

EL ERROR EN EL ÁMBITO PRE-TÍPICO INVERTIDO: ¿DELITO PUTATIVO O TENTATIVA INIDÓNEA? REFLEXIONES SOBRE EL ERROR Y EL DOLO A PARTIR DE LA PERSPECTIVA DE PUPPE

María Lucila Tuñón Corti*
Universidad de Würzburg

Title: *Error in the Inverted Pre-Typical Sphere: Putative Offence or Ineffective Attempt? Reflections on Error and Intent from Puppe's Perspective*

Resumen: Desde antaño se discute en el derecho penal la relevancia de los errores y cuáles de estos excluyen el dolo. Pero el llamado “error en el ámbito pre-típico invertido”, usualmente pasado por alto, es una figura que ha generado un enorme debate entre los juristas que la han investigado. En este trabajo, después de exponer el estado del debate en la doctrina contemporánea —a saber, una postura que defiende que tales errores siempre deben ser punibles como una tentativa inidónea y una contraria que defiende que se trata de un delito putativo— se analiza una postura intermedia. Esta última, defendida por PUPPE, considera necesario distinguir si ese elemento típico en cuestión se remite a leyes penales en blanco, lo cual implicaría excluir el dolo. Sin embargo, se termina por concluir en este trabajo que hacer depender la punibilidad

* Doctoranda en la Universidad de Würzburg y becaria doctoral DAAD (maria.tunon_corti@uni-wuerzburg.de). Quisiera expresar mi agradecimiento a Andrea Bolado, Raquel Roso, Marta Pantaleón Díaz, Marcelo Sancinetti, Marcelo Lerman e Ingeborg Puppe, quienes me han brindado su ayuda de diversas maneras: ya sea mediante comentarios a los borradores previos —que resultaron decisivos para desarrollar y clarificar mi propio trabajo— o proporcionándome recursos sin los cuales no habría podido completarlo. Agradezco también las valiosas sugerencias y observaciones realizadas por los evaluadores anónimos de la revista. Las ideas aquí desarrolladas comenzaron a gestarse a partir de la conferencia “Tatbestandsirrtum und Subsumtionsirrtum”, presentada en el congreso “Werksbesichtigung Prof. Dr. Ingeborg Puppe”, el 22 de marzo de 2024 en la Universidad de Würzburg, Alemania, donde tuve la oportunidad de exponer de manera preliminar los problemas de la teoría del error.

de tal técnica legislativa resulta no solo arbitrario sino generador de inseguridad jurídica. Se concluye que, entre todas las opciones, la postura a favor del delito putativo es más plausible.

Palabras clave: error en el ámbito pre-típico; elementos normativos; dolo; teoría del error; error de tipo invertido; error de prohibición invertido; tentativa vs. delito putativo.

***Abstract:** The question regarding the relevance of the different existing mistakes, and which of these exclude intent, has long been a matter of debate in the field of criminal law. Nevertheless, there is a concept of mistake that stems from a mistake the perpetrator had but in another field of the Law, i.e. in Civil Law, and has an effect on other mistake, which is relevant to the criminal law. This discussion called for an interesting debate in the German and Spanish discussion. Although largely neglected, it has provoked considerable dialogue among those who have engaged with it, albeit from different viewpoints. This paper first outlines the current state of the debate in contemporary discussion — namely, the position that sets forth that such mistake should invariably be punishable as impossible attempt, and the opposing view that puts forward the idea of considering a putative offence. As if it were not enough, there is an intermediate position, defended by PUPPE. This perspective holds that a distinction must be drawn between some elements of the offence: provided that the mistake refers a blank criminal laws, the intent is excluded. Nevertheless, the present paper contends that such a distinction would be both arbitrary and a source of legal uncertainty. It comes to the conclusion that, among the available alternatives, the position advocates for the putative offense offers the greatest persuasive force.*

Keywords: Mistaken legal subsumption; Normative elements; Intent; Mistake of fact; Mistake of law; attempt vs. putative crime.

I. Introducción e importancia del tema

La teoría del error en el derecho penal no solo tiene una larga tradición, sino que también ha atravesado una historia bastante cambiante¹

¹ Anteriormente se distinguía entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad. Respecto de la primera, no solamente el conocer y querer la realización de los elementos objetivos del tipo sino también el conocimiento de la norma (y así también la conciencia del ilícito) eran componentes o elementos del dolo (con la consecuencia de que todo error relevante, es decir también los que afectaban la conciencia del ilícito, excluían el dolo). Por el contrario, la teoría de la culpabilidad veía a la conciencia del ilícito como un elemento de la culpabilidad, como algo independiente. Esto tenía como consecuencia que un error que solamente afectaba a la conciencia del ilícito dejaba intacto el dolo del autor. En Ale-

a lo largo del tiempo. Pero por lo general, siempre intentó responder la siguiente pregunta: ¿qué errores excluyen el dolo del autor y cuáles no tienen este efecto? Ante este último supuesto, uno debe preguntarse si el error que tuvo el autor tiene alguna relevancia para otros elementos de la punibilidad, como la conciencia del ilícito o si, por el contrario, siempre es irrelevante.² Pero en el ámbito de la teoría del error, ningún otro tema ha suscitado tanto disenso en la literatura como el llamado “error en el ámbito pre-típico al derecho penal”³ —con su variante de inversión—,⁴ y su relación con el error de subsunción invertido y el error sobre un derecho o una relación jurídica.⁵ Los últimos dos pueden resultarle familiares al lector, pero el primero necesitaría una explicación más detallada. El error en el ámbito pre-típico está dado cuando el autor yerra sobre las condiciones jurídicas para que concurra un elemento normativo del tipo objetivo. Puntualmente en el caso de su inversión, el autor actúa en la creencia de estar cumpliendo el elemento típico, aunque, en la realidad, esto no es así. Por consiguiente, en términos de la tipicidad objetiva, el autor comete, por ejemplo, un hurto “contra sí mismo”, lo cual no se corresponde con un supuesto de hecho contenido en aquel tipo objetivo. La cuestión central no es tanto el concepto de cada uno de estos errores recién mencionados y en qué punto se diferencian unos de otros,⁶ sino cómo se relacionan estos errores con el *dolo*, entendiéndose este, en general, como el conocer y querer los elementos del tipo penal.⁷ Dicho de otro modo, debe aclararse qué relevancia tiene el

mania, después de que el BGH, con una sentencia trascendente del año 1952, rechazara la teoría del dolo y también el legislador haya optado por su rechazo en el año 1975 por medio de la norma del § 17 StGB (Código Penal alemán), en favor de la culpabilidad, la discusión pasó a ser esporádica, por ejemplo, en lo que respecta al error de tipo permisivo. Cf. FAKHOURI GÓMEZ, “Valoración crítica”, *InDret* 2011, 2 ss.; HEINRICH, “Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale”, en: SCHÜNEMANN, B. et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlín, Nueva York, De Gruyter, 2011, p. 450.

² Véase SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2025, n.º m. 12/14 ss.

³ También conocido como “error en la antesala del derecho penal” o “error en el campo previo al tipo penal”. Cf. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, La Ley, 2008, p. 311; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo II, Múnich, C. H. Beck, 2003, § 29 n.º m. 338. MURMANN, en G. CIRENER et al. (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, tomo II, Berlín-Boston, De Gruyter, 2021, § 22 n.º m. 266, considera que es incorrecto referirse a “error penal” y “error extrapenal”, tal como se hacía anteriormente. En detalle, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El error”, p. 231 s.; HEIDINGSFELDER, *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991, p. 127 s.

⁴ Los llamados “errores al revés” o “error inverso”. Cf. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El error”, p. 181.

⁵ MURMANN, “LPK-StGB”, § 22 n.º m. 260 ss.; PUPPE, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, en: PASTOR MUÑOZ (coord.), *El derecho penal como ciencia*, Montevideo, BdF, 2014, p. 243 ss.

⁶ Para este objetivo en particular, véase KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2022, § 27 n.º m. 17 ss.

⁷ Así la postura “dualista”, que resulta ser mayoritaria, considera que el dolo se compone tanto de un elemento cognitivo y uno volitivo. En esta dirección, DÍAZ Y GARCÍA

dolo a la hora de determinar ante qué clase de error nos encontramos y sus respectivas consecuencias jurídicas.⁸ Pues, tal como ya lo adelantaba WARDA, el error actúa como un espejo del dolo.⁹ La pregunta central es si estamos frente a un error que excluye el dolo o, en caso de que esto no ocurra, qué distingue a este grupo de casos de aquellos en los que el dolo directamente queda intacto. Dicho esto, podemos ya señalar que nuestro objeto de análisis será el *error en el ámbito pre-típico invertido* y la incesante discusión en la doctrina correspondiente, lo cual viene siempre acompañado de casos a lo largo de todo el trabajo.¹⁰ De la mano de este último, tratará de demostrarse cómo el dolo resulta ser la piedra angular para la fundamentación y diferenciación de las diferentes clases de errores mencionados anteriormente. Para abordar esta compleja cuestión, primero deberíamos hacer un breve repaso sobre qué es un error y a qué nos referimos cuando hablamos de una inversión del error (II.1), para posteriormente ya adentrarnos en el concepto del error en el ámbito pre-típico invertido (II.2). A continuación, son presentadas las tres posturas hallables en la doctrina: una postura defiende que este error es punible como tentativa inidónea (III.1); una segunda postura aboga por considerarlo siempre un delito putativo (III.2);¹¹ y una postura intermedia se guía por diferentes criterios para hacer la diferenciación. No obstante, en

CONLLEDO, "A vueltas con el dolo", en: GÓMEZ MARTÍN, V. et al. (eds.), *Un modelo integral de Derecho penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Vol. 1, 2022, pp. 544 ss; JOECKS, "§ 16", en: JOECKS/ MIEBACH, *Münchener Kommentar zum StGB*, tomo I, 1.^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2003, § 16 n.^o m. 13; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 16/31 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 268; RÖNNAU, "Grundwissen – Strafrecht: Vorsatz", *JuS* 2010, 676; WARDA, "Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre", *Jura* 1979, 3. En contraste, también hay una teoría monista que ha ganado terreno, que sostiene que el dolo implica solamente "conocer", es decir, solo es necesario un elemento cognitivo. GRECO, "Dolo sin voluntad", *Nuevo Foro Penal*, vol. 88, 2017, 10 ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Berlín, Heymann, 1983, 300 s.; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlín, De Gruyter, 1991, § 8 n.^o m. 8. Un panorama es hallable en SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.^o m. 12/44, 79 s. No obstante, tanto el legislador español como el alemán —a diferencia del portugués (cf. GRECO, ob. cit., p. 11)— dejaron la interpretación del dolo en manos de la doctrina y jurisprudencia al optar por no definir el dolo, a diferencia de ciertos tipos de errores. Véase HEINRICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2022, n.^o m.264; WARDA, ob. cit., 3. Para un completo análisis del concepto del dolo, véase solo DUTTGE, "Vorsatz", en: HILGENDORF, et al. (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, tomo II, Múnich, C. H. Beck, 2019, § 35 nm. 1 ss.

⁸ Es oportuno aclarar que solamente se tratará aquí la discusión teórica en sí misma, independientemente de la legislación positiva del derecho español (o del alemán, dado el caso al analizar la postura de Puppe). A lo largo del trabajo se harán remisiones a distintos tipos penales pertenecientes a ambos códigos penales.

⁹ WARDA, ob. cit., 3.

¹⁰ Sobre la riqueza de la utilización de casos hipotéticos en la argumentación, véase TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 6 ss.

¹¹ Véase *infra* III. Sobre la diferenciación entre tentativa inidónea y delito putativo véase solo VALERIUS, "Untauglicher Versuch und Wahndelikt", *JA* 2010, 113 ss.

el marco de esta corriente intermedia, nos concentraremos únicamente en la postura defendida por PUPPE¹² (IV.1), ya que en este artículo se analizará la relación directa del error con el concepto de dolo y considero que es la más detallada para abordar el problema. Posteriormente, serán expuestas las consecuencias jurídicas de aceptar la postura de PUPPE (IV.3). Por último, serán presentadas algunas posibles objeciones a dicha postura (IV.4). Finalmente, se ofrece una conclusión (V.).

