

BIBLIOGRAFÍA

Revista de Libros

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008, 480 pp.

I

El amplio, completo, excelentemente documentado y, en definitiva, extraordinario trabajo de Díaz y García Conlledo, en el que se aborda la compleja cuestión del tratamiento jurídico-penal que han de tener el error sobre los denominados elementos del tipo, se divide en tres grandes bloques o Capítulos. En los dos primeros se recogen las bases previas para el análisis –delimitación del objeto de estudio, esto es, del elemento normativo, por una parte, y soluciones ofrecidas en el marco de la teoría del error mayoritaria, por otra–; incluyéndose en el tercer y último Capítulo otras aportaciones doctrinales, a las que siguen comentarios y valoraciones críticas, así como la propuesta de solución personal. Al final de cada epígrafe contenido en los diferentes Capítulos el autor lleva a cabo una recapitulación conteniendo las ideas–fuerza recogidas en el mismo lo que, si bien lleva a una cierta reiteración de tales ideas, puede resultar práctico al lector que prefiera conocer las tesis sustentadas en formato reducido antes de adentrarse en la lectura, de manera que el texto resulte más accesible; y también como resumen posterior del contenido del Capítulo, facilitando su retentiva y la identificación de las aportaciones fundamentales.

II

El primer Capítulo, dedicado a la definición de lo que ha de entenderse elementos normativos del tipo, se divide a su vez en tres partes:

a) En la primera de ellas, relativa al tipo definido como conjunto de elementos descriptivos y normativos (pp. 39 ss), el autor analiza las distintas teorías que han intentado definir esta clase de elementos ya sea delimitándolos –atendiendo a diferentes criterios–, de los que se consideran sus opuestos, los elementos descriptivos; ya sea relativizando o negando la propia posibilidad de delimitación; ya sea negando la trascendencia de la misma. En el

apartado que recoge su posición personal (pp. 66 ss), el autor valora las diferentes tesis expuestas, decantándose por la que identifica los elementos normativos con aquellos que introducen una referencia a normas jurídicas o extrajurídicas. No obstante, Díaz y García Conlledo matiza esta definición señalando, en la línea propugnada por una serie de autores (entre los que me incluyo), que la práctica totalidad de los elementos típicos aúna ambos aspectos. Más allá de ello, y en lo que respecta a la cuestión del dolo y el error, tal delimitación no resultaría decisiva, en tanto en cuanto «hay elementos descriptivos (...) que plantean respecto del dolo y el error los mismos problemas que otros unánimemente considerados normativos; porque además dentro de los elementos típicos genéricamente definidos como normativos, tal vez puedan establecerse grupos, así como categorías fronterizas, con trascendencia para el dolo y el error; y porque, por fin, un mismo elemento típico puede a veces interpretarse como (principalmente) descriptivo o como (principalmente) normativo, lo que hace imprescindible su contemplación en el marco de un tipo concreto».

b) En la segunda parte del primer Capítulo el autor centra el objeto de estudio ofreciendo asimismo, sin ánimo de exhaustividad, algunas clasificaciones de elementos normativos a las que se ha otorgado referencia en materia de dolo y error (pp. 79 ss). En este sentido, y en palabras del propio autor (p. 93), el análisis se centra en aquellos elementos normativos del *tipo objetivo y positivo* que tengan el carácter de *específicos* –esto es, pertenecientes a un tipo de la Parte Especial–, a partir de las clasificaciones desgranadas en este apartado con numerosos ejemplos. Por otra parte, las divisiones entre elementos normativos jurídicos (penales y extrapenales) y extrajurídicos, de valor y de sentido se tiene en cuenta en el trabajo atendiendo a su posible relevancia para los problemas objeto de estudio.

c) En la tercera y última parte de este Capítulo inicial se incluye una definición una serie de elementos típicos que son «afines» a los elementos normativos, así como de especies particulares de elementos normativos del tipo, con el objeto de que sean conocidos por el lector cuando se hace referencia a ellos en el texto (pp. 97 ss). En este sentido, destaca la referencia a lo que se ha dado en llamar conceptos complejos; los elementos del deber jurídico y los elementos de valoración del hecho, como fruto del desarrollo de las tesis de *Welzel* y *Roxin* respectivamente; las referencias incluidas en los tipos penales a la ausencia de justificación; así como a las leyes penales en blanco (pp. 101 ss). Cabe, no obstante, señalar, que parte de estas categorías son fruto del debate originado a la hora de delimitar entre el error excluyente del dolo y aquel que no tiene ese efecto, de manera que el análisis de las mismas resultaría más apropiado al hilo del estudio de las diferentes soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia en este sentido. Ello es así sobre todo teniendo en cuenta que no todas las categorías gozan de un reconocimiento unánime por parte de la doctrina, dependiendo este extremo de los postulados se los que se parte en materia de dolo y error.

