO, *Las palabras, las ideas y las cosas*, p. 200 y ss.

⁷⁷⁹ De modo que si bien el término singular "Mozart" puede ser reemplazado en cualquier enunciado en que figure por expresiones como "el autor de *La flauta mágica*", "el primer marido de Constanze Weber" o "el hijo de Leopold Mozart" sin que el valor de verdad de la oración correspondiente se vea afectado, en el caso de los enunciados que expresan actitudes proposicionales no puede hacerse lo mismo, como lo muestra el ejemplo del texto.

una actitud hacia el deber. Al mismo tiempo, obliga a precisar cuál es la proposición relevante, si la contenida en la norma de comportamiento o en la norma de sanción. Como se puede desprender de todo lo dicho más arriba, la tesis que aquí se sostiene es la siguiente: que el dolo no involucra, ni explícita ni implícitamente, una actitud hacia el deber; que la proposición relevante es la contenida en la norma secundaria, y que la función que desempeña el dolo no dice relación con la norma primaria, aun cuando de modo contingente pueda eventualmente tenerla.

En la sección siguiente habrá que justificar estas afirmaciones, entre otras razones porque la opinión de la doctrina es precisamente la contraria de la que aquí se acaba de señalar.

3. El dolo como actitud hacia la proposición contenida en la norma secundaria

3.1. Dolo y norma de comportamiento

Los autores, en efecto, se inclinan a pensar que el dolo comporta una cierta actitud hacia el deber impuesto por la norma de conducta. De hecho, con diversos matices, prácticamente todos ellos coinciden en que el desvalor del dolo deriva de que la conciencia que lo caracteriza colocaría al individuo en una situación especial de cara a la observancia del deber emanado de la norma de comportamiento.

El planteamiento más explícito en este sentido es sin duda el de la teoría del dolo, que derechamente traduce esa relación en una exigencia de contenido representacional al postular que el autor doloso debe ser *consciente* de quebrantar un deber. Ya hemos tenido oportunidad de discutir los fundamentos de ese punto de vista y de exponer las razones por las que, en contra de lo que afirman sus partidarios, sí tiene sentido distinguir entre la actitud proposicional y la actitud normativa que se expresan en el delito, razones que por lo mismo avalan la construcción de una teoría del dolo que posibilite que esa distinción analítica decante en consecuencias prácticas, como las que de hecho tiene en los ordenamientos presentes⁷⁸⁰.

Retomando algo de lo ya dicho al respecto, no cabe duda de que la imposición de responsabilidad penal por el quebrantamiento de una regla de conducta mediante la realización de un comportamiento típico supone la posibilidad de reprochar al

⁷⁸⁰ Vid supra sec. 1ª, B, 4.2.

individuo un déficit de seguimiento normativo, y que en ese sentido la máxima reprobación debería recaer sobre el individuo que desafía conscientemente las exigencias de la norma. Pero siendo eso efectivo, ocurre que de ninguna manera está dicho que los fallos cognitivos relacionados con la contravención del deber y los relativos a la configuración del hecho deban pesar por igual sobre el desvalor de las acciones dolosas en un examen retrospectivo, ni que la ignorancia reprochable del deber deba entonces equipararse a la ignorancia de los caracteres del hecho, sujetándose ambas al régimen de castigo de la culpa. Por el contrario, hay buenos motivos para pensar que, supuesta la reprochabilidad de los errores correspondientes, la *clase* de acto que el individuo haya tenido conciencia de realizar incide con mayor fuerza sobre la desvaloración del hecho que la falta de conciencia de haber quebrantado con él una prohibición.

Significativamente, sin embargo, no solo los partidarios de la teoría del dolo tienden a vincular el desvalor de este elemento a las condiciones de seguimiento; también los autores que acogen una concepción neutra del mismo, derivada de la teoría de la culpabilidad, se muestran proclives a ligar el desvalor de aquel a la contravención del deber. Según afirman, la cualidad valorativa fundamental del dolo residiría en hacer posible el seguimiento de la norma o bien en facilitararlo. De este modo, la conciencia propia del dolo sería de hecho una condición de existencia de la infracción normativa, mientras que para otros representaría una ventaja para la observancia de la norma, que el autor defraudaría con su acto.

La diferencia entre ambas posturas no es menor, pues mientras la primera conlleva la afirmación de que solo las acciones dolosas constituirían un supuesto genuino de quebrantamiento del deber, la segunda es ajena a un compromiso como ese. Pero, independientemente de ello, la cuestión de fondo es la misma y debemos preguntarnos si esta conexión que se postula entre dolo y deber -que está en la base de la *concepción contrafáctica* del dolo- es efectiva. Si lo fuese, desde luego sería incorrecto concebir este elemento de la manera que aquí se ha propuesto, esto es, como una actitud hacia una proposición descriptiva de un supuesto de infracción, descartando que constituya también una actitud hacia el deber impuesto por la norma de conducta.

En las secciones que siguen abordaremos este punto.

3.1.1. El dolo como condición de posibilidad de la infracción de un deber

Son tres, básicamente, las vías por las que se ha postulado la existencia de una conexión necesaria entre dolo e infracción de deber. Una de ellas plantea que el dolo formaría parte del contenido de la norma de comportamiento, mientras que las otras dos lo presentan como un presupuesto ya del deber o bien del acto de contravención.

Son alternativas diversas de fundamentación pero el enfoque sobre el dolo es afín en todos los casos. Así, por ejemplo, las dos primeras encuentran un fiel reflejo en la obra de Kaufmann, quien sostiene, por una parte, que la norma de comportamiento solo ordena o prohíbe acciones dolosas⁷⁸¹, y que en cualquier caso la concreción de dicha norma en un deber personal requiere que el individuo obre con "capacidad de acción"⁷⁸², exigencia esta que el propio autor germano equipara al dolo⁷⁸³.

Molina, que en todo lo demás es muy crítico con Kaufmann⁷⁸⁴, coincide sin embargo con él en este último punto⁷⁸⁵. A su juicio, la existencia de un deber requiere que entre emisor y destinatario se establezca una comunicación cuyo éxito directivo dependería de la satisfacción de las siguientes etapas: 1) determinación del contenido del directivo por parte de su emisor; 2) indicación del carácter directivo de la expresión; 3) comunicación entre emisor y destinatario; 4) identificación de las

⁷⁸¹ KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 136.

⁷⁸² KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 185.

⁷⁸³ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 199 y 210.

⁷⁸⁴ MOLINA señala -con razón- que el intento de Kaufmann de construir un injusto no culpable fracasa desde la partida. En este sentido señala que "aceptar que existe un 'deber' jurídico de realizar algo cuando el sujeto desconoce de forma invencible la promulgación de la norma, o cuando por sus condiciones de inimputabilidad no es capaz de entender lo que de él se requiere, supone renunciar de hecho a una visión instrumental-directiva de la norma y aceptar, de forma encubierta, una visión de la norma como valoración de un hecho (aunque en este caso se trate de valorar un hecho final y no sólo un mero acontecimiento físico)" (*Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 604). Y añade: "Kaufmann introduce modificaciones en el contenido de la norma, y por ello del deber, para adaptarlo al esquema finalista de Welzel, pero mantiene en la culpabilidad otros elementos que condicionan de igual manera la capacidad de la norma para actuar como 'motivo de actuación de los hombres', por emplear sus propias palabras. Se utiliza, por tanto, el argumento normativo de forma selectiva y arbitraria: sólo hasta donde interesa a los fines de una previa construcción teórica, y no hasta el final de lo que imponen sus premisas" (*ídem*).

⁷⁸⁵ Aunque ciertamente diría que el dolo es una condición subjetiva necesaria y no suficiente del deber como pretende Kaufmann.

circunstancias de cumplimiento, y 5) capacidad de realizar la conducta exigida⁷⁸⁶. Si el sujeto no llegase a identificar la ocasión de cumplimiento la norma no podría cumplir su cometido y no cabría hablar ni de deber ni de infracción del mismo.

Como representantes del tercer enfoque cabría citar a los partidarios del modelo clásico de imputación. Sea en su versión original, reconstruida a partir de la obra de juristas y filósofos de los siglos XVII y XVIII⁷⁸⁷, o bien en la reformulación que ofrece Kindhäuser⁷⁸⁸, el dolo aparece concebido en este modelo como un criterio de imputación de primer nivel que fundamenta una imputación ordinaria, única que supondría la infracción de un deber en condiciones actuales de seguimiento⁷⁸⁹.

Ahora bien, y como es lógico, la idea en que convergen estos autores y según la cual el dolo sería por una u otra razón un presupuesto de existencia de una infracción normativa, conduce necesariamente a sostener que las acciones imprudentes tendrían que quedar captadas por normas distintas de las referidas a los hechos dolosos. La pregunta que surge entonces es qué normas serían esas. Para ella hay dos respuestas: podría tratarse de normas de comportamiento específicas destinadas a captar las acciones imprudentes, o bien de normas de segundo orden cuyo objeto sería responsabilizar al propio individuo por la ausencia de alguna de las condiciones de las que dependería la infracción del deber⁷⁹⁰. Veamos.

⁷⁸⁶ MOLINA, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 535.

⁷⁸⁷ Cfr. HRUSCHKA: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", pp. 27-39.

⁷⁸⁸ KINDHÄUSER: "La lógica de la construcción del delito", p. 505; del mismo: "El tipo subjetivo en la construcción del injusto. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, octubre de 2008 (http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/); MAÑALICH, "Norma e imputación como categorías del hecho punible".

⁷⁸⁹ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 541; HRUSCHKA, "La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf", p. 73 y ss.

⁷⁹⁰ El error de tipo suprime la capacidad de acción o impide la comunicación entre emisor y destinatario que se requiere para la infracción de un deber. Pero si es vencible, existe la posibilidad de responsabilizar al sujeto por la inobservancia de los deberes subordinados de atención e información, previstos en normas de segundo orden. Sobre las normas que establecen incumbencias, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 541 y ss. No existe claridad acerca de si estas normas subordinadas son objeto de quebrantamiento o no por el agente y si en el primer caso tendría que concurrir el dolo (lo que evidentemente supone el riesgo de un regreso al infinito). SÁNCHEZ-OSTIZ entiende que esas normas no son quebrantadas por el agente, y que precisamente se recurre a la idea de incumbencia para evitar asimilar esos casos con la infracción de un deber (*Imputación y teoría del delito*, p. 541). MOLINA, en cambio, sostiene que esas normas subordinadas también son infringidas por

3.1.1.1. ¿Normas de comportamiento dolosas?

La pertenencia del dolo a la propia norma de conducta es postulada por Kaufmann en los siguientes términos:

“el objeto de la norma... debe consistir en una acción en el sentido de la teoría final de la acción. Esto significa, por tanto, que la norma debe formularse de esta manera: “Tienes que obrar (dolosamente, voluntariamente, debes dirigir tu voluntad en este sentido...)”, o bien: “No debes obrar (dolosamente)”⁷⁹¹.

Como se recordará, esta tesis en particular hace pié en la opinión de este autor acerca de las relaciones que existirían entre norma y valor, un asunto al que dedica buena parte de su *Teoría de las normas*. En esencia, lo que plantea es que la norma de comportamiento tendría por objeto exactamente la misma clase de acciones desvaloradas por el juicio de valor de tercer nivel que le precede⁷⁹², y que esas acciones serían aquellas realizadas dolosa o intencionalmente por un sujeto⁷⁹³.

Antes de revisar con más detalle su argumentación conviene hacer presente que las normas de conducta solo pueden referirse a los comportamientos que ellas mandan o prohíben, pero no a las acciones que eventualmente pudieran quebrantarlas. La razón es que ninguna regla puede referirse a su propia infracción. Una norma no puede imperar un acto y al mismo caracterizarlo desde una perspectiva que ya no sea la de mandar o prohibir. Si un solo enunciado hiciera ambas cosas, en realidad encerraría dos normas de distinta clase.

Lo dicho solo deja abierta para ser explorada la posibilidad de que la norma de conducta individualizara el propio acto mandado o prohibido, no solo desde el punto de vista externo, sino especificando además la actitud involucrada en su

al agente y que tal infracción es por cierto dolosa en lo que al cuidado y la información se refiere. El comportamiento negligente “sería en realidad la infracción dolosa de la norma subordinada de orden inferior” (*Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 550).

⁷⁹¹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 136 (destacado en el original).

⁷⁹² KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 98.

⁷⁹³ En tal sentido afirma que en el tercer nivel lo que se valora “no es la causalidad en tanto que ‘acontecimiento’ o ‘suceso’, sino la ‘composición teleológica de la intencionalidad’ del hombre. El acontecimiento se transforma en ‘obra de la voluntad’ la voluntad hace que el ‘acontecimiento’ sea imputable a una persona y la valoración incluye como objeto al hombre: ‘ilícito personal’. En el caso de la valoración negativa, el resultado es ‘disvalores de actos’; en el caso de la valoración positiva, ‘valores de actos’” (KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 93).

ejecución, que es lo que plantea Kaufmann⁷⁹⁴. Tal sería una norma que prohibiera únicamente la realización intencional de un conducta pero no sus demás realizaciones, o que mandara solo la ejecución consciente de un determinado acto. Si lo hiciera, probablemente no se produciría un cambio importante desde la perspectiva del sujeto que efectivamente se deja guiar por el deber, pero indudablemente el conjunto de las acciones opuestas a ella se vería afectado, puesto que la ejecución por mero descuido de la acción así prohibida no contaría como infracción de la misma, y la ejecución inconsciente del acto ordenado no bastaría como cumplimiento del mandato. Por supuesto, este esquema de mandatos y prohibiciones sobre un objeto conductual subjetivamente acotado podría complementarse con otras normas que en los casos apropiados mandaran o prohibieran esas mismas acciones en otros estados subjetivos, dando lugar a un sistema en el que las acciones dolosas y las imprudentes infringirían normas diversas⁷⁹⁵.

Este es precisamente el modelo que defiende Kaufmann apoyándose en un argumento que es en parte normativo y en parte normológico. Como vimos en su momento, Kaufmann explica que, de los tres niveles de valoración que racionalmente precederían a las normas, el segundo estaría conformado por los juicios negativos de valor que recaen sobre sucesos o acontecimientos que destruyen o menoscaban un bien jurídico, mientras que en el tercero se desvalorarían específicamente las acciones dirigidas a la causación de esos acontecimientos⁷⁹⁶. Recalca también que el objeto de este último juicio no estaría constituido por el resultado ni por la causalidad, sino por la *voluntad final* del individuo porque ella es la que distinguiría a una acción de un suceso cualquiera y la que haría posible imputar el acontecimiento a una persona⁷⁹⁷. El razonamiento se cierra, como ya vimos, con su conocida afirmación de que el objeto de la norma de

⁷⁹⁴ La posición de MOLINA acerca de si el dolo pertenece o no a la norma de conducta no es completamente clara. Lo que sí afirma en forma categórica es que la infracción de las normas supondría siempre el dolo (*Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 711 y ss.), pero junto con ello da a entender que a su juicio las normas deberían ser individualizadas en función del nivel de conocimientos de cada destinatario (p. 708), y en más de un pasaje admite que el dolo podría ser un contenido de la norma de conducta (por ejemplo, en pp. 657, 658 y 691).

⁷⁹⁵ Este modelo solo estaría vedado para aquellos que piensan que el dolo es inseparable de la conciencia de la ilicitud pues en ningún caso el dolo incorporado a la norma de conducta podría abarcar su propia infracción

⁷⁹⁶ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 90 y ss.

⁷⁹⁷ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 93.

conducta es idéntico al objeto del juicio de valor que le precede⁷⁹⁸, lo que le permite concluir que la norma prohíbe u ordena acciones finales (dolosas).

El primer motivo para rechazar un planteamiento como este es precisamente valorativo, puesto que no es difícil ver que Kaufmann le impone al juicio de valor que precede a la norma una restricción injustificada. Es cierto que el dolo hace más desvaliosa la ejecución de una conducta y que por ello es un factor decisivo en el proceso de selección de las infracciones que lleva a cabo la norma secundaria. Pero eso no lo transforma en un factor incidente sobre la caracterización de la conducta mandada o prohibida. La valoración que precede a la norma comprende mucho más que las acciones dolosas; abarca todas las acciones que tiene sentido mandar o prohibir en pos de la evitación de un determinado menoscabo a los bienes jurídicos

De hecho, si se mira de cerca la fundamentación que ofrece Kaufmann se verá que este autor no justifica realmente que las acciones intencionales sean las únicas que guarden con el estado de cosas desvalorado una relación que tenga sentido considerar en el tercer nivel. Antes bien, la principal razón que aduce Kaufmann es ontológica: las acciones *son* intencionales, de modo que la valoración de las mismas pasa necesariamente por valorar la intención del sujeto⁷⁹⁹. Pero ese argumento yerra el clavo. Toda acción es intencional bajo alguna descripción; también las que no son intencionales de cara al acontecimiento desvalorado lo son respecto de alguna otra descripción de la conducta que de hecho haya tenido en miras el agente. Y eso las convierte en acciones humanas susceptibles de ser valoradas en función de cualquier relación que guarden con un estado de cosas desvalorado y que posea alguna trascendencia en el orden práctico. Son valorables en el tercer nivel, por tanto, no solo las acciones que apuntan a producir el acontecimiento desvalorado, sino también las acciones que envuelven alguna actitud de menor intensidad pero de cualquier modo favorable a su realización, así como aquellas que, en razón del riesgo que generan, podemos entender que serían evitadas por un sujeto que intencionalmente se dejara guiar por el deber de no producir el acontecimiento de que se trate⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 98.