II. El concepto del error en el ámbito pre-típico y su inversión

1. *El error y la inversión*

Si entendemos por “error” la divergencia entre representación y realidad,¹³ entonces, ya tenemos definido cuál es el primer paso que hay que determinar: qué se representó el autor al cometer el hecho. Este es el principal objeto de análisis de la teoría del error. El motivo de esto es que habrá que precisar, por un lado, ante qué clase de error estamos y, por otro, los conocimientos que tuvo el autor a la hora de cometer el hecho. Estos dos elementos son determinantes para resolver qué consecuencias jurídicas tendrá ese error, pues su comportamiento puede ser punible o decantar en la impunidad. El error es entendido de forma amplia, ya que esa representación errónea puede recaer en situaciones de hecho o en valoraciones jurídicas. Así, en lo que respecta a la representación errónea, esta puede incidir en cualquiera de los niveles de la estructura del delito.¹⁴ Por ejemplo, el tipo subjetivo exige como mínimo que el autor haya considerado posible la realización de los elementos del tipo objetivo. Lo mismo sucede con los elementos objetivos de una causa de justificación o excusación.¹⁵ Si el autor no se representó, por ejemplo, que la persona a quien lesiona era en realidad un agresor que inminentemente iba a atacarlo, significa que el autor cayó en un error.

¹² En el marco de la postura intermedia, son hallables diferentes criterios que ayudan a delimitar cuándo procede una tentativa inidónea y cuándo un delito putativo. En detalle, MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 8.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2024, § 22 n.º m. 277 ss. Puntualmente sobre la postura de Lothar Kuhlen, véase solo FAKHOURI GÓMEZ, “Valoración crítica”, 8 ss.

¹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, “El error”, p. 140; HILGENDORF/VALERIUS, *Parte General*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, § 8 n.º m.º 1; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 7.ª ed., 2017, p. 379; SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 12/71.

¹⁴ KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 26 n.º m. 18 ss. Hace unos años se ha propuesto el “error de comprensión culturalmente condicionado”. Véase esta discusión en SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 25/97 ss.

¹⁵ HILGENDORF/VALERIUS, ob. cit., § 8 n.º m.º 3.

Entonces, dicho sucintamente, la teoría del error analiza los déficits cognitivos del autor. Estos pueden manifestarse en forma de ignorancia —cuando el autor no tiene ninguna clase de representación sobre el objeto en cuestión— o como un error positivo en la apreciación —como desconocimiento que aparece cuando el sujeto asume una situación incompatible con el objeto en cuestión—.¹⁶

En consecuencia, los elementos del tipo objetivo resultan ser una parte importante para la teoría del error. Así, se suele distinguir entre elementos descriptivos y normativos del tipo.¹⁷ Los primeros son aquellos conceptos que pueden ser percibidos sencillamente mediante los sentidos. Por ejemplo, el elemento descriptivo “persona” se refiere simplemente a un ser humano, sin ser necesario acudir a las especificaciones del Código Civil español donde se define jurídicamente ese término. Los normativos, en cambio, son aquellos elementos cuyo conocimiento es más exigente, pues es necesario ya un acto de comprensión más bien intelectual, debido a que el significado que ese elemento posee se concreta a partir de normas sociales o jurídicas.¹⁸ Piénsese, a modo de ejemplo, en los conceptos de “ajenidad”, en el art. 234 Código Penal español (en adelante, CP), o de “documento”, definido ya en el art. 26 CP, que constituye un elemento típico en los arts. 390 CP y subsiguientes.¹⁹ A diferencia de la representación requerida para el caso de los elementos descriptivos, para que el autor tenga dolo respecto del elemento “documento”,²⁰ por ejemplo, en el delito de falsificación de documentos, se requiere el conocimiento no solo del sustrato empírico sino también del significado social que ese elemento posee. Por sustrato empírico se considera

¹⁶ KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 26 n.º m. 4 s; SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 12/71.

¹⁷ CÓRDOBA, *Elementos de Teoría del Delito*, Buenos Aires, Hammurabi, vol. 1, 2.^a edición, 2023, § 7 n.º m. 50; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, “El error”, p. 40 ss., 79 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Barcelona, Reppertor, 2011, 10/74 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 12/39 ss.; VARELA, *Dolo y error*, Madrid, Bosch, 2016, p. 247 s. con nota 772, 258; WARDA, ob. cit., 79 s.; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989, p. 257.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 12/41. No obstante, SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 12/40 advierte con acierto que una división bipartita tan radical pasa por alto que ciertos hechos manifiestan de alguna manera una dimensión normativa-institucional y, con ello, deberíamos reconocer que hay distintos grados de normatividad en los elementos. Así, en el caso del elemento “persona” el derecho civil sí define los contornos de su concepto en tanto al comienzo y fin de la vida. Véase también ZACZYK, ob. cit., p. 257 s.

¹⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 384; VARELA, *Dolo y error*, Madrid, Bosch, 2016, p. 258.

Véase también MAYER LUX/VERA VEGA, “El documento como objeto material de las falsedades documentales y del sabotaje informático en el Derecho penal chileno”, *Política criminal*, vol. 14, 2019, 420. COCA VILA, “Las falsedades”, en Jesús María Silva Sánchez (dir.), Nuria Pastor Muñoz (coord.), *El nuevo Código Penal: Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 585-616.

²⁰ En detalle sobre la definición jurídica de documento en materia penal, MAYER LUX/VERA VEGA, ob. cit., 421 ss.

suficiente el conocimiento de que se ha escrito sobre el papel con tinta.²¹ Respecto de la comprensión abstracta del significado en su sentido jurídico, no es necesario un conocimiento exacto, sino que es suficiente una valoración paralela en la esfera del lego o profano.²² Así, en el caso de la falsedad documental, el autor puede tener dolo incluso sin conocer la definición legal de “documento”. Pues es suficiente que comprenda que el documento implica la incorporación de un pensamiento o de actos de voluntad a un medio material, generalmente a través de la escrituración o de otros mecanismos que posibiliten su implantación en un soporte.²³ Los elementos normativos desempeñan un papel central en nuestro objeto de estudio, por lo que serán mencionados a lo largo de todo el trabajo, con ejemplos puntuales.

Ahora debemos examinar inmediatamente la inversión de un error. Una inversión, en términos generales, consiste en que los valores de verdad se intercambian entre el error y la realidad.²⁴ Un error puede evaluarse como “invertido”, por ejemplo, si el autor asume que la ley considera que su comportamiento es ilícito pero, en la realidad, esto no resulta ser así. También existen casos en los que el autor yerra sobre el significado jurídico de uno de los elementos típicos hasta el punto de atribuirle un alcance que, en realidad (social o jurídicamente), no tiene. Estos son errores producto de una interpretación sobredimensionada en su perjuicio, es decir, sobre los límites el contenido de la norma que desembocan en esa subsunción incorrecta.²⁵ Esto significa que el autor asume erróneamente que está cumplido determinado elemento típico que da lugar a la responsabilidad penal.²⁶ Por regla general, los errores invertidos conducen a la impunidad.²⁷

Podemos entonces constatar que el desarrollo de una teoría del error sistemática es también de gran importancia práctica, ya que las conse-

²¹ Por supuesto que ante los avances de la tecnología podemos incluir los documentos digitales. Actualmente, el concepto de “documento” abarca una variedad de soportes materiales que trascienden el papel tradicional. Tanto los documentos físicos como los registros digitales se incluyen dentro de esta categoría. Al respecto, MAYER LUX/VERA VEGA, “La falsificación informática: ¿un delito necesario?”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2022, p. 272.

²² Cf. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El error”, p. 270 ss.; MIR PUIG, ob. cit., 10/76; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 382; VARELA, *Dolo y error*, Madrid, Bosch, 2016, p. 259.

²³ MAYER LUX/VERA VEGA, ob. cit., 420.

²⁴ PUPPE, “Der Umkehrschluss”, 303. Véase también HEIDINGSFELDER, ob. cit., p. 92 ss.; SCHLÜCHTER, “Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB”, *JuS* 1985, 527.

²⁵ MURMANN, “LPK-StGB”, § 22 n.º m. 262; VALERIUS, ob. cit., 113 s.; ZACZYK, ob. cit., p. 260.

²⁶ PUPPE, “§16”, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar StGB*, 6.^a ed., tomo I, Baden-Baden, Nomos, 2013, § 16 n.º m. 140.

²⁷ Piénsese en el error de prohibición invertido o el error de subsunción invertido. Una excepción es el error de tipo invertido que implica una tentativa, generalmente punible.

cuencias jurídicas de los errores que entran en consideración en el contexto de la imputación solo están regulados de forma incompleta en los códigos penales.²⁸ Estas lagunas deben complementarse mediante el recurso a la doctrina del error y los principios allí contenidos que completan las disposiciones legales.²⁹ Por eso, la literatura se ha ocupado de diferenciar entre distintas formas en las que un error puede aparecer, las cuales resultan ser sumamente variadas. Una de las más controvertidas, aunque no siempre tratada, es el error en el ámbito pre-típico y su variante en inversión, analizados a continuación.

2. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a un error en el ámbito pre-típico?

Están estrechamente relacionados con la representación errónea de un elemento normativo aquellos casos en los que el autor actúa en la falsa creencia de que está (o no) dado un elemento normativo del tipo que, por regla general, describe específicamente un *derecho* o una *relación jurídica*. Un ejemplo clásico de ello es el término “ajeno” del tipo penal de hurto³⁰.³¹ Pero específicamente en este supuesto de casos ocurre que esa relación jurídica del tipo penal está dada en la realidad pero el autor considera lo contrario porque desconoce o malinterpreta otras reglas del derecho que constituyen o fundamentan la existencia de ese elemento típico.³² Es decir, el autor ignora o malinterpreta ciertas normas que determinan el contenido o existencia de algún elemento del tipo objetivo, aunque esas normas no estén asentadas en el tipo objetivo propiamente dicho.³³ Generalmente, se trata de regulaciones que están por fuera del derecho penal, como regulaciones del derecho civil. Para poder ilustrar este supuesto recién descrito, veamos un ejemplo:

²⁸ En el caso del español en el art. 14 CP; los §§ 16, 17 y 35.2 del Código Penal alemán.

²⁹ KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 26 n.º m. 1 s.

³⁰ Sobre este elemento normativo véase FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2023, § 11 n.º m. 35; KASPAR, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2023, § 7 n.º m. 11; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 23 ss.; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 144; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 52.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2022, n.º m. 361. Otros supuestos en los que el autor yerra sobre el elemento típico “ajeno” aunque desde distintas perspectivas, VARELA, *Dolo y error*, Madrid, Bosch, 2016, p. 261.

³¹ Otros ejemplos están relacionados a cuestiones de competencia. Piénsese en un testigo que cree estar cometiendo falso testimonio en causa judicial (art. 458 CP) frente a su abogado defensor porque interpreta que eso es “causa judicial”, aunque está simplemente conversando sobre estrategias en su despacho de abogados. Véase el caso *Juramento* infra IV.3.

³² Cf. BURKHARDT, “Rechtsirrtum und Wahndelikt”, *JuristenZeitung* 1981, 683; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 14. Sobre la jurisprudencia española, en detalle, FAKHOURI GÓMEZ, “Valoración crítica”, p. 4 con nota al pie 12.

³³ MURMANN, “LPK-StGB”, § 22 n.º m. 266.

Casa de Verano: Ofelia quiere vender su casa de verano en Málaga para mudarse al norte y acuerda la compraventa con Manuel. Tras un apretón de manos para cerrar el trato, Ofelia se retira a atender una llamada, dejando las llaves sobre la mesa. Manuel interpreta esto como una entrega de la propiedad y viaja a Málaga convencido de que el inmueble ya es suyo, desconociendo los requisitos legales de firma ante notario e inscripción registral de la escritura pública de compraventa. Al día siguiente, Ofelia lo llama furiosa exigiéndole que devuelva las llaves de inmediato, pues la casa sigue siendo de ella.

En este caso, la conducta de Manuel se subsume en el tipo objetivo del allanamiento de morada (art. 202, párr. 1, CP), pero tiene un error respecto del elemento normativo “ajenidad” de aquella morada en Málaga, al creer erróneamente que la casa ya es de su propiedad. Si bien la ajenidad es un elemento *normativo* del tipo que describe un *derecho* o una *relación jurídica*, el error que tiene Manuel se refiere no a reglas del derecho penal sino del derecho privado referidas a las regulaciones sobre tradición y compraventa de bienes inmuebles.³⁴ En principio y según una postura, cuando una relación jurídica o derecho sean elementos constitutivos del tipo penal, es suficiente con que el autor simplemente los conozca para que quede intacto el dolo.³⁵ Por tanto, se considera que si falta la representación de la relación jurídica por parte del autor, el dolo queda excluido.

También podemos pensar en un “error en el ámbito pre-típico” pero ahora *invertido*, con un ejemplo de un delito contra la propiedad. Imaginemos el siguiente caso:

*Lámpara*³⁶: El vendedor Diego vende al cliente Pedro una lámpara por 300 euros a través de un sitio web. Más tarde, Ana entra en la tienda y quiere esa misma lámpara que está por ser envuelta por Diego en la caja registradora. Tras la oferta de compra, Diego le dice a Ana que lamentablemente ya la ha vendido. Sin embargo, ella le ofrece un precio más alto y acepta. Diego le vende la lámpara a Ana y cree que está cometiendo un hurto porque cree que la cosa mueble es ajena.