III

El segundo Capítulo se encuentra dedicado a la teoría del error con carácter general (sin entrar todavía en consideraciones relativas a la concreta problemática de las remisiones normativas), siguiendo el autor tanto en los postulados básicos, como en su sistema expositivo, a su maestro, Luzón Peña (pp. 149 ss). Así, en el marco de esta exposición se analizan las categorías de error de tipo y error de prohibición –tanto directo como indirecto– con base en los postulados de la teoría de la culpabilidad en tanto en cuanto, en opinión de Díaz y García Conlledo, y en la línea seguida por la doctrina absolutamente mayoritaria tanto en España como en Alemania, sería esta teoría la que encontraría su reflejo en la actual regulación del error recogida en el art. 14 CP (cfr., en mayor detalle sobre esta cuestión, pp. 191 ss). Al hilo de la explicación se encuentran asimismo referencias, también con carácter general, a otros criterios definidores del objeto del dolo tales como la antigua delimitación entre error de hecho y de Derecho o a la teoría del dolo que, a diferencia de la mayoritaria teoría de la culpabilidad, otorga el mismo tratamiento jurídico penal tanto al error de tipo como al error de prohibición.

Desde una concepción de dolo como *dolo objetivamente malo*, el autor exige, para su apreciación, el conocimiento de la concurrencia de todos los elementos –positivos y negativos– que fundamentan la específica prohibición y desvaloración jurídica de la conducta, sin que resulte exigible el conocimiento de su carácter antijurídico (pp. 150, 155, 317, 378). Se asume, de este modo, el concepto de dolo defendido por Luzón Peña, quien rechaza la idea de un dolo pretendidamente neutro, así como la idea de un dolo subjetivamente malo. De este modo, el error de tipo (vencible) excluiría la responsabilidad criminal a título de dolo, debiendo responder el autor por la modalidad de comisión imprudente, cuando la misma estuviera contemplada, quedando la conducta impune en caso contrario. El error (vencible) de prohibición, por el contrario, dejaría intacto el dolo, limitándose a reducir la pena del delito doloso en atención a la menor culpabilidad del autor que tiene su origen en el error.

El autor se pronuncia asimismo en relación con la problemática relativa al error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación –si bien tales errores no constituyen el objeto del trabajo–, decantándose por versión limitada o restringida de la teoría de la culpabilidad, por la cual el error sobre este extremo constituiría también un error de tipo, que excluiría la responsabilidad dolosa (pp. 152, 169 ss, 177 s.).

IV

En el tercer y último Capítulo se «mezcla» el contenido de los anteriores abordándose la concreta cuestión del tratamiento que ha de tener el error sobre los elementos normativos (pp. 185 ss). De este modo, se analizan, en primer lugar, aquellas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en esta línea (pp. 219 ss) para, a continuación, valorar críticamente una por una tales

aportaciones (pp. 322 ss), concluyéndose con una personal propuesta de solución (pp. 378 ss). El hecho de que, para llevar a cabo tal valoración, se traiga de nuevo a colación parte de la información consignada en las páginas anteriores, hace que el texto resulte largo y reiterativo en este punto, pudiendo quizás haberse evitado este extremo aunando ambas cuestiones en un apartado único. Sin perjuicio de ello, tanto el análisis de las diferentes posturas, como los argumentos esgrimidos para rebatirlas, resultan brillantes.