⁷⁹⁹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 97 y s.

⁸⁰⁰ Creo, de hecho, que las propias palabras de Kaufmann lo traicionan en este punto. Si acaso es cierto que "el cumplimiento de la norma significa la creación del objeto de un juicio de valor positivo o la no creación del objeto de un juicio de valor negativo" (*Teoría de la normas*, p.98) y es cierto también que en el tercer nivel de valoración destacan "también aquellas acciones cuya realización provoca un perjuicio, conservación o promoción de bienes jurídicos, realización que si bien es cierto no fue

También aduce Kaufmann que el seguimiento de una norma presupone el dolo –o como él dice, que la norma solo puede esperar influir en las decisiones finales de sus destinatarios⁸⁰¹–, pero la verdad es que esto no apoya su punto de vista. Un destinatario normativo tiene no una sino que dos posibilidades de reacción consciente frente al mandato de la norma: puede evitar acciones dolosas, ciertamente, pero también puede evitar “dolosamente” las acciones que podrían conducir al resultado lesivo, que es la forma más razonable de pensar. Y entonces ya por ese solo hecho cobra sentido desvalorar tales acciones en función del peligro que generan y de la posibilidad que tendría un sujeto interesado en evitar el acontecimiento lesivo de advertir ese riesgo y abstenerse de ejecutarlas.

Kaufmann, sin embargo, se opone expresamente a esta posibilidad defendida por Binding⁸⁰². Según este lo que la norma desapueba –lo que constituye un “hecho” en su teoría– es una acción en la que se constata un déficit: la ausencia de la voluntad de acción que un sujeto podría haber tenido en pos de obedecer un deber de no causar un resultado. Kaufmann replica que definir el objeto de la norma desde la perspectiva de una motivación posible y en términos así de amplios tiene el inconveniente de que ni el que obra con culpa consciente, ni menos aun el que obra con culpa inconsciente, pueden guiarse por ese imperativo, porque no creen estar realizando la conducta que el derecho prohíbe. “El autor supone que el resultado, sin embargo, no será producido por su acción. Por consiguiente, no se siente afectado por la prohibición de crear una causa del resultado muerte”⁸⁰³. Y agrega: “el conocimiento de la prohibición... solo puede conducir al correspondiente proceso de motivación en la medida en que coincida (en la conciencia del autor)

querida, conforme a las leyes causales *era más o menos probable que produjera esos resultados*” (*op. cit.*, p. 93), entonces la norma de conducta también tiene por objeto la no realización de acciones que si bien no se dirijan intencionalmente contra el bien jurídico probablemente podrían perjudicarlo. Pero es claro que Kaufmann no acepta que la norma abarque las acciones culposas. Ello se hace visible cuando afirma que la norma de Von Ferneck –“La muerte de Gallius no debe ser ocasionada por una conducta imputable”– es equívoca, ya que “deja abierta la posibilidad de que la acción mencionada no se dirija a la muerte de Gallius” (*op. cit.*, p. 145), y se confirma cuando más adelante critica la opinión de Binding según la cual tanto la acción dolosa como la culposa quebrantan la misma norma (*op. cit.*, pp. 146-160).

⁸⁰¹ KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 140 y ss.

⁸⁰² KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 151 y ss. También ENGISCH se pronuncia en un sentido similar al de Binding (KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 157).

⁸⁰³ KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 151.

con el conocimiento de las circunstancias de la acción y sus consecuencias”⁸⁰⁴.

Esta es un planteamiento que se repite con frecuencia; sin embargo, como argumento de limitación de la norma al dolo es un argumento errado. En principio Kaufmann no discute que una prohibición de matar pueda ser entendida de la manera recién indicada, sino que rebate la eficacia que tendría sobre el destinatario, sosteniendo que un autor no doloso no reconocería su acto como matar. Pero al proceder de ese modo Kaufmann juzga la eficacia de la norma que critica en función del contenido de la que él defiende. Si la norma prohíbe la causación evitable de una muerte, ya la comprensión de la probabilidad de causarla es razón suficiente para omitir la conducta respectiva. Es verdad que el autor imprudente confía en que el resultado no se producirá, pero de todas formas sabe que *podría* producirse y que debería abstenerse de actuar. Comprende su acto conforme a un sentido al que se asocia una prohibición, y lo que cabe es que omita⁸⁰⁵.

Para que el argumento de Kaufmann tuviese sentido tendría que mostrar que “prohibido matar” no puede ser entendido como una prohibición de acciones que pongan en peligro la vida de otro, o al menos, que los destinatarios no la entenderían de esa manera. Pero la verdad es que nuestras prácticas lingüísticas demuestran lo contrario. Así, por ejemplo, la inadvertencia no exime de responsabilidad por exceder la velocidad máxima de conducción, porque todos entendemos que la prohibición de conducir a más de cierta velocidad significa no solamente que no hay que conducir conscientemente sobre ese límite, sino que hay que cuidarse de no rebasarlo.

Kaufmann presenta todavía otras dos objeciones a una norma que llame a evitar acciones de cierta clase. Frente a la afirmación de Engisch de que exigir la evitación del tipo comporta la exigencia de obrar con cuidado⁸⁰⁶, observa Kaufmann que razonar de esa manera supone convertir formalmente una prohibición en un

⁸⁰⁴ KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 151.

⁸⁰⁵ Ahora bien, es posible que desde un punto de vista psicológico un autor imprudente no se sienta tan afectado por el llamado a omitir acciones peligrosas como un autor que sepa a ciencia cierta que su acto causará la muerte de otra persona, pero no se ve cómo esto pudiera ser distinto por el solo hecho de que el sistema consagrara una norma independiente que prohibiera las acciones riesgosas para la vida bajo determinadas circunstancias. Dicho sea de paso. Kaufmann critica también la “grave imprecisión” de las normas de cuidado que cabría inferir de un mandato de evitación de la realización del tipo, pero no da la menor pista de cómo podrían esas normas ser más específicas (KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 159).

⁸⁰⁶ KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 158.

mandato. Tampoco este es un argumento feliz. No solo porque las prohibiciones y los mandatos son interdefinibles, sino porque en realidad no se trata de que una misma norma contenga dos operadores deónticos de distinto signo, sino de que la observancia de un mismo imperativo –el que prohíbe la realización del tipo- pasa, en un plano distinto –el del ajuste del destinatario al modelo de comportamiento que se le plantea-, por que también ponga atención a las situaciones que debe evitar.

Pero a juicio de Kaufmann la norma “evita la realización del tipo” presentaría además el inconveniente de “que solo podría influir en la situación motivacional del dolo o de la culpa consciente”, pero no en quien ignora que podría causar el resultado⁸⁰⁷. Como sea, ello supone admitir que la formulación indicada sí comprende el caso de la imprudencia consciente, y por sí misma debería ser suficiente para abandonar la idea de restringir las normas a las acciones dolosas. De hecho, debería conducir a abandonar *toda* restricción que diga relación con la situación particular del infractor. El problema de por qué alguien ha dejado de advertir la situación que convertía a la suya en una conducta peligrosa es un problema de imputación de una infracción de la norma de comportamiento y no tiene nada que ver con el *contenido* de la norma misma.

Este es un punto en el que sí cabe atribuirle una cierta confusión a Kaufmann, porque él asume que la norma debe tener como contenido lo que debería ser el contenido de la voluntad del agente, y no deja espacio para un destinatario racional que adapta su comportamiento de tal manera de no hacer realidad una cierta conducta definida en función de sus consecuencias⁸⁰⁸. Con el argumento de que la norma no puede orientar más que a un individuo consciente de la conducción de sus actos, Kaufmann y Zielinski⁸⁰⁹ piensan que el mensaje comprende no solo lo que el sujeto debe hacer sino también el estado de conciencia que presupone el *seguimiento* de esa orden: no hagas esto (intencionalmente) o haz esto otro (de modo intencional), o en palabras del primero “tienes que hacer esto voluntariamente” o “no hagas esto (dolosamente)”. Con ello convierten el contenido

⁸⁰⁷ KAUFMANN, *Teoría de la normas*, p. 159.

⁸⁰⁸ Kaufmann nos presenta un destinatario normativo al que hay que decirle cómo dirigir su voluntad, proponiéndole el objeto inmediato de la misma. Por una parte nos plantea un sujeto que es capaz de comprender la concreción de la norma en deber concreto, conforme a las circunstancias de cada caso, pero el único seguimiento que imagina es en el ámbito de la inmediatez, y no toma en cuenta que tener la intención de no matar cubre un espectro mucho mayor de acciones intencionales que le permitan al sujeto mantener el control de lo que hace.

⁸⁰⁹ ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, p. 133-141.

de la norma en una especie de consejo de cumplimiento. Ya vimos que no es lo mismo “intencionalmente no hagas esto” que “no hagas esto intencionalmente”. En el primer caso la intención no forma parte del objeto del mandato, es decir, de aquello que no ha de ser realizado; en el segundo, sí. Pues bien, tener la intención de no matar es ya parte de la etapa de *seguimiento* y no del *contenido* de la norma. La norma de conducta enfoca el acto que se manda o se prohíbe, no en función de la voluntad del destinatario, sino en forma *previa* a su fase de seguimiento⁸¹⁰.

A lo dicho hay que sumar, por otro lado, que la idea de circunscribir las normas a las acciones dolosas presenta un serio problema desde el punto de vista orientativo, al menos para un Derecho cuya finalidad sea la protección de bienes jurídicos. El problema es que una norma que prohibiera “dañar *intencionalmente* la propiedad ajena” entregaría un mensaje según el cual sería tan adecuado a ella omitir el daño como evitar la conciencia de causarlo. La dificultad en tal caso no residiría en que el individuo decidido al delito pudiera adaptar estratégicamente la actitud comisiva, sino en que conforme a una norma como esa ya no habría que preocuparse en absoluto por la evitación de las conductas de riesgo: no prever o no advertir la causación del resultado lesivo pasaría a ser –absurdamente– una forma de *cumplir* con el deber impuesto. Que esto desde luego no es así lo pone de manifiesto ya la propia discusión sobre si la ignorancia deliberada debe ser asimilada en ciertos casos al dolo, que evidentemente no tendría sentido si obrar sin conciencia del hecho lesivo fuese una forma de obrar *de acuerdo* con la regla. En realidad, muy lejos de ello, la tarea de los destinatarios de las normas no es desentenderse del mundo sino compenetrarse con él en la medida que de ello pueda depender la incolumidad de los bienes que ellas protegen. A mi modo de ver, Binding⁸¹¹ está definitivamente en lo cierto cuando señala que las normas prohíben toda realización evitable del respectivo comportamiento⁸¹². Para un Derecho orientado a la

⁸¹⁰ En parte el error reside en el nivel valorativo. La determinación del objeto de una norma de conducta debe hacerse fijándose en lo que tiene sentido que sea alcanzado por un deber, esto es, en la clase de situaciones que tiene sentido imperar, y no a partir de las situaciones posibles de infracción con el argumento de que eso es lo que puede ser desvalorado de una acción humana. Por esta vía Kaufmann introduce en la norma primaria determinaciones que pertenecen a la norma secundaria. Es decir, limita las acciones normadas –el modelo positivo o negativo de acción propuesto– preguntándose en qué situaciones de conciencia cabría desvalorar una conducta opuesta al imperativo.

⁸¹¹ *Normen*, IV, p. 341, citado por KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 158.

⁸¹² Alguien podría replicar que lo dicho solo prueba que lo lógico es que la ley prohíba tanto la causación dolosa como la imprudente de las situaciones que quiere evitar, pero no que deba hacerlo a

protección de bienes jurídicos no tiene sentido que las normas de conducta prohíban causar dolosamente su menoscabo pero no prohíban las conductas que previsiblemente podrían causarlas. El dolo no es, por tanto, un elemento de la norma de comportamiento.

Lo dicho, en todo caso, no puede ser afirmado con carácter absoluto, pues puede presentarse el caso de que la propia clase de acción que se intente normar no pueda ser *individualizada* más que por referencia a la actitud con que sea ejecutada por el agente. Eso es lo que ocurre por ejemplo con acciones como "ofender", cuya realización depende de que el acto en cuestión sea ejecutado justamente con el propósito de manifestar menosprecio hacia otra persona y que esta reconozca dicha intención. En casos como el señalado es inevitable que la intención que caracteriza a la conducta y que, por así decirlo, le da su sello de identidad social, forme parte de la norma de comportamiento⁸¹³.

través de una misma norma y que no pueda establecer normas distintas para ese fin. Eso es verdad pero es solo la superficie del problema. Pues desde luego si para *toda* conducta prohibida el modelo propone la existencia de una norma dolosa y de otra imprudente, quiere decir que ya por motivos de parsimonia es preferible un modelo que explique ambos supuestos de prohibición sin duplicar innecesariamente las entidades normativas. Por sobre eso, sin embargo, lo que el argumento intenta mostrar es que la propia distinción dolo-culpa carece de sentido en el ámbito de la norma de conducta.

⁸¹³ En todo caso, es preciso proceder con mucha cautela en la transformación de las normas de sanción en normas de comportamiento. Incluso el caso del delito de injurias puede ser un ejemplo de estos riesgos. El hecho de que la ley penal castigue al que *ofende* a otro no necesariamente significa que lo que esté prohibido sea ofender; es perfectamente posible entender que lo que esté prohibido sea afectar negativamente la honra de otra persona. Esto enlaza con que las normas de prohibición o de mandato no son originales del derecho penal sino solo reforzadas, en un determinado rango de su espectro de aplicación, mediante las sanciones de este sector del ordenamiento jurídico (Pronunciándose a favor de concebir las normas de comportamiento reforzadas por el Derecho penal como normas de Derecho público, y no como normas de comportamiento de naturaleza jurídico-penal, MAÑALICH, "Normas permisivas y deberes de tolerancia, p. 231 y ss.). De modo tal que si un sujeto sintiera comprometida su honra con un texto ya listo para su publicación, por ejemplo, podría eventualmente ejercer medios jurídicos para evitar que saliera a la luz pública o para obtener que fuese enmendado de un modo que salvaguardara su derecho a la honra, supuesto que no hubiere otro interés prevalente, caso en el cual su legitimación para actuar de ese modo no quedaría condicionada a que el autor del escrito hubiese tenido específicamente la intención de ofenderlo. De similar manera, si un tipo penal castiga la conducta de *evadir* tributos por ejemplo, no por ello hay que inferir que la norma de comportamiento prohíbe evadir el pago correspondiente. Lo razonable sería pensar que lo que la norma manda es pagar los derechos derivados de las operaciones efectivamente realizadas por el individuo. Y, por último, si la ley castiga a quien *abusa* de las desventajas intelectuales o caracterológicas de otra persona para tener un contacto sexual con ella, no hay por qué asumir que lo

Esta constatación, sin embargo, no invalida lo que se ha señalado antes. Lo que las normas de conducta ordenan o prohíben son comportamientos que desde luego han de ser socialmente reconocibles como tales, y lo que ocurre en estos supuestos es simplemente que el propio objeto designado comprende la intención del agente y carece de existencia sin ella. Pero cuando ese no es el caso, es decir, cuando el acto en cuestión es uno cuya lesividad no depende de la intención del agente no tiene sentido que la norma requiera o prohíba solo sus realizaciones dolosas. No hay inconsistencia entre ambas cosas, pues lo que no tiene sentido desde el punto de vista prospectivo es limitar las acciones prohibidas a solo una parte de las que son lesivas y evitables.

3.1.1.2. *Dolo, capacidad de acción e incumbencias*

Como indicábamos, otro enfoque posible del problema relativo a la función del dolo consiste en plantear que, sin ser un elemento integrante de la propia norma, el dolo sería en todo caso un presupuesto del *deber* o de su *infracción*. Esta es la conclusión a que llegan los autores que identifican el dolo con la *capacidad de acción*⁸¹⁴, es decir, con la capacidad (cognitiva) de ejecutar la acción mandada o omitir la acción prohibida en el momento requerido por la norma.

Sobre esa base común la función que se asigna al dolo, en el marco de sistemas que por lo demás son muy distintos entre sí, difiere también considerablemente. Como se ha señalado, algunos ven esa función ligada al surgimiento del deber. Kaufmann, por ejemplo, piensa que el dolo hace posible la *concreción* de la norma en deber personal⁸¹⁵, y en términos análogos Molina plantea que aquel condiciona el *éxito*

que la norma de comportamiento prohíbe sea el abuso, sino más bien la realización de acciones sexuales con personas que no consientan libremente en ello. Es verdad que esta visión de las normas de conducta aleja su contenido de la formulación de los tipos penales mediante los cuales se pretende reforzar su observancia, pero ello no es más que una consecuencia de que ambas normas tengan funciones completamente distintas y por lo mismo cubran esferas superpuestas pero no coincidentes del comportamiento social.

⁸¹⁴ KAUFMANN, *Teoría de la norma*, pp. 199 y 210; MOLINA, *Antijuridicidad y sistema del delito*, p. 535, 711 y ss. KINDHÄUSER, "La lógica de la construcción del delito", p. 505, *el mismo* "Indiferencia como dolo", p. 48; MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 25, nota 32.

⁸¹⁵ La norma -dice KAUFMANN- "es la forma ideal abstracta de la obligación por parte del derecho". "Ella 'rige' sencillamente porque es una norma. Y rige para todos, pues cualquiera puede estar en la situación en que la norma...prescribe algo". "Pero toda norma pretende no sólo ser un pensamiento sino obrar en el sentido de ser seguida y cumplida" (*Teoría de las normas*, p. 184). [Por eso] "no puede

comunicativo de la norma⁸¹⁶. Kindhäuser⁸¹⁷ y Mañalich⁸¹⁸, en cambio, consideran que el papel que el dolo desempeña se sitúa en el ámbito de la *imputación* del comportamiento antinormativo⁸¹⁹.