El vendedor Diego considera erróneamente que la lámpara es propiedad de un tercero, aunque, en realidad, todavía es de su propiedad.³⁷ El

³⁴ Sobre este elemento normativo en otros casos véase FRISTER, ob. cit., § 11 n.º m. 35; KASPAR, ob. cit., § 7 n.º m. 11; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 23 ss.; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 144; WESSELS/BEULKE/SATZGER, “Strafrecht”, n.º m. 361.

³⁵ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 46.

³⁶ Este ejemplo está presentado varias veces. Cf. BURKHARDT, “Rechtsirrtum”, 685; MURMANN, “LPK-StGB”, § 22 n.º m. 302; RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 13.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2021, § 35 n.º m. 18; ESER/BOSCH, “§ 22”, en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H. (eds.), *Strafgesetzbuch* 30.^a ed., 2019, § 22 n.º m. 85. El caso inverso es hallable en RENGIER, ob. cit., § 15 n.º m. 9. Otros ejemplos en FRISTER, ob. cit., § 11 n.º m. 36 y ROXIN, ob. cit., § 29 n.º m. 390 ss.

³⁷ CUENA CASAS, “art. 609”, en: CAÑIZARES LASO, A./CÁMARA LAPUENTE, S./SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (Dir.), *Código Civil comentado. Volumen II (Arts. 609 a 1087). Libro III: De los*

motivo de este error es que confunde las disposiciones del derecho civil español en materia de transmisión de la propiedad: en España la propiedad se adquiere con título y modo *traditio* o tradición (art. 609 CC).³⁸ La compraventa *per se* no convierte a uno en propietario, y aquí es donde reside el error del vendedor Diego. Desconoce que la propiedad se transmite con la entrega de la cosa (art. 1462 CC).³⁹ En otras palabras, cree que la propiedad ya se transmitió con el contrato de compraventa efectuado por la página web. La errónea representación se basa en una desacertada comprensión de las normas que se sitúan en un *campo previo al tipo penal* en cuestión, a saber, las normas civiles.⁴⁰ Por tal representación, el autor asume que un elemento del tipo penal está dado. Esta asunción errónea de que existe un derecho o una relación jurídica en particular que perjudica al autor desde su propia representación —aquí, creer que la lámpara es ajena— y se debe a una representación errónea sobre el campo previo a una norma penal es un aspecto muy controvertido en el debate actual sobre la teoría del error.⁴¹

Dado que no todas son relevantes para nuestro tema, a los efectos del presente trabajo solamente nos ocuparemos de los errores relevantes para nuestro objeto de estudio, que es el error en el ámbito pre-típico y su inversión. A continuación, se presenta un breve panorama sobre el error de tipo, error de subsunción, error de prohibición, y sus variables de inversión para los últimos dos supuestos.⁴²

a) Error de tipo

Esta es la primera y clásica manifestación, también conocida como “error sobre circunstancias de hecho”, justamente porque el autor yerra

diferentes modos de adquirir la propiedad, Madrid, Civitas-Thomson Reuter, 2013, punto 2: “Un extremo que queda claro es que nuestro legislador excluyó el sistema de transmisión solo *consensu*: el contrato no es suficiente para transmitir la propiedad, sino que es necesario algo más: la tradición” (cursivas en el original); DÍEZ-PICAZO, “La tradición y los acuerdos translativos en el Derecho español”, *Anuario De Derecho Civil*, 19 (3), 1966, p. 555. También DE LOS MOZOS, “Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el derecho español”, *Anuario De Derecho Civil*, vol. 25, n.º 4, 1972, p. 1077.

³⁸ CUENA CASAS, ob. cit., punto 3 y 4.

³⁹ Cf. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “art. 1462”, en: CAÑIZARES LASO, A./ ORDUÑA MORENO, J. / DE PABLO CONTRERAS, P./ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.), *Código civil comentado. Volumen IV: Libro IV – De las obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final)*, Madrid, Civitas-Thomson Reuter, 2013.

⁴⁰ En detalle, ESER/BOSCH, ob. cit., § 22 n.º m. 84; FRISCH, *Strafrecht*, Múnich, Franz Vahlen, 2022, § 3 n.º m. 118 ss.; RENGIER, ob. cit., § 35 n.º m. 17 ss.

⁴¹ En detalle, MURMANN, “LPK-StGB”, § 22 n.º m. 266 ss.

⁴² Los llamados “errores al revés” o “error invertido”.

sobre algún elemento del tipo penal, sean descriptivos o normativos, porque no lo conoce.⁴³

Pluma: Adrián está muy molesto por su pluma blanca, ya que tiene un defecto y no siempre fluye bien la tinta cuando estudia para su examen de derecho penal. Una tarde, Adrián confunde su pluma con la de Ana, que tampoco funciona bien, pero son idénticas. Ya sin paciencia, Adrián rompe la pluma de Ana creyendo que era la suya.

En *Pluma*, empezaremos por analizar el tipo objetivo del daño doloso (art. 263 CP). El tipo objetivo exige el elemento normativo “propiedad ajena”. En otros ejemplos más clásicos, como el cazador del bosque que confunde a una persona con un oso, respecto de los elementos descriptivos del tipo de homicidio como “persona”, es suficiente para afirmar el dolo que el autor haya captado el contenido en un sentido natural del elemento “persona”. Es decir, tiene que reconocer que se trata de un ser humano y no una cosa o un animal en un sentido fáctico,⁴⁴ sin importar la valoración jurídica. Por tanto, una representación equivocada del elemento “persona” lleva consigo un error sobre circunstancias de hecho. En este caso, el cazador cae en un error de tipo cuando se representa que el objeto al que le dispara es un oso pero, en realidad, se trata de una persona. Lo mismo le ocurre a Adrián respecto del elemento normativo “ajeno” con relación a su pluma. En ambos casos, los autores yerran sobre un elemento del tipo penal. La consecuencia es la exclusión del dolo, lo cual se halla regulado en el art. 14.1 CP, por lo que se descarta la imputación de un delito doloso pero queda la posibilidad del delito imprudente correspondiente, si el error evitable o vencible, aunque también debería estar tipificado tal tipo imprudente. En caso contrario, ya sea que no haya el correspondiente tipo imprudente (como el delito de daño imprudente de cosa ajena) o que el error hubiera sido inevitable o invencible, el autor quedará impune (en este caso, aunque el delito respectivo conozca un tipo imprudente).⁴⁵

b) Error de subsunción

Aunque la diferenciación entre elementos descriptivos y normativos no suele tener grandes repercusiones, hay ciertos supuestos donde el error cae sobre el significado normativo de un elemento del tipo penal.⁴⁶

⁴³ CÓRDOBA, “Elementos”, § 7 n.º m. 55; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, “El error”, p. 149 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 275, 384; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 379.

⁴⁴ HILGENDORF/VALERIUS, ob. cit., § 8 n.º m. 15; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 7 s.; VARELA, *Dolo y error*, Madrid, Bosch, 2016, p. 259.

⁴⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, “El error”, p. 152 s.

⁴⁶ También véase BACIGALUPO, *Tipo y error*, Buenos Aires, Hammurabi, 3.^a edición, 2002, p. 161; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 13; KREY/ESSER, *Deutsches*

Aquí es donde entra en consideración el error de subsunción, dado que la errónea representación tuvo lugar respecto de un elemento normativo.⁴⁷ Aunque el autor comprende correctamente todos los elementos del suceso fáctico, hay una parte de su representación que no es acertada, porque él supone que los hechos, de todos modos, no satisfacen el tipo penal.⁴⁸ Esto se debe a que el autor se representa los elementos constitutivos del tipo objetivo en otros términos o conceptos y no reconoce que esos otros términos o conceptos resultan ser nada más que *sinónimos* del elemento constitutivo o está en él implicado.⁴⁹ El error yace en la comprensión de instituciones jurídicas.⁵⁰ El siguiente caso sirve como ejemplo que se retomará a lo largo del trabajo.

*Etiqueta:*⁵¹ Claudio cambia las etiquetas de dos prendas en el probador de un negocio para pagar menos.

En este caso, Claudio no se representa que la etiqueta es un documento en sentido jurídico, pero sí se representó correctamente que ese cartón atado a la prenda y sobre el cual estaba escrito un precio era una etiqueta en un sentido fáctico. Sin embargo, yerra sobre un término jurídico. Dicho claramente, Claudio yerra en el significado abstracto-jurídico que tiene esa etiqueta, ya que no reconoce que tiene la función de ser un documento en sentido jurídico.⁵² En ciertos casos, se ha reconocido en la doctrina que resulta muy compleja la diferenciación entre un error de subsunción y un error de tipo. Es por eso que FRISTER⁵³ propone que, para determinar si estamos frente al primer caso, debemos imaginar al autor como un “perfecto penalista”, que domina perfectamente la definición de todos los elementos constitutivos del tipo penal por analizar. Si, aun así, no hubiera reconocido que su conducta podía subsumirse en los elementos del tipo, existe un error de tipo, de lo contrario un error de subsunción. Este procedimiento también funciona para saber si se ha representado correctamente los elementos normativos del tipo penal.

Strafrecht Allgemeiner Teil, 7.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2022, n.^om. 419; MURMANN, “LPK-StGB”, § 22 n.^o m. 43 y 232; NEUMANN, “Verbotsirrtum und sonstige Irrtümer”, en: HILGENDORF, E. et al. (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, tomo II, Múnich, C. H. Beck, 2019, § 48 n.^o m. 64; PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden, Nomos, 2023, § 8 n.^o m. 36.

⁴⁷ BACIGALUPO, ob. cit., p. 160; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13.^a edición, Bielefeld, Giesecking, 2021, § 11 n.^o m. 66; § ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 5.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2020, § 12 n.^o m. 102.

⁴⁸ FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.^o m. 119; FRISTER, ob. cit., § 11 n.^o m. 34; GAEDE, “§ 16”, en: MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch*, 2.^a ed., Múnich, Vahlen, 2020, § 16, n.^o m. 24.

⁴⁹ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.^o m. 42

⁵⁰ FRISTER, ob. cit., § 11 n.^o m. 35.

⁵¹ PUPPE, “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum”, *Golddammer’s Archiv für Strafrecht*, 1990, 151; PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.^o m. 4. Otros ejemplos en FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.^o m. 43; NEUMANN, ob. cit., § 48 n.^o m. 64; ROXIN/GRECO, ob. cit., § 12 n.^o m. 101 s.

⁵² KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.^o m. 9 ss.

⁵³ FRISTER, ob. cit., § 11 n.^o m. 35 ss.

Piénsese en el carácter de “cosa mueble ajena” del tipo penal de hurto (art. 234 CP). Si el autor se equivoca sobre la institución jurídica de la ajenidad porque desconoce que el objeto sustraído es propiedad de otra persona, no se equivoca sobre la norma del derecho penal, sino sobre los hechos que deben subsumirse en esta norma y, por lo tanto, habría caído en un error de tipo como en *Pluma*. En cuanto a las consecuencias jurídicas, un error de subsunción no es una clase de error que tenga una consecuencia jurídica específica, es decir, si excluye el dolo o no.⁵⁴ Aunque, por regla general, no excluye el dolo ya que se lo considera un error irrelevante.⁵⁵ Esto es lo que sucede específicamente en el caso *Etiqueta*. Excepcionalmente puede tener las consecuencias jurídicas de un error de prohibición⁵⁶ cuando al autor, en virtud de su errónea representación, le falte a la vez la necesaria conciencia del ilícito.⁵⁷

c) Error de prohibición

A propósito del error de subsunción, hemos dicho que una consecuencia posible es que se lo valore como un error de prohibición. A diferencia del error de tipo o subsunción, aquí el autor es consciente de todas las circunstancias (sobre todo fácticas) de su comportamiento, pero desconoce la valoración por parte del ordenamiento jurídico (art. 14.3 CP).⁵⁸ Es por eso que, ya en el marco de la culpabilidad, se habla de la conciencia del ilícito⁵⁹: al cometer el hecho, el autor debe comprender que infringe el orden valorativo impuesto por el derecho aplicable.⁶⁰ En el caso del error de prohibición,⁶¹ justamente eso es lo que falta, porque el autor no comprende que su comportamiento es contrario a derecho.⁶²

⁵⁴ FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 111.