La extrema complejidad que entrañan algunas de las posturas doctrinales y jurisprudenciales analizadas hace que la propia explicación resumida de las mismas constituya ya una aportación de gran valor para el lector que quiera adquirir una visión detallada de la problemática. Asimismo, resulta destacable la original sistematización que lleva a cabo Díaz y García Conlledo que, lejos de emplear un orden cronológico o por autores, pone en relación las diferentes propuestas dividiéndolas en cuatro grandes bloques, como son la delimitación entre: 1) error de hecho y de Derecho y aquellos desarrollos posteriores que apuntan en esta dirección (pp. 322 ss); 2) error de Derecho penal y extrapenal y las tesis posteriores que tienen connotaciones similares (pp. 334 ss); 3) la idea mayoritaria de la valoración paralela en la esfera del profano (pp. 351 ss, 378 ss); y 4) un apartado final en el que incluye posiciones de difícil clasificación que, en opinión del autor, no encontrarían cabida en los apartados anteriores y no podrían conformar uno o varios grupos aparte por resultar demasiado dispares (pp. 359 ss). En relación con tal clasificación cabe señalar que, si bien la misma se considera muy atinada en sus líneas generales, difiere de ella en respecto de algunas propuestas concretas, que, en mi opinión podrían tener otra ubicación. Así, por ejemplo, en contra del criterio seguido por el autor (pp. 285 ss y 360 y s.), considero que la tesis de Darnstädt (JuS, 1978, pp. 443 ss) –que distingue entre «hechos naturales» y «hechos institucionales»–, encontraría cabida en el apartado relativo a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho. La tesis de *Dopslaff* (GA, 1987, pp. 3 ss), que define el dolo como el conocimiento de la descripción del supuesto de hecho, podría enmarcarse igualmente entre aquellas que propugnan una vuelta tal distinción, englobándose, sin embargo, por Díaz y García Conlledo, en un último apartado de «otras concepciones», si bien esta solución le parece asimismo plausible (pp. 302, 373 ss) (en mayor detalle en relación con estas clasificaciones cfr. *Fakhouri*, 2008, §§ 8 y 12).

V

En lo que respecta ya a la propia aportación del autor, Díaz y García Conlledo lleva a cabo una redefinición de lo que tiene que ser abarcado por el autor para afirmar la responsabilidad dolosa que no se encontraría muy alejada del criterio empleado por la doctrina mayoritaria relativo al conocimiento del sentido o del significado social. En este sentido, se pretende plasmar lo acertado de esta tesis sin incurrir en sus defectos (p. 351 nota 88). Así, en la línea marcada por *Frisch*, la delimitación de ambas clases de error dependería de aquello que se considera que constituyen las circunstancias

típicas que fundamentan la prohibición en cada caso, lo que conllevaría una apertura a la Parte Especial en la determinación del objeto del dolo respecto de cada elemento concreto (p. 417). Una vez definida esa cuestión material, sólo quedaría aplicar las consecuencias jurídicas establecidas en materia de error.

Desde una concepción de dolo como *dolo objetivamente malo* a la que se ha hecho referencia en las líneas anteriores, la afirmación del dolo requeriría exclusivamente del conocimiento de la concurrencia los elementos que fundamentan la prohibición, sin que resulte exigible, a su vez, el conocimiento tal prohibición (pp. 150, 155, 317, 378). De acuerdo con esta idea, el sujeto debería conocer «aquellos datos que la ley considera suficientes para que (...) el hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho pueda darse cuenta de que hace algo prohibido». Sólo de esta forma se produciría la función de llamada del dolo [pp. 317, 378 (el texto entrecomillado se corresponde con lo recogido en la p. 317)]. En opinión de Díaz y García Conlledo, tal conocimiento sólo se daría cuando el sujeto fuera consciente de la concurrencia en el hecho del «sentido o significado material auténtico» del elemento, es decir, de su significado material, o de aquello que motiva que el elemento en cuestión se encuentre recogido en el tipo, y ello con independencia de que conozca las características que conforman ese sentido o significado material (pp. 319 s., 378). Esta exigencia del conocimiento del significado en los términos señalados no afectaría exclusivamente a los elementos normativos; también respecto de los elementos descriptivos el sujeto debería comprender el sentido del elemento, más allá de la mera percepción sensorial (pp. 320 s., 378).