Por supuesto, concebir el dolo como un presupuesto del deber o de su contravención obliga a buscar un fundamento normológico alternativo para el castigo de las acciones imprudentes. Según tuvimos ocasión de ver, Kaufmann

esperar la realización de su objeto: ...tiene que concretarse antes del comienzo del acto". "La prohibición se concreta, por tanto...con respecto a un individuo determinado... que estaría en condiciones de llevar a cabo...el acto prohibido" (op. cit., p. 185). Señala también que para que concurra la capacidad de acción el individuo "tiene que captar en su conjunto la situación en que se halla, de tal manera que sea consciente de las circunstancias que determinan el objetivo de la norma" (op. cit., p. 186). Además, debe estar en condiciones de calcular el curso causal y de ejecutar el acto correspondiente.

⁸¹⁶ MOLINA, *Antijuridicidad y sistema del delito*, p. 535. De hecho, este autor sostiene que la propia existencia de la norma depende de que se reúnan todos los supuestos de los que depende su eficacia directiva, entre los que incluye por cierto la comprensión por parte del destinatario de encontrarse frente a una ocasión de cumplimiento del deber de realizar u omitir un acto determinado. En opinión de este autor, que sigue en esto a VON WRIGHT, la estructura directiva de las normas generales sería esencialmente idéntica a la de las normas singulares (MOLINA, *Antijuridicidad y sistema del delito*, pp. 546, 583 y ss.), de modo que si se acepta que en estas últimas las circunstancias del sujeto condicionan y acotan el campo del mandato (op. cit. p. 579), también en el caso de las normas generales, entendidas como directivos de conducta, debe aceptarse que sus condiciones de existencia se identifican con sus condiciones de eficacia instrumental, y que por consiguiente ellas existen tan solo en la medida en concurra la totalidad de las condiciones que hacen posible su observancia por parte del destinatario concreto en las circunstancias dadas (op. cit. 564 y ss) y mientras dura la vinculación del sujeto a la norma (op. cit., p. 541).

⁸¹⁷ KINDHÄUSER, "La lógica de la construcción del delito", p. 501 y ss.; De modo similar a Kaufmann, sostiene Kindhäuser que el dolo es una condición necesaria para afirmar la *capacidad de acción* del sujeto, y concibe esta capacidad como aquella que requeriría un individuo correctamente motivado por la norma para evitar el comportamiento típico (KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 152 y ss.).

⁸¹⁸ MAÑALICH, "Norma e imputación como categorías del hecho punible", p. 174 y ss.

⁸¹⁹ En el modelo que es posible reconstruir a partir de la obra de Puffendorf, Wolff y Daries, y también de Kant, el dolo es el fundamento del juicio de atribución por el cual se afirma que un acontecimiento es un hecho originado en la libertad del agente. Como explica SÁNCHEZ-OSTIZ, "para imputar se precisa la constatación de que el sujeto conoce las circunstancias relevantes y domina el proceso. De un proceso (o de una inactividad) en el que alguien se ve inmerso afirmamos que se trata de un hecho cuando aquél (o aquélla) tienen su origen en el agente, y éste conoce las circunstancias relevantes del caso" (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 408). Esto significa que sin conocimiento y sin control no hay dolo ni hecho, y por lo tanto no hay nada que pueda ser imputado a la libertad moral de un individuo. En este sentido se puede afirmar que todo "hecho, si es que es tal, es a la vez doloso" (op. cit., p. 515).

entiende que esos comportamientos son objeto de normas de conducta específicas. Para el resto de los autores mencionados, en cambio, la responsabilidad por esa clase de acciones se sustentaría en normas de segundo orden, que impondrían al sujeto la carga de contar en el momento indicado con las capacidades cognitivas necesarias para el seguimiento de las normas de conducta. Con matices, todos ellos coinciden en estimar que si bien únicamente el conocimiento doloso proporcionaría la capacidad de acción necesaria para infringir un deber, la responsabilidad por la ejecución de un hecho típico sin esa capacidad podría ser explicada como consecuencia de la infracción de un deber subordinado de conservarla, es decir, surgiría a causa de la no realización de una medida de cuidado⁸²⁰ que el individuo habría debido adoptar en pos del aseguramiento de sus capacidades de observancia⁸²¹.

⁸²⁰ Esta medida de cuidado se extrae de lo que MAÑALICH califica como un “*silogismo secundario*, cuya premisa mayor tendría que estar constituida por el objetivo de asegurar la propia capacidad de omitir aquellas acciones cuya omisión se corresponda con la conclusión del respectivo silogismo primario” (*Norma causalidad y acción*, p. 26). KINDHÄUSER plantea esto de un modo ligeramente distinto; sostiene que la determinación concreta del deber de cuidado es deducible a través del silogismo práctico modificando la premisa menor de modo de incluir en ella “el riesgo parcial conocido por el autor y las posibilidades, reconocidas por él, de disminuir este riesgo mediante omisiones, averiguaciones, medidas de precaución, etc.” (KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, p. 24)

⁸²¹ Aparentemente no hay claridad sobre si puede ser responsabilizado de ello a título de *infracción de deber*. MOLINA, por ejemplo, piensa que la negligencia sería en realidad “la infracción dolosa de la norma subordinada de orden inferior”, que este autor a su vez concibe como una norma derivada de la promulgación de una norma general que “obligaría inmediatamente a estar atento a la eventual producción del suceso desencadenante de la fuerza obligatoria de la principal” (*Antijuridicidad y sistema del delito*, p. 550). No señala expresamente que por la infracción de este deber subordinado el sujeto infrinja el deber principal; y si bien esto es algo que podría desprenderse de su planteamiento, también es verdad que admitir esa posibilidad pondría en cuestión la tesis de que la infracción y la existencia misma de las normas requiere de capacidad de acción. Por su parte, SÁNCHEZ-OSTIZ apunta que las incumbencias no son deberes cuya infracción exija dolo por parte del agente, y agrega que “precisamente se recurre a tal idea para evitar asimilar estos casos con la infracción de un deber”, pues una imputación extraordinaria tiene por objeto situaciones en que, por ausencia de dolo o de otras condiciones, no cabría hablar de un deber infringido (*Imputación y teoría del delito*, p. 541). Señala también que en el modelo clásico de la imputación el dolo era considerado un presupuesto de la *imputatio facti*, y la imputación extraordinaria era concebida como una imputación de carácter adversativo –por oposición a la *consecutiva* u ordinaria, derivada naturalmente de la concurrencia de los requisitos necesarios para imputar (*Imputación y teoría del delito*, p. 35)–, es decir, era considerada una imputación diferente de la ordinaria, por medio de la cual se atribuía el hecho *como si* hubiesen concurrido los presupuestos de esta (Cfr. HRUSCHKA: “Reglas de

Ahora bien, independientemente de cómo se reconstruya normológicamente el castigo de las acciones imprudentes, esta concepción del dolo como presupuesto de la infracción normativa es cuestionable por varias razones.

Lo primero que cabe poner en duda es la propia idea de contravención en que se apoya, y específicamente su compatibilidad con un sistema que también establece responsabilidad por acciones culposas. El problema no es que, según un principio ampliamente aceptado, toda responsabilidad penal debe estar fundada en una infracción de deber, pues la tesis comentada puede efectivamente afirmar que en el caso de las acciones imprudentes tiene lugar una infracción, solo que de un deber distinto del que emana de la norma de comportamiento. El problema es más bien que, siendo esas reglas de segundo orden normas subordinadas y carentes de un contenido específico⁸²², limitarse a constatar su infracción solo sirve para dar cuenta de una parte del fenómeno que se intenta explicar. Quien mata o lesiona a otro por imprudencia responde por el homicidio o las lesiones causadas, es decir por las consecuencias evitables de su falta de capacidad, y no únicamente por la no posesión de sus capacidades en un momento relevante. De ello se sigue que la

comportamiento y reglas de imputación”, p. 35; SÁNCHEZ-OSTIZ, op. cit., p. 507). En el modelo de KINDHÄUSER, dado que en principio la determinación del deber derivado de la norma de comportamiento se realiza sobre la base de los conocimientos que efectivamente haya poseído el autor del hecho (“El tipo subjetivo en la construcción del delito”, p. 8 y ss.), no resulta fácil afirmar sin más que aquel resulte infringido cuando la conducta típica ha tenido lugar a causa de la falta evitable de dicha capacidad; lo que sí es indudable es que la falta de la adopción de las precauciones necesarias para contar con dicha capacidad en el momento indicado es considerada una *falta de fidelidad* a la norma (KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, p. 24. Sobre la fundamentación de esas consecuencias del deber de seguimiento véase *el mismo*, “Acerca de concepto jurídico penal de acción”, Cuadernos de Derecho Penal, julio de 2012, p. 36 y ss.). Seguramente por ello señala Kindhäuser que tales “constelaciones se incluyen en el nivel de la *contrariedad a deber* con la figura de la imputación imprudente (“Acerca de concepto jurídico penal de acción”, p. 38, destacado añadido). MAÑALICH, en cambio, afirma sin rodeos que la no omisión de la conducta prohibida a causa de la incapacidad evitable del autor de reconocer la necesidad de omitirla puede ser imputada como una infracción de deber si se dan los presupuestos de la culpabilidad (*Norma, causalidad y acción*, p. 27).

⁸²² A mi modo de ver, estas características sugieren que se trata de *normas de reparto*, es decir, de reglas que distribuyen tareas en el proceso comunicativo entre emisor y destinatario, y fijan la medida en que esas tareas han de ser satisfechas por este último. Y asumiendo que tales normas construyen un modelo comunicativo para la interacción anónima de un número indeterminado de partícipes, cabe pensar que ellas (re)definen las condiciones bajo las cuales ha de entenderse que una regla de conducta del sistema puede ser quebrantada de un modo distinto a las que serían aplicables al caso de órdenes individuales directamente comunicadas a sus destinatarios.

contravención de ese deber subordinado tiene además una segunda dimensión, cual es la de hacer posible que la conducta del agente sea interpretada como una falta de realización pragmáticamente significativa de lo ordenado por la norma de comportamiento.

Da lo mismo, entonces, que la relevancia de las acciones imprudentes respecto del deber emanado de la norma de conducta sea atribuida a la intermediación de normas de segundo orden⁸²³. Lo decisivo es que en el marco de un sistema tal de reglas el dolo ya no puede concebirse como un presupuesto de la infracción, sino a lo sumo como un presupuesto de lo que sería el caso evidente o paradigmático de quebrantamiento⁸²⁴.

En segundo término, cabe objetar también que si la capacidad de acción se concibe como la capacidad física de realizar la acción debida acompañada de la conciencia de que concurre una situación que para la norma vale como ocasión de

⁸²³ Para lo que aquí interesa podemos considerar como un asunto de preferencia teórica la cuestión relativa a si la previsibilidad y evitabilidad del resultado debe ser considerada como un criterio de imputación, es decir, como fundamento de la afirmación de que un acto es antinormativo, o bien como criterio de determinación del deber en un contexto dado. Por mi parte, me inclino por esta segunda alternativa, como se podrá desprender de lo dicho, pues entiendo que la determinabilidad *ex ante* del comportamiento debido es una de las condiciones de éxito pragmático del propio acto de impartir una orden general. Como he indicado antes, la norma de comportamiento prohíbe todas las realizaciones evitables del comportamiento respectivo, por lo que no es necesario acudir a normas de segundo orden para fundar la antinormatividad de las acciones imprudentes. Se está obligado a evitar la discapacidad *porque* se está obligado a no matar, lo cual significa que el cuidado es una dimensión pragmática que pertenece ya al mensaje directivo de la prohibición del homicidio. Diferente es el caso del deber de conocimiento del deber, que, en razón de la prohibición de autorreferencia, solo puede emanar de una norma distinta de la que debe ser conocida.

⁸²⁴ Un problema de presentar la realización imprudente como una forma anómala o extraordinaria de responsabilidad, fundada en que bajo determinadas condiciones la ignorancia (de la situación típicamente relevante o del deber) perdería su valor exoneratorio, es que eso nos mantiene dentro de un formato conceptual que solo es válido para las acciones dolosas ejecutadas además con conciencia de la ilicitud. El hecho de que un individuo sea responsable de su propia incapacidad fundamenta una modalidad propia de infracción, y en rigor muestra que la existencia de una infracción normativa no requiere que el individuo cuente con los conocimientos necesarios para el seguimiento sino que haya podido contar con ellos. Más aun, si hay razones que hacen comprensible e incluso justo que las personas sean responsabilizadas por la ejecución de conductas en supuestos de imprudencia (y de error vencible de prohibición), entonces no hay ningún motivo para estimarla una modalidad deficitaria de infracción como no sea el que proviene de haber asumido de entrada que la única manera genuina de infringir un deber es la que supone conocimiento actual del deber y de la ocasión de cumplirlo.

cumplimiento, entonces no se puede afirmar que el dolo sea el único supuesto de capacidad de acción. Esa capacidad la tiene todo aquel que es consciente de un riesgo de realización del tipo que la norma desapueba, y por definición la posee también el individuo que actúa con culpa consciente⁸²⁵. Para estar en condiciones de seguir una norma que prohíbe cierto tipo de acciones lo único que se requiere es comprender que la acción que se pretende ejecutar entraña una probabilidad relevante de ejemplificar esa clase de comportamiento, lo cual significa que lo único que se necesita para seguir la norma "no matar", por ejemplo, es comprender que la conducta que se realiza genera un riesgo (desaprobado) de causar la muerte de otro individuo. Todo sujeto que comprende esto está en condiciones de ajustar su conducta al modelo establecido en la norma, absteniéndose de ejecutar la acción riesgosa que podría ejemplificarla. Y no por ello actúa con dolo, puesto que, aun si tomamos como base una noción puramente cognitiva del mismo, es claro que el riesgo cuya generación puede entenderse prohibida por la norma inferible del tipo cubre una probabilidad de causación del resultado mucho más amplia que aquella por cuya sola comprensión es posible atribuir dolo al agente.

Contra esto, quizás se podría replicar que la conciencia constitutiva de capacidad de acción comprendería *algo más* que la conciencia de un riesgo relevante para la norma. Se podría pensar que para seguir una regla que prohíbe cierto tipo de acciones sería preciso que el destinatario visualizara su conducta precisamente como una instancia particular de esa clase de acción, percatándose de la posibilidad de describirla por ejemplo como "lesionar" o "destruir. De este modo, para afirmar la capacidad de acción se necesitaría que la conducta creara un riesgo *calificado* de producción del resultado y que el individuo fuese consciente de ello. Vistas las cosas de esa manera, la capacidad de acción o de seguimiento normativo podría ser equiparada al dolo, entendido este como realización "consciente" de la conducta descrita en el tipo.

Como sabemos, sin embargo, el dolo no depende de una conciencia recursiva sobre la calificación del hecho; no depende de que el propio agente vea su conducta como "lesionar" o "destruir", sino de que su representación del hecho pueda ser calificada de esa forma desde un punto de vista intersubjetivo. Si se dan

⁸²⁵ ROXIN, *Derecho Penal*, PG, nm. 7/24, p. 103, y nm. 14/64 p. 585.

las condiciones para ello y el individuo no concuerda en calificar su acto de ese modo estaríamos en presencia de un simple error de subsunción⁸²⁶.

En otras palabras, si la conciencia de que la acción podría ejemplificar el comportamiento que la norma prohíbe no se hace depender de los usos lingüísticos del agente sino de una evaluación intersubjetiva, la capacidad de acción -el dolo, en este planteamiento- dependerá entonces de la *clase* de riesgo que el individuo haya sido *consciente* de crear, tal como lo afirma, por lo demás, el propio Kindhäuser, cuando caracteriza la imprudencia como el conocimiento de una "probabilidad de realización del tipo reducida frente al peligro relevante para el dolo"⁸²⁷.

Sentado lo anterior, surge entonces la siguiente dificultad para la tesis comentada. Si la capacidad de acción se equipara a la conciencia de un riesgo calificado o especial, nos encontraremos con que en todo supuesto de creación de un riesgo inferior a ese (un riesgo desaprobado pero no calificado) será imposible atribuir capacidad de acción al individuo que haya actuado con una comprensión adecuada de los riesgos creados por él. Como se podrá advertir, el problema es que en un caso como ese -que sería el de quien obra con culpa consciente- no cabría la imputación ordinaria, por falta de capacidad de acción, pero tampoco podría tener lugar la imputación extraordinaria, puesto que por definición el agente no habrá incurrido en ningún error que pudiera ser atribuido a la infracción de una incumbencia. Notablemente, sobre este sujeto no pesaría deber alguno, o al menos no le podría ser imputada su infracción. La imputación ordinaria estaría descartada de plano y la extraordinaria estaría también vedada, debido a que la falta de capacidad de acción no arrancararía de un déficit cognitivo atribuible a la falta de observancia de una medida de cuidado sino de una *correcta* apreciación del riesgo⁸²⁸. En realidad, la única manera de atribuirle responsabilidad a ese individuo

⁸²⁶ MAÑALICH, "Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la ilicitud", p. 24.

⁸²⁷ KINDHÄUSER, "El tipo subjetivo en la construcción del delito", p. 24, nota 50, donde remite además a las explicaciones de Puppe.