⁵⁵ BACIGALUPO, ob. cit., p. 160; FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 43; FRISTER, ob. cit., § 11 n.º m. 34; GAEDE, ob. cit., § 16, n.º m. 24; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 15; KREY/ESSER, ob. cit., n.º m. 419; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Múnich, Vahlen, 2017, § 5 n.º m. 93; MURMANN, “LPK-StGB”, § 22 n.º m. 43; ROXIN/GRECO, ob. cit., n.º m. 101 ss. Sobre las excepciones, con ejemplos, PUPPE, “El derecho penal como ciencia”, p. 250.

⁵⁶ FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 111; FRISTER, ob. cit., § 11 n.º m. 34; KASPAR, ob. cit., § 7 n.º m. 11; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 15; MURMANN, “LPK-StGB”, § 22 n.º m. 232; NEUMANN, ob. cit., § 48 n.º m. 64; ROXIN/GRECO, ob. cit., § 12 n.º m. 101; ZIESCHANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., Stuttgart, Boorberg, 2023, n.º m. 118. Sobre el error de subsunción que sí excluye el dolo véase ROXIN/GRECO, ob. cit., § 12 n.º m. 104.

⁵⁷ HILGENDORF/VALERIUS, ob. cit., § 8 n.º m. 16; MIR PUIG, ob. cit., 10/77.

⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El error”, p. 159 ss.; HILGENDORF/VALERIUS, ob. cit., § 8 n.º m. 32 ss.; KÜHL, ob. cit., § 13, n.º m. 50; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 383; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 380; WESSELS/BEULKE/SATZGER, “Strafrecht”, n.º m. 456.

⁵⁹ RENGIER, ob. cit., § 31 n.º m. 1.

⁶⁰ HILGENDORF/VALERIUS, ob. cit., § 8 n.º m. 32.

⁶¹ Sobre su desarrollo histórico, véase SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 25/1 ss.

⁶² RENGIER, ob. cit., § 31 n.º m. 4: no es necesario que conozca la regla específica del derecho, sino que considere que es punible o “sancionable” en sentido que atenta contra el ordenamiento jurídico.

La consecuencia principal es que un error de prohibición deja intacto el dolo,⁶³ aunque —respecto de la culpabilidad— se debe distinguir si es vencible. Dado este caso, se aplicará una pena inferior en uno o dos grados, según la letra del art. 14.3.⁶⁴ De lo contrario, se excluye la responsabilidad penal.

La inversión de este error está dada cuando el autor cree que su comportamiento es contrario a derecho, pero, en verdad, no está tipificado. Un ejemplo clásico es el caso del adulterio, ya derogado, pero alguien se representa erróneamente que su relación adúltera constituye un delito. No obstante, estos casos son delitos putativos y su consecuencia es la impunidad.⁶⁵

d) Error de subsunción invertido

Aquí se da un error en la interpretación del significado o sentido jurídico de un elemento normativo, caso en el cual el autor cree que el supuesto de hecho se subsume jurídicamente en dicho elemento, pero en verdad no es así. El autor interpreta el ámbito de aplicación de la norma de manera demasiado laxa, es decir, no reconoce un hecho que, objetivamente, no cumple con los elementos del tipo penal como tal y, en consecuencia, tampoco lo designa con los términos correspondientes a la descripción típica. En este sentido, se trata de un error favorable al autor en lo que hace a las consecuencias jurídicas, ya que es irrelevante.⁶⁶ Esto se ilustra en el presente caso, que tuvo que ser resuelto por los tribunales alemanes:

*Fotocopia:*⁶⁷ Al recopilar y fotocopiar diferentes partes de varios documentos, Carlota crea una fotocopia. Cree que la conducta de confeccionar y hacer uso en el tráfico jurídico de tal fotocopia cumple el tipo penal de falsificación de documentos según el § 267 del Código Penal alemán [StGB]. Sin embargo, dicho collage no constituye un documento en un sentido jurídico.

Aquí se trataría, por el contrario, de un delito putativo y, por tanto, quedaría impune. Por este motivo algunos autores incluso asumen que se trata de un sub-caso del error de prohibición al revés.⁶⁸ El argumento

⁶³ RENGIER, ob. cit., § 31 n.º m. 3.

⁶⁴ MIR PUIG, ob. cit., 21/28. La cuestión de la evitabilidad del error es sumamente compleja. Al respecto, véase solo CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 33 ss. Un panorama breve ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 332.

⁶⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El error”, p. 182.

⁶⁶ Véase HEIDINGSFELDER, ob. cit., p. 21; LUZÓN PEÑA, ob. cit., 17/19.

⁶⁷ PUPPE, “Zusammengesetzte Fotokopie von Teilen mehrerer Schriftstücke keine Urkunde”, *NStZ* 2001, 482 ss.; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 142. Véase también FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 112 con más referencias.

⁶⁸ KÜHL, ob. cit., § 15 n.º m. 99.

principal en este caso es que el autor ha imaginado un supuesto de hecho que no está contemplado en los supuestos de hecho abarcados por el tipo objetivo.⁶⁹ Tal representación debería corresponderse únicamente al dolo exigido en el tipo subjetivo, como reflejo del elemento normativo “documento” del tipo objetivo de falsificación de documentos respectivo.⁷⁰ Por el contrario, el autor, desde su errónea representación, *amplía exce-
sivamente* el ámbito de aplicación de un elemento normativo del delito.⁷¹ Aquella representación de Carlota, de que su comportamiento constituye la falsificación de un documento, es entonces inadecuada para decir que se ha constituido el dolo requerido por el tipo subjetivo.⁷² Justamente yerra porque no comprende correctamente la función jurídica o social del término “documento”,⁷³ ya que esa fotocopia creada a partir de un collage de otras photocopies no es un documento en sentido jurídico. Por lo tanto, se afirma que el autor solo tiene en mente un tipo objetivo “imaginario”.⁷⁴ En consecuencia, el autor comete un delito putativo,⁷⁵ al no haber ninguna violación al ordenamiento jurídico.⁷⁶

3. Conclusión provisoria

Lo que los casos *Pluma*, *Etiqueta*, *Lámpara*, *Casa de Verano* y *Fotocopia* tienen en común consiste en que el autor incurre en un error sobre un elemento normativo del tipo. Sin embargo, la falsa representación no tiene en todos los casos el mismo objeto. Normalmente en la doctrina encontramos una clara diferencia en las consecuencias jurídicas para cada uno de estos errores. Pero, ¿cuál es entonces la diferencia que hay entre los casos, a pesar de que todos los errores caen sobre un elemento normativo del tipo? A la respuesta de esta pregunta se dedican los apartados siguientes.

⁶⁹ FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 119.

⁷⁰ ROXIN, ob. cit., § 29 n.º m. 383.

⁷¹ FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 122; KÜHL, ob. cit., § 15 n.º m. 96.

⁷² FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 119.

⁷³ Cf. KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 24.

⁷⁴ SANCINETTI, “El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional”, *InDret*, vol. 1, 2017, 9.

⁷⁵ FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 120; FRISTER, ob. cit., AT, § 23 n.º m. 18; JAKOBS, “Strafrecht”, § 25 n.º m. 39; KÜHL, ob. cit., § 15 n.º m. 99 f.; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 124; ROXIN, ob. cit., § 29 n.º m. 383 ss. Otra perspectiva en ROXIN, ob. cit., § 29 n.º m. 383 con más referencia. Crítica al respecto PUPPE, “Zusammengesetzte Fotokopie”, 482.

⁷⁶ En el caso de un error de subsunción inverso, la postura mayoritaria considera que el autor ya no yerra sobre la punibilidad de su comportamiento —como sucede en un error “directo” o “al derecho”— sino que yerra sobre la violación al ordenamiento jurídico a través de su comportamiento. Cf. MURMANN, en: LK-StGB, § 22 n.º m. 258.

III. Estado de la discusión en la doctrina

1. Postura de la tentativa inidónea

A pesar de la solución dada para el error de subsunción invertido en la doctrina, la cuestión empieza a dificultarse cuando una parte de la doctrina hace una distinción en cuanto a las consecuencias jurídicas entre el error de subsunción invertido y el error en el ámbito pre-típico.⁷⁷ Ahora estaríamos, según lo que llamaré “la postura de la tentativa”, frente a otra clase de constelaciones de casos, que pueden ocasionalmente darse en el marco de los “errores sobre un derecho o una relación jurídica”.⁷⁸ Esta postura considera que el error de Diego en *Lámpara* no obsta a considerar que aquello que se presenta no es nada más que un error de tipo invertido que no excluye el dolo: una tentativa. Dado que él se representa que otra persona tiene la facultad de determinar el estado de la cosa, está actuando dolosamente con respecto al elemento “ajenidad” de una cosa y esa cuestión es lo único relevante para el dolo. Por eso, sería punible por una tentativa inidónea.

El fundamento de esto es que, por un lado, el autor se alza en contra de una “decisión fundamental” adoptada por el legislador, tal como lo indica HERZBERG.⁷⁹ Lo esencial para el dolo es, entonces, que el autor actúe en contra de esa decisión fundamental, no en contra del ámbito de referencia —aquí: el derecho civil. Trasladado al error en el ámbito pre-típico invertido, como *Lámpara*, el vendedor Pedro comete una tentativa inidónea porque, aunque tiene una representación errónea del ámbito de la referencia sí tiene la correcta y relevante representación de que se viola la propiedad, a pesar de ser solo imaginada.⁸⁰ Por otro lado, las reglas previas al derecho penal (como las de la transmisión de la propiedad de una cosa o bien inmueble en el derecho civil) no tienen ninguna relevancia como objeto del dolo.⁸¹ La tentativa resulta ser inidónea porque nadie puede cometer un hurto contra sí mismo.

⁷⁷ Cf. FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 123 ss.; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 29; RENGIER, ob. cit., § 35 n.º m. 17 ss.; ROXIN, ob. cit., § 29 n.º m. 388 ss.; ESER/BOSCH, ob. cit., § 22 n.º m. 85.

⁷⁸ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 144 ss.; la misma, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 9 ss.

⁷⁹ BLEI, “Das Wahnverbrechen”, JA 1973, 604; HERZBERG, “Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH”, Jus 1980, 472 ss. Cf. MURMANN, “LPK-StGB”, § 22 n.º m. 267, 302; ROXIN, ob. cit., § 29 n.º m. 395. En contra de hacer esta diferenciación hecha por Herzberg, SCHLÜCHTER, ob. cit., 527: Por más perspicaz y racional que parezca esta diferenciación, no puede aceptarse.

⁸⁰ HERZBERG, ob. cit., p. 473; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, Múnich, C.H. Beck, 2025, n.º m. 54.

⁸¹ HERZBERG, ob. cit., p. 472. Cf. ENGLÄNDER, “§ 22”, en: KINDHÄUSER, U. et al. (eds.), *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, Nomos, 6.^a ed., 2023.

§ 22 n.º m. 107; RENGIER, ob. cit., § 35 n.º m. 17 ss.; ROXIN, ob. cit., § 29 n.º m. 395.

El punto de conflicto se encuentra, sin embargo, cuando una postura minoritaria asume otra consecuencia jurídica únicamente aplicable para el error en el ámbito pre-típico invertido y aboga por un delito putativo. Veamos en detalle esta postura.

2. Postura del delito putativo

Una postura bastante extendida, aunque aún minoritaria, considera que en el caso del error en el ámbito pre-típico invertido se trata de un delito putativo.⁸² Esto vale independientemente del origen de ese error, es decir, de qué ámbito del derecho proviene esa norma sobre la que se yerra.⁸³ Según este punto de vista, la representación errónea o la incorrecta comprensión de las normas que se encuentran fuera del derecho penal constituiría un error de subsunción invertido. Segundo BURKHARDT, tal representación errónea significa una extralimitación del ámbito de protección del derecho penal.⁸⁴ Por esta razón, tales errores deben tratarse como un error de subsunción invertido. El trasfondo de esto es que en ambos casos el error afecta “a la extensión de los elementos normativos del tipo penal y, por tanto, también al ámbito de aplicación del delito respectivo”.⁸⁵ En el caso del elemento “ajeno”, no solo debe tenerse en cuenta la representación de que algo es propiedad de un tercero, sino también las disposiciones que fundamentan la adquisición y la pérdida de una cosa.⁸⁶ En otras palabras, las razones de origen [*Entstehungsgründe*] son relevantes, por lo que también deben estar abarcadas por dolo. Un error al respecto, aunque sea en el ámbito del derecho civil, no da lugar al dolo, al igual que sucede en el delito putativo. El caso *Lámpara* debe, entonces, quedar impune.⁸⁷ De todos modos, más allá de esa solución al caso, hay que explicar por qué motivo se considera que hay una extralimitación, y que ella es tan decisiva que debe conducir a la impunitud del autor.

Un punto central que ayuda a darle fundamento a esta objeción es que aquella errónea representación del autor en el ámbito pre-típico implica una “extralimitación” en el sentido de que constituye una clase de

⁸² BURKHARDT, “Rechtsirrtum”, 686 ss.; JAKOBS, “Strafrecht”, § 25 n.º m. 42; HOTZ, “Untauglicher Versuch und Wahndelikt bei Fehlvorstellungen über rechtsinstitutionelle Umstände”, *Juristische Schulung*, vol. 56 (3), 2016, 224; KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Strafgesetzbuch*, 9. ed., Múnich, C.H. Beck, 2022, Previo al § 22, n.º m. 15; ESER/BOSCH, ob. cit., § 22 n.º m. 89. Véase también MURMANN, en: LK-StGB, § 22 n.º m. 269 con más referencias.

⁸³ ESER/BOSCH, ob. cit., § 22 n.º m. 89.

⁸⁴ BURKHARDT, “Rechtsirrtum”, 685 s.

⁸⁵ BURKHARDT, “Rechtsirrtum”, 686.

⁸⁶ BURKHARDT, “Nachschlag zum Wahndelikt”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013, 351.

⁸⁷ Así KINDHÄUSER/HILGENDORF, ob. cit., Previo al §§ 22, n.º m. 15.

agresión o infracción que no se corresponde con ninguna prohibición real incluida en el ordenamiento jurídico.⁸⁸ Esto último puede verificarse puntualmente con el análisis que debe hacerse sobre cómo está configurado un tipo objetivo: el tipo debe considerarse realizado solo si está dada alguna de aquellas situaciones de hecho que cumplen con el elemento normativo en cuestión.⁸⁹ A modo de ejemplo, el elemento “documento” no incluye un collage de fotocopias, pero el autor se representa lo contrario. Es por eso que ocurre la extralimitación aludida. Pero el siguiente argumento es que la representación individual de un autor no puede definir arbitrariamente qué contenido tiene que dársele al elemento normativo, sino que es la norma quien ya lo determina.⁹⁰ Debería reconocérsele a esta opinión que algo de razón tiene en este punto. Así, por ejemplo, SANCINETTI sostiene que cuando el autor actúa sobre la base de un error normativo invertido, cualquiera que sea el campo del derecho al que esto se refiera, es seguro que no atentará contra el orden jurídico existente, sino contra uno imaginado por él.⁹¹ Si llegásemos a considerar que tal agresión es una infracción relevante para el derecho penal, tanto como para responsabilizarlo por tentativa, estaríamos ante un sistema normativo que le atribuye al autor una facultad que claramente no tiene: crear normas incriminatorias, es decir, tipos penales adicionales, no establecidos por el legislador, lo cual atentaría fuertemente contra el principio de legalidad.⁹² Pues un ciudadano no puede participar de esta manera en la formación de tipos penales (aquí, puntualmente, en la determinación de los límites de la valoración de un elemento típico).⁹³ En consecuencia, JAKOBS señala que el comportamiento del autor no tiene una importancia delictiva, ya que es contradictorio en sí mismo en dos sentidos.⁹⁴ Por un lado, tanto el contenido como los límites de lo que está prohibido ya están fijados por la norma, los cuales no abarcarán *cualquier* tipo de representación o significado que le asigne arbitrariamente el autor.⁹⁵ Entonces, si tal agresión ya es imposible en la realidad jurídica objetiva, la protección del derecho penal contra tales ataques también

⁸⁸ Cf. BURKHARDT, “Rechtsirrtum”, 685; HOTZ, ob. cit., 225; JAKOBS, “Strafrecht”, § 25 n.º m. 38, 42.

⁸⁹ SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 292.

⁹⁰ SANCINETTI, “Fundamentación subjetiva del ilícito”, p. 285.

⁹¹ SANCINETTI, “El disvalor”, 9. Véase también SANCINETTI, “Notas sobre la ‘tentativa inidónea’”, LERMAN/DIAS (coords.), *Hacia un derecho penal más racional*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2023, p. 352 s. con nota al pie 4. Nótese que este argumento es similar al de la postura mayoritaria respecto de la impunidad del error de subsunción al revés.

⁹² SANCINETTI, “Fundamentación subjetiva del ilícito”, p. 287 s.

⁹³ SANCINETTI, “Fundamentación subjetiva del ilícito”, p. 288.

⁹⁴ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 2012, p. 71. También en este sentido BURKHARDT, “Rechtsirrtum”, 686: El dolo del autor se dirige a un supuesto comportamiento contrario a derecho y no a uno realmente contrario a derecho.

⁹⁵ Véase SANCINETTI, “Fundamentación subjetiva del ilícito”, p. 286.

está fuera de lugar.⁹⁶ Por otro lado, es importante el papel que juega el dolo respecto de la representación. El dolo, así JAKOBS, está compuesto por dos elementos: el conocimiento de las situaciones de hecho y el conocimiento de la significación. Si el autor no le da al supuesto de hecho la significación que le corresponde según el ordenamiento jurídico, entonces él afecta un mero ordenamiento inexistente e inventado.⁹⁷ Justamente estas circunstancias hacen a la fundamentación del delito putativo, a saber, que el autor actúa en conocimiento de las circunstancias fácticas externas pero valora de forma diferente la situación jurídica, al considerar su comportamiento como punible.⁹⁸ Aquí es donde yace la falsa representación del autor.⁹⁹

Adicionalmente, KINDHÄUSER y HILGENDORF¹⁰⁰ subrayan, en contra de una responsabilidad penal por tentativa, que al menos la posibilidad fáctica o normativamente concebible de su consumación debería ser un requisito imprescindible para la punibilidad. Ya si un comportamiento nunca pudiera desembocar en un delito consumado debido a la situación jurídica actual, apenas existe la posibilidad de valorarlo como tentativa. Entonces, aunque el autor tenga “dolo”, esto no es suficiente para justificar la responsabilidad penal por tentativa.

3. Posibles críticas

Por supuesto que una de las primeras críticas que puede hacerse a ambas posturas es que generalizan las consecuencias en una suerte de “a todo o nada” y no resultan apropiadas para alcanzar un criterio diferenciador que resulte apto para trazar una línea divisoria. Pues la postura de la tentativa ampliaría demasiado el ámbito de punibilidad a casos no punibles, pero la minoritaria dejaría impunes a casos *prima vista* dolosos.¹⁰¹

Puntualmente respecto de la postura de la tentativa inidónea, la crítica principal que puede hacérsele es que parte de la base de una suerte de “liberación del ámbito de referencia” por parte del legislador, con la consecuencia de que cualquier error deja intacto el dolo.¹⁰² Una afirmación general tal es incorrecta, porque la imaginación del autor no tendrá el poder de ampliar el ámbito de aplicación de una norma y hacerla punible para su caso concreto. Entonces, esa imaginación no podría tener

⁹⁶ Cf. BURKHARDT, “Rechtsirrtum”, 685.

⁹⁷ JAKOBS, “Strafrecht”, § 25 n.º m. 42.

⁹⁸ Cf. VALERIUS, ob. cit., 113.

⁹⁹ MURMANN, en: LK-StGB, § 22 n.º m. 258.

¹⁰⁰ KINDHÄUSER/HILGENDORF, ob. cit., Previo al §§ 22, n.º m. 15.

¹⁰¹ Cf. HEIDINGSFELDER, ob. cit., p. 125 s.

¹⁰² Así, MURMANN, en: LK-StGB, § 22 n.º m. 268; HEIDINGSFELDER, ob. cit., p. 132 s.

el efecto de fundamentar el dolo, pues el legislador tiene interés especial no por el tipo penal *per se*, sino por proteger el bien jurídico.¹⁰³

Subsidiariamente pueden plantearse observaciones más bien relacionadas con las consecuencias que se derivan del hecho de que se considere tentativa. Por ejemplo, FRISCH¹⁰⁴ acertadamente advierte que la responsabilidad penal por tentativa podría conducir a una extensión de la criminalización difícil de tolerar. En esta dirección, ESER y BOSCH¹⁰⁵ subrayan correctamente que la postura del delito putativo conduce a límites penalmente sensatos de la responsabilidad penal y tiene la ventaja de la simplicidad, ya que todo debe valorarse como delito putativo.

Respecto de la postura del delito putativo, MURMANN apunta específicamente en contra de la tesis de BURKHARDT, ya que le resulta un tanto constraintuitivo pensar que el elemento ajeno deba ser interpretado como un elemento en blanco a ser complementado por reglas específicas del derecho civil sobre la transmisión y tradición. Resultaría más sensato pensar que simplemente es relevante el estado del patrimonio existente al momento del hecho, de forma tal que no es necesario que el dolo abarque también esos elementos civiles, sino solo el elemento nombrado en el tipo penal, como el de la ajenidad.¹⁰⁶ Además, HEIDINGSFELDER advierte que de aceptarse que el dolo se extiende a los postulados del derecho civil, tendría la consecuencia de que, incluso en el mejor de los casos, solo los juristas pueden tener dolo porque solo ellos conocen esas reglas a la perfección.¹⁰⁷ No obstante, creo que esta crítica en algún punto es acertada pero no decisiva. Pues, al fin y al cabo —sin necesariamente sostener que el dolo tiene que abarcar los elementos de una norma de remisión— están en lo cierto JAKOBS y SANCINETTI cuando advierten que el hecho del autor viola un ordenamiento jurídico imaginario y, por eso, no sería razonable imponerle una pena, ni siquiera por tentativa. El que un hecho sea antijurídico no puede estar determinado por la imaginación del destinatario de la norma. Por todo esto, considero que la postura del delito putativo resulta ser más plausible.

Hasta aquí nos queda claro que en la literatura no se ha dado un tratamiento uniforme al error en el ámbito pre-típico invertido. Sin embargo,

¹⁰³ Así, MURMANN, en: LK-StGB, § 22 n.º m. 268; PAEFFGEN/ZABEL, en: KINDHÄUSER et al. (eds.), *Nomos Kommentar StGB*, 6.ª ed., tomo II, Baden-Baden, Nomos, 2013, Previo al § 32 n.º m. 262-264.

¹⁰⁴ Así FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 124 con más referencias; BURKHARDT, “Rechtsirrtum”, 687. Próximos, MURMANN, en: LK-StGB, § 22 n.º m. 268; PAEFFGEN/ZABEL, ob. cit., Previo al § 32 n.º m. 263.

¹⁰⁵ ESER/BOSCH, ob. cit., § 22 n.º m. 89.

¹⁰⁶ MURMANN, en: LK-StGB, § 22 n.º m. 270; PUPPE, “Der Umkehrschluss”, 308. Similar SCHUSTER, *Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten – Eine Untersuchung zum Allgemeinen Teil im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, p. 170 s.

¹⁰⁷ HEIDINGSFELDER, ob. cit., p. 125.

queda por indagar por qué esto es así. La respuesta no puede limitarse simplemente a decir que en un caso el dolo abarca las cuestiones previas al derecho (o no). Debemos buscar algún argumento material, desde la dogmática penal, que nos explique la pregunta clave para entender la diferencia entre uno y otro caso. La pregunta es, entonces, *por qué* en un caso el error del autor *deja intacto el dolo y en el otro, no*. Dicho de forma más precisa: la pregunta central que nos tenemos que hacer es, entonces, hasta qué punto tiene que llegar el conocimiento del autor para que se configure el dolo.

IV. La toma de postura intermedia representada por Puppe

1. *El dolo en el error en el ámbito pre-típico invertido*

Para resolver esta problemática puede ser fructífera la postura de PUPPE acerca de la relación que tiene que haber entre el dolo como elemento principal del tipo subjetivo y la teoría del error. Comencemos por el concepto de dolo que defiende esta autora.¹⁰⁸ Ante la pregunta de cuál debe ser el contenido de aquellos conocimientos que dan lugar al dolo del autor, PUPPE explica que ese contenido es conocer el *sentido descriptivo del tipo*.¹⁰⁹ Esto es lo que ella llama “intensión” del tipo penal.¹¹⁰ Más concretamente: el autor debe saber que él realiza el sentido descriptivo del tipo penal. Esto es representado por aquellos hechos que pertenecen al tipo penal.¹¹¹

Así, no es necesario que el autor conozca la expresión literal del tipo ni los límites precisos del sentido de la oración típica ni de los conceptos que aparecen en ella.¹¹² No es necesario un conocimiento jurídico exacto.¹¹³ No se le exige eso al ciudadano, de lo contrario, solamente un juris-

¹⁰⁸ A pesar de que se distancia de la postura tradicional que entiende al dolo como “conocer y querer la realización del tipo penal”, no considero que esto tenga repercusión alguna para el análisis que sigue.

¹⁰⁹ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 36, 39; PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 2, 6. De acuerdo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El error”, p. 347.

¹¹⁰ PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 235, 240; PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 6; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 33, 36 f., 141, 145; PUPPE, “Der Umkehrschluss”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 128(2), 2016, 314. También HEIDINGSFELDER, ob. cit., p. 152 s.

¹¹¹ PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 39.

¹¹² PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 237; PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 3; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 46.

¹¹³ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 42. Así también por regla general en la literatura RENGIER, ob. cit., § 15 n.º m. 5; ROXIN/GRECO, ob. cit., § 12 n.º m. 101.

ta podría tener dolo.¹¹⁴ Por el contrario, el sentido descriptivo se compone de hechos. Así, el autor puede realizar el tipo objetivo ya conociendo el hecho que se describe en un tipo penal sin saber necesariamente que el tipo penal lo describe.¹¹⁵ El autor puede incluso representarse un hecho del tipo penal con otras palabras u otros conceptos que se refieran a los mismos hechos.¹¹⁶ Para aclarar cómo funciona esto, ella utiliza justamente el caso *Etiqueta*.¹¹⁷ Es irrelevante que el cliente entienda correcta y completamente el término “documento” en el sentido jurídico que se utiliza en el art. 395 CP o § 267 StGB.¹¹⁸ Más bien, lo decisivo es comprobar si reconoció el *sentido descriptivo* de “documento” y “falsificación”. Lo último quedará expuesto, cuando el juez le pregunte por qué cambió la etiqueta del precio y qué quería conseguir con ello.¹¹⁹ Si, a continuación, el cliente responde que intentó crear la apariencia de que el dueño del negocio ofrecía la mercancía a un precio inferior al real, entonces tiene la representación de que está falsificando un documento.¹²⁰ Respecto del elemento típico “documento”, es suficiente con que haya considerado que esa etiqueta del precio es una declaración que plasma una intención o voluntad por parte del dueño (aquí, la intención de vender la prenda a un precio determinado) que puede y debe utilizarse como prueba de un determinado hecho en el tráfico jurídico.¹²¹ Este análisis de subsunción recién realizado nos explica que para saber si el autor se representa el sentido del tipo penal (=dolo) se debe analizar si los términos empleados en la ley coinciden con los términos que tuvo en su mente el autor.¹²² Con esto constatamos que el cliente le ha atribuido justamente esta función a la etiqueta.¹²³ Pues el término “falsificación de documentos”, en cuanto a su sentido, está contenido en el hecho de cambiar una etiqueta.¹²⁴ Por eso, el cliente reconoce el sentido descriptivo del elemento “documento” y actúa dolosamente. Se encuentra entonces en un error de subsunción irrelevante.¹²⁵ Esto incluso vale si responde que nunca se imaginó que esa banal etiqueta de precio fuera un documento, sino que creía que los

¹¹⁴ BACIGALUPO, ob. cit., p. 161; PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 3; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 47; ZIESCHANG, “Strafrecht”, n.º m. 118.

¹¹⁵ PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 3, 6.

¹¹⁶ PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 3, 42.

¹¹⁷ PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 237; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 46. Véase también los ejemplos en KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 23 ff.

¹¹⁸ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 46, PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 237.

¹¹⁹ PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 4.

¹²⁰ PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 4; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 46. Sobre la explicación véase PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 234 s.

¹²¹ KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 25; PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 236; ZIESCHANG, “Strafrecht”, n.º m. 118.

¹²² PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 241.

¹²³ PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 238.

¹²⁴ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 46.

¹²⁵ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 47; ZIESCHANG, “Strafrecht”, n.º m. 118. Que sea irrelevante significa que deja intacto el dolo.

documentos eran solo declaraciones escritas firmadas a mano por el emisor.¹²⁶ Distinto es el caso *Fotocopia*. El motivo es el siguiente: el cliente no reconoce que en el concepto especial “collage” no está implicado en el concepto general “documento” usado en el tipo penal.¹²⁷ Hay una subsunción errónea del supuesto de hecho en los elementos del tipo. Por tanto, no tiene dolo respecto del elemento “documento” y no se puede hablar de una responsabilidad penal. Solo estamos frente a un delito putativo que queda impune.¹²⁸

No obstante, el caso *Lámpara* no parecería correr la misma suerte. Como ya se ha mencionado, el elemento “cosa mueble ajena”, en el sentido del tipo penal del hurto, es un elemento normativo. Se trata de hechos institucionales que incluyen derechos, relaciones jurídicas y otras consecuencias jurídicas.¹²⁹ Si los derechos y las relaciones jurídicas se hallan descritos en los elementos del tipo, basta simplemente con que el autor los conozca para que actúe dolosamente.¹³⁰ Sin embargo, aquí hay que poner un límite. Porque no cualquier representación fundamenta el dolo ni cualquiera lo excluye, tal como constatamos en la conclusión provisoria. Por lo tanto, solo una representación en la que el autor piense que se trata de una cosa ajena es decisiva para que se configure el dolo.¹³¹ Por el contrario, tal como lo señala PUPPE, el sentido del tipo penal y con ello lo relevante para afirmar el dolo no abarca *cómo* ha sido constituido o surgido ese derecho o relación jurídica.¹³² Solamente se tiene que representar ese elemento típico “ajeno” en un sentido más bien “estático”, es decir, tiene que conocer la propiedad en una esfera ajena como hecho ya dado. Un elemento normativo tal da lugar a una norma de determinación significativa, incluso sin referencia a las razones de su origen o el modo en el que se ha configurado.¹³³ En otras palabras, el dolo no debe extenderse a aquella regla generadora de esos hechos institucionales.¹³⁴ Entonces, este error solo debe referirse a la cuestión de

¹²⁶ PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 5.

¹²⁷ Cf. PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 5. Para otro ejemplo, en el que el concepto especial está implícito en el concepto general jurídico descrito en el tipo penal, véase PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 42.

¹²⁸ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 142.

¹²⁹ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 31, 46 s., 50, 146; PUPPE, “Der Umkehrschluss”, 309; BÖSE, “Der Irrtum über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtswissenschaft*, vol. 11, 2022, 639. Véase también BURKHARDT, “Rechtsirrtum”, 683.

¹³⁰ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 48; también el comentario de PUPPE en BÖSE, ob. cit., 639.

¹³¹ KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 29; PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 9.

¹³² PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 21. En el mismo sentido, WESSELS/BEULKE/SATZGER, “Strafrecht”, n.º m. 361. Posteriormente, PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 141 advierte que por eso la distinción entre los errores que fundamentan la punibilidad necesitan un cuidadoso análisis de su sentido.

¹³³ PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 9. Véase también ENGLÄNDER, ob. cit., § 22 n.º m. 107.

¹³⁴ ENGLÄNDER, ob. cit., § 22 n.º m. 107.

si esta cosa mueble es propiedad de un tercero. Esto se logra cuando el autor tiene la idea de que otra persona tiene la facultad para determinar el estado del objeto¹³⁵.¹³⁶ En consecuencia, la única representación que constituye una condición necesaria para el dolo es la representación del elemento típico “ajeno”.¹³⁷ Y solamente un error sobre la falta de esa relación jurídica (aquí: “ajeno”) o falta de una comprensión adecuada¹³⁸ de aquél excluye el dolo, como sucede en *Casa de Verano*.¹³⁹ Aquí es donde está ubicado el límite del dolo. Un ejemplo ilustrativo de esto es *Pluma*: Adrián no tiene dolo de dañar una cosa ajena en el sentido del art. 263 CP.¹⁴⁰ El autor yerra directamente sobre el hecho “ajeno”, en el sentido de que se representa que es una cosa propia. Este “ajeno” es el elemento típico real que constituye una condición necesaria para el dolo.¹⁴¹ Pero la representación errónea sobre la forma de cómo un derecho se materializa o configura, como en *Lámpara*, es irrelevante para el dolo.¹⁴² En términos de PUPPE, podríamos decir que esto último no pertenece a la intención del tipo penal. Pues el conocimiento de cómo surge o se origina ese derecho o relación jurídica están por fuera del dolo. Así, el autor en *Lámpara* no yerra sobre el sentido descriptivo del tipo. En conclusión, podemos decir que el autor sí se representa el derecho o relación jurídica que pertenece al tipo penal. Por eso es que es punible por tentativa inidónea.¹⁴³

2. Segunda conclusión provisoria

El apartado III nos ha demostrado que, en el contexto de esta discusión, el punto de vista habitual de la doctrina no proporciona una base sólida para resolver la cuestión. Por tanto, la afirmación usual de que la clave del análisis reside meramente en determinar si el error yace en el “ámbito pre-típico” es, como mínimo, insuficiente. La clave del debate reside en la relación con el dolo que exige el tipo subjetivo, tal como se presentó en el punto IV.1. Es por eso que ahora queda por determinar

¹³⁵ KINDHÄUSER, U./Zimmermann, AT, § 27 n.º m. 29. Cf. también ROXIN/GRECO, ob. cit., § 12 n.º m. 102.

¹³⁶ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 48.

¹³⁷ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 48; PUPPE, “Der Umkehrschluss”, 309.

¹³⁸ Con esto podría entrar en consideración un error de subsunción que excluya el dolo. Al respecto, PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 250 con ejemplo.

¹³⁹ FRISTER, ob. cit., § 11 n.º m. 35; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 14; comentario de PUPPE en BÖSE, ob. cit. 639; ROXIN/GRECO, ob. cit., § 12 n.º m. 104.

¹⁴⁰ Véase KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 19.

¹⁴¹ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 145: „Eine Vorstellung von der Entstehungsweise eines tatbestandsmäßigen Rechtsverhältnisses ist gar nicht notwendige Bedingung des Vorsatzes, sondern nur die Vorstellung, dass dieses Rechtsverhältnis besteht“.

¹⁴² Véase PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 9 und PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 21, 40, 48, 50a, 141, 145; a favor KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 29.

¹⁴³ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 147.

qué consecuencias tendrá la postura de PUPPE en otros ámbitos o institutos del derecho penal.

3. Aplicación y consecuencias de la postura de Puppe

Una vez señalado que la condición necesaria para la constitución del dolo es la representación del sentido descriptivo del tipo por parte del autor, queda por ahondar en la siguiente cuestión: las reglas detrás del elemento normativo. Si observamos detenidamente un sistema jurídico, las reglas del derecho civil o administrativo que se ubican en el ámbito pre-típico no son las únicas reglas existentes que pueden relacionarse o implicarse en el tipo penal. Por el contrario, hay algunos elementos normativos de los tipos penales que se remiten directamente a normas previas, como las leyes penales en blanco.¹⁴⁴ Imagine el siguiente caso:¹⁴⁵

Juramento: La testigo Teresa se encuentra en un estudio de abogados para tener una reunión con el abogado Alberto que participará del debate oral. Ella brinda declaraciones falsas frente a ese abogado y cree que está cometiendo el delito de falso testimonio (art. 458 CP).

Uno podría pensar que tanto en el caso *Lámpara* como en *Juramento* ambos autores yerran sobre normas en el ámbito pre-típico. En términos generales, esto es cierto.¹⁴⁶ Sin embargo, en este sentido, FRISCH señala que es determinante reconocer qué *función* tiene el elemento del tipo penal que debe examinarse con respecto al dolo.¹⁴⁷ Esta función nos ayudará a entender si la representación del autor ha extendido el tipo penal o simplemente ha tenido un error. Como vimos en el apartado III, si se da el primer caso, podríamos estar frente a un delito putativo como consecuencia jurídica. En este punto es donde la distinción entre elementos en blanco y elementos normativos pasa a jugar un rol fundamental en el debate sobre el dolo y la teoría del error. Los primeros aluden a elementos del tipo que se remiten a otras normas, que generalmente se encuentran fuera del derecho penal, para definir el contenido de la nor-

¹⁴⁴ En profundidad sobre esta técnica legislativa, GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal” *Estudios penales y criminológicos*, vol. 16, 1992-1993, pp. 66 ss.; MILANESE, P., “Criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos”, Tesis doctoral, Granada: Universidad de Granada, 2019, p. 8 ss. El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado al respecto en varias sentencias. Al respecto, ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 127 s.; SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 4/48. Véase también MARAVER GÓMEZ, M., “Vigencia temporal de la ley penal”, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, p. 131.

¹⁴⁵ Véase MURMANN, “Grundkurs”, § 28 n.º m. 50; RENGIER, ob. cit., § 35 n.º m. 20.

¹⁴⁶ MURMANN, “Grundkurs”, § 28 n.º m. 51.

¹⁴⁷ FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 125 f. Véase también, SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 25/27 s.

ma prohibitiva.¹⁴⁸ Lo que tienen en común ambos elementos es que van siempre acompañados de otras normas que ayudan a determinarlos. Sin embargo, su función no es la misma. Los primeros tienen la función de complementar la descripción típica.¹⁴⁹ En el derecho español, un tipo penal en blanco, como el del tipo penal de los incendios forestales del art. 352 CP, se compone tanto del elemento en blanco dentro del tipo penal —en este caso, por ejemplo, “monte”— que se halla redactado en él, como de los elementos de la norma complementaria respectiva —Ley 43/2003¹⁵⁰ (por ejemplo, el art. 5 especifica qué debe entenderse por “monte”).¹⁵¹ En el caso del Código Penal español, esto ya se manifiesta en el art. 14 CP cuando la letra legal entiende que el dolo queda abarcado por los elementos del “hecho constitutivo de la infracción penal”.¹⁵² Ese tipo penal es incompleto *per se*, ya que de él mismo no puede deducirse una norma de determinación que tenga sentido.¹⁵³ Esto significa que, entonces, las normas complementarias resultan ser decisivas para la *intensión* del tipo penal al complementarlo y determinar así la representación idónea para crear el dolo.¹⁵⁴ Para actuar dolosamente, es condición necesaria que el autor *también* se haya representado que está infringiendo los elementos de la norma complementaria.¹⁵⁵

Por el contrario, hay algunos términos, como “ajeno” según el tipo penal de hurto o daño, a los que no es necesario llenar de significado para completar el tipo penal, sino que tienen un sentido en sí mismos, a diferencia del tipo penal en blanco.¹⁵⁶ En otras palabras, no son necesarios para complementar el sentido del tipo penal. Este término no pretende incluir la totalidad de todas las disposiciones y sus combinaciones concebibles que establecen la ajenidad de un objeto.¹⁵⁷ El elemento “ajeno” y la remisión a las reglas del derecho civil solamente nos sirve, como en el

¹⁴⁸ FRISTER, ob. cit., § 11 n.º m. 38; SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 4/46; WESSELS/BEULKE/SATZGER, “Strafrecht”, n.º m. 363.

¹⁴⁹ KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., § 27 n.º m. 33; PUPPE, “Der Umkehrschluss”, 309; SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 12/73.

¹⁵⁰ <https://www.boe.es/eli/esl/2003/11/21/43/con>

¹⁵¹ PUPPE, “Der Umkehrschluss”, 309 s.; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 148. Véase también SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 4/50: debido a la remisión de la norma penal a la disposición extrapenal, ésta pasa a adquirir naturaleza penal. Otro ejemplo relativo a delitos contra el medioambiente, MONTANER FERNÁNDEZ/FAKHOURI GÓMEZ/LLOBET ANGLÍ, “El delito ecológico como ley penal en blanco y su adaptación a los espacios de riesgo en los que impera la técnica”, *Derecho & Sociedad*, vol. 34, 2010, 221 ss.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 12/121.

¹⁵³ FRISTER, ob. cit., § 11 n.º m. 39; PUPPE, “El derecho penal como ciencia”, p. 256 s.; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 148; PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 26, 29, 35. Ambos usan el término “tautológico” para referirse los elementos en blanco.

¹⁵⁴ PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 148. Próximo, SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 25/26.

¹⁵⁵ FRISTER, ob. cit., § 11 n.º m. 40; PUPPE, “Der Umkehrschluss”, 310.

¹⁵⁶ PUPPE, “Strafrecht”, § 8 n.º m. 30; PUPPE, “El derecho penal como ciencia”, p. 260. Véase también FAKHOURI GÓMEZ, “Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – un modelo para afrontar la problemática del error en derecho penal”, *InDret* 2009, 9.

¹⁵⁷ FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 126; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 50a.

caso *Lámpara*, para determinar la existencia de uno de los requisitos del tipo. La *función* es solamente brindar información para verificar que un elemento del tipo penal esté dado.¹⁵⁸ Nos remitimos a las normas civiles de forma mediata con el fin de precisar un concepto (aquí: si esa lámpara era ajena).¹⁵⁹ En cambio, las leyes complementarias de una ley penal en blanco sirven para completar la *prohibición* correspondiente, ya que determinan el contenido de la obligación respectiva¹⁶⁰ y es por eso que se sugiere que deberían leerse de forma conjunta.¹⁶¹ Esto es precisamente lo que ocurre en el caso *Juramento*. Los elementos relativos a la competencia para tomar un testimonio bajo juramento son elementos en blanco en el derecho alemán y no un elemento normativo que contenga un derecho o relación institucional. Pues el elemento “autoridad competente” del tipo penal del § 154 StGB debe ser complementado por una norma que detalla quién tiene competencia para recibir esa índole de juramentos.¹⁶² El sentido del tipo penal de falso testimonio no es el mero hecho de dar una declaración falsa y faltar a la verdad. Eso no es solo lo que se intenta proteger. Más bien, el sentido también reside en obligar a la persona declarante a decir la verdad ante una autoridad competente en el marco de un procedimiento regulado legalmente, ya que puede ser prueba válida para dictar sentencia.¹⁶³ Entonces, si el autor desconoce o malinterpreta esa competencia ha extendido el sentido de la norma penal a cierta autoridad no competente, como su abogado defensor.¹⁶⁴ Pues el dolo del autor también debe referirse a aquellas leyes complementarias, y aquí a la autoridad competente que corresponda, aunque haya conocido todas las demás circunstancias de su propia declaración falsa.¹⁶⁵ Entonces, si el autor amplía el sentido del tipo de la norma complementaria se produce un error de subsunción invertido que resulta relevante. En consecuencia, ya no estamos frente a una tentativa inidónea sino frente a un delito putativo.¹⁶⁶

¹⁵⁸ FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 126.

¹⁵⁹ PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 256.

¹⁶⁰ Muy claro FRISCH, “Strafrecht”, § 3 n.º m. 126. Cf. “El Derecho penal como ciencia”, p. 257.

¹⁶¹ Crítica al respecto, FAKHOURI GÓMEZ, “Teoría del dolo”, 13 s.

¹⁶² FRISTER, ob. cit., § 11 n.º m. 41; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 148. En el derecho español, la testigo Teresa tampoco habría cumplido el tipo objetivo del falso testimonio (art. 458 CP). DÍAZ MARTÍN, “Régimen jurídico de la intervención de terceros en el proceso penal”, p. 2723, explica que para que el tipo penal sea realizado, el falso testimonio tiene que haber sido cometido durante el juicio oral. Así, aclara seguidamente que no se debe entender por “causa judicial” aquellas actuaciones pre-procesales, como diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal. Por tanto, faltar a la verdad en un despacho de abogados no cumple con el tipo objetivo del art. 458 CP.

¹⁶³ PUPPE, “El Derecho penal como ciencia”, p. 259.

¹⁶⁴ Cf. DÍAZ MARTÍN, “Régimen jurídico de la intervención de terceros en el proceso penal”, p. 2723; RENGIER, ob. cit., § 35 n.º m. 25.

¹⁶⁵ RENGIER, ob. cit., § 35 n.º m. 25.

¹⁶⁶ MURMANN, “Grundkurs”, § 28 n.º m. 52; PUPPE, “El derecho penal como ciencia”, p. 258 s.; PUPPE, “NK-StGB”, § 16 n.º m. 148. Diferente fue la solución de la jurisprudencia, véase RENGIER, ob. cit., § 35 n.º m. 25.

4. Posibles objeciones

Sin embargo, creo que a esta postura se le ha escapado una cuestión no menor. Si bien es correcto que en los casos de las leyes penales en blanco hay una relación directa con su ley complementaria, eso no quita que en ambos supuestos —ámbito pre-típico y ley penal en blanco— se abarquen normas cuya ubicación en nuestro ordenamiento jurídico depende realmente de una casualidad de la técnica legislativa: si una ley termina siendo una ley penal en blanco o queda ubicada en el ámbito del derecho civil, depende de lo fortuito de cómo el legislador en aquel momento particular habría decidido introducir el precepto jurídico en cuestión. No puede ser que esta casualidad determine la diferente estructura dogmática del error que recaiga sobre determinado elemento normativo. Esto lo demuestra HEINRICH con un procedimiento legislativo ocurrido en Alemania, aunque la realidad es que puede ocurrir en cualquier parte del mundo: el legislador indica en el debate parlamentario que introducirá explícitamente en un tipo objetivo el texto legal de otro tipo objetivo con el fin de hacer más fácil su lecto-comprensión, pero no lo consideró necesario para otros tipos, sino que directamente hace una remisión a otras prohibiciones como el derecho administrativo.¹⁶⁷ Entonces, según la postura intermedia, esa decisión legislativa tendrá la consecuencia de tratar como error de tipo al caso en que el autor yerra sobre la norma de remisión pero, en el mejor de los casos, como error de prohibición —esporádicamente calificado como invencible—¹⁶⁸ al otro supuesto.¹⁶⁹

En caso de concederse una diferenciación tan fuerte no solo para el dolo sino para las consecuencias jurídicas deberá resolverse, además, hasta qué punto es necesaria la interpretación paralela en la esfera del profano para las leyes penales en blanco.¹⁷⁰ Realmente tanto la postura de la tentativa inidónea como la postura intermedia, que diferencia según sea a la función del elemento, deben dar respuesta al interrogante de que el elemento “ajeno” no pueda interpretarse como un elemento en blanco a ser complementado por reglas del derecho civil, después de constatarse que si una ley termina siendo en blanco es obra del azar. Por esto, considero que incluso esta distinción hecha por PUPPE no es procedente y sería preferible darle prioridad a la postura del delito putativo, ya que la postura intermedia no puede superar, por todo lo dicho, estas objeciones. Pues dichas imprecisiones, por sí solas, evidencian lo incierta que resultan estas delimitaciones de los errores:¹⁷¹ por un lado, en *Jura-*

¹⁶⁷ Véase HEINRICH, “Der Irrtum”, p. 460. Próxima FAKHOURI GÓMEZ, “Teoría del dolo”, 10: esta diferenciación entrañaría el peligro de una clasificación arbitraria.

¹⁶⁸ CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 33 ss.

¹⁶⁹ Véase HEINRICH, “Der Irrtum”, p. 460.

¹⁷⁰ HEINRICH, “Der Irrtum”, p. 460.

¹⁷¹ FAKHOURI GÓMEZ, “Teoría del dolo”, 11.

mento se considerará que Teresa ni siquiera tuvo el dolo requerido por el tipo porque, debido a que yerra sobre un elemento de la norma complementaria, incluso si conoce todos los demás hechos relevantes para su conducta, está ampliando de esa forma el alcance del tipo penal. Pero lo contrario ocurre si es un elemento típico cuyo significado el legislador no decidió, cualquiera sea el motivo, determinarlo por una ley complementaria, sino en el Código Civil, resulta punible, como *Lámpara*. Esto genera cuando menos inseguridad jurídica.

Por supuesto que otra cuestión es la implicancia que la postura intermedia tendría en la teoría de la intervención, cuyo principio rector es el de la “accesoriedad limitada de la participación”, al menos según gran parte de la doctrina.¹⁷² La punibilidad del partícipe —sea inductor (art. 28.a CP), cooperador necesario (art. 28.b) o cómplice (art. 29 CP)—¹⁷³ depende de haber participado en un hecho principal que haya sido típico, doloso y antijurídico.¹⁷⁴ Fácilmente podemos notar que la distinción entre elemento normativo que se remite a una norma del derecho civil y uno que opera como elemento en blanco que se remite a una ley complementaria pasa a tener una incidencia clave en la teoría de la intervención: para que pueda haber participación punible, el autor principal —según la opinión más extendida— debe haber obrado dolosamente. Si el elemento respecto del que la representación del autor yerra resulta ser un elemento en blanco —a ser complementado por una norma complementaria— entonces debería descartarse el dolo, pues no actuó dolosamente respecto de esos elementos hallables en la norma complementaria. Distinta suerte corre aquel que yerra sobre un elemento normativo como

¹⁷² En la doctrina española se distinguen diferentes enfoques, que gradualmente van incorporando elementos. Así, la *accesoriedad mínima* considera que el hecho principal solo tiene que ser típico (véase, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La accesoriedad cualitativa de la participación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, pp. 856 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., n.º m. 16/45), aunque algunos consideran que tiene que ser típico y doloso. La *accesoriedad limitada*, que es la postura mayoritaria, argumenta a favor de un hecho típico, doloso y antijurídico, a diferencia de la *accesoriedad máxima*, la cual aboga por un hecho, además, culpable. Por último, una *hiperaccesoriedad* exige, además de la culpabilidad, la ausencia de causas que excluyan la punibilidad. Incluso se ha llegado a defender una *hiperaccesoriedad integral*, que quiere incluir en los requisitos una ausencia de los presupuestos procesales de la persecución penal. *Pars pro toto*, en profundidad, VACCHELLI, *Intervención delictiva: Significado y función del principio de accesoriedad*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2024, pp. 280 ss. El legislador español no ha adoptado de forma expresa ninguna de las teorías de la accesoriedad, pero la postura mayoritaria acepta como correcta la accesoriedad limitada. Cf. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Artículo 27”, en: CUERDA ARNAU, M. L. (dir.), *Comentarios al código penal*, edición de 2023, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 371.