Para afirmar el conocimiento del elemento en su sentido o significado material auténtico, no haría falta conocer el proceso por el cual concurre el elemento en determinado supuesto, ni tampoco las reglas constitutivas –esto es, los presupuestos normativos– en virtud de las cuales tal elemento adquiere su sentido. Lo único que debería conocer el sujeto es el propio elemento (p. 378). Así, «al igual que para afirmar el dolo de homicidio no necesito conocer los procesos biológicos y genéticos en virtud de los cuales aquello sobre lo que disparo se convirtió en una persona, tampoco necesito conocer las normas del Derecho civil sobre adquisición y pérdida de la propiedad para actuar con dolo de hurto. Pero tampoco basta que conozca los extremos anteriores si no conozco la concurrencia del sentido, pues entonces estaré conociendo determinados presupuestos de la concurrencia de elementos del tipo (que hubo una donación, que la propiedad se adquiere de esta o la otra forma), pero no el presupuesto de la prohibición (que la cosa es ajena)» (p. 379). No obstante, el hecho de que no se requiera el conocimiento respecto de estas circunstancias no significaría que el error sobre los mismos no tuviera ningún efecto: la pena del delito doloso se vería asimismo excluida cuando la falsa representación llevara al autor a errar acerca de la concurrencia en el hecho del elemento en todo su sentido o significado material auténtico. Así, por ejemplo, un sujeto podría desconocer que la cosa no le pertenece por no recordar que la donó –y ello aunque conozca que la donación es una

de las formas de transmisión de la propiedad– (pp. 379 s.). Por último, este autor señala que no sería necesario que el sujeto sepa que los datos que conoce son precisamente aquellos que se corresponden con el sentido o significado material auténtico del elemento: para afirmar la responsabilidad dolosa bastaría con el conocimiento por parte del sujeto de que la cosa no le pertenece, aunque no piense que la cosa pertenece a otro o no reflexione acerca del término cosa «ajena» (p. 380).

VI

Tampoco el denominado error de subsunción, que este autor define como «el error que, sin afectar al conocimiento por parte del sujeto de la concurrencia en el hecho del elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico, sufre el sujeto en relación con el significado de un concepto que el tipo utiliza para denominar o describir un elemento típico», excluiría la responsabilidad dolosa (p. 384, con cursiva en el original). Así, actuaría con dolo el que dispara sobre una persona para causarle la muerte, aunque pensara que no lo hace contra «otro», por tratarse de una persona de otra raza o de otro país. Del mismo modo, se reputa dolosa la actuación del que piensa que sólo sería «ajena» la cosa mueble que consta inscrita como tal en un registro público o de aquel que estima que únicamente cabría hablar de documento si la emisión la lleva a cabo un notario (p. 381). Estos errores serían irrelevantes, aunque podrían traer consigo un error de prohibición (p. 382).

VII

Sobre la base de estas afirmaciones, para Díaz y García Conlledo la constatación del ámbito del conocimiento y del error plantearía dificultades fundamentalmente en tres niveles: 1) en la determinación de los elementos pertenecientes al tipo legal y que, por tanto, han de ser abarcados por el dolo del autor, 2) en la fijación del sentido auténtico de los elementos típicos y 3) en la constatación procesal de lo que conocía el sujeto en el momento de actuar para determinar la concurrencia del error de tipo o de prohibición (pp. 387 ss).

VIII

En relación con las dificultades señaladas en los dos primeros niveles, se reproducen a continuación algunos de los ejemplos presentados para ilustrar la solución propuesta, escogiéndose aquellos que mayor eco han tenido en la discusión doctrinal.

a) Respecto de las falsedades documentales y, en concreto, en relación con el conocido ejemplo del posavasos, este autor afirma la responsabilidad a título de dolo. Así, considerando que el sentido auténtico de documento en los tipos de falsedades documentales sería el de constituir un «soporte mate-

rial que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica» (art. 26 CP), podría afirmarse que esta circunstancia era conocida por el sujeto dado que sabía que las rayas eran una declaración realizada por el camarero sobre un soporte material –el posavasos– con el objeto de probar el número de cervezas consumidas. Si el sujeto creyera erróneamente que el posavasos con las marcas no era un documento, al no estar expedido por un funcionario público, incurriría, como se ha señalado anteriormente, en un error de subsunción que, en opinión de este autor, no provocaría habitualmente un error de prohibición (a lo sumo cabría apreciar un error sobre la prohibición penal en estos casos) (p. 391).