⁸²⁸ KINDHÄUSER no reconoce esta situación porque asume, sin motivo, que en toda imprudencia hay un error del agente. En realidad, el autor imprudente puede acertar o errar en su apreciación de las probabilidades de realización del tipo. El punto que verdaderamente importa es otro: si existe una cierta probabilidad (determinada cuantitativa o cualitativamente, eso da lo mismo) de realización del tipo que sea capaz de fundamentar el deber de evitar la conducta (o de adoptar medidas de precaución), pero cuya representación no sea propia de dolo. Y evidentemente la hay, pues de otro modo no se explicaría que una vez introducido "el riesgo parcial conocido por el autor" imprudente

por infracción de deberes subordinados pasaría por afirmar que con la conciencia del riesgo con que obró igualmente tendría que haber deducido la necesidad de omitir la conducta, pero eso supondría admitir, en contra de una afirmación central del modelo comentado, que la capacidad de seguir la norma la tiene cualquier persona que obre con conciencia de un riesgo desaprobado de producción del hecho típico.

3.1.1.3. *El dolo como posición favorable para el seguimiento del deber*

No todos los autores creen que el dolo sea un presupuesto del deber o de su infracción, ni piensan que deba abarcar la conciencia de la ilicitud; sin embargo, no por ello su visión del dolo se desentiende por completo de consideraciones relacionadas con el seguimiento normativo. Muchos de quienes adhieren a la teoría de la culpabilidad y por consiguiente a un dolo neutro le atribuyen a este elemento un desvalor que, en su concepto, estaría ligado a las posibilidades de observancia de la norma de conducta, y de hecho confían en que esa relación pueda ser empleada para determinar con qué conciencia tendría que obrar el agente doloso⁸²⁹.

A su juicio, el dolo consistiría en una *determinada* capacidad para seguir la norma, apreciada intersubjetivamente. Con ello no se pretende negar que tal capacidad esté presente ya en quien obra con culpa consciente, sino destacar que lo característico del dolo residiría en poner al agente en una posición privilegiada para comprender la ilicitud de su acto. El dolo no constituiría, entonces, un presupuesto para el seguimiento normativo, pero sí una ventaja en esa perspectiva. Un ejemplo muy claro de esta orientación podemos encontrar en el siguiente pasaje de Pérez

como premisa menor del silogismo práctico la conclusión sea que el agente habría debido comportarse de otro modo (KINDHÄUSER, "El tipo subjetivo en la construcción del delito", p. 24).

⁸²⁹ En general, la idea de identificar el dolo con una determinada capacidad de comprensión de la antijuridicidad es utilizada de dos maneras en la doctrina. A veces se la emplea para enfrentar los problemas de determinación del contenido del dolo que se presentan cuando la descripción típica del hecho es poco indicativa del desvalor de la conducta: apoyándose en la función de llamada que se atribuye al dolo se plantea entonces que en ciertos casos el individuo necesitaría obrar con la conciencia de contravenir una norma para obrar dolosamente. En otras ocasiones se la utiliza para deducir la clase de conocimiento del hecho que sería necesario tener para obrar con dolo. En este sentido, obraría con dolo quien tuviera del hecho una conciencia que, de estar el sujeto correctamente informado y motivado, lo llevaría a evitar la conducta. Ambas tesis son cuestionables, como hemos tenido ocasión de comprobar.

Barberá:

“dolo -señala- es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento; imprudencia es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento”⁸³⁰.

De acuerdo con esto, la mayor gravedad de las acciones dolosas derivaría de ser expresión de un quebrantamiento más intenso de la norma de conducta, en comparación con el que tiene lugar en las acciones imprudentes, y la fuerza de esa desautorización sería el resultado, no de haber tomado el sujeto una decisión consciente contra el mandato de la norma, sino de haber obrado con una conciencia del hecho que le proporcionaba una *mayor capacidad* de seguimiento normativo.

Como ya se ha indicado, esta idea del dolo como frustración de una ventaja en términos de comprensión de la necesidad de evitar una cierta conducta goza en la doctrina de una amplia aceptación, que sin embargo no parece ir a la par de la atención temática que ha recibido. Una mirada más atenta a la misma revela, no obstante, que su éxito podría ser algo inmerecido. Primero, porque cabe poner en duda que el dolo suponga siempre una ventaja para la comprensión de la antijuridicidad, y segundo, porque aun dejando eso de lado ocurre que, incluso en aquellos casos en que sí es posible afirmar la existencia de una tal ventaja, es muy discutible que el desvalor del dolo resida precisamente en la frustración de la expectativa asociada a ella.

En relación con el primer punto, baste considerar que cualquier posibilidad de establecer una correlación entre el dolo y una cierta capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la conducta pasa necesariamente por adoptar un cognoscitivismos estricto y debe, por tanto, ser rechazada por quienes entiendan - como aquí se hace- que el juicio de atribución del dolo integra también variables no representacionales⁸³¹. Si se reconoce que la concurrencia de una voluntad favorable

⁸³⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 648; véase también, “Dolo como reproche”, p. 187 y ss.

⁸³¹ No parecen verlo así aquellos autores que sostienen que el dolo consiste en una mayor capacidad de seguimiento y que a la vez le otorgan a la voluntad del agente un papel en la apreciación del dolo. Es probable que, frente a la objeción de que la voluntad de realizar el hecho típico no depende ni determina en absoluto las posibilidades de seguimiento, replicaran que de todas formas la concurrencia de intención revela una toma de postura más marcada contra la norma. Sin embargo, y como veremos en el texto, ahí reside precisamente el problema: en entender que esa mayor fuerza

o adversa hacia la realización del tipo influye sobre la determinación del dolo –algo que, como he intentado mostrar, ocurre aun en el marco de las más conspicuas tesis cognitivas– entonces no se le puede identificar ni con una determinada conciencia del hecho ni con una capacidad de seguimiento ligada a ella. O dicho de otro modo, si una misma representación del riesgo puede dar lugar a la imputación de dolo o de culpa por efecto de factores conativos, quiere decir que al menos en esos casos las capacidades de seguimiento del dolo y la imprudencia son idénticas. Y si se admite que en principio –y como aquí se ha intentado mostrar– todo el ámbito del riesgo desaprobado se encuentra disponible para la imputación dolosa y la culposa, tal conclusión puede extenderse válidamente a la totalidad del tipo subjetivo.

En cuanto a lo segundo, es preciso recordar que todo intento de vincular el dolo a la norma de comportamiento se topa con un problema que ya nos ha aparecido antes, cual es el de la inutilidad de los juicios parciales sobre las posibilidades de seguimiento normativo. Cualquiera sea la expectativa de comprensión de la antijuridicidad que se asocie a la representación de un hecho, es indudable que ella será completamente asignificativa si no se consideran las capacidades reales del individuo para comprender el deber y el resto de las condiciones que hacen posible su observancia. ¿De qué sirve una evaluación de la capacidad (o de las expectativas) de seguimiento que no considere los factores que se analizan en la culpabilidad? De nada realmente, y si el dolo estuviera basado en una estimación como esa ciertamente no habría nada que replicar a las críticas que Pawlik y Jakobs formulan a la idea de un dolo separado de la conciencia de la ilicitud.

A lo dicho se debe sumar que si ya en términos generales no tiene mucho sentido desvalorar el apartamiento de la norma considerando solo una parte de los factores que condicionan el deber de observancia, mucho menos lo tiene elaborar ese juicio *una vez* que el quebrantamiento ha tenido lugar. Es decir, aun como momento congelado del análisis, ¿de qué sirve evaluar si la representación del hecho puso o no al individuo en una posición privilegiada para captar la antijuridicidad de su conducta, luego de que se constata que obró con plena conciencia de su ilicitud? Dilucidar aquel punto podría servir para sopesar la dispensabilidad de un error de prohibición, por ejemplo, pero no para valorar una conducta plenamente culpable. Una vez que se descarta la concurrencia de un error, considerar el dolo desde el punto de vista de una supuesta función de llamada no nos dice nada acerca de la

expresiva del dolo deriva de la capacidad de seguimiento normativo y no de la actitud del sujeto hacia la proposición típica.

gravedad del hecho. Si dos sujetos obran tan conscientes el uno como el otro de que lo que hacen es contrario a derecho, ¿qué aporta saber que el primero estaba en mejores condiciones que el segundo para captar la ilicitud de su conducta? Nada absolutamente, a menos que del grado de evitabilidad del apartamiento de la regla pudiéramos sacar alguna guía para determinar el nivel de conciencia del riesgo que se necesita para obrar con dolo. Pero evidentemente ese no es el caso porque no existe la menor idea acerca de cuál pueda ser el grado de previsibilidad del apartamiento normativo relevante para el dolo, cosa que por lo demás no debería sorprendernos en lo más mínimo, dado que la previsibilidad del apartamiento de la regla no es más que una consecuencia de la previsibilidad de la realización del hecho típico, y no contamos con una manera de valorar la primera que no sea simplemente derivativa de la valoración de la segunda.

De lo anterior fluye una conclusión que ya hemos avanzado en otro lugar, cual es que la idea de un dolo como posesión de una ventaja para el seguimiento normativo es errada como tesis explicativa del desvalor que es propio de este elemento. Tras la suposición de que entre el dolo y la culpa mediaría una diferencia en términos de capacidad -o más bien de expectativa- de observancia late el convencimiento de que quien obra con imprudencia comprende su conducta de un modo distinto de como la comprende quien obra con dolo, y por ello expresa una actitud antinormativa menos intensa. Esto en general es correcto y en principio no hay nada que objetar a su respecto, pero lo que es equivocado es inferir de ello que la diferencia entre el dolo y la culpa reside en una diversa actitud *hacia el deber*, sea esta de orden psicológico o contrafácticamente atribuida. La diferencia que podemos apreciar, por ejemplo, entre quien realiza de modo consciente un acto peligroso sin las suficientes medidas de seguridad y quien identifica su propio acto como "matar a otro" no radica directamente en la fuerza con que se contraviene la autoridad de la norma. Es cierto que el primero solo es consciente de contravenir la prohibición de matar a través de una conducta que se representa como la creación de un riesgo desaprobado para la vida de otro, mientras que el segundo es derechamente consciente de *matar* a otro, pero lo que eso muestra es que la diferencia entre ambos no reside en que tomen posturas distintas frente al imperativo de la norma sino en que la *conducta mediante la cual toman su postura* es diferente en cada caso.

Plantear el dolo como una actitud hacia la norma primaria desfigura el fundamento por el que aquel es más grave que la imprudencia. La razón de esa disparidad valorativa no dice relación con que en el dolo se manifieste una actitud más intensa

específicamente hacia el deber emanado de ella; la razón es que el dolo y la culpa son actitudes distintas hacia una *hipótesis* que lo contraviene. El dolo es una forma subjetivamente intensificada de realización de una determinada conducta, que ha sido seleccionada como objeto de castigo en razón de su oposición a una norma de conducta.

3.2. Dolo y norma de sanción

De todo lo anterior se sigue que, contrariamente a lo que se suele pensar, el dolo no desempeña una función relacionada con la norma de comportamiento. Desde luego, y salvo que la propia individualización de la conducta lo exija, el dolo no es una característica de la acción normada, ni objeto de prohibición o mandato. Más aún -y con la salvedad ya hecha-, ni siquiera es una característica que tenga sentido incluir en la especificación de la conducta ordenada o prohibida. Una norma de comportamiento simplemente asocia una acción a un operador, ordenándola o prohibiéndola, y por tanto se limita a singularizar el acto que es objeto de requerimiento o de prohibición sin proporcionar de los supuestos que podrían infringirla otra caracterización que la que se desprenda de la propia especificación de la conducta mandada o prohibida⁸³². En cambio, la tarea de delimitar un conjunto de hipótesis infraccionales supone precisamente adoptar una perspectiva contrapuesta a la formulación de un imperativo. Esa es una tarea que corresponde a la norma secundaria⁸³³ y en cuya realización se suele tomar en cuenta, entre muchos parámetros posibles, la dimensión agentiva del acto, es decir, la medida en que su significado puramente externo puede también ser predicado de la decisión del individuo.

Por otro lado, tampoco es el dolo un presupuesto de la antinormatividad. No solo quien obra dolosamente está en condiciones cognitivas de observar el deber;

⁸³² Vid supra B, 3.1.1.1. La norma de conducta solo presupone un límite, implícito en todo enunciado de deber, que se sintetiza en la máxima "debe implica puede" y que circunscribe las posibilidades de considerar como objeto de ella un acto que se encuentre situado más allá de lo que puede ser realizado por un destinatario anónimo de sus mandatos.

⁸³³ Es la norma de sanción la que eventualmente puede contener información ulterior acerca de los posibles actos de quebrantamiento de la norma de conducta que sean objeto de castigo, pues su función consiste precisamente en seleccionar del universo posible de conductas opuestas al imperativo aquellas más necesitadas de prevención, caracterizándolas mediante las notas -también subjetivas- que determinan su mayor gravedad.

también los sujetos que obran con imprudencia consciente tienen la capacidad actual de ajustar su conducta a la norma de comportamiento y están, por consiguiente, en posición de infringirla. Por esa razón, incluso suponiendo que para la determinación del dolo fuese correcto emplear un criterio puramente cognitivo, es claro que identificar su contenido con aquello que sería necesario conocer para estar en condiciones de captar la antijuridicidad de la conducta es una forma muy imperfecta de caracterizarlo.

Por último, tampoco es acertado presentar al dolo como un estado cognitivo especialmente favorable a la observancia del deber. Como acabamos de comprobar, el desvalor que se atribuye al dolo no admite ser explicado como la frustración de una ventaja para el seguimiento que a su turno pudiera ser contrafácticamente interpretada como una actitud *hacia el deber*. Y aunque lo fuera, de ello tampoco sería posible derivar ninguna guía concreta para la determinación de su contenido.

Todo lo anterior confirma que el dolo no supone ninguna toma de postura hacia el deber expresado en la norma de comportamiento, sino hacia *un hecho* que ella ordena o prohíbe. Es decir, el agente doloso no adopta una actitud hacia el operador de la norma sino hacia su *operando*, o más exactamente hacia una hipótesis abarcada por él. Ello, por supuesto, en nada impide reconocer que realizar el supuesto típico mediante una conducta gobernada por una actitud favorable hacia su verificación es efectivamente más grave que realizarlo sin esa actitud o con la actitud contraria. Pero debe subrayarse que esa dimensión de sentido solo puede serle atribuida al dolo de un modo indirecto y contingente, vale decir, solo en cuanto este representa un compromiso más intenso del sujeto con una acción que pertenece a aquellas que se oponen a la norma de comportamiento, y siempre bajo la condición de que concurren las condiciones de la culpabilidad, que son las que propiamente fundan la imputación de una actitud antinormativa.

3.2.1. *Dolo e injusto*

Sentado lo anterior, cabe preguntarse por la pertenencia del dolo al injusto. La pregunta es pertinente porque los autores que acogen un modelo de injusto personal en cualquiera de sus variantes justifican la pertenencia del dolo a aquel

acudiendo precisamente a la idea de quebrantamiento normativo que aquí se rechaza⁸³⁴.

Como se comprenderá, una vía de justificación como esa requiere concebir la norma de una manera tal que sea posible afirmar su contravención aun antes de examinar la culpabilidad del agente. Esto último es algo que un sistema de injusto objetivo puede afirmar sin problemas, precisamente porque desvincula la antijuridicidad de cualquier consideración subjetiva, pero es una complicación, en cambio, para un sistema que, junto a la dañosidad de la conducta, pretenda incorporar en el injusto algún grado de reproche por la actitud del agente frente a la norma, ya que para desvalorar esa actitud se necesita tomar en cuenta los factores que normalmente se analizan en la culpabilidad.

El intento de construir un injusto subjetivo y no culpable o, más exactamente, de elaborar el modelo de un hecho típico no justificado que exprese también un desvalor de acción, supone entonces el desafío de seleccionar uno o más componentes subjetivos que sea posible examinar antes de la culpabilidad y que verdaderamente añadan un desvalor de acción al puramente externo del hecho⁸³⁵.

La propuesta de conciliación más aceptada en esta materia es la fundamentación normológica proporcionada por Kaufmann al injusto (doloso) del finalismo. Como se recordará⁸³⁶, este autor plantea que la concreción de la norma general en un deber personal⁸³⁷ no depende de que el individuo tome conciencia de él o tenga siquiera la capacidad de comprenderlo⁸³⁸, sino que únicamente requiere que el

⁸³⁴ Sabemos que ese no fue el argumento fundamental de Welzel, pero sí lo fue de Kaufmann, cuya tesis normológica goza hoy de mucho mejor salud que la pretensión del primero de prescribir el contenido del tipo a partir de una determinada concepción ontológica de la acción.

⁸³⁵ Puede consultarse una acuciosa exposición del desarrollo histórico de esta idea en MOLINA, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, p. 17-365. Sobre los diversos conceptos de norma desarrollados en la doctrina en las últimas décadas, véase SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", p. 559 y ss.

⁸³⁶ Cap. I, 2.

⁸³⁷ La norma -dice KAUFMANN- "es la forma ideal abstracta de la obligación por parte del derecho". "Ella 'rige' sencillamente porque es una norma. Y rige para todos, pues cualquiera puede estar en la situación en que la norma...prescribe algo". "Pero toda norma pretende no sólo ser un pensamiento sino obrar en el sentido de ser seguida y cumplida" (*Teoría de las normas*, p. 184). [Por eso] "no puede esperar la realización de su objeto: ...tiene que concretarse antes del comienzo del acto". "La prohibición se concreta, por tanto...con respecto a un individuo determinado... que estaría en condiciones de llevar a cabo...el acto prohibido" (*Teoría de las normas*, p. 185).

⁸³⁸ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 171.

sujeto capte la concurrencia de las circunstancias que para la norma valen como ocasión de cumplimiento. En la terminología de Kaufmann esto forma parte de lo que denomina *capacidad de acción*⁸³⁹, que sería equiparable al dolo⁸⁴⁰. Supuesta entonces la capacidad de acción (dolo), la ejecución de la conducta prohibida constituirá una infracción de deber –“la realización final del objeto de la prohibición”⁸⁴¹– y por consiguiente una acción antijurídica, un injusto⁸⁴².

Ahora bien, si esta solución de Kaufmann se mira como un intento de introducir el desvalor de una actitud antinormativa en el injusto, es claro que no tiene éxito, dado que, como ya se ha señalado en repetidas ocasiones, sobre una consideración parcial de las condiciones de seguimiento no es posible fundar un juicio de valor de esa naturaleza⁸⁴³. Sin embargo, ese no es exactamente el eje de su propuesta. El desvalor que añade a la lesividad objetiva del acto no se agota en una especie de germen de contravención del deber, y si se le mira con la suficiente detención es posible concluir que, de hecho, no tiene nada que ver con el seguimiento normativo, aun cuando quizás el propio Kaufmann sea el primero en dar una impresión equivocada a este respecto.

Sobre el dolo, este autor dice fundamentalmente dos cosas. Primero, que determina la capacidad de acción del individuo, a la que concibe como un elemento primario de la capacidad de obedecer la norma, dependiente también de otros factores. Y en segundo lugar, que conforme a su tesis según la cual la norma de comportamiento tendría exactamente el mismo objeto que el juicio de valor (de tercer nivel) que le antecedente, el dolo sería un componente de dicha norma. De acuerdo con ello, se

⁸³⁹ “La norma se concreta sólo con respecto a los capaces de acción” (*Teoría de las normas*, p. 185). Para que concurra la “capacidad de acción” el individuo “tiene que captar en su conjunto la situación en que se halla, de tal manera que sea consciente de las circunstancias que determinan el objetivo de la norma” (*Teoría de las normas*, p. 186). Además, debe estar en condiciones de calcular el curso causal y de ejecutar el acto correspondiente.

⁸⁴⁰ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 199 y 210.

⁸⁴¹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 193.

⁸⁴² KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 208.

⁸⁴³ SILVA puntualiza que los autores que “exploran en las consecuencias sistemáticas que ha de tener la concepción de las normas como directivas de conducta (normas de determinación) se manifiestan, de modo general, en la línea de desandar el camino seguido por *Armin Kaufmann* en su distanciamiento de *Binding*. Así, tienden a ampliar el conjunto de elementos precisos para afirmar la concurrencia de una vulneración normativa”; cita en tal sentido el ejemplo de Freund, quien incluye toda la categoría de la imputabilidad como presupuesto de la infracción de norma previa a la culpabilidad (SILVA SÁNCHEZ, “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?”, p. 572).

puede decir entonces que en el modelo de Kaufmann el dolo tiene una especie de doble militancia: condiciona el surgimiento del deber y a la vez forma parte de aquello que está prohibido.

Sin entrar en la cuestión de cómo sería eso posible y si acaso lo es, lo cierto en todo caso es que, de esas dos aseveraciones, la única que plausiblemente podría servir de fundamento para sostener que el dolo aportaría un elemento autónomo de desvaloración subjetiva al injusto es la última, esto es, la tesis de que la norma de comportamiento y el juicio valorativo que le precede compartirían un mismo objeto⁸⁴⁴. Como sabemos, en el sentido de una falta de seguimiento no hay ninguna antinormatividad en el injusto, pero sí podemos encontrar en él un acto incorrecto desde el punto de vista de la norma, vale decir, la ejecución de un comportamiento cuya realización constituya el objeto de una norma prohibitiva o la omisión de una conducta cuya ejecución constituya el objeto de una norma imperativa⁸⁴⁵.

Lo que cabe preguntarse entonces es qué característica podría convertir a una acción concreta en objeto de la prohibición o del mandato. Pues bien, es en este sentido que el dolo sería un componente esencial del injusto, según Kaufmann. El razonamiento en que se apoya es bastante simple: dado que toda norma de comportamiento tiene por objeto una acción y que toda acción es final, el dolo formaría parte del objeto prohibido y su concurrencia sería a su vez determinante de su incorrección.

Sin embargo, y como ya hemos tenido ocasión de ver, que toda acción sea intencional no significa que tenga que serlo bajo la descripción contemplada en la norma, ni que las realizaciones intencionales de aquella sean las únicas prohibidas por esta. La prohibición no queda supeditada a la presencia de dolo. El objeto del juicio de valor que precede a la norma de sanción puede ciertamente tener en

⁸⁴⁴ Si KAUFMANN piensa que el dolo pertenece al injusto en cuanto elemento condicionante del seguimiento normativo, o que en esa dimensión representa un desvalor añadido al injusto objetivo, considero que está equivocado en esa apreciación.

⁸⁴⁵ En su modelo, injusta es toda realización de una conducta que la norma ha querido evitar, llevada a cabo por un sujeto con capacidad de acción. En tal sentido señala expresamente que con la capacidad de acción "se ha concretado ante todo el momento axiológico de la norma" (*Teoría de las normas*, p. 213). La antinormatividad en que piensa Kaufmann es, por consiguiente, una que se funda en la correspondencia entre una conducta y el objeto de un juicio negativo de valor, y es por lo mismo muy similar a la idea del injusto de Mezger, salvo porque Kaufmann niega la existencia de normas de valoración y sobre todo porque entiende que aquello que valoran o reprueban los juicios de valor que preceden lógicamente a las verdaderas normas son acciones finales y no meros estados de cosas.

cuenta el dolo, pero el juicio de valor que antecede a la norma de comportamiento tiene en vista el estado de cosas que se quiere proteger y por lo tanto recae sobre todas las acciones que pongan en peligro su preservación, con el fin de que su prohibición sirva de modelo para todas las decisiones de acción que tomen sus destinatarios, incluidas las que siendo intencionales bajo una descripción diversa de la contenida en la norma creen un riesgo de realización del suceso prohibido.

En el marco de un modelo de injusto objetivo, la respuesta a la pregunta planteada es por cierto muy diferente y deja completamente de lado la concurrencia del dolo. Lo que sitúa a una conducta en el contexto del deber, conforme a un modelo de estas características, es su conexión causal. Sin embargo, es evidente que la mera causalidad no puede servir como criterio de corrección del comportamiento; en primer lugar por su ubicuidad, es decir porque en definitiva todas las acciones están conectadas causalmente con casi todo, y enseguida porque nuestras capacidades de previsión y control del acontecer son limitadas⁸⁴⁶. Eso, por supuesto, no impide que la causación de un efecto dañino pueda conducir a castigar un acto con una determinada pena, ya que la indeseabilidad del efecto es algo que sin duda puede ponerse en la cuenta del autor. Pero esto solo es posible bajo la condición de que en su comportamiento haya algo más que una pura potencia causal, algo que, dentro del horizonte definido por las capacidades de previsión que se espera que los individuos pongan al servicio de las normas, distinga a su acto como objeto del deber.

La causalidad no define al conjunto de acciones que conforman el objeto de la norma. Ella solo opera como criterio de identificación *ex ante* de las acciones que quedan alcanzadas por esta. Por eso, bien entendida, la norma alcanza a muchos más y muchos menos actos que los que *ex post* puedan mostrarse conectados causalmente con el resultado. Muchos más, porque en el momento en que las acciones han de ser identificadas y eventualmente omitidas, la causación no es cognoscible más que a través de un juicio de probabilidad; y muchas menos porque, por el mismo motivo, solo las acciones cognosciblemente riesgosas quedarán alcanzadas por la prohibición⁸⁴⁷. De este modo, la posibilidad objetiva de

⁸⁴⁶ Por lo demás, que la causalidad no es el criterio que define qué acciones quedan alcanzadas por el deber que expresa la norma, lo prueba elocuentemente el castigo de la tentativa.

⁸⁴⁷ Por la misma razón que existe el deber de omitir todas las acciones peligrosas aunque no se tenga certeza de la causación no existe el deber de omitir las acciones incognosciblemente causales. La idea de un regulador omnisciente que prohíbe toda causación del resultado, a través de normas que sus destinatarios nunca podrían dar por cumplidas, es afortunadamente una quimera.

comprender que la conducta que se ejecuta puede convertirse en la causa del estado de cosas que se utiliza en la norma para especificarla delimita ya aquello que es *objeto* de prohibición.

Es un error sostener, por tanto, que la norma de comportamiento prohíba todas las conductas causalmente conectadas con el resultado, argumentando por ejemplo que la previsibilidad y evitabilidad del mismo serían criterios pragmáticos de imputación de un acto de desautorización de la norma⁸⁴⁸. Según Kindhäuser, la determinación del deber sería un problema de orden pragmático ajeno al contenido de la regla, cuya resolución pasaría por la construcción de un silogismo práctico que tomara como eje los conocimientos del autor de que se trate⁸⁴⁹. No concuerdo con ninguna de esas aseveraciones.

Son evidentemente cosas distintas la dimensión proposicional y la dimensión pragmática de una regla, pero eso no significa que esta haya de reducirse a una de ellas. El éxito de un acto directivo en cuanto tal depende entre otras cosas de que su objeto satisfaga ciertas condiciones⁸⁵⁰. El propio sentido pragmático de mandar algo impone que aquello que se ordena sea realizable en el futuro y que la ocasión en que ello deba de tener lugar sea detectable para su destinatario, si de verdad se pretende que la emisión correspondiente sea interpretada como la formulación de un imperativo. Por tal razón, las acciones imprevisiblemente conectadas por la causalidad con un cierto resultado quedan fuera del objeto de la prohibición, sencillamente porque la imposibilidad de que sean reconocidas las convierte en objeto inidóneo del deber.

Por otra parte, en lo que atañe a la índole del razonamiento involucrado en la afirmación de un deber, es preciso tener presente que también en el modelo de Kindhäuser el deber se determina (extraordinariamente) tomando en cuenta los conocimientos que el individuo *debía* tener⁸⁵¹ y no únicamente aquellos con que de hecho contaba. Más aun, el eje del silogismo en cuestión lo da una premisa menor integrada, no por la manera como el individuo haya visualizado efectivamente su acto, sino por cómo lo habría apreciado un sujeto correctamente motivado, entendiendo por tal un sujeto que cuenta con un conocimiento perfecto de la

⁸⁴⁸ Crítico también con la construcción de Kindhäuser en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 587.

⁸⁴⁹ KINDHÄUSER, "El tipo subjetivo en la construcción del delito", p. 9.

⁸⁵⁰ Como ocurre con las promesas, cfr. SEARLE, *Actos de habla*, p. 65 y ss.

⁸⁵¹ KINDHÄUSER, "Indiferencia como dolo", p. 46 y s.

norma⁸⁵². De este modo, el silogismo del que se habla es uno que considera como premisa mayor una norma (parafraseada como la intención de seguimiento de la misma) y como premisa menor un hecho que de acuerdo a la correcta interpretación de aquella sería un hecho que ejemplificaría, en el contexto concreto de aplicación, la clase de actos que la norma contenida en la premisa mayor ordena o prohíbe.

Por consiguiente, lo que Kindhäuser llama silogismo práctico es en realidad un silogismo normativo, cuya corrección descansa por completo en la verdad de su premisa menor, es decir, en la cuestión de si el hecho concreto queda o no alcanzado por la norma y en las razones que cabe citar en respaldo de una u otra respuesta. Pero esto, en lugar de explicitarse como la argumentación normativa que es, se presenta bajo la pregunta supuestamente pragmática acerca de lo que haría o no un sujeto fiel al derecho en esas mismas circunstancias. Con ello se da todo por supuesto, pues evidentemente solo podemos juzgar lo que haría el sujeto en cuestión si de antemano tenemos una idea perfectamente clara de qué es lo que correspondería que hiciera de acuerdo a la norma. Solo estaremos en condiciones de afirmar que el sujeto realizaría o evitaría el acto -y que este es, por tanto, un comportamiento alcanzado por el deber- si hemos resuelto previamente la cuestión de si el riesgo creado por la conducta se encuentra desaprobado por la norma que se infiere del tipo. Ni los conocimientos del agente, ni su voluntad juegan en realidad papel alguno en la determinación del deber de actuar o de omitir⁸⁵³.

Por otro lado, si bien es correcto decir que el deber es una propiedad derivada de la relación que un acto tiene con una norma, eso no significa que su determinación pertenezca al ámbito del comportamiento y su imputación (por oposición al ámbito de la norma), porque los términos de esa relación vienen gobernados por la norma y porque los parámetros que permiten afirmar el surgimiento del deber los aporta ella misma, y no un conjunto autónomo de criterios de racionalidad práctica.

En el raciocinio correspondiente esa relación se expresa en el condicional fáctico que funge como premisa menor del silogismo y en el que se establece que si en las

⁸⁵² KINDHÄUSER, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", p. 149. *Vid supra* sec.1ª, A, 4.

⁸⁵³ Además, presentar esto como un problema de coherencia con una intención de seguimiento que se da por supuesta tiene el inconveniente añadido de que así se sugiere, erróneamente, que su objeto se reduciría a las acciones dolosas y que las imprudentes serían, en cambio, materia de una imputación distinta, de carácter extraordinario, fundamentada como si el agente hubiese obrado con dolo.

circunstancias dadas el sujeto S realiza el acto A este se convertirá en una instancia del acto Φ previsto en la premisa mayor. Si tal es o no el caso, no es un asunto de coherencia intencional sino de significado y relevancia para la norma⁸⁵⁴. Por lo demás, no solo se trata de establecer respecto de qué actos *podría* decirse que se encuentran en la situación descrita en la premisa menor, sino de definir qué actos *habría* que considerar como instancias posibles y relevantes del hecho previsto en la premisa mayor y consiguientemente alcanzados por el deber.

La cuestión de si una conducta debe considerarse en esa situación depende por cierto de consideraciones fácticas y jurídicas. Habrá que incluir en la categoría de las alcanzadas por la norma todas las acciones de las que se sepa con certeza que se convertirán en una instancia de Φ , pero también muchas que sean solo candidatas posibles a encarnar ese supuesto. Cuáles exactamente debemos incluir de este segundo grupo, eso ya no depende de consideraciones fácticas⁸⁵⁵. En qué medida las personas deben renunciar a sus planes de acción en función de asegurarse de que ninguna acción suya llegue a ejemplificar la clase de acción descrita en el tipo, es una cuestión normativa; a menudo no explicitada, pero sin duda normativa, y la respuesta dependerá tanto de apreciaciones jurídicas generales como de la existencia de preceptos que articulen ese ámbito concreto de relación⁸⁵⁶. Por eso, si un sujeto nos dijese que ha preferido no iniciarse jamás en la conducción para así eliminar de raíz toda posibilidad de lesionar o matar a otro al volante, seguramente le diríamos que ha ido demasiado lejos; que puede tomar esa decisión sin duda y que quizás sea lo más seguro, pero que el Derecho no le obliga a eso y que en cambio sí contempla reglas que le indican cómo puede conducir sin quedar expuesto a responder por sucesos que vayan más allá del ejercicio de unas ciertas

⁸⁵⁴ Si determinados actos se encuentran prohibidos es porque la norma les atribuye esa propiedad, y el tránsito a esa conclusión tiene el carácter de una deducción práctica. No se trata de que un individuo haga realidad una cierta intención futura; se trata de si para la ley ciertos actos se encuentran o no prohibidos. De hecho, dado que en el silogismo práctico que nos propone este autor la premisa intencional es solo una paráfrasis de la norma, si no pudiese deducirse de esta la obligatoriedad o la prohibición del acto ejecutado por el autor, el razonamiento no podría concluir en nada.

⁸⁵⁵ Las consideraciones relevantes son distributivas, no atributivas.

⁸⁵⁶ La fuerza con que se imponga un ajuste del comportamiento no es un problema práctico en el sentido en que calificamos como práctico un determinado silogismo. No es tampoco, como señalan acertadamente ROBLES y FRISCH, un problema de imputación, sino de desvaloración, de delimitación de la conducta que va más allá de los ámbitos recíprocamente constituidos de libertad (ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, p. 86 y ss.).

capacidades. Lo que el Derecho hace, en definitiva, es fijar un umbral de riesgo y esperar que los individuos sean capaces de detectar un riesgo de esas características en cualquier situación que les toque enfrentar.

Esto es lo que se expresa, a mi modo de ver acertadamente, cuando se señala que lo que la norma prohíbe es toda creación de un riesgo desaprobado de realización de un determinado suceso⁸⁵⁷. Son estas acciones las que constituyen el objeto de la norma de conducta y con el establecimiento de su realización es posible afirmar ya, provisionalmente al menos, la existencia de un acto incorrecto de cara a lo que ella dispone, independientemente de si este sea o no un supuesto sancionado y de si tuvo lugar debido a un déficit reprochable de seguimiento normativo.

De acuerdo con lo dicho, en el injusto no se constata entonces ninguna infracción de norma, en el sentido de una desautorización de su fuerza directiva⁸⁵⁸. Solo se afirma la realización (o irrealización) de su objeto, y para ello lo único que se necesita es verificar que un sujeto se ha apartado del modelo de acción planteado por la norma, esto es, que se ha ejecutado una conducta que envolvía un riesgo cognoscible y relevante de ejemplificar la clase de comportamiento previsto en aquella.

Como se comprenderá, el dolo tiene poco o nada que aportar a un injusto así concebido. De hecho, aunque el injusto se pensara como la afirmación de una parte de los presupuestos que permiten hablar de una falta de seguimiento de la norma de conducta, sabemos que el dolo no es uno de ellos, tal como sabemos que tampoco es un elemento que la norma de comportamiento considere como parte de lo que ella ordena o prohíbe.

Toda creación de un riesgo típicamente desaprobado es por definición un acto prohibido y ya por ese motivo constituye un fundamento suficiente para indagar si pudo haber tenido lugar a causa de una falta de seguimiento del deber. La imputación objetiva de la conducta garantiza esa base y no se requiere de dolo para afirmar la existencia de una infracción normativa en la acepción señalada.

⁸⁵⁷ Expresándose desde el punto de vista de la antijuridicidad, señala SILVA SÁNCHEZ que “el fundamento de lo injusto, desde perspectivas teleológicas, no es, pues, un elemento subjetivo (una intención, un acto interior de desobediencia), sino una conducta, en la medida en que ésta puede afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Esto es, en otras palabras, una conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico penales (*Aproximación*, p. 625).

⁸⁵⁸ De otra opinión, si lo interpreto correctamente, SILVA SÁNCHEZ, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?”, p. 3 y ss.

La única razón por la que el dolo pertenece al injusto se encuentra en la norma de sanción. El dolo pertenece al tipo tan solo porque contingentemente, pero de hecho en la gran mayoría de los casos, la norma de sanción penal selecciona del conjunto posible de conductas contrarias a la norma de comportamiento aquellas que son realizadas dolosamente.

Un hecho injusto no es simplemente un acto que se aparta del modelo previsto en la norma de comportamiento. Es un acto que se aparta de ese modelo de cierta manera y que por razones objetivas y subjetivas ha sido seleccionado como un supuesto merecedor y necesitado de pena. La norma de comportamiento asocia un operador a una determinada actividad, estableciendo el deber o la prohibición de realizarla y con ello el deber de evitar en el momento crítico toda conducta que genere un riesgo jurídicamente desaprobado de verificación del suceso prohibido. Dentro del campo de las conductas así imperadas la norma de sanción selecciona los supuestos que serán objeto de castigo introduciendo en su descripción las determinaciones que los convierten en casos de quebrantamiento especialmente graves y necesitados de castigo (supuesto que pueda decirse en definitiva que el autor ha infringido la norma).

Dicho de otro modo, un hecho es típico porque satisface las exigencias de dos normas diferentes⁸⁵⁹: por una parte es un comportamiento cuya ejecución se encuentra (en principio) alcanzada por una norma de mandato o de prohibición y por la otra es un acto que satisface las exigencias de una norma de castigo. El dolo es precisamente una de esas exigencias de la norma secundaria que delimitan una subclase de actos de infracción de la norma primaria como objeto de un (determinado) castigo. Es un elemento de especificación que hace referencia a la

⁸⁵⁹ Esto supone evidentemente aceptar que la norma de conducta y la norma de sanción tengan contenidos distintos, pero eso es algo que ya hemos podido corroborar suficientemente. Para la doctrina penal puede ser cómodo trabajar con la hipótesis de que la norma de conducta refleja exactamente el contenido de la norma de sanción, y de que hay por tanto una norma de comportamiento para cada tipo, pero eso es una sobresimplificación. Las funciones de ambas normas son irreduciblemente distintas. La norma de conducta no puede establecer un imperativo y luego adoptar la perspectiva inversa para caracterizar adicionalmente las acciones que la quebrantarían. Y si se trata de un comportamiento cuya individualidad procede de su relación con un resultado, ya hemos visto que no tiene sentido que la norma primaria prohíba u ordene solo sus realizaciones dolosas. La norma de comportamiento simplemente asocia una acción a un operador deóntico, y son contrarias a ella todas las acciones que contravienen el modelo de conducta que se desprende de esa asociación, es decir, todas las acciones que ex ante son reconocibles como realizaciones posibles y relevantes del hecho prohibido.

actitud proposicional con que un individuo ejecuta un acto que pertenece a la subclase de actos incorrectos desde el punto de vista de la norma primaria y que han sido seleccionados por la norma secundaria, entre otros motivos precisamente por el mayor desvalor que deriva de la actitud proposicional con que han sido realizados.

Como sabemos, decir que un acto pertenece a una determina clase especificada en una norma de sanción deja en principio completamente abierta la cuestión de si el sujeto ha infringido o no el deber. Por eso, una vez que un hecho es calificado de tal manera, la afirmación del delito dependerá del resultado de dos exámenes ulteriores centrados en el deber y su seguimiento. Como primer paso será preciso ratificar la prohibición -descartando la concurrencia de una eventual situación habilitante que cubra esa específica forma de apartamiento de la regla-, y luego habrá que confirmar o desechar la hipótesis de infidelidad a la norma que surge de la ejecución de un hecho como ese, descartando la concurrencia de causas que incapaciten para el seguimiento o lo hagan excesivamente oneroso.

3.2.2. *Dolo, tipo objetivo y tipo subjetivo*

Las diferencias entre la norma de conducta y la norma de sanción no se circunscriben exclusivamente al dolo. A menudo la ley penal tipifica una acción utilizando términos que no obstante permiten reconocerla como una hipótesis de quebrantamiento de una norma de alcance mucho más amplio. Así, por ejemplo, si la ley castiga a quien mutila a otro no necesariamente tenemos que suponer que existe una norma que prohíbe específicamente mutilar a las personas, sino una que prohíbe en general causarles daño físico y que da sentido a todo un conjunto de comportamientos típicos.

En general, esto es claro respecto de todos los tipos penales que describen una hipótesis aludiendo precisamente al deber que se quebranta. Si la ley penal describe una conducta de atentado contra el medioambiente que, junto con infringir normas sectoriales, provoque un grave daño o pueda causararlo, la norma quebrantada es la que impone los correspondientes límites de emisión o contaminación, y la exigencia de que ello cause adicionalmente un daño o genere una situación de peligro es una restricción adicional incorporada a la norma de sanción como una manera de circunscribir el castigo penal a las situaciones que

verdaderamente lo ameriten⁸⁶⁰.

Esta aclaración es importante porque en no pocos casos la selección de la conducta típica tiene lugar a través del empleo de verbos que poseen una elevada carga valorativa y cuya realización supone la concurrencia del dolo. No es el caso de acciones como "causar daño", "verter" o "matar", pero sí el de comportamientos como "eludir", "engañar", "ofender", "abusar", "apropiarse" y muchos otros que sugieren finalidades específicas. Solo elude impuestos el que sabe que los debe y *pretende* esquivar su pago; solo engaña quien *persigue* colocar en la mente del otro una idea equivocada; solo ofende quien emplea una señal de menosprecio *con la intención* de que sea reconocida como tal, etc.

Dado que el sentido social de estos comportamientos depende de la actitud con que hayan sido ejecutados, su empleo en la descripción de un delito genera algo así como una anomalía sistemática. El dolo ya no será un elemento del tipo subjetivo, sino un elemento de lo que llamamos tipo objetivo. Por supuesto, no se trata de que el dolo se transforme en estos casos en un elemento objetivo; lo que ocurre simplemente es que deja de ser un elemento separable de la calificación semántica del hecho que se lleva a cabo en el tipo objetivo.

Mirado en términos generales, entonces, a veces el dolo formará parte del tipo objetivo y otras del tipo subjetivo, dependiendo del significado social de la acción tipificada, lo cual sugiere que probablemente no tenga mucho sentido trazar esa distinción al interior del tipo, al menos en esos términos. Será parte del tipo objetivo cada vez la intención de realizar un fin determinado defina el propio carácter de la acción prohibida, y formará parte del tipo subjetivo cada vez que la existencia de la acción típica pueda ser establecida con independencia del propósito del actor, lo que en general ocurre cuando el sentido del acto viene dado por la modificación que produce en el mundo.

En cierta forma, lo que ocurre con el dolo se asemeja a lo que ocurre con la culpa. Así como el establecimiento de la relevancia normativa del acto absorbe a la culpa objetiva, el establecimiento del significado social del específico acto de contravención de la norma absorbe en no pocas ocasiones el dolo y hace innecesario establecer mediante un examen ulterior, situado en el tipo subjetivo, si ese significado social externo tiene su correspondencia en la dimensión agentiva del

⁸⁶⁰ Esta es la idea matriz de la accesoriedad parcial de derecho, cfr. Ver BASCUÑÁN, "Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005", p. 58 y ss.; SILVA/MONTANER, *Los delitos contra el medio ambiente*, p. 77.

acto.

3.3. Dolo, antinormatividad y error

Por último, definir el dolo como una actitud proposicional encierra una respuesta -o, si se quiere, la mitad de una respuesta- al problema planteado al inicio de esta investigación, concerniente al error sobre los elementos de antinormatividad. Lo que se desprende de esa definición es que el dolo carece de un contenido fijo y no refleja por sí solo ninguna actitud particular en contra de la autoridad de la norma. El contenido del dolo depende del contenido del tipo.

De modo que si es correcto lo aseverado en el capítulo anterior acerca de la función que cumplen esos elementos, en cuanto a que determinan el sentido de la descripción típica y por lo tanto no pueden ser reemplazados por los presupuestos fácticos de las normas reenviadas en cada caso, el dolo de las figuras que integran esa clase de elementos debe necesariamente comprender la conciencia de la antinormatividad de la conducta. Como ya se ha dicho, el contenido del dolo lo suministra la proposición típica, y si esta está integrada, entre otros elementos, por la contrariedad a deber del acto, entonces la proactitud hacia la realización de esa hipótesis en que el dolo consiste supondrá como mínimo que el individuo admita seriamente la posibilidad de que su comportamiento sea antinormativo.

Eso no es necesario tratándose, por ejemplo, de un delito de homicidio o de falsedad documental porque la especificación que los tipos respectivos hacen de esos hechos prescinde de cualquier referencia a su antinormatividad, de modo que bastará con que el sujeto sepa o esté consciente de la probabilidad relevante de causar la muerte de otro y del carácter público del instrumento que altera e, su caso. En supuestos como estos la conciencia del hecho en el sentido del tipo no se topa con la conciencia de su ilicitud, y el régimen del error puede funcionar sin problemas sobre la separación prescrita por la teoría de la culpabilidad. Pero en muchas otras situaciones -más de las que parece a primera vista- esa separación resulta impracticable sencillamente porque el legislador ha introducido en el tipo una remisión contextual a reglas extrapenales que contienen un mandato o una prohibición.

Lo dicho, por tanto, acerca de que el dolo carece de un contenido fijo es aplicable también a la prohibición de la conducta. Por regla general el dolo es independiente de la conciencia de la ilicitud, pero hay veces en que requiere de ella. Y la razón de que en ocasiones la exija no se encuentra en que envuelva una actitud hacia el bien

jurídico o desempeñe una supuesta función de llamada, sino en el simple hecho de que, siendo el dolo una actitud proposicional, su contenido lo decide el legislador al dar fisonomía propia a cada supuesto delictivo.

La consecuencia que se sigue de todo esto es que no existe una respuesta única a la pregunta acerca de cuáles son los efectos del error sobre la prohibición del hecho y cuál sería su eventual impacto sobre el dolo, y no puede haberla tampoco. Cualquier solución única sería equivocada. De entrada, ya se han explicitado las razones que hacen preferible un sistema dual de error: el desvalor que el dolo aporta al hecho punible es distinto de la función que la conciencia de la ilicitud desempeña de cara a su imputación, y eso tiene consecuencias discernibles en los supuestos de error evitable, que apoyan la existencia de un régimen diferenciado de error como el que existe en la actualidad. Sin embargo, esa separación desaparece, al menos en parte, cuando la contrariedad a deber pasa a convertirse en un carácter normativo más del acto, pues en tal caso la conciencia del hecho supondrá la de su antinormatividad extrapenal.

Uno de los inconvenientes de la visión prospectiva del dolo o de la idea de concebirlo de cara a la norma de comportamiento y al seguimiento que se espera que se haga de ella, es precisamente que impide reconocer el impacto que la incorporación de elementos de antinormatividad al tipo tiene sobre el dolo. Ello se debe a que la propia circunstancia de plantear el dolo como un presupuesto o como una ventaja para el seguimiento del deber conduce a dar por establecida una separación tajante entre el conocimiento del hecho (que determinaría la capacidad de acción) y el conocimiento de su ilicitud (que determinaría la capacidad de motivación). Si el dolo es pensado como un presupuesto para la comprensión de la ilicitud o como un estado cognitivo que favorece alcanzarla, automáticamente se excluye toda posibilidad de que la conciencia de la antinormatividad se desempeñe como un componente del dolo. E incluso si en algún caso se admitiera esa posibilidad a la luz de la evidencia que proporcionan ciertos tipos penales, es claro que esa hipótesis seguiría siendo un enigma difícil, si no imposible, de resolver para esta tesis, por la sencilla razón de que los elementos de antinormatividad son un ejemplo paradigmático de aquellos componentes que son incompatibles con una norma de comportamiento bien formulada y que solo tienen sentido en el contexto de una norma de sanción⁸⁶¹.

⁸⁶¹ Siempre queda la posibilidad de pensar en normas de conducta escalonadas en niveles, de modo que las de segundo nivel prohíban la realización de conductas prohibidas ya por las de primer

Un sector importante de la doctrina es consciente, sin embargo, de que no es posible aplicar indiscriminadamente la teoría de la culpabilidad sin generar consecuencias intuitivamente rechazables, al menos en relación con un grupo variable de delitos previstos en las así llamadas leyes en blanco. Lo que se percibe es que desde el punto de vista valorativo es muy distinto afirmar el dolo de quien ignora la prohibición en estos casos que hacerlo en otras situaciones, y que si se le diera por concurrente en los primeros el dolo dejaría de cumplir el papel que habitualmente cumple y de aportar el desvalor que normalmente aporta al hecho. Por desgracia, el estudio de las propuestas de estos autores revela también que esos supuestos son interpretados como anomalías, como casos que por su excepcionalidad no estarían llamados a servir de banco de pruebas de los conceptos fundamentales de imputación que, precisamente allí, entran en claro conflicto. A falta de una revisión más profunda, se intenta darles una solución con la ayuda de conceptos auxiliares contruidos en torno a una noción material de dolo, que le atribuye una función prospectiva (o de llamada) que no tiene y que de hecho representa un serio obstáculo teórico para lograr una comprensión adecuada de esta clase de situaciones y resolverlas de un modo coherente y satisfactorio.

Por lo que toca a la idea de aplicar por áreas la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad, cabe elogiar también su voluntad de buscar una solución justa y de anteponerla a cualquier dogmatismo. Pero es indudable que en términos teóricos es bastante deficitaria y que presenta numerosos problemas de aplicación. Lo primero no es de extrañar porque su principal argumento en contra de una aplicación uniforme de la teoría de la culpabilidad es de carácter político criminal y, en ese orden de consideraciones, puede estimarse suficiente en sus propios términos. Sin embargo, también se encuentran involucrados conceptos centrales de la teoría del hecho punible cuya ostensible fricción reclama que se les preste algún grado de atención. El punto más problemático de este enfoque en todo caso es la perspectiva que emplea para dirimir el régimen de error aplicable. Como esta propuesta carece de un criterio "interno" al hecho punible recurre para ello a una distinción entre sectores normativos que, junto con ser muy difícil de llevar a la práctica de un modo que no sea simplemente arbitrario, ocurre que no tiene por qué ser apropiada para

nivel. Pero en el ámbito de las normas de comportamiento esto no pasa de ser una redundancia sin sentido: la prohibición de actos específicos que se encuentran ya prohibidos por prohibiciones genéricas no agrega absolutamente nada a su situación deóntica. Ese escalonamiento, en cambio, tiene pleno sentido cuando se trata de normas de sanción, pues estas pueden especificar la hipótesis de castigo precisamente recurriendo a su antinormatividad (*vid supra* cap. I, 5.2. y cap. II, sec. 3ª, 3).

resolver problemas de error. Es verdad que en el derecho penal accesorio son más frecuentes los casos de error sobre la prohibición y que en él abundan los elementos típicos de antinormatividad, pero eso no significa que todos los tipos penales de este sector recurran a esa clase de elementos, ni que estos sean completamente ajenos a las figuras del derecho penal nuclear; de lo cual se sigue que la aplicación de la teoría del dolo no tiene por qué ser siempre la respuesta correcta para las figuras del primer sector, ni la aplicación de la teoría de la culpabilidad la solución adecuada para todas las figuras pertenecientes al segundo⁸⁶². Lo crucial, en todo caso, es que el legislador podría tener razones de política criminal para aplicar a una determinada figura un régimen u otro, independientemente del sector al que pertenezca. El empleo de los elementos típicos de antinormatividad es precisamente la herramienta con que cuenta para ello.

En contra de lo dicho podría objetarse quizás que la tesis que aquí se ha planteado implica entregar la decisión acerca de cuándo un error sobre la antinormatividad afectaría al dolo o a la culpabilidad a los caprichos estilísticos del legislador⁸⁶³. Tal queja sería en el fondo un eco de la tesis de la sustitución y sería atingente si lo que aquí se sostuviera fuese que las referencias al deber o a su contravención que podemos encontrar en los tipos penales siempre han de ser consideradas como un objeto del dolo y del régimen de error correspondiente. Pero lo que aquí se ha planteado, en cambio, es que eso depende de la función que tales referencias desempeñen en relación con el significado típico del hecho, función que a su vez

⁸⁶² A menos, claro, que se pretenda definir al Derecho penal nuclear de un modo tan estrecho que deje fuera todas las figuras que integren elementos de antinormatividad, pero la verdad es que sería asombroso que la identificación consecuente de aquel sector arrojara justo ese resultado. En tal caso, es casi seguro que el sector "no nuclear" integraría un número nada despreciable de figuras no integradas por elementos de antinormatividad y que entonces habría buenos motivos para dudar de la conveniencia de aplicar invariablemente la teoría del dolo en ese sector. Piénsese, por lo demás, que incluso un elemento como la ajenidad de la cosa en el hurto puede ser calificado como un elemento de antinormatividad, en la medida en que el carácter ajeno del bien se traduce precisamente en una prohibición de empleo y apropiación para terceros, y que la remisión a las reglas del dominio en esa figura es de carácter contextual.

⁸⁶³ Sin perjuicio de lo que se señala en el texto, creo además que cuando alguien define un comportamiento con miras a su castigo de alguna manera tiene también en cuenta su dimensión interna, e intuitivamente advierte que las determinaciones que usa para ello sirven tanto para individualizarlo exteriormente como para caracterizar la conciencia o la actitud con que habría de ser ejecutado. Esto no permite sentar una regla ni nada que se le parezca, pero sí permite poner en duda el propio punto de partida de la tesis de la sustitución.

depende del nivel de descripción al que esté asociado el desvalor de la conducta y, por tanto, de la manera como deba construirse interpretativamente la proposición descriptiva del hecho punible, que es la que define el contenido del dolo. Y, como sabemos, la cuestión de si una referencia típica a la antinormatividad pertenece o no al nivel de descripción que proporciona la razón del castigo de una conducta está ligada a si la remisión correspondiente tiene o no un carácter contextual, cosa que puede ser indagada preguntándose por los efectos temporales que cabría atribuir a una reforma favorable de las disposiciones reenviadas.

CONCLUSIONES

1. El estudio que hemos llevado a cabo permite, en primer término, constatar que las alusiones típicas a la antinormatividad de la conducta han constituido durante muchos años un tema incómodo para la concepción tripartita del delito, y que aún hoy ellas siguen siendo una fuente de dificultades, sobre todo para quienes apoyan la idea –como aquí se ha hecho– de mantener la separación entre el dolo y la conciencia de la ilicitud propuesta por la teoría de la culpabilidad.

Ahora bien, aunque el principal problema que plantean esas menciones es de orden subjetivo, la estrategia que ha seguido la doctrina en relación con ellas se ha centrado fundamentalmente en poner en duda su pertenencia al tipo objetivo, entendiendo que la resolución de este punto sería un paso necesariamente previo a cualquier teorización sobre los efectos de un posible error del agente sobre la ilicitud de su conducta en tales supuestos. En general –y con pocas excepciones– la doctrina se ha negado a aceptar que la contrariedad a norma de una conducta pueda ser un elemento del tipo.

2. Sin ir más lejos, el *statu quo* en esta materia puede resumirse en una amplia aceptación de dos construcciones doctrinales que brindan sustento a esa conclusión desde un punto de vista sistemático y normológico, respectivamente: la teoría de los elementos de valoración global y la teoría de la sustituibilidad de las expresiones típicas que remiten a prohibiciones extrapenales. Mediante la primera se afirma que un conjunto importante de referencias típicas a la antinormatividad encierran juicios concluyentes de ilicitud, que en razón de su contenido deben ser radicados en la antijuridicidad; mediante la segunda se sostiene, en cambio, que la función de las remisiones a deberes extrapenales que encontramos en diversos tipos se limita a incorporar los presupuestos del deber respectivo a su enunciado.

Si el análisis que hemos realizado es correcto, ambas teorías deberían ser abandonadas, pues los resultados de la presente investigación permiten concluir que el carácter (*prima facie*) antijurídico de un comportamiento sí puede ser, y a menudo es, uno de los caracteres que definen su desvalor jurídicopenal. Asimismo, permiten afirmar que, cuando ello ocurre, es preciso que el dolo abarque también ese aspecto del acto.

3. En particular, la distribución del contenido de los elementos de valoración

global en los dos niveles que componen el injusto, planteada por la primera de dichas teorías, presenta numerosos problemas de coherencia interna, especialmente en el caso de los elementos de valoración global que Roxin califica como indivisibles del dolo. Pero aun dejando eso de lado, ocurre que tampoco es efectiva la principal afirmación de esa tesis, en el sentido de que tales elementos adelantarían contenidos de la antinormatividad al tipo. La ausencia de supuestos excepcionales de permiso no es un presupuesto del tipo penal, y concretamente no lo es en ninguno de los casos que Roxin caracteriza como elementos de valoración global⁸⁶⁴. El deber tributario, el deber de proporcionar alimentos, la legitimidad de la actuación del funcionario en el delito de resistencia, la competencia del juez en los delitos de falso testimonio, entre muchos otros, son todos casos en que la existencia de una obligación es un presupuesto típico que permite identificar una determinada *clase* de acciones por relación a un conjunto acotado de normas imperativas o prohibitivas, y no supuestos de caracterización de la conducta típica por referencia a un juicio concluyente sobre su antijuridicidad. Más aun, el propio diseño de las causas de justificación requiere la previa afirmación del tipo, en la medida en que exige que el hecho que se intente justificar reúna a la vez los caracteres de un tipo de delito y los de una acción de salvaguarda, y que en tal carácter pueda ser sometido al balance de razones asociadas a cada una de esas descripciones.

4. Por su parte, la teoría de las leyes en blanco, premisa argumentativa de la tesis de la sustitución, carece de un fundamento apropiado y hay motivos para pensar que es falsa. Esta teoría afirma que los tipos que remiten a prohibiciones extrapenales son incompletos y que una parte de su contenido se encuentra en las normas reenviadas. Pero, al no ocuparse de cómo están efectivamente contruidos esos tipos penales, dicha teoría no está en condiciones de afirmar que sean completos o incompletos en algún sentido morfológicamente relevante. Esta doctrina se enfoca en determinar si la formulación de las disposiciones penales se ajusta a un cierto *modelo* (suprapositivo) de tipificación, que cabe considerar además errado, en cuanto asume que la norma de comportamiento debería fungir como criterio de integridad y corrección de la formulación del tipo. Con ello, en realidad, le impone al contenido de la norma de sanción un límite que carece de fundamento, y que en esta materia en particular resulta especialmente inapropiado,

⁸⁶⁴ Quizás con la sola excepción del anómalo caso contenido en el § 240 StGB, cuya constitucionalidad ha sido muchas veces puesta en entredicho.

toda vez que, si bien la norma primaria está efectivamente impedida de referirse a su propia infracción, no hay ningún inconveniente en que la de sanción lo haga.

5. Como vimos, la tesis de la sustituibilidad agrava el error mencionado porque extrema la vinculación del tipo al contenido de la norma de conducta. Según ella, no solo sería necesario que el tipo expresara por sí mismo todas las determinaciones propias de la norma de comportamiento, sino que no podría contener más que esas especificaciones. En rigor, más que como una doctrina sobre la integración de normas conectadas por un reenvío, esta tesis debería ser vista como un método de adaptación del contenido de un tipo al postulado de separación cognitiva planteado por la teoría de la culpabilidad.

6. Independientemente de ello, si la reconstrucción que aquí se ha hecho de la ultractividad de las normas extrapenales de referencia de un tipo en blanco es acertada, deberíamos estar en condiciones de comprobar a través de ella que la antinormatividad, y no sus presupuestos, es el factor determinante del desvalor jurídico penal de numerosas conductas delictivas. En mi opinión, eso es lo que ocurre en todos aquellos supuestos en que las normas extrapenales de deber reenviadas por un tipo y vigentes al momento del hecho conservan su aplicación a pesar de haber sido sustituidas refutatoriamente por otras más favorables al momento de la sentencia. Pues esta aparente excepción al principio de favorabilidad solo puede tener lugar si el desvalor típico de la conducta se define con independencia de los presupuestos del deber respectivo y se vincula en forma exclusiva al estatus deóntico que aquella haya tenido al momento de su ejecución, tal como ocurre cuando se emplea una remisión extensional e intersistemática a las correspondientes normas de deber.

Si eso es así, la afirmación de que los presupuestos de deber contenidos en las normas extrapenales reenviadas por una ley penal en blanco tendrían que ser incorporados al tipo respectivo, sostenida por la tesis de la lectura conjunta, debería entenderse refutada por la existencia de hipótesis delictivas que dan origen al fenómeno que se acaba de describir. En este sentido, un examen de la legislación confirma que no pocas figuras penales -como el cohecho (para la realización de un acto contrario a los deberes del cargo), la prevaricación, la denegación de derechos por motivos de discriminación y toda una larga lista de comportamientos cuya lesividad depende en lo medular del estatus normativo que hayan tenido en el momento de su ejecución-, generan una aplicación "ultractiva" de las normas determinantes de dicho estatus. Por lo tanto, lejos de ser incompletos o imperfectos, los tipos que contienen esta clase de remisiones a deberes extrapenales contienen

lo que aquí hemos denominado una descripción de segundo nivel, que refleja con exactitud los fundamentos de la desvaloración jurídicopenal del acto respectivo.

7. Empero, con el solo hecho de aceptar que los elementos de antinormatividad efectivamente incorporan juicios parciales sobre la ilicitud de la conducta al tipo, en ningún caso queda resuelta la cuestión relativa a las reglas de error que cabría aplicar a su respecto. Pues no puede darse por descontado que la conformación del tipo debe regir el contenido del dolo incluso cuando aquel incorpora un elemento cuya conciencia adelantaría la conciencia de la ilicitud al injusto.

8. Como vimos en su momento, la teoría de los elementos de valoración global y la teoría de las leyes penales en blanco permiten arribar a un tipo perfectamente adaptado a una aplicación invariable de la teoría de la culpabilidad, esto es, a un tipo que, por carecer de toda connotación relativa a la ilicitud de la conducta, constituye un objeto representacional que asegura una completa separación entre el conocimiento del hecho y la conciencia de su antijuridicidad.

Por ello resulta interesante comprobar que la neutralidad del dolo que así se obtiene no siempre es bien recibida por los propios partidarios de la teoría de la culpabilidad. Un sector importante de la doctrina se muestra, en efecto, crítico frente a las consecuencias políticocriminales de un dolo de esas características, y concretamente frente al hecho de que, si un sujeto realiza en error vencible de prohibición un acto por otro lado poco indicativo de su desvalor jurídico, solo pueda aspirar a una atenuación de la pena del delito doloso correspondiente.

9. La reflexión en torno a este punto ha generado un nutrido panorama de excepciones a la teoría de la culpabilidad (aplicaciones locales de la teoría del dolo), que son administradas a partir de un conjunto de criterios que, pese a su heterogeneidad, intentan en el fondo llevar a la práctica una misma idea sobre el fundamento de la imputación a título de dolo, expresada en la teoría de la función de llamada. De acuerdo con este enfoque, aunque el dolo sea un elemento esencialmente independiente de la conciencia de la ilicitud, se asume que tanto o más importante que eso es que su contenido sea capaz de proporcionar al agente una noción de la lesividad o del sentido social de su conducta y ponerlo en alerta sobre su posible ilicitud, de lo cual se extrae que, si en algún caso la representación del supuesto típico fuere insuficiente para generar esa alarma, la afirmación del dolo tendría que quedar supeditada a la conciencia de su ilicitud.

10. Esta tesis no es el único reflejo de que la separación funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad es en el mejor de los casos relativa. De hecho, una

mirada al diseño de las estructuras de imputación muestra que el dolo es en general concebido desde una mirada prospectiva, esto es: como un presupuesto del deber, como un presupuesto de su infracción, como una condición de seguimiento de la norma o bien como un conocimiento privilegiado para la adquisición de la conciencia de la ilicitud y la observancia del deber correspondiente. Es decir, el examen de esa y de otras líneas de pensamiento muestra que el dolo es esencialmente pensado en función del seguimiento de la norma de conducta y valorado como una expresión de (máximo) rechazo del deber que emana de ella.

11. Según se ha intentado mostrar, un desarrollo consecuente de este punto de vista debería conducir mucho más lejos que a la postulación de un conjunto de aplicaciones locales de la teoría del dolo; debería conducir a tratar el conocimiento del hecho y el de su prohibición como componentes de una misma unidad de sentido, y a abandonar la premisa básica de la teoría de la culpabilidad, por la sencilla razón de que, sin un conocimiento al menos potencial de la ilicitud, ningún conocimiento del hecho puede tener el menor valor como un indicio de inobservancia.

12. A mi modo de ver, nada de esto avala, sin embargo, la corrección de la teoría del dolo; solo muestra que la teorización usual de este elemento es incorrecta, y que su error consiste fundamentalmente en concebir el dolo en función de la norma de comportamiento y en reducir su sentido a una mera expresión de desacato.

13. Según se sostuvo en su momento, no es efectivo que el dolo sea una *condición* necesaria de observancia; al contrario, cualquier individuo que comprenda su conducta bajo caracteres de riesgo que hagan de ella una acción desaprobada por el Derecho está en condiciones de captar su prohibición y en principio obligado a abstenerse de ejecutarla. Tampoco es acertado plantear el dolo como una *ventaja* para la comprensión de la antinormatividad de la conducta, pues, si así fuese, en el supuesto que un individuo obrase con conciencia de la prohibición desaparecería todo motivo para valorar su comportamiento como más grave que la realización exterior del mismo acto efectuada con imprudencia consciente y conocimiento de su ilicitud. Frente a esto, cabe por cierto replicar que quizás este último sujeto habrá sido consciente de realizar una acción distinta del primero, lo cual es verdad y muestra precisamente el punto que aquí se ha intentado poner de relieve. Cuando un sujeto ignora venciblemente un carácter típico de su hecho, el déficit de seguimiento que manifiesta se expresa en un *comportamiento* distinto del de quien sabe perfectamente lo que hace y solo ignora su prohibición.

14. Al contrario de lo que se suele pensar, por tanto, el dolo no es primariamente una actitud hacia el *deber* expresado en la norma, sino una actitud hacia la *descripción de un hecho* que la contraviene. Es una calificación intersubjetiva de los estados mentales de un sujeto que responde a la pregunta de si el significado del hecho descrito en la norma de sanción puede ser atribuido a la dimensión interna de su conducta, conforme a lo cual puede ser definido como una actitud favorable hacia la realización del tipo. La función de este elemento, en suma, no es a mi juicio prospectiva sino retrospectiva, y el eje de su contenido no es la norma de comportamiento sino la norma de sanción.

15. De lo dicho se desprende que la actitud en que el dolo consiste es distinta e independiente de la conciencia de la prohibición que pueda recaer sobre el hecho respectivo, pero también se sigue que esa separación encuentra un límite natural en la propia concepción que la ley tenga del hecho de que se trate. Por tal motivo, cuando un tipo contiene un elemento de antinormatividad, lo que cabe preguntarse no es si un dolo circunscrito a la representación de los restantes caracteres del hecho podría ejercer la función de llamada que se le atribuye, poniendo al individuo en (mejor) posición para captar la prohibición de su conducta. Antes bien, la pregunta que ha de plantearse es si acaso la representación remanente del hecho reflejaría el sentido por el cual ese acto ha sido definido por la ley como constitutivo de delito. La respuesta, en mi concepto, tendrá que ser negativa en todos los casos en que la antinormatividad sea una de las determinaciones del desvalor típico del hecho.

16. De lo anterior se sigue, finalmente, que ni la teoría del dolo ni la teoría de la culpabilidad pueden aspirar a proveer de soluciones generales y uniformes para la totalidad de las hipótesis de error. La primera tiene razón al sostener que el conocimiento del hecho puede y deber ser distinguido del de su prohibición, pero considero que es errado pensar que el hecho en cuestión es el que define la norma primaria y no la secundaria, y sobre todo que es errado ignorar que su desvaloración penal puede gravitar, y a menudo gravita, precisamente en torno a su prohibición.

BIBLIOGRAFÍA

A

AGUILAR, Jesús: "Agential Systems, Causal Deviance, and Reliability", en *Causing Human Actions. New Perspectives on the Causal Theory of Action*, Aguilar/Buchareff (eds.), Massachusetts Institute of Technology, 2010, pp. 85-100

AGUILAR, Jesús/BUCKAREFF, Andrei: "The Causal Theory of Action: Origins and Issues", en *Causing Human Actions. New Perspectives on the Causal Theory of Action*, Aguilar/Buchareff (eds.), Massachusetts Institute of Technology, 2010, pp. 1-26.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: "El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional", en MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (directores), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-66.

ALCHOURRÓN, Carlos/BULYGIN, Eugenio: "Sobre el concepto de orden jurídico", publicado en *Crítica*, Vol. VIII, N°23, 1976 y compilado en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 393-407.

- "Permisos y normas permisivas", en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 215-238.

ALVAREZ, Maria: *Kinds of Reasons. An essay in the Philosophy of Action*, Oxford University Press, 2010.

ANTÓN ONECA, José: *Derecho Penal, Parte General*, Akal, Madrid, 1986.

ANSCOMBE, Elizabeth: *Intenciones*, trad. de Jesús Mosterín, Paidós, Barcelona, 1991.

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

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: "Sobre permisos", en *Doxa* 15-16, 1994, pp. 825-830.

AUSTIN, John: *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Paidós, Barcelona, 1991.

B

BACH, Kent: "Refraining, Omitting and Negative Acts", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 50-57.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Principios de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., Madrid, 1997.

- "La problemática constitucional de las leyes en blanco", en *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, Buenos Aires, 1999.

- "Comentario al artículo 14", en CONDE-PUMPIDO (dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (coord.), *Comentarios al Código Penal*, I, 2007, pp. 90-113.

BALDÓ LAVILLA, Francisco: *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio: "La ley penal más favorable", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, N°69, 2000, pp. 29-133.

- "Comentario crítico a la regulación del los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005", en *Estudios Públicos*, 110 (otoño 2008), pp. 1-81.

- "La preteractividad de la ley penal", en *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Van Weezel (ed.), Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2013.

BEKOFF, Marc: "Action in Cognitive Ethology", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 393-400.

BINDING, Karl: *La culpabilidad en Derecho penal*, trad. de M. Cancio Meliá, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

BRANDOM, Robert: *Hacerlo Explícito. Razonamiento, representación y compromiso discursivo*, trad. de Ángela Ackermann y Joanna Roselló, Herder, Barcelona, 2005.

BULYGIN, Eugenio: "Tiempo y Validez", en *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195-214.

BULYGIN, Eugenio/MENDONCA, Daniel: *Normas y sistemas normativos*, M. Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

C

CALDERÓN, Ángel/CHOCLÁN, José Antonio: *Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 2005.

CASABÓ RUIZ, José Ramón: "Comentario al artículo 24", en CÓDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO/DEL TORO MARZAL/CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 44-58.

CEREZO MIR, José: *Curso de derecho penal español, Parte general*, t. III, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

CLARKE, Randolph: "Agent Causation", *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 218-226.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho penal. Parte General*, 5ª edición, Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989.

- (coord.): *Manual práctico de Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CÓRDOBA, Fernando J.: *La evitabilidad del error de prohibición*, M. Pons, Barcelona, 2012.

CÓRDOBA RODA, Juan: *Notas al Tratado de Derecho Penal de Maurach*, Ariel, Barcelona, 1962.

- "Consideraciones sobre el principio de legalidad", en *Libro de Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 240 y ss.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho penal español, Curso de iniciación, Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1996.

D

DAVIDSON, Donald: "Actions Reasons and Causes", 1963, en *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, 1980, pp. 3-19.

- "How is Weakness of Will Possible?", 1970, en *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, 1980, pp. 21-42.

- "Mental Events", 1970, en *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, 1980, pp. 207-227.

- "Freedom to act", 1973, *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, 1980, pp. 63-81.

- "Intending", 1978, en *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, 1980, pp. 83-102.

- "Animales racionales", en *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*, trad. de Olga Fernández Prat, Cátedra, Madrid, 2003, pp. 141-155.

DAVIS, Wayne: *The Causal Theory of Action*, en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 32-39.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error", en *Estudios Jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, I*, Valencia, 1997, pp. 657-703.

- "El error de prohibición: pasado, presente y futuro", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, 1999, pp. 335-368.

- "¿Error de tipo o error de hecho?", en QUINTERO/MORALES (coords.) *El nuevo Derecho penal español: Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

- *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008.

DÍAZ PITA, María del Mar: "La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización", en *Revista Penal*, Ed. Praxis, Barcelona, N°17, 2006, pp. 59-71.

DOVAL PAIS, Antonio: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales*, Valencia, 1999.

F

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila: *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2009.

- "Valoración crítica de la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad", en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, julio-2011, p. 9-15.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *El dolo eventual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

FELIP Y SABORIT, David, *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000.

FERRER, Jordi y RODRÍGUEZ Jorge: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.

FERRERO, Luca: "Intention", en *A Companion to Donald Davidson*, Lepore/Ludwig (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 75-89.

FIANDACA/MUSCO, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Pablo Eiroa, Temis, Bogotá, 2006.

FRÍGOLS I BRINES, Eliseu: *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, Bosch, Barcelona, 2004.

FRISCH, Wolfgang: *El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad*, en FRISCH/PUPPE/KINDHÄUSER/GRÜNWARD/PAEFFGEN, *El error en Derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 11-85.

FRISTER, Helmut: *Derecho penal, Parte general*, trad. de la 4ª edición alemana de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

G

GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios Penales y Criminológicos XVI*, 1992-1993, pp. 63-104.

GARCÍA-CARPINTERO, Manuel: *Las palabras las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Ariel filosofía, Barcelona, 1996.

GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho Penal Económico*, Ara, Lima, 2003.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Introducción al Derecho penal*, Madrid, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

GLOCK, Hans-Johann: "Animal Agency", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 384-392.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Los delitos especiales*, BdF, Buenos Aires, 2006.

GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis: "Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991, pp. 113-135.

GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción (acción humana, filosofía y derecho)*, Universidad de Alicante, 2001.

H

HASSEMER, Winfried: "Los elementos característicos del dolo", en *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 119-155.

HRUSCHKA, Joachim: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación*, trad. de Francisco Baldó Lavilla, P. Sánchez-Ostiz (ed.), Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 27-39.

- "La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*", en *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación*, trad. de Nuria Pastor, P. Sánchez-Ostiz (ed.), Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 55-88.

- "¿Realmente es 'limitada' la teoría 'limitada' de la culpabilidad? Adiós a un debate", en *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación*, trad. de David Felip i Saborit y Pablo Sánchez-Ostiz, P. Sánchez-Ostiz (ed.), Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 127-143.

- "Sobre la difícil prueba del dolo", en *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación*, trad. de Ramón Ragués i Vallès, P. Sánchez-Ostiz (ed.), Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 145-156.

HORNSBY, Jennifer: "The Standard Story of Action: An Exchange (2)", en *Causing Human Actions. New Perspectives on the Causal Theory of Action*, Aguilar/Buchareff (eds.), Massachusetts Institute of Technology, 2010, pp. 57-68.

- "Trying to Act", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 18-25.

I

ITURRALDE SESMA, Victoria; *Aplicación de derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

J

JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, M. Pons, Madrid, 1997.

- "El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, pp. 101-125.

- "Dolus Malus", en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 4/2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, 2002.

K

KAUFMANN, Armin: *Teoría de la normas*, trad. de Enrique Bacigalupo Zapater y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977.

- *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. de la 2ª edición alemana, de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, M. Pons, Madrid, 2006.

- "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, XXXVII, fasc. I, enero-abril 1984, pp. 12-13; reeditado en *Estudios de Derecho Penal*, BdeF, 2013.

KINDHÄUSER, Urs: "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", en FRISCH/PUPPE/KINDHÄUSER/GRÜNWALD/PAEFFGEN, *El error en Derecho penal*, trad. de Fernando Córdoba y Gustavo Bruzzone, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

- "Indiferencia como dolo", en *Cuestiones actuales de Derecho penal y patrimonial*, trad. de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2005.

- "El tipo subjetivo en la construcción del injusto. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva", trad. de Juan Pablo Mañalich Raffo, en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, octubre de 2008 (http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/).

- "La lógica de la construcción del delito", trad. de Juan Pablo Mañalich Raffo, en *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, tomo 14, Lima, 2009, pp. 499-509.

L

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *Sobre la retroactividad favorable*, Civitas, Madrid, 2000.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LOWE, Edward: "Action Theory and Ontology", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 3-9.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, t. I, Madrid, 2002.

M

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MAIWALD, Manfred: *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho Penal Tributario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

MANRIQUE PÉREZ, María Laura: *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, M. Pons, Madrid, 2012.

- "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", en *Isonomía*, N°40, abril 2014, pp. 163-195.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: "La pena como retribución", en *Revista de Estudios públicos*, N°108, 2007, Centro de Estudios Públicos, Santiago, p. 117-205.

- "Norma e imputación como categorías del hecho punible", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, N° 12, 2010, pp. 165-185

- "Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°16, año 2012, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, Santiago, pp. 15-30.

- "Normas permisivas y deberes de tolerancia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N°2, 2014, Santiago, pp. 473-522; también en *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2013, pp. 177-282.

- *Norma, Causalidad y acción*, M. Pons, Barcelona, 2014.

MAURACH, Reinhart: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Derecho penal, Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, BdeF, Buenos Aires, 2007.

MAZZARESE, Tecla: "Permisión fuerte y permisión débil: notas al margen", trad. de M^a Cristina Redondo, en *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Navarro/Redondo (comp.), Barcelona (Gedisa) 2002, pp. 131-151.

MCCANN, Hugh: "Action Individuation", en *A Companion to Donald Davidson*, Lepore/Ludwig (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 48-61.

MCINTYRE, Alison: "Doing away with Double Effect", en *Ethics*, N° 111, 2001, pp. 219-255.

MCKAY, THOMAS/NELSON, Michael: "Propositional Attitudes Report", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/entries/prop-attitude-reports/>).

MCLAUGHLIN, Brian: "Anomalous Monism", en *A Companion to Donald Davidson*, Lepore/Ludwig (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 410-442.

MELE, Alfred: "Teleological Explanations of Actions: Anticausalism versus Causalism", en *Causing Human Actions. New Perspectives on the Causal Theory of Action*, Aguilar/Buchareff (eds.), Massachusetts Institute of Technology, 2010, pp. 183-198.

- "Intention", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 108-113.

MENDONCA, Daniel: "Sobre el principio de permisión", en *Un diálogo con la teoría del Derecho de Eugeni Bulygin*, Moreso/Redondo, (coords.), M. Pons, Barcelona, 2007, pp. 57-60.

MEZGER, Edmund: *Tratado de Derecho penal*, I, trad. 2ª edición alemana de José Rodríguez Muñoz, 1933, Hammurabi, Buenos Aires, 2010,

MILLGRAM, Elijah: "Pluralism about Action", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 90-96.

MIR PUIG, Santiago: "La distinción entre error de tipo y error de prohibición en Derecho penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII-XX, 1993, pp. 197-213.

- "Comentario al artículo 14", en *Comentarios al Código Penal*, I, Cobo del Rosal (dir), Edersa, Madrid, 1999, pp. 657-678.

- *Introducción a las bases del Derecho penal*, Buenos Aires, 2003 (reimpresión).

- *Estado pena y delito*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

- *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed, Reppertor, Barcelona, 2011.

MIRÓ LINARES, Fernando: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009.

- "Dolo y derecho penal empresarial: Debates eternos, problemas modernos", en *Cuadernos de Política Criminal*, N°113, Época II, septiembre 2014, pp. 201-252.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Antijuridicidad y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

- "La cuadratura del dolo: Problemas irresolubles, sorites y Derecho penal", en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson - Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 691-742.

- "Naturaleza del sistema de justificación en el derecho penal", en *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, Homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006.

MOORE, Michael: "Renewed Questions about the CTA", en *Causing Human Actions. New Perspectives on the Causal Theory of Action*, Aguilar/Buchareff (eds.), Massachusetts Institute of Technology, 2010, pp. 27-43.

MORESO, Juan José: *Principio de legalidad y causas de justificación*, Doxa N°24, 2001, p. 525-545.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 7ª, 2007.

N

NAVARRO/ORUNESU/RODRÍGUEZ/SUCAR: "Applicability of Legal Norms", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVII, N°2, Julio 2004.

NAVARRO, PABLO/RODRÍGUEZ, Jorge: *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, New York, 2014.

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

NINO, Carlos S.: *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

O

O'CONNOR/SANDIS (ed.), *A Companion to Philosophy of Action*, Wiley-Blackwell, 2013.

O'CONNOR, Timothy: "Reasons and Causes", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 129-138.

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

OLIVER CALDERÓN, Guillermo: *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: "De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo", en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 3/2008.

OSSANDÓN WIDOW, Magdalena: *La formulación de los tipos penales, Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

P

PAWLIK, "¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?", en *La libertad institucionalizada*, M. Pons, 2010, pp. 109-135.

- "La pena retributiva y el concepto de delito", en *La libertad Institucionalizada*, en *La libertad institucionalizada*, M. Pons, 2010, pp. 75-108.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: *El dolo eventual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

- "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf>.

PÉREZ ROYO, Fernando: "La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en los casos de modificaciones en la normativa tributaria", en *Revista Técnica Tributaria*, N°43, 1998, pp. 75-88.

PIÑA GARRIDO, M^a Dolores, "La retroactividad de la ley penal más favorable en los delitos contra la Hacienda Pública", en Corcoy (dir): *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, 2002, pp. 259 y ss.

PROUST, Joëlle: "Mental Acts", *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 209-217.

PUPPE, Ingeborg, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", en FRISCH/PUPPE/KINDHÄUSER/GRÜNWARDL/PAEFFGEN, *El error en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 89-138.

- "El alcance lógico de la conclusión inversa", trad. de Manuel Cancio Meliá, en *El Derecho penal como ciencia*, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2014, pp. 33-100.
- "Perspectivas conceptuales del dolo eventual", trad. de Ramón Ragués, en *El Derecho penal como ciencia*, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2014, pp. 291-316.

Q

- QUERALT, Joan: *Derecho Penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2010.
- QUINE, Willard Van Orman, *Palabra y objeto*, trad. de Manuel Sacristán, Herder, Barcelona, 2001.
- QUINTERO OLIVARES (dir), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

R

- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.
- RAZ, Joseph: "Being in the World", en *Agents and their Actions*, Maximilian de Gaynesford (ed.), Wiley-Blackwell, pp. 79-98.
- RICHARD, Mark: "Opacity", en *The Oxford Handbook of Philosophy of Language*, Lepore/Smith (eds.), Clarendon Press, Oxford, 2008, pp. 667-688.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ, Jorge: "La tensión entre dos concepciones de los sistema jurídicos", *Análisis Filosófico*, XXVI, N°2, noviembre 2006, pp. 242-276.
- ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.
- "Contribución a la crítica de la teoría final de acción", en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, p. 84-127
 - *Derecho Penal. Parte General*, trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
 - "Acerca de la normativización del dolo eventual", en *Problemas actuales de dogmática penal*, trad. de Manuel Abanto Vásquez, Ara, Lima 2004 pp. 93-115.

RUBEN, David-Hillel: "Cambridge actions", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 82-89.

S

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: "A propósito de la relación entre el encubrimiento y la complicidad en el hecho previo", en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2001, pp. 405-427.

- *Imputación y teoría del delito*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

- "Casos difíciles, Teoría del delito y doctrina de la imputación. Un análisis desde la diferenciación entre reglas de conducta y reglas de imputación", en MIRÓ LINARES (dir.): *¿Casos difíciles o irresolubles?*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 83-116.

SANDIS, Constantine: "Basic Actions and Individuation", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 10-17.

SCHÜNEMANN, Bernd: "De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo", en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002 pp. 97-111.

- "Las reglas de la técnica en Derecho penal", en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002, pp. 153-184.

SEARLE, John: *Intentionality*, Cambridge University Press, 1983.

SEHON, Scott: "Teleological Explanation", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 121-128.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "Aberratio ictus e imputación objetiva" ADPCP 1984, pp. 347-386.

- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.

- "La ley penal en blanco", manuscrito inédito.

- "¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas?", La Ley N°3208,1993-1.

- "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las 'leyes en blanco'", en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor K. Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 697-722.

- "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho y en la criminología*, UNED, 2001, pp. 559-575.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed. ampliada y actualizada, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2010.

- "¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?", en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 3/2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012.

SMITH, Michael: "The Standard Story of Action: An Exchange I", en *Causing Human Actions. New Perspectives on the Causal Theory of Action*, Aguilar/Buchareff (eds.), Massachusetts Institute of Technology, 2010, pp. 45-55.

STOECKER, Ralf: "Action Explanation", en *A Companion to Donald Davidson*, Lepore/Ludwig (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 15-31.

STOUT, Rowland: "Deviant Causal Chains", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 159-165.

STOUT, Rowland: "What are you Causing in Acting?", en *Causing Human Actions. New Perspectives on the Causal Theory of Action*, Aguilar/Buchareff (eds.), Massachusetts Institute of Technology, 2010, pp. 101-113.

STOUTLAND, Frederick: "Interpreting Davidson on Intentional Actions", en *Dialogues with Davidson. Acting, Interpreting, Understanding*, Jeff Malpas (ed.), Massachusetts Institute of Technology, 2011, pp. 297-324.

STRAWSON, Peter: *Libertad y resentimiento*, trad. de Juan José Acero, Paidós, Barcelona, 1995.

STREUMER, Bart: "Practical Reasoning", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 244-251.

STRUENSEE, Eberhard: "El tipo subjetivo del delito imprudente", trad. de Joaquín Cuello Contreras, ADPCP 1987, pp. 423-450.

T

TENEMBAUM, Sergio: "Akrasia and Irrationality", en *A Companion to the Philosophy of Action*, O'Connor/Sandis (eds.), Wiley-Blackwell, 2013, pp. 274-281.

TIEDEMANN, Klaus: *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TRAPERO BARREALES, *El error en las causas de justificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

V

VALDÉS (comp.): *Pensamiento y lenguaje. Problemas en la atribución de actitudes proposicionales*, UNAM, 1996.

VAN WEEZEL, Alex: *Error y mero desconocimiento en Derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008.

VIGO, Alejandro: "La concepción aristotélica del silogismo práctico", *Diánoia*, vol. LV, no. 65, Noviembre 2010, pp. 3-39.

VON WRIGHT, Georg Henrik: *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970.

- *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid, 1987. Georg Henrik

W

WELZEL, Hans: *Derecho penal, Parte General*, 10ª, trad. de Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956

- *Derecho penal alemán*, 11ª, trad. de Servio Yáñez Pérez y Juan Bustos Ramírez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

- El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, trad. de J. Cerezo Mir, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2001.

WILENMANN, Javier: "Injusto, justificación e imputación", en *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2013, pp. 99-176.

Z

ZIELINSKI, Diethart: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, trad. de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.