¹⁷³ Sobre la participación en sentido estricto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Artículo 28”, en: CUERDA ARNAU, M. L. (dir.), *Comentarios al código penal*, edición de 2023, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 373; MIR PUIG, ob. cit., 15/26 ss.

¹⁷⁴ Así la postura mayoritaria que se defiende en España. Por ejemplo, MIR PUIG, ob. cit., 15/33 ss. con más referencias en la nota n.º 27 sobre la doctrina y jurisprudencia que defienden esta postura. En general sobre esta postura, VACCHELLI, ob. cit., pp. 291 ss.

“cosa mueble ajena”, ya que, según la postura dominante aquí criticada, no excluye el dolo.¹⁷⁵ El partícipe en *Juramento* será impune, porque no hay un hecho principal doloso según la postura intermedia, como tampoco según la postura del “delito putativo”. Pero el mismo partícipe de *Lámpara*, sí podría serlo. No es razonable que una técnica legislativa tenga consecuencias tan trascendente y contrarias al mismo tiempo, solo por el mero hecho de que el legislador decidió regular la cuestión en una ley complementaria a un elemento en blanco. Ante tales contradicciones, como ya se adelantó anteriormente, debemos darle preferencia a la postura del delito putativo.

V. Conclusión

Una parte sustancial de la doctrina se limita a una mera clasificación del error en el “ámbito pre-típico”.¹⁷⁶ Este punto de vista se circumscribe a distinguir entre las dos constelaciones de casos sin explicar cuál es la diferencia y qué papel desempeña el dolo en cada caso. Por el contrario, PUPPE ha explicado por qué existe una diferencia y que ésta se basa en un argumento dogmático, precisamente relativo al contenido del dolo. En este artículo se ha intentado demostrar que el concepto de dolo de PUPPE tiene consecuencias de gran alcance para el tratamiento de las distintas clases de error, que generalmente se discuten en la doctrina. Así pues, esta cuestión no se resuelve por razones de política criminal, como hace BURKHARDT al considerar que el autor amplía el ámbito de protección del derecho penal que, desde el punto de vista de la política criminal, debe resolverse con la impunidad. Sin embargo, esto deja claro que dicha protección no desempeña ningún papel en la determinación del dolo. Más bien, debemos examinar si el autor está ampliando el sentido descriptivo del tipo. Esta cuestión es crucial para entender por qué las consecuencias jurídicas difieren de un caso a otro y la relación del error con el dolo. Finalmente, se presentan algunas objeciones: una fundamental, y aquí considerada crucial, respecto de la decisión azarosa del legislador de regular una cuestión en una ley penal que complementa al tipo penal en blanco y lo cuestionable que resulta dejar la punibilidad a merced de una técnica legislativa. La segunda objeción se relaciona con las implicancias que tendría para el principio de accesoriedad limitada, receptado —en general— en la tradición española.

¹⁷⁵ HEINRICH, “Der Irrtum”, p. 460.

¹⁷⁶ Por ejemplo, ROXIN, ob. cit., § 29 n.º m. 394.

VI. Bibliografía

- BACIGALUPO, E., *Tipo y error*, Buenos Aires, Hammurabi, 3.^a edición, 2002.
- BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W./EISELE, J., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13.^a edición, Bielefeld, Giesecking, 2021.
- BLEI, "Das Wahnverbrechen", *JA* 1973, 601-604.
- BÖSE, M., "Der Irrtum über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts", *Zeitschrift für internationale Strafrechtswissenschaft*, vol. 11, 2022, 635-639.
- BURKHARDT, B., "Rechtsirrtum und Wahndelikt", *JuristenZeitung* 1981, 681-688.
- BURKHARDT, B., "Nachschlag zum Wahndelikt", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013, 346-359.
- COCA VILA, I., "Las falsoedades", en: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.), PASTOR MUÑOZ, N. (coord.), *El nuevo Código Penal: Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 585-616.
- CÓRDOBA, F., *Elementos de Teoría del Delito*, Buenos Aires, Hammurabi, vol. 1, 2.^a edición, 2023.
- CÓRDOBA, F., *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- CUENA CASAS, M., "art. 609", en: CAÑIZARES LASO, A./ CÁMARA LAPUENTE, S./ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (Dir.), (Dir.), *Código Civil comentado. Volumen II (Arts. 609 a 1087). Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, Madrid, Civitas-Thomson Reuter, 2013, pp. 27-36.
- DE LOS MOZOS, J. L., "Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el derecho español", *Anuario De Derecho Civil*, vol. 25, 1972, pp. 1027-1082.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Artículo 27", en: CUERDA ARNAU, M. L. (dir.), *Comentarios al código penal*, edición de 2023, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 369-372.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Artículo 28", en: CUERDA ARNAU, M. L. (dir.), *Comentarios al código penal*, edición de 2023, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 373-382.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "A vueltas con el dolo", en: GÓMEZ MARTÍN, V. et al. (eds.), *Un modelo integral de Derecho penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, vol. 1, 2022, pp. 541-559.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, La Ley, 2008.
- DÍAZ MARTÍN, F. M., "Régimen jurídico de la intervención de terceros en el proceso penal", *Boletín Del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con Las Cortes*, 53 (1999), pp. 2707-2728.

- DÍEZ-PICAZO, L., “La tradición y los acuerdos translativos en el Derecho español”, *Anuario De Derecho Civil*, 19 (3), 1966, pp. 555–574.
- DUTTGE, G., “Vorsatz”, en: HILGENDORF, E. et al. (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, tomo II, Múnich, C. H. Beck, 2019, pp. 311-350.
- ENGLÄNDER, A., “§ 22”, en: KINDHÄUSER, U. et al. (eds.), *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, Nomos, 6.^a ed., 2023.
- ESER, A./BOSCH, N., “§ 22”, en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H. (eds.), *Strafgesetzbuch* 30.^a ed., 2019.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – un modelo para afrontar la problemática del error en derecho penal”, *InDret* 2009, pp. 2-29.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad. Reflexiones al hilo del libro de Lothar Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*”, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987, 597 págs.”, *InDret* 2011, pp. 1-19.
- FISCHER, T., *Strafgesetzbuch*, Múnich, C.H. Beck, 2025.
- FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, Berlín, Heymann, 1983.
- FRISCH, W., *Strafrecht*, Múnich, Franz Vahlen, 2022.
- FRISTER, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2023.
- GAEDE, K., “§ 16”, en: MATT, H./RENZIKOWSKI, J. (eds.), *Strafgesetzbuch*, 2.^a ed., Múnich, Vahlen, 2020.
- GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. 16, 1992-1993, pp. 63-104.
- GRECO, L., “Dolo sin voluntad”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 88, 2017, 10–38. <https://doi.org/10.17230/nfp.13.88.1>
- HEIDINGSFELDER, T. *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991.
- HEINRICH, B., “Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale”, en: SCHÜNEMANN, B. et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlín, Nueva York, De Gruyter, 2011, pp. 449-466. <https://doi.org/10.1515/9783110255287.449>
- HEINRICH, B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2022.
- HERZBERG, D., “Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH”, *JuS* 1980, 469-480.
- HILGENDORF, E./VALERIUS, V., *Parte General*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

- HOTZ, D., "Untauglicher Versuch und Wahndelikt bei Fehlvorstellungen über rechtsinstitutionelle Umstände", *Juristische Schulung*, vol. 56 (3), 2016, 221-225.
- JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2.^a ed., Berlín, De Guyter, 1991.
- JAKOBS, G., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 2012.
- JOECKS, W., "§ 16", en: JOECKS, W./MIEBACH, K., *Münchener Kommentar zum StGB*, tomo I, 1.^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2003.
- KASPAR, J., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2023.
- KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Strafgesetzbuch*, 9. ed., Múnich, C.H. Beck, 2022.
- KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2022.
- KREY, V./ESSER, R., *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2022.
- KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Múnich, Vahlen, 2017.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal*, 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- MARAVER GÓMEZ, M., "Vigencia temporal de la ley penal", en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, pp. 119-137.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "La accesoriedad cualitativa de la participación", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020, pp. 855-939. <https://doi.org/10.15304/epc.40.7135>
- MAYER LUX, L./VERA VEGA, J., "El documento como objeto material de las falsedades documentales y del sabotaje informático en el Derecho penal chileno", *Política criminal*, vol. 14, 2019, pp. 419-455. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100419>
- MAYER LUX, L./VERA VEGA, J., "La falsificación informática: ¿un delito necesario?", *Revista Chilena De Derecho y Tecnología*, vol. 11, 2022, pp. 261-286. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2022.65299>
- MILANESE, P., "Criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos", Tesis doctoral, Granada: Universidad de Granada, 2019.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Barcelona, Reppertor, 2011.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R./FAKHOURI GÓMEZ, Y./LLOBET ANGLÍ, M., "El Delito Ecológico como Ley Penal en Blanco y su Adaptación a los Espacios de Riesgo en los que Impera la Técnica", *Derecho & Sociedad*, vol. 34, 2010, pp. 221-230.

- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- MURMANN, U., *Grundkurs Strafrecht*, 8.^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2024.
- MURMANN, U., “§ 22”, en G. Cirener et al. (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, tomo II, Berlín-Boston, De Gruyter, 2021, pp. 197-397. <https://doi.org/10.1515/9783110300451-005>
- NEUMANN, U., “Verbotsirrtum und sonstige Irrtümer”, en: HILGENDORF, E. et al. (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, tomo II, Múnich, C. H. Beck, 2019, pp. 697-1018.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PAEFFGEN, H./ZABEL, B., “Previos al § 32”, en: KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H. (eds.), *Nomos Kommentar StGB*, 6.^a ed., tomo II, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- PUPPE, I., “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, (traducción a cargo de G. Bruzzone y M. Cancio Meliá), en: PASTOR MUÑOZ (coord.), *El derecho penal como ciencia*, Montevideo, BdF, 2014, pp. 227-289.
- PUPPE, I., “Kommentar: „Der Irrtum über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts“”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtswissenschaft*, vol. 11, 2022, pp. 639-640.
- PUPPE, I., “§16”, en: KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H.(eds.), *Nomos Kommentar StGB*, 6.^a ed., tomo I, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- PUPPE, I., “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum”, *Golddammer's Archiv für Strafrecht*, 1990, 145-182.
- PUPPE, I., “Zusammengesetzte Fotokopie von Teilen mehrerer Schriftstücke keine Urkunde”, *NStZ* 2001, 482-485.
- PUPPE, I., *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden, Nomos, 2023.
- PUPPE, I., “Der Umkehrschluss”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 128(2), 2016, 301-315. <https://doi.org/10.1515/zstw-2016-0014>
- RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 13.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2021.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “art. 1462”, en: CAÑIZARES LASO, A./ORDUÑA MORENO, J. / DE PABLO CONTRERAS, P./ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.), *Código civil comentado. Volumen IV: Libro IV – De las obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final)*, Madrid, Civitas-Thomson Reuter, 2013.
- RÖNNAU, T., “Grundwissen – Strafrecht: Vorsatz”, *JuS* 2010, 675-678.
- ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo II, Múnich, C. H. Beck, 2003.

- ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 5^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2020.
- SANCINETTI, M., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- SANCINETTI, M., “El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional”, *InDret*, vol. 1, 2017, 1-21.
- SANCINETTI, M., “Notas sobre la ‘tentativa inidónea’”, LERMAN, M./DIAS, L. (coords.), *Hacia un derecho penal más racional*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2023, pp. 347-362.
- SCHLÜCHTER, E.: “Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB”, *JuS* 1985, 527-530.
- SCHUSTER, F., *Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten – Eine Untersuchung zum Allgemeinen Teil im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2025.
- SUAY HERNÁNDEZ, B. C., “Los elementos normativos y el error”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 44 (1), 1991, pp. 97-142.
- TADROS, V., *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- VACCHELLI, E., *Intervención delictiva: Significado y función del principio de accesoriedad*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2024.
- VALERIUS, B., “Untauglicher Versuch und Wahndelikt”, *JA* 2010, 113-116.
- VARELA, L., *Dolo y error*, Madrid, Bosch, 2016.
- WARDA, G., “Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre”, *Jura* 1979, 1-5, 71-82.
- WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 52.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2022.
- ZACZYK, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989.
- ZIESCHANG, F., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Stuttgart, Boorberg, 2023.