b) En el marco de los delitos patrimoniales y, en particular, respecto de la referencia al carácter «ajeno» de la cosa, Díaz y García Conlledo analiza varios supuestos. En el caso en el que el sujeto pensara que la cosa sólo es ajena cuando la propiedad se encuentra inscrita en un registro público, habría que distinguir si, cuando decide apropiársela, conoce, en definitiva, si es o no «ajena»: así, si creyera que el comprador no es dueño de la cosa hasta que la venta quedara inscrita en un registro público y decidiera quitársela –pensando que la cosa es suya–, el sujeto no conocería el sentido auténtico del elemento, debiendo excluirse la responsabilidad dolosa (la conducta sería impune). Si, por el contrario, el sujeto conociera que la cosa es del comprador, pero pensara erróneamente que no es «ajena» hasta que este la inscriba en el registro, habría que afirmar el dolo (p. 392). Otro supuesto de error sobre este elemento sería aquel que se produce cuando el sujeto toma una cosa perdida –y, por tanto, «ajena»– por una cosa abandonada, que no tendría dueño, realizando el tipo penal de apropiación indebida del art. 253 CP cuando se queda con ella. El objeto del dolo en este caso dependería de la interpretación que se hiciera de la figura delictiva concreta y, en consecuencia, del sentido auténtico que se otorgara al término «cosa perdida». Se trataría de decidir si el conocimiento del dato fáctico de que otra persona ha perdido una cosa debería llevar al sujeto a reconocer la prohibición de quedarse con ella: si se considera que esto es así, el error acerca del carácter ajeno de la cosa no excluiría el dolo en este caso. Con base en una interpretación restrictiva, podría afirmarse, sin embargo que, para reconocer la prohibición de apropiarse de una cosa, no bastaría con saber que la ha perdido alguien, sino que resultaría necesario conocer, además, que «*es de alguien*». En tal caso, el sujeto no conocería la existencia de un «bien perdido» en el sentido de este precepto, apreciándose, por tanto, un error excluyente del dolo (p. 394). El autor no se posiciona, sin embargo, a favor de una u otra opción, si bien señala que la interpretación restrictiva no sería descartable.

c) Por último, y relación con la referencia a «tributo» en el marco del delito fiscal del art. 305 CP, Díaz y García Conlledo señala que la posibilidad de eludir el pago de un «tributo» se vería condicionada al conocimiento de la existencia de una deuda tributaria, de manera que el conocimiento de la misma se identificaría con el conocimiento del presupuesto de la prohibición. El error sobre la existencia de la deuda ya sea por desconocimiento del hecho

imponible, ya sea por ignorancia de las normas tributarias, excluiría, por tanto, el dolo (pp. 408 y s.).

IX

Díaz y García Conlledo reformula, por tanto, la tesis de la doctrina mayoritaria y es precisamente en este punto donde se encuentra la mayor objeción a su propuesta, en tanto en cuanto, en la línea de aquella, se parte de la base de que resulta posible distinguir, por regla general entre los contenidos de conciencia sobre los que recae el error de tipo y el error de prohibición respectivamente. De hecho la dificultad o práctica imposibilidad para llevar a cabo tal delimitación es puesta de manifiesto por el propio autor en diferentes ocasiones en el texto si bien, desde su punto de vista, ello no implicaría reconocer la confusión entre el presupuesto de la prohibición y la prohibición misma. Así, por ejemplo, respecto del ejemplo que acaba de mencionarse relativo al delito de defraudación tributaria, Díaz y García Conlledo reconoce que, quien sabe que tiene una deuda tributaria y, con ello, la obligación de pagar, difícilmente podría ignorar la prohibición de no hacerlo, de manera que, en este ámbito resultarían «prácticamente impensables supuestos de error de prohibición» (pp. 408 ss). Igualmente, respecto del delito de homicidio, el autor señala que un error de prohibición, una vez que se conocen los elementos típicos, resulta «muy inverosímil y, de producirse realmente ese error, seguramente se trataría de un caso de ceguera jurídica» (p. 382).

En cuanto al objeto del dolo en las leyes penales en blanco –cuestión esta que se toca tangencialmente en el análisis del error sobre los elementos normativos–, habría que atender al sentido del tipo penal concreto (p. 430). Parece, por tanto, que, en la línea marcada por *Frisch*, la determinación del objeto del dolo se identifica con una cuestión de concretización de la norma, al margen de la calificación como elemento normativo o tipo penal en blanco. Se produce, en este sentido, y en paralelo con lo que sucede respecto de los elementos normativos, una apertura a la Parte Especial del Derecho penal. En aquellos casos en los que, de la interpretación del tipo, se desprenda que el mismo engloba la existencia de la norma de remisión vuelve a ponerse de manifiesto que «quedará poco hueco para el error de prohibición, pues, una vez conocida por el sujeto la contrariedad de su conducta a la norma de remisión (en caso de no darse habría error de tipo), conocerá necesariamente el carácter prohibido de la misma» (p. 430). Con gran acierto el autor reconoce, sin embargo, un margen de actuación para la falsa representación sobre el carácter *penal* de la norma que se infringe, que disminuiría la culpabilidad del autor (p. 431 en relación con pp. 159 ss).

En este punto, el autor hace patentes sus dudas acerca de si cabe apreciar aquí una «confusión o unificación para estos supuestos de clases de error, lo que significaría conceder un margen de corrección a la teoría del dolo en estos supuestos, o si sucede algo similar a lo señalado en relación con el conocimiento de la deuda tributaria (práctica inseparabilidad del conocimiento del presupuesto de la prohibición del conocimiento de la prohibición

misma)» (pp. 430 s., vid. también p. 432). Estas dudas resultan perfectamente comprensibles, en tanto en cuanto parece tratarse de la misma situación y el efecto sería, en todo caso, el mismo: la imposibilidad de delimitación entre error de tipo y error de prohibición.

X

Esta circunstancia, que es puesta de respecto de una serie de supuestos por los autores defensores de la mayoritaria teoría de la culpabilidad –entre los que se encuentra Díaz y García Conlledo–, tendría, sin embargo, un alcance mayor. En este sentido, considero que debería invertirse la situación de regla-excepción: los niveles de la tipicidad y de la antijuridicidad se encontrarían más próximos de lo que la mayor parte de los autores estaría dispuesta a reconocer, pudiendo afirmarse que lo habitual sería no poder distinguir entre conocimiento de las circunstancias típicas y conocimiento de la prohibición.

a) Por regla general, los tipos penales se redactan de tal forma que quien comprende lo ocurrido sabe a su vez que se trata de un injusto. El carácter de perturbación social del hecho se haría patente cuando el legislador introduce en el tipo penal elementos con un contenido normativo, entendiendo por tales elementos aquellos que designan hechos sociales que adquieren relevancia desde una perspectiva jurídica (hechos institucionales en la terminología de *Searle*). Así, el conocimiento del hecho social de que la conducta que se lleva a cabo significa «lesionar», «matar», «dañar» o «violar» no podría separarse del conocimiento de que tal conducta es contraria a la norma.

b) No cabría apreciar diferencias respecto de las normas penales que introducen una remisión normativa y, en concreto, respecto de aquellas que se configuran como un tipo penal en blanco. La idea, que goza de aceptación generalizada por parte de los defensores de la teoría de la culpabilidad, de que, a través de la denominada «lectura conjunta», resulta posible sustituir el elemento que introduce la remisión por los elementos de la norma de complemento a fin de obtener el supuesto de hecho concreto contribuiría, sin embargo, a desvirtuar este resultado: el elemento que introduce la remisión en el tipo penal tendría una base normativa. A través de la lectura conjunta de la norma penal y la norma de complemento, la referencia a la norma (extra-penal) quedaría, sin embargo, oculta, desapareciendo así la base normativa contenida en la remisión. Con la sustitución del elemento de la norma penal por el contenido de la norma de complemento se produciría, por tanto, una modificación del tipo penal.

c) En relación con un importante número de delitos, la regulación del error de prohibición resultaría irrelevante: en los supuestos en los que la lectura del tipo penal permita reconocer el significado de injusto del hecho de la conducta, la función de llamada del dolo no podría distinguirse del conocimiento (latente) de la prohibición. Esto sólo sería diferente cuando el sujeto

desconoce la situación fáctica, de manera que no sabe que realiza el tipo penal, o cuando piensa que su conducta se encuentra justificada. El dolo del autor se identifica, por tanto, con el *dolus malus* (en detalle sobre estas cuestiones cfr. *Fakhouri*, 2008, § 13).

d) Respecto de los ejemplos propuestos por el autor a los que se ha hecho referencia anteriormente, como son el delito de falsedad documental y el de defraudación fiscal, se llegan a conclusiones similares con base en argumentaciones aparentemente diferentes: la responsabilidad a título de dolo en relación con el mencionado ejemplo del posavasos únicamente se vería excluida, por ejemplo, cuando el sujeto yerra acerca de los hechos (por ejemplo, piensa que está borrando unas cuentas o unas anotaciones que había hecho previamente en dicho posavasos). El conocimiento del sentido material auténtico, y en particular, el conocimiento –en palabras de Díaz y García Conlledo– de que se está alterando un «soporte material que expresa o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica», no podría distinguirse del conocimiento de que no se encuentra permitido llevar a cabo tal conducta. De este modo, el conocimiento del sentido material que se exige por parte de este autor para la afirmación del dolo no podría separarse, en el supuesto concreto, del conocimiento de la prohibición. El error de subsunción que se produciría si el sujeto pensara erróneamente que el posavasos no constituiría en ningún caso un documento, por ejemplo –y al hilo del supuesto propuesto por el autor–, por no haber sido expedido por un funcionario público, resultarían, también desde la perspectiva defendida aquí, irrelevantes. Para afirmar la responsabilidad dolosa el sujeto no debería conocer qué se entiende, en relación con los delitos contra la propiedad, por «ajeno», o cuál sería el sentido del término «documento» en los delitos de falsedades. Ni siquiera sería necesario, como señala Díaz y García Conlledo, que el sujeto relacionara su hecho con estas palabras (p. 381). Sólo si tal interpretación provocara a su vez un ulterior error acerca del carácter prohibido de la conducta sería un error excluyente del dolo, sobre la base de la solución propuesta (o un error que llevaría a la reducción de la pena del delito doloso, desde la perspectiva de seguida por el autor).

e) En lo que respecta al delito fiscal, este autor se hace eco de la circunstancia de que si el sujeto tiene conocimiento de que ha obtenido unos rendimientos del capital y conoce también que tales rendimientos se encuentran «sujetos a tributación», optando por no declararlos, es consciente de que está evadiendo el pago de impuestos y de que su conducta es antijurídica; sorprendiendo, por tanto, en gran medida la afirmación de que «ello no implicaría la confusión entre el presupuesto de la prohibición (existencia de la deuda tributaria) y la prohibición misma» (pp. 408 ss).

f) En el marco de los delitos contra la propiedad y, concretamente, respecto de la referencia al carácter «ajeno» de la cosa, el conocimiento de esta circunstancia no se identificaría con el conocimiento de conceptos descriptivos, como son las condiciones de adquisición y pérdida de la propiedad. El dolo del autor concurriría cuando sabe de la existencia de normas regulado-

ras de la propiedad que otorgan a una persona el derecho a disponer de la cosa y se lo niegan a los demás. Esta es, en definitiva, la conclusión que se desprende también de las afirmaciones de Díaz y García Conlledo: así, el sujeto que decide apropiarse de la cosa creyendo que el comprador no es dueño de la misma hasta que la venta quede inscrita en el registro desconocería, precisamente, que la cosa es propiedad de otro, lo que no sería otra cosa que saber que está prohibido destruirla, enajenarla o apropiarse de ella sin el consentimiento del propietario.

En relación con el supuesto planteado en que el sujeto se queda con una cosa perdida –y, por tanto, «ajena»–, que toma por una cosa abandonada, realizando el tipo penal de apropiación indebida del 253 CP, se reproduce el mismo esquema. En este caso el autor hace depender el objeto del dolo de la interpretación que se haga de la figura delictiva concreta y, en consecuencia, del sentido auténtico que se otorgue al término «cosa perdida». Así, si el sentido auténtico se identifica con saber que la cosa «es de alguien», el conocimiento de esta circunstancia y el conocimiento de que está prohibido apropiarse de la cosa resultan inescindibles, salvo que cupiera apreciar un error sobre circunstancias fácticas o sobre la situación de justificación. La otra opción planteada por el autor, según la cual el conocimiento del dato fáctico de que otra persona ha perdido una cosa debería llevar al sujeto a reconocer la prohibición de quedarse con ella, no resulta, sin embargo, satisfactoria: en este caso el sujeto no tiene conocimiento del significado de su conducta.

g) La conclusión de estas afirmaciones sería que el sentido material auténtico exigido por Díaz y García Conlledo para la apreciación de la responsabilidad dolosa no podría separarse, en definitiva, de la conciencia de la antijuridicidad, resultando, por tanto, tal criterio insatisfactorio para delimitar entre los contenidos de conciencia sobre los que recaen respectivamente el error de tipo y el error de prohibición. La única delimitación factible en este ámbito sería aquella que separa entre las falsas representaciones sobre circunstancias fácticas y aquellas que recaen sobre la valoración jurídica del hecho, si bien, pese a ello, no se considera recomendable aplicar un tratamiento diferente. Así, y dado que, en definitiva, en ambos casos la consecuencia sería el desconocimiento, por parte del sujeto, del carácter prohibido de la conducta, todos los errores habrían de tener el mismo efecto, como es la exclusión de la responsabilidad penal a título de dolo. El error sobre la prohibición penal tendría, en la línea de la tesis defendida por el autor, el efecto de reducir la pena del delito doloso (en relación con estas conclusiones y con la armonización de esta tesis con la regulación actual del error en el CP español cfr. *Fakhouri*, 2008, § 14.II).

XI

La última cuestión problemática señalada por Díaz y García Conlledo a la que se hecho referencia anteriormente y que se desprende del tratamiento diferenciado que se otorga al error de tipo y al error sobre la prohibición, es

la relativa a la constatación procesal de lo que el sujeto conocía en el momento de actuar a la hora de determinar la apreciación de error y, en su caso, sobre qué recae (tipo, antijuridicidad). En la línea de lo defendido por *Frisch*, *Puppe* y *Schwegler*, este autor señala que el juez debería lograr una concreción de la norma para el sujeto particular ya que, especialmente en relación con elementos descriptivos complejos y elementos normativos, las diferencias entre el lenguaje técnico y el lenguaje del lego en Derecho serían considerables (p. 389).

El procedimiento propuesto por estos autores para concretar la norma con el objeto de determinar si el sujeto conocía las circunstancias típicas que fundamentan la prohibición presentaría, no obstante, algunas dificultades. Así, y como pone de manifiesto un sector de la doctrina, el sujeto no tendría la necesidad de cooperar en un «juego lingüístico» cuya finalidad sea determinar la concurrencia de su responsabilidad dolosa (por todos *Kindhäuser*, GA 1990, p. 413 nota 19). Este autor se refiere asimismo a la dificultad que supondría para el juez encontrar oraciones equivalentes que resulten comprensibles al sujeto. Además, como reconoce la propia *Puppe* (GA 1990, p. 152), las oraciones que emplea el juez con el objeto de llevar a cabo esta concreción podrían igualmente no ser comprendidas correctamente por el mismo, pudiendo incurrir en un error sobre el concepto (*Begriffsirrtum*). Las diferencias existentes, por regla general, entre el lenguaje (técnico) del juez y el lenguaje (común) del acusado se traducirían en que los conceptos empleados por uno y otro tendrían, en no pocas ocasiones, intensiones diferentes. En relación con esta cuestión, Díaz y García Conlledo afirma que, si bien el método no es la «panacea», el mismo no precisaría ser infalible para ser bueno: el juez debería ser consciente de ese riesgo, debiendo, por tanto, continuar el diálogo con el procesado hasta llegar al convencimiento de que ambos se refieren a lo mismo (p. 351, cfr. asimismo pp. 389 s.). En cuanto a la reserva de *Kindhäuser* en relación con la capacidad del juez para formular oraciones equivalentes, este autor le quita peso, «pues debe presumirse en el juez el conocimiento del sentido exacto del tipo, por lo que no debería resultarle especialmente difícil –dada su formación– ofrecer oraciones que supongan progresivas concreciones del mismo» (p. 351).

YAMILA FAKHOURI GÓMEZ

Doctora por la Universidad Autónoma de Madrid
Profesora investigadora en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona