



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

TRATAMIENTO DEL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS DE VALORACIÓN GLOBAL DEL HECHO.

En especial referencia al delito de defraudación tributaria.

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado En Ciencias Jurídicas y
Sociales

MARTÍN ALONSO GONZÁLEZ GAETE

Profesor Guía: LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH

SANTIAGO

2018

Índice:

Introducción	1
Capítulo 1.- Tratamiento del error en materia penal	7
I.- Concepto de error	7
II.- Error de hecho y de derecho.....	7
III.- Error de derecho penal y extrapenal	9
IV.- Error de tipo y error de prohibición	11
A) Concepto de error de tipo y de prohibición	11
B) Tratamiento de error de tipo	12
1) Efectos del error de tipo	12
2) Estado subjetivo requerido.....	13
3) Objeto abarcado por el dolo	14
4) Criterios para determinar la evitabilidad del error.....	15
C) Tratamiento del error de prohibición	16
1) Clases de error de prohibición	16
2) Efectos del error de prohibición.....	17
3) Estado subjetivo requerido.....	25
4) Objeto abarcado por la conciencia del injusto	26
5) Criterios para determinar la evitabilidad del error.....	28
V. Error de tipo permisivo	32
A) Teoría de los elementos negativos	33
B) Teoría limitada o restringida de la culpabilidad.....	34

C) Teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas	34
D) Teoría de la culpabilidad dependiente	35
VI. Error “al revés”	35
Capítulo 2.- Elementos de valoración global del hecho	38
I.- Concepto.....	38
A) Criterio valorativo	38
B) Criterio intelectual	40
C) Criterio normativo	41
D) Negación de la distinción.....	41
E) Relativización de la distinción	42
II.- Clasificación de los elementos normativos del tipo	44
A) Elementos normativos jurídicos y extra-jurídicos.....	44
B) Elementos normativos del tipo explícitos e implícitos	45
C) Elementos normativos de sentido y de valor	46
III.- Elementos de valoración global del hecho	46
A) Concepto	46
B) Delimitación entre los elementos normativos del tipo y los elementos de valoración global del hecho	53
I. Criterio cuantitativo.....	53
II. Criterio cualitativo	53
Capítulo 3.- Tratamiento del error sobre los elementos de valoración global del hecho	55
I.- Teoría de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico.....	55

A) Posición de HANS WELZEL	55
B) Posición de ARMIN KAUFMANN.....	59
II.- Teoría de los elementos de valoración global del hecho	62
A) Posición de CLAUS ROXIN.....	62
a.1) Primera solución.....	61
a.2) Segunda solución.....	91
B) Posición de HANS-HEINRICH JESCHECK.....	96
III.- Otras soluciones	97
A) Posición de GÜNTHER JAKOBS	98
B) Posición de REINHART MAURACH.....	99
C) Posición de PERCY GARCÍA	101
D) Posición de LUIS COUSIÑO MAC IVER	102
IV.- Toma de postura.....	102
Capítulo 4.- Tratamiento del error sobre los elementos de valoración global del hecho, en el delito de defraudación tributaria.....	112
I.- Tipo objetivo.....	112
A) Sujeto activo	113
B) Sujeto pasivo	115
C) Acción típica	115
D) Resultado	116
II.- Tratamiento del error.....	118
A) Error de tipo.....	118
1) Posición de WELZEL	118

2) Segunda posición de ROXIN	119
3) Posición de MUÑOZ CONDE.....	122
4) Posición de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ.....	124
5) Posición de BAJO FERNANDEZ y SILVINA BACIGALUPO	125
6) Posición de GARCÍA CAVERO	125
B) Error de prohibición.....	126
1) Primera posición de ROXIN	126
2) Posición de MAIWALD	127
3) Posición de BACIGALUPO	130
III.- Toma de postura	131
IV.- Caso práctico.....	148
Conclusión	156
Bibliografía	159

Resumen.

Este trabajo abordará el tratamiento del error que recae sobre los elementos normativos con especial referencia a la antijuridicidad (o elementos de valoración global del hecho) y, más específicamente, el tratamiento de aquellos elementos presentes en el delito de defraudación tributaria o fiscal español (tipificado en el art. 305 del Código Penal Español). La finalidad será adoptar *la teoría de la culpabilidad* para la problemática que aquí se presenta, teniendo en consideración tanto fundamentos político-criminales como dogmáticos.

En primer lugar, se expondrá de manera sucinta el panorama del error en materia penal. Posteriormente, se presentará una definición, clasificación y relación entre los elementos normativos del tipo y los elementos de valoración global del hecho. Para luego, mostrar las diversas soluciones esgrimidas por la doctrina para tratar el problema del error sobre los elementos de valoración global del hecho y se adoptará una posición que relativiza la importancia de la presencia de dichos elementos en el tipo. Por último, se exhibirán las diversas soluciones expresadas por la doctrina con respecto a los elementos de valoración global del hecho presentes en el delito de defraudación tributaria o fiscal español, para adoptar la aplicación de la teoría de la culpabilidad en esta materia, tal como se hace en el mal denominado ámbito de los *“delitos penales nucleares”*.

Introducción.

I. Cuestiones preliminares:

Este trabajo trata algunos aspectos problemáticos sobre el error en materia penal, asunto que, como es bien sabido, es sumamente controvertido¹. En un principio se discutía sobre la excusabilidad del error de derecho en materia penal y se consideraba que no era aceptable un error que recaía sobre un aspecto de derecho (dicha solución se basaba en el famoso principio del error *iuris nocet*).

Con el paso del tiempo, la doctrina fue aceptando que el error de derecho en el ámbito penal tuviese relevancia para excluir la responsabilidad de las personas. Generándose otro problema, el determinar cómo se podía tratar dichos errores de derecho, se transitó por diversas teorías, entre ellas, la distinción entre el error de derecho penal y extra-penal, para luego concluir en la pugna entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad.

En la actualidad se considera que la teoría predominante en materia de error es la teoría de la culpabilidad², la cual conlleva a distinguir entre el error de tipo y el error de prohibición, sin embargo, las diferentes consecuencias entre uno y otro error, además

¹ Acerca de la evolución histórica del error en materia penal, véase: FELIP I SABORIT, David. Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal. Barcelona, Atelier, 2000., pp. 27 y ss., (quien no solamente trata el error en el ordenamiento jurídico español, sino que también estudia el error en el ordenamiento jurídico alemán e italiano); Para el caso de Chile, puede verse: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. "Comentario Artículo 1º". En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia / Directores Jaime Couso, Héctor Hernández; autores Miguel Cillero. [et al.]. Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Universidad Diego Portales, Programa de Derecho Penal, Facultad de Derecho, 2011., pp. 56-68; 89 y ss.

² Así es calificada en Alemania por JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal: Parte General. Op Cit., p.486. (Con las referencias correspondientes de la doctrina alemana que sigue la teoría de la culpabilidad y que, por lo tanto, diferencia entre error del tipo y de prohibición.); También se considera mayoritaria en España, para ver una exposición sobre la positivización del error en dicho país (con las referencias pertinentes), véase: FELIP I SABORIT, David. Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal. Barcelona, Atelier, 2000., pp. 76 y ss.: Para ver la situación en Chile véase: HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario Artículo 1º". En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia / Directores Jaime Couso, Héctor Hernández; autores Miguel Cillero. [et al.]. Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Universidad Diego Portales, Programa de Derecho Penal, Facultad de Derecho, 2011., p. 56 (también este autor efectúa una referencia bibliográfica a las diversas obras chilenas).

de existir casos en que la distinción dista de ser clara, ha llevado a un cuestionamiento constante de dicha teoría.

II. Objeto de la investigación.

Uno de los ámbitos en el cual la teoría de la culpabilidad es sumamente difícil de aplicar, es en el campo del derecho penal económico. Debido a la especificidad del mismo, el error en este ámbito plantea diversas problemáticas, las cuales son muy bien sintetizadas por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, quien expresa:

“1) Ante todo, hay que partir de la base de que en dicho ámbito poseerá una operatividad absoluta la distinción entre lo que sea un error sobre el tipo y lo que sea un error sobre la prohibición..., y reside en la circunstancia de que en los tipos penales económicos no admiten como regla general la posibilidad de la ejecución imprudente.”³

“2) Esta primera observación en la esfera del error no agota, empero, la especificidad de la materia socio-económica. En un epígrafe anterior indiqué que este sector del Derecho penal se caracteriza por la redacción de delitos que en la práctica totalidad de los casos incluyen en sus tipos **elementos normativos jurídicos** o normas penales en blanco. La presencia generalizada de dichas técnicas de tipificación en los delitos socio-económicos confiere una peculiaridad y una complejidad añadida en el terreno del error, en la medida en que nos enfrentemos a una cuestión que ha sido vivamente discutida en la Ciencia penal.”⁴

“3) Finalmente, la enorme trascendencia que posee el examen del error en la órbita socio-económica se deriva del hecho de que la corriente de opinión mayoritaria ha venido propugnando la conveniencia de abordar aquí los aspectos referentes al error vencible de prohibición con criterios diferentes a los que rigen en el seno del Derecho penal nuclear, aduciéndose a tal efecto tanto razones dogmáticas como político-criminales.”⁵

³ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho penal económico: parte general.”. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1998., p. 178.

⁴ *Ibíd.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos., p. 179.

⁵ *Ibíd.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos., p. 179.

De la situación antes mencionada, se derivan los problemas de cómo tratar el error en el ámbito del derecho penal económico. Producto de esto, hay cierta doctrina⁶ que plantea que en este ámbito del derecho penal se debería utilizar la teoría del dolo.

Otros⁷, incluso siendo más radicales aún, consideran que el tratamiento del error en materia penal debe ser replanteado, por las dificultades que presenta la aplicación de la teoría de la culpabilidad con respecto a algunas materias. Por ejemplo, el tratamiento del error que recae sobre elementos normativos del tipo, o el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, aboliendo de esta forma la distinción tradicional entre el error de tipo y el de prohibición, debido a su ineficacia para el tratamiento adecuado de los diversos supuestos de error que se presentan en materia penal.

Teniendo en cuenta este panorama, en el ámbito del Derecho Penal Tributario, se genera un problema en materia de error referente a ciertos elementos, como por ejemplo: “*indebidamente*” (presente en el art. 305 del Código Penal Español, que trata el delito de defraudación tributaria); o “*de modo contrario a deber*” (Expresamente incluido en el art. 370 de la Ordenanza Tributaria alemana, la cual trata el delito de defraudación tributaria); o el elemento “*no le correspondan*” manifestado en el art. 97 N°4 inc.3° del Código Tributario Chileno. Dichos elementos se han considerado como el **elemento esencial** del delito de defraudación tributaria, concepto que se refiere, más específicamente, a la infracción de una pretensión tributaria o deber tributario, los cuales constituyen el presupuesto básico y elemental de este delito⁸.

Por lo tanto, ***este trabajo tiene por objetivo abordar el tratamiento del error que recae sobre los elementos normativos con especial referencia a la antijuridicidad***

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “El error de prohibición en el derecho penal económico”. En: Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. 5, 2002, ISBN 84-481-3443-5, p. 5496.

⁷ Véase, por ejemplo: JAKOBS, Günther. “Dolus Malus (Traducción: de Yamila Fakhouri Gómez”. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 4, 2009., pp. 10 y ss; VAN WEEZEL, Alex. “Error y mero desconocimiento en derecho penal”. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2008; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. “Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad: Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal”. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 4, 2009.

⁸ Véase, por ejemplo: Muñoz Conde, Francisco. El Error en el Derecho Penal. 1a. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2003. P. 93.

(o elementos de valoración global del hecho) y, más específicamente, al tratamiento de aquellos elementos presentes en el delito de defraudación tributaria o fiscal español (tipificado en el art. 305 del Código Penal Español).

III. Finalidad de la Investigación.

La relevancia práctica de este problema dogmático-penal en el ámbito del Derecho Penal Económico, más específicamente, en el campo del Derecho Penal Tributario, es de suma importancia. Si bien, tanto el error de prohibición como el error de tipo **inevitable** llevan al mismo efecto punitivo (la exclusión de responsabilidad). Es el tratamiento del error **evitable** el que presenta mayor relevancia práctica, ya que en caso de existir un *error de tipo evitable*, se excluye el dolo y solo se puede sancionar a título de culpa o negligencia en los casos en que el tipo imprudente este expresamente previsto en el ordenamiento jurídico penal⁹; en cambio el *error de prohibición evitable* deja subsistente la faz subjetiva del tipo (sea dolo o culpa), por lo cual, solamente, produce el efecto de atenuar la responsabilidad penal.

Por otra parte, el tratamiento diferenciado del error que repercute en la exclusión del injusto (si se considera un error de tipo) o de la culpabilidad (si se considera un error de prohibición), trae aparejada otras consecuencias prácticas importantes relacionadas con la participación criminal, la legítima defensa, la tentativa y la posibilidad de imponer una medida de seguridad a un inimputable¹⁰ (aunque se debe hacer notar, que no todas estas cuestiones son relevantes desde la óptica del Derecho Penal Económico, debido a sus cualidades particulares, como por ejemplo, los problemas relativos a la legítima defensa).

En el campo del Derecho Penal Económico, debido a las diferencias sustanciales que se provoca al tratar un error como de tipo o de prohibición, han llevado a que el error

⁹ Conforme al art. 10 N° 13 del Código Penal Chileno; o el art. 12 del Código Penal Español los cuales establecen el conocido sistema del *numerus clausus* de los delitos imprudentes o por culpa.

¹⁰ Una exposición sobre las diversas diferentes consecuencias que produce un error de tipo y un error de prohibición, se puede ver en: Fakhouri Gómez, Yamila. *Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad*. Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 4, 2009., p. 7. (En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3061547>); También es señalado este punto por Bullemore, Vivian - MacKinnon, John, Curso de derecho penal, (2a edición, Santiago, LexisNexis, Chile, 2007). pp. 138-141.

sobre los elementos normativos con especial referencia a la antijuridicidad, o los elementos de valoración global del hecho, sea un asunto sumamente controvertido.

En conclusión, este trabajo tiene por finalidad hacer aplicable **la teoría de la culpabilidad** con respecto al error que recae sobre los elementos normativos con especial referencia a la antijuridicidad (o elementos de valoración global del hecho) y, más específicamente, al tratamiento de aquellos elementos presentes en el delito de defraudación tributaria o fiscal español (tipificado en el art. 305 del Código Penal Español), teniendo en consideración tanto fundamentos político-criminales como dogmáticos.

IV. Método De Investigación.

El método de investigación empleado en el presente trabajo, se centra principalmente en la revisión bibliográfica que para el tema ofrecen diferentes códigos penales, especialmente se hará referencia al español y al alemán, por ser, sin lugar a dudas, dos de los países que en esta materia presentan una gran riqueza en lo referente al derecho penal. Principalmente al español, puesto que el objeto de este trabajo es, precisamente, el art. 305 del Código Penal Español

Este método de investigación se debe a diversas razones, entre las cuales se puede esgrimir: la elevada calidad dogmático-penal presente en ambos países, y la debida preocupación y tratamiento que ya se le ha dado al tema, el cual ya ha sido abordado efectivamente desde diferentes perspectivas y con diversas soluciones en dichos países.

Si bien, se tendrá en consideración el ordenamiento jurídico penal chileno, se hará en menor medida, puesto que se debe tener en cuenta que el objeto de esta investigación no ha sido objeto de discusión en nuestro medio¹¹.

V. Estructura General de la investigación.

¹¹ Así lo señala: CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". 10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011., p. 288. Aunque se debe manifestar que COUSIÑO si trató este problema, pero de manera sumamente breve, para ello puede verse: COUSIÑO MAC IVER, Luis. "Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo III". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992., pp. 178-179.

En el capítulo I de esta memoria, se abordará el tratamiento del error en materia penal, de manera somera. Posteriormente, en capítulo II se definirá y clasificará los distintos elementos normativos, además de establecer la relaciones y diferencias con los elementos de valoración global del hecho, todo aquello, teniendo en cuenta la finalidad de este trabajo, dar una solución al tratamiento del error que recaiga sobre dichos elementos. Luego, en el Capítulo III se efectuará una exposición de las diversas teorías que se han elaborado por parte de la doctrina penal para solucionar el tratamiento del error que recaiga sobre los elementos normativos del tipo con especial referencia a la antijuridicidad o los elementos valoradores globales del hecho. Siguiendo con el trabajo, en el Capítulo IV se tratará el problema en el delito de defraudación tributaria o fiscal español, para revisar las diferentes propuestas que se han dado con respecto al tratamiento del error sobre los elementos de valoración global del hecho que pertenezcan al tipo de la defraudación fiscal. Por último, se expondrán las conclusiones a las cuales haya llegado en esta investigación.

Capítulo 1.- Tratamiento del error en materia penal.

I.- Concepto de error.

El error, comúnmente, es definido como una discordancia entre la realidad objetiva y el conocimiento del sujeto sobre la misma, discrepancia que se puede producir, como consecuencia de la *ignorancia o desconocimiento* de la realidad por parte del sujeto (error negativo), o por una *equivocación o falsa apreciación* de la realidad (error positivo).¹²

II.- Error de hecho y de derecho.

La Doctrina penal¹³, hace algún tiempo aplicaba la vieja distinción entre ***el error de hecho y el error de derecho***, la cual provenía del ordenamiento jurídico romano.

El efecto de esta teoría, era el siguiente:

¹² Definen el error de manera similar, entre otros, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal: Parte General (Traducción: Olmedo Cardenete, Miguel)". 5ª Edición, Granada, Editorial Comares, 2002., p. 329; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Lima, Perú, ARA Editores, 2004., p. 1023; ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)". Madrid, Editorial Civitas, 1997., pp. 458-459; GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito". 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009., p. 118; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel "El error sobre elementos normativos del tipo penal". Madrid, España, La ley, 2008., p. 140 (Este último autor, además efectúa una amplia referencia, sobre los diversos autores que definen el error de manera similar a la aquí expuesta.); LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de derecho penal: parte general". Madrid, Universitas, 1996., p. 439; BENEYTEZ MERINO, Luis. "Comentario al artículo 14 del Código Penal". En: Capítulo I. De los delitos y las faltas (art. 10 a 18), del Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia / Director y autor C. Conde-Pumpido Fereiro; autores L. Beneytez Merino ... [et.al.] Edición: 2a. ed. Barcelona: Bosch, 2004., p. 65; CÓRDOBA RODA, Juan. "El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito". 2ª ed. Montevideo, Editorial B de F, 2013., p. 4.

¹³ En Chile véase, por ejemplo: DEL VILLAR BRITO, Waldo. "Manual de derecho penal: parte general". Valparaíso, Chile, Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Escuela de Derecho, 1985., pp. 177; 188-190.

Consideraba que *el error de derecho* no era excusable (aplicando el conocido adagio del *error iuris nocet*, lo cual quiere decir: que la ignorancia de las leyes no excluye su cumplimiento).

En cambio, *el error de hecho* para que exima de responsabilidad requería ser *esencial* (o sea, recaer sobre un elemento esencial y no accidental del delito) e *inevitable*. Solamente cuando el error era estimado esencial e inevitable o invencible excluía el dolo y la culpa o negligencia, en cambio, en caso de ser estimado esencial, pero vencible o evitable solamente excluía el dolo, pero dejaba subsistente la punibilidad a título de culpa o negligencia.¹⁴

Los **Fundamentos** de esta teoría eran los siguientes:

En primer lugar, se consideraba que la legislación chilena la recogía expresamente, pues así lo enuncia el art. 8 del Código Civil¹⁵, el cual presume de derecho el conocimiento de la ley¹⁶.

Además, se basaba en la seguridad jurídica que esta teoría implica, pues excluye alegaciones que son difíciles de probar¹⁷.

Por último, tenía un fundamento sociológico, el cual consistía en que el derecho es expresión de las tendencias éticas imperantes de la sociedad, por lo que solo reflejaba los sentimientos morales del hombre medio; en consecuencia, el error de derecho no podía tener eficacia eximente de responsabilidad penal, pues el ser humano al convivir en una sociedad conocía las reglas éticas que imperaban en la sociedad y el derecho positivo solo era reflejo de dichas reglas éticas¹⁸.

Las **Críticas** a esta teoría fueron las siguientes:

¹⁴ Vid. DEL VILLAR BRITO, Waldo. Op. cit., pp. 189-191.

¹⁵ Si bien, es cierto que el artículo mencionado pertenece al código civil, se aplicó igualmente en materia penal por razones de diversa índole, las cuales se mencionan en: COUSIÑO MAC IVER, Luis. "Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo III". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992., pp. 161-162.

¹⁶ Aunque, se debe decir que la legislación chilena contempla ciertos preceptos en los cuales le otorga capacidad eximente de responsabilidad al error de derecho, como los artículos 207 del Código de Justicia Militar, y el art. 110 del Código Tributario.

¹⁷ Vid. CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". 10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011., p. 437.

¹⁸ *Ibíd.* CURY, Enrique., p. 437.

Se consideró que la presunción de conocimiento de la ley se fundaba en presupuestos erróneos, ya que era ilusorio y falso la perfecta coincidencia entre los sentimientos morales del hombre común y el derecho positivo; además, este fundamento erróneo se hizo aún más manifiesto debido a la complejidad de la organización jurídica y cultural de los Estados Modernos¹⁹.

También, se consideró que el error de hecho como tal no existe, ya que los hechos al producir efectos jurídicos se incorporan al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, el error sobre ellos puede ser considerado como un error de derecho²⁰.

En último lugar, se dijo que en Chile se entiende derogada la aplicación de los preceptos jurídicos que sustentan esta distinción (entre error de hecho y error de derecho), y están obsoletos sus fundamentos, por la entrada en vigencia de la constitución de 1980, debido a lo establecido en el art. 19 N° 3 inc. 7° de la Constitución Política de la República.²¹

III.- Error de derecho penal y extrapenal²².

La doctrina penal trató de buscar una solución para el tratamiento del error en materia penal y darle alguna relevancia al error de derecho.

Por lo que esta doctrina²³, si bien seguía distinguiendo entre error de hecho y de derecho, dividía este último, a su vez, en *error de derecho penal* y *error de derecho*

¹⁹ Ibíd. CURY, Enrique., pp. 437-438.

²⁰ Ibíd. CURY, Enrique., p. 438.

²¹ COUSIÑO MAC IVER, Luis. "Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo III. Op Cit., pp. 164-165.

²² Esta teoría, también se denomina teoría Italiana, puesto que el propio Código Penal Italiano recoge esta teoría en sus artículos 5 y 47, aunque se debe destacar que la Corte Constitucional Italiana en una sentencia dictada el 24/3/1988, n. 364, resolvió que el art. 5° del mencionado código, el cual establece que la irrelevancia de la ley penal era "ilegitima" (*l'illegittimità costituzionale*), puesto que no consideraba como excluyente de responsabilidad penal la ignorancia inevitable de la ley penal. Vid. <http://www.diritto.it/codici/2>. Para un desarrollo más acabado acerca del panorama doctrinal, jurisprudencial y legislativo del ordenamiento jurídico italiano, en relación con este punto, véase: FELIP I SABORIT, David. Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal. Barcelona, Atelier, 2000., pp. 54 y ss.

²³ Si bien la utilizó el RG alemán (Reichsgericht o Tribunal supremo del Reich). Esta teoría ha tratado de ser actualizada por LOTHAR KUHLEN, mediante su criterio de distinción basado en la estructura temporal de las normas, del cual derivan "*normas estáticas*" y "*normas dinámicas*". Para una exposición resumida sobre la construcción teórica de este autor, véase: FAKHOURI GÓMEZ, Yamila.

extrapenal. Los primeros recaen sobre la ley penal y no tienen eficacia excluyente de responsabilidad penal, en cambio, el error de derecho extrapenal es aquel que recae sobre leyes no penales, pero a los cuales la ley penal hace referencia, presuponiéndolas conocidas.

Producto de lo anteriormente mencionado, es que el error que recae sobre estos elementos de derecho extra-penal, se puede tratar como error de hecho y, por lo tanto, tienen eficacia excluyente de la responsabilidad penal.

Las **Críticas** que se manifestaron en contra de esta teoría fueron las siguientes:

Se consideró que era injustificado establecer una diferencia entre el error de derecho penal y el extra-penal, ya que ello implicaba desconocer la unidad del ordenamiento jurídico²⁴.

Asimismo, en el momento en que la ley penal incorpora contenidos de la ley no penal a sus prescripciones, el error que recae sobre el derecho extrapenal es un error de derecho penal propiamente tal, por lo que se puede concluir que no hay conceptos jurídicos “puramente jurídico-penales”²⁵.

Finalmente, nunca se pudo establecer una diferencia clara entre el error de hecho y el error de derecho, menos aún, una distinción clara entre el error de derecho penal y el extrapenal²⁶.

“Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme 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 nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987, 597 págs.” En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N°. 3, 2011., pp.5 y ss.

²⁴ Cfr. CURY, Enrique. “Derecho penal. Parte general”. Op. Cit., p. 438.

²⁵ Vid. CURY, Enrique. “Derecho penal. Parte general”. Op. Cit., pp. 438-439; GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito”. 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009., p. 120.

²⁶ Vid. CURY, Enrique. “Derecho penal. Parte general”. Op. Cit., p. 439; WELZEL, Hans. “Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)”. 2ª Edición castellana, [basada en la 11a. ed. alemana], Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997., p. 188 (Este autor critica, especialmente, la arbitrariedad de esta distinción ocupada, hace muchos años, por el *Reichsgericht* o Tribunal supremo del *Reich*, pues dicho tribunal se esforzaba por admitir un error extra-penal en todos los casos que quería excusar el error); ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)”. Madrid, Editorial Civitas, 1997.,

IV.- Error de tipo y error de prohibición²⁷.

A) Concepto de error de tipo y de prohibición.

- *Error de tipo*: es aquel que recae sobre las circunstancias que conforman el hecho típico, o sea, sobre los elementos que configuran el tipo objetivo específico.

- *Error de prohibición*: es aquel en el que incurre el sujeto que yerra sobre la licitud de su conducta.

Cabe aclarar que la distinción entre el error de tipo y de prohibición no coincide exactamente con la distinción entre error de hecho y de derecho²⁸, puesto que, como bien lo dice HERNÁNDEZ: “lo decisivo no es el carácter factico o jurídico del error, sino si este recae sobre el objeto de valoración (la conducta del sujeto en sus circunstancias concretas) o sobre la valoración del objeto (la valoración que hace el ordenamiento jurídico de dicha conducta). Este desplazamiento no implica, en consecuencia, un mero cambio de denominación”²⁹.

Por ejemplo, un error de tipo puede ser un error de hecho (el sujeto en un día de caza, cree que al moverse un arbusto le dispara a un animal salvaje, pero este era otro

p. 862. Además, se le pueden atribuir a esta teoría gran parte de los argumentos esbozados contra la distinción entre el error de hecho y el error de derecho, pues hace suya la misma distinción.

²⁷ Esta es la distinción ampliamente mayoritaria en la actualidad. Así es calificada en Alemania por JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. “Tratado de Derecho Penal: Parte General. Op Cit., p.486 (con las referencias correspondientes de la doctrina alemana que sigue la teoría de la culpabilidad, y que, por lo tanto, diferencia entre error del tipo y de prohibición); También se considera mayoritaria en España, para ver una exposición sobre la positivización del error en dicho país (con las referencias pertinentes), véase: FELIP I SABORIT, David. Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal. Barcelona, Atelier, 2000., pp. 76 y ss.: Para ver la situación en Chile véase: HERNÁNDEZ, Héctor. “Comentario Artículo 1º”. En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia / Directores Jaime Couso, Héctor Hernández; autores Miguel Cillero. [et al.]. Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Universidad Diego Portales, Programa de Derecho Penal, Facultad de Derecho, 2011., p. 56 (también este autor efectúa una referencia bibliográfica a las diversas obras chilenas).

²⁸ Sin embargo, algunos autores creían que era solo un cambio de denominación de la antigua distinción entre error de hecho y de derecho, por ejemplo, véase: DEL VILLAR BRITO, Waldo. Op. cit., pp. 188-189.

²⁹ HERNÁNDEZ, Héctor. “Comentario Artículo 1º”. En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia / Directores Jaime Couso, Hector Hernández; autores Miguel Cillero. [et al.]. Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Universidad Diego Portales, Programa de Derecho Penal, Facultad de Derecho, 2011., p. 57.

cazador escondido en los matorrales), como también de derecho (el error que recae sobre un elemento normativo del tipo, como el concepto de ajenidad, por lo que el sujeto cree ser dueño de una cosa prestada y no devuelta por más de un año).

Lo mismo ocurre con el error de prohibición, el cual puede ser un error de hecho (la persona va caminando por una calle desolada, a altas horas de la noche, y una persona se acerca corriendo para preguntarle una dirección, pero el sujeto erróneamente cree que la persona es un agresor y le dispara, provocándole la muerte³⁰) o también, un error de derecho (La persona que ignora que como empleado público no le puede comprar insumos a su cónyuge).

B) Tratamiento del error de tipo.

1) Efectos del error de tipo:

Para poder determinar el efecto del error de tipo, se debe distinguir entre error de tipo evitable o inevitable.³¹

En el caso del error de tipo *inevitable*, este excluye el dolo y, además, la culpa o negligencia³².

³⁰ Se debe dejar en claro que, este es un error que recae sobre los presupuestos facticos u objetivos de una causal de justificación, tema sobre el cual existe absoluta discordia en la doctrina, puesto que algunos lo tratan como error de tipo y otros como error de prohibición; Para ver los diversos tratamientos otorgados por la doctrina, sobre esta clase de error, véase: ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)". Op. Cit., pp. 579 y ss; HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario Artículo 1º". En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia. Op. Cit., pp. 64 y ss. (Con las correspondientes citas bibliográficas de la doctrina chilena.); MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación". En: Revista de estudios de la justicia.--no.3 (2003), pp. 147-163; PAEFFGEN, Hans Ullrich. "Observaciones acerca del error de tipo permisivo". En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999; GRÜNWARD, Gerald. "Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada". En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999. En todo caso, sobre este tema se abordará más adelante [Infra, pp. 32 y ss.](#)

³¹ Esta distinción la hace la totalidad de la doctrina que apoya la teoría de la culpabilidad (en sus diversas variantes), la cual, además, le asigna a esta distinción el efecto aquí descrito. Sobre los autores que apoyan esta teoría, me remito a la cita N° 27 de este trabajo.

³² Vid. HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario Artículo 1º". En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia. Op. Cit., p. 58.

En cambio, el error de tipo *evitable o vencible* solo excluye el dolo, pero no así la punibilidad a título de culpa o negligencia³³.

2) Estado subjetivo requerido:

Como es sabido, la doctrina tradicional, generalmente, sigue un concepto dual del dolo³⁴, o sea el dolo está compuesto por un elemento volitivo y uno intelectual.

El elemento intelectual del dolo, según la doctrina puede exigir diversos grados de conocimiento, estos son:

- *Conocimiento reflexivo*³⁵: este conocimiento exige que el dolo posea una especial atención y reflexión con respecto a las circunstancias que componen el tipo objetivo, además este conocimiento debe ser actual y efectivo.
- *Co-conciencia*³⁶: según esta concepción basta que el elemento intelectual del dolo abarque las circunstancias típicas de manera meramente superficial y así, comprender

³³ Obviamente, la punibilidad a título de culpa o negligencia subsiste, siempre y cuando, ella proceda conforme al art. 10 N° 13 del Código Penal Chileno, el cual establece el conocido sistema del *numerus clausus* de los delitos imprudentes o por culpa.

³⁴ Esta es la doctrina mayoritaria en Chile, para ver la situación del tratamiento del dolo en la doctrina chilena, véase: HERNÁNDEZ, Héctor. "Comentario Artículo 1°". En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia. Op. Cit., p. 53.

³⁵ Este tipo de conocimiento fue exigido por la ley penal alemana, hasta el año 1941, para el asesinato. Vid. ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)". Op. Cit., p. 471.

³⁶ Esta es la doctrina absolutamente mayoritaria, para ello véase: CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". Op. Cit., p. 308. (aunque este autor habla de "hechos integrantes del tipo que ocupan el núcleo de la conciencia del autor y otros que, en cambio, permanecen, por así decirlo, en su periferia); BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. "Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito". 2ª edición, Santiago, LexisNexis, Chile, 2007., p. 42; GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito". 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009., p. 99; WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". 2ª Edición castellana, [basada en la 11a. ed. alemana], Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997., p. 78; ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)". Op. Cit., p. 472-476. (ROXIN también hace referencia a las diversas fundamentaciones que han aportado al concepto de *co-conciencia*, y las críticas que esta ha recibido); BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Lima, Perú, ARA Editores, 2004., p. 825 (aunque este distingue entre *conciencia* e "*inconsciente dominado*", pero es básicamente el mismo contenido psicológico aquí expuesto); BACIGALUPO, Enrique. "Derecho penal: parte general". 2ª edición, Buenos Aires, República Argentina, Hammurabi, 1999., pp. 322-323; FRISTER Helmut. "Derecho Penal parte general (Traducción Marcelo A. Sancinetti)". Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2011., p. 221.

el hecho de forma “co-conocida”. Aunque, igualmente esta concepción exige que el elemento intelectual del dolo sea efectivo y actual.

- Normativización del dolo³⁷: según esta concepción, el dolo deja de ser un fenómeno psicológico el cual debe ser *constatado* (como cualquier elemento empírico) por el juez, y se configura como un elemento que debe ser adscrito o imputado por el juez mediante diversos criterios objetivo-normativos.

3) Objeto abarcado por el dolo:

El dolo debe abarcar todas las circunstancias que componen el tipo objetivo **específico** sobre el cual recae, como correctamente lo dice HERNÁNDEZ: “Cada tipo penal, al definir sus exigencias objetivas, define al mismo tiempo los alcances del dolo a su respecto y los elementos sobre los cuales puede haber un error relevante. De este modo, no tiene sentido hablar en abstracto de la relevancia de un error sobre circunstancias tales como la identidad del objeto o del sujeto afectado o las de tiempo y lugar, pues todo dependerá de que el tipo en cuestión haya recogido o no dichas circunstancias como elemento objetivo del mismo.”³⁸

Si bien aquí se ha dicho que el dolo debe abarcar las circunstancias del tipo objetivo específico, se debe tener en cuenta que hay autores³⁹ que le otorgan un ámbito mayor

³⁷ Siguen esta teoría, aunque con diversos alcances, véase: HRUSCHKA, Joachim. “Sobre la difícil prueba del dolo”. En: Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación (Sánchez Ostiz Gutiérrez, Pablo ... [et al.]). Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2005., pp. 145-156; GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico: Parte General”. Lima, Perú, ARA Editores, 2003., p. 517; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Bogotá, Universidad externado de Colombia 2002., pp. 323 y ss; CARO JOHN, José Antonio. “Imputación subjetiva”. En: Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales N°7, 2006., pp. 247 y ss.; *el mismo autor* en: “La normativización del Tipo Subjetivo en el ejemplo del dolo”. En: Revista derecho y sociedad de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, Perú, N°39, 2012., pp. 24 y ss.; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, en Pensar en derecho, 2012, 1., p. 173. (se debe hacer notar, que este es el único autor de los aquí mencionados, que normativiza de manera completa el dolo, puesto que independiza por completo el concepto de dolo de un punto de partida psicológico). En Chile la normativización del dolo ha tenido acogida, por ejemplo, se puede citar a: OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “El delito de receptación Aduanera y la normativización del dolo”. En: *Ius et Praxis*, ISSN 0717-2877, Vol. 14, N° 1, 2008., pp. 68 y ss.

³⁸ HERNÁNDEZ, Héctor. “Comentario Artículo 1°”. En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia. Op. Cit., p. 57.

³⁹ Sobre la mayor o menor extensión del dolo, con respecto al “*error de tipo permisivo*” y las diferentes teorías y controversias que se refieren al ámbito del mismo, me referiré cuando aborde este tema más adelante. Para una revisión más profunda del tema véase la bibliografía citada en el pie de página n° 30 de esta memoria.

al dolo, el cual comprendería, además, la conciencia del injusto o antijuridicidad, las causales de justificación y los presupuestos objetivos de las mismas⁴⁰.

Un aspecto importante que se debe resaltar es la distintiva aprehensión de los elementos que componen el tipo objetivo, para ello la doctrina⁴¹ realiza la tradicional distinción entre los *elementos descriptivos del tipo*, los cuales deben ser conocidos mediante una percepción sensorial; y los *elementos normativos del tipo*, que deben ser comprendidos mediante una valoración paralela en la esfera del profano o lego en derecho.

4) Criterios para determinar la evitabilidad del error:

La doctrina⁴² fundamenta la evitabilidad del error de tipo en la *Infracción de un deber de cuidado*: esto es si la persona *no previó, ni podía prever* la situación real, o sea,

⁴⁰ También se debe indicar, que hay autores que incluyen en el dolo la conciencia del injusto, por ejemplo: FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. "Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad: Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal". En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N.º. 4, 2009., pp. 20-23; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. "Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme 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 nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987, 597 págs." En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N.º. 3, 2011., pp.15-18; TORIO LÓPEZ, Ángel. "El "error iuris". Perspectivas materiales y sistemáticas". En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 28, Fasc/Mes 1, 1975, p. 34. (En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788123>); COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. "Derecho penal: parte general". 4ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996., pp. 555; 558-560 (aunque estos autores no lo ponen de manifiesto expresamente, se puede deducir de sus consideraciones sobre el dolus malus, y acerca de la posición de la conciencia de la antijuridicidad en el dolo y este situado, a su vez, en la culpabilidad); MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal: Parte General". 9ª ed. / a cargo de Víctor Gómez Martín, Barcelona, Editorial REPERTOR, 2011., pp. 267; 559-560; 564-565; GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal Económico: Parte General". Op. Cit., pp. 514 y ss; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Eficacia del error de derecho". En: Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo / coord. por Andrés Báez Moreno, Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois; Juan Arrieta Martínez de Pisón (dir.), Miguel Angel Collado Yurrita (dir.), Juan Zornoza Pérez (dir.), Vol. 2, 2010 (Tomo II), ISBN 978-84-9903-482-9, pp. Nota al pie de página n.º 29 de la pág. 873 (quien sigue expresamente la tesis de FAKHOURI GÓMEZ, pues menciona: «su tesis es más satisfactoria que la interpretación de la "vencibilidad del error" propuesta por mí en cuanto permite, cuando fuere menester y posible, el castigo por imprudencia al aplicar la teoría del dolo.»).

⁴¹ Vid. CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". Op. Cit., pp. 280-281; BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. "Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito". Op. Cit., p. 39; BACIGALUPO, Enrique. "Derecho penal: parte general". Op. Cit., p. 226.

⁴² Véase, por ejemplo: CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". Op. Cit., p. 315; BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. "Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito". 2ª edición, Santiago, LexisNexis, Chile, 2007., p. 45; GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito". 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009., p. 122; WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por

que ni aun empleando la debida diligencia podría haber salido del error en que incurrió, gracias al cual realizo la acción típica, dicha situación corresponde a un error inevitable o invencible, que excluye el dolo.

En cambio, en el caso contrario, o sea cuando no empleó la debida diligencia o hubo falta de cuidado, pero si hubiera observado dicha debida diligencia no habría incurrido en el error, entonces se está ante un caso de error vencible o evitable, por lo que su actuación errónea, si bien excluye el dolo, puede ser punible a título de culpa o imprudencia (siempre y cuando exista el delito imprudente correspondiente).

C) Tratamiento del error de prohibición.

1) Clases de error de prohibición:

- *Error de prohibición directo*: esta clase de error, se refiere a aquellos en los cuales el autor no percibe la norma, sea imperativa o prohibitiva, por lo cual cree que su acción no está regulada normativamente (o sea prohibida o mandada).

Este error se puede dar, por distintas razones:

- 1) Porque la persona no conoce la existencia de la norma (prohibitiva o imperativa).
- 2) o porque la persona, si bien conoce la existencia de la norma, yerra con respecto a sus límites, pues la ha interpretado erróneamente.

los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". 2ª Edición castellana, [basada en la 11a. ed. alemana], Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997., p. 92; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Lima, Perú, ARA Editores, 2004., p. 1163 (este autor expone el fundamento de la evitabilidad del error de tipo, como una crítica a la teoría estricta de la culpabilidad, pues considera que, según esta vertiente de la teoría de la culpabilidad, el error de tipo vencible posee una fundamentación que hace posible su castigo, el error de prohibición vencible, en cambio, carece de dicho fundamento); BACIGALUPO, Enrique. "Derecho penal: parte general". 2ª edición, Buenos Aires, República Argentina, Hammurabi, 1999., p. 336; *El mismo autor* en: "Tipo y error". "Tipo y error". Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2002., pp. 170-171; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de derecho penal: parte general". Madrid, Universitas, 1996., p. 444; MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal: Parte General". 9ª ed. / a cargo de Víctor Gómez Martín, Barcelona, Editorial REPERTOR, 2011., p. 279; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Teoría jurídica del delito: derecho penal, parte general". Madrid, Civitas, 1984., pp. 222-223 (aunque este autor diferencia entre el error de tipo que recae sobre elementos esenciales del tipo y el error sobre elementos accidentales del tipo).

- *Error de prohibición indirecto*: es aquel error, en el cual incurre una persona, que si bien conoce la norma (prohibitiva o imperativa), cree erróneamente que en el caso concreto su conducta está justificada por la concurrencia de una causal de justificación.

Este error obedece a distintas situaciones:

1) Puede ser que el sujeto cree erróneamente en la existencia de una causa de justificación inexistente.

2) o su error se debe a que desconoce los límites de una causal de justificación existente.

- *Error sobre los presupuestos materiales u objetivos de una causa de justificación*⁴³: es el error que recae sobre las circunstancias que de haber existido realmente, conllevarían a la concurrencia de una causal de justificación realmente existente.

2) Efectos del error de prohibición:

Para poder determinar los efectos del error de prohibición, se debe abordar, primero, las diferentes teorías que se han propuesto para tratar los efectos del mismo, estas son las siguientes:

a) Teoría extrema o estricta del dolo⁴⁴: según esta teoría, el dolo no solo debe abarcar las circunstancias del hecho típico, sino que además, debe estar integrado por

⁴³ Si bien este error, puede ser considerado por cierta parte de la doctrina como una clase de *error de prohibición indirecto*, pues se relaciona con la equivocación que recae sobre uno de los aspectos de una causal de justificación, debido a la gran controversia existente en esta materia se decidió tratar por separado. Para una mayor profundización sobre este problema me remito a las citas bibliográficas presentes en el pie de página nº 30 de esta memoria.

⁴⁴ Autores que siguen esta doctrina: TORIO LÓPEZ, Ángel. "El "error iuris". Perspectivas materiales y sistemáticas". En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 28, Fasc/Mes 1, 1975, p. 34 (en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788123>); COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. "Derecho penal: parte general". 4ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996., pp. 555; 558-560 (aunque estos autores no lo ponen de manifiesto expresamente, se puede deducir de sus consideraciones sobre el *dolus malus*, y acerca de la posición de la conciencia de la antijuridicidad en el dolo y este situado, a su vez, en la culpabilidad); MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal: Parte General". 9ª ed. / a cargo de Víctor Gómez Martín, Barcelona, Editorial REPERTOR, 2011., pp. 267; 559-560; 564-565 (sin embargo, este autor realiza una construcción particular de la teoría del dolo, en la cual la conciencia de antijuridicidad solo excluye el *dolus malus* o dolo completo, dejando intacto el dolo típico y el dolo referido al hecho típico. Y en la cual, además, el error de prohibición vencible da paso a una imprudencia *iuris* o de derecho.); FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. "Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad: Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal". En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 4, 2009., pp. 20-23 (aunque mediante una fundamentación muy distinta a la de los partidarios más antiguos que siguen

la conciencia de lo injusto, por lo que el *error de prohibición inevitable* excluye la responsabilidad penal, por falta de dolo y de culpa, excluyendo así la culpabilidad⁴⁵. En cambio, el *error de prohibición evitable* excluye el dolo, pero no el delito imprudente o por culpa.

Se entiende que el fundamento por el cual el error evitable deja subsistente la culpa o imprudencia (en la teoría del estricta o extrema del dolo), es por la inobservancia de un **deber de cuidado**, ya sea en la realización del hecho, lo cual se denomina *culpa facti* o culpa de hecho (propia del error del tipo), o en el conocimiento del derecho, la que se denominada *culpa iuris* o culpa de derecho (propia del error de prohibición).⁴⁶

Las **Críticas** esgrimidas en contra de esta teoría son:

En primer lugar, esta teoría desconoce que el dolo es objeto de reproche y la conciencia de antijuridicidad es la razón por la cual se reprocha el dolo, por lo que no pueden tratarse ambos en la sede de la culpabilidad.⁴⁷

esta teoría); La *misma autora* en: FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. “Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme 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 nichtvorsatzausschließendem Irrtum, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987, 597 págs.” En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N.º. 3, 2011., pp.15-18; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Eficacia del error de derecho”. En: Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo / coord. por Andrés Báez Moreno, Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois; Juan Arrieta Martínez de Pisón (dir.), Miguel Angel Collado Yurrita (dir.), Juan Zornoza Pérez (dir.), Vol. 2, 2010 (Tomo II), ISBN 978-84-9903-482-9, pp. Nota al pie de página n.º 29 de la pág. 873 (quien sigue expresamente la tesis de FAKHOURI GÓMEZ, pues menciona: «su tesis es más satisfactoria que la interpretación de la “vencibilidad del error” propuesta por mí en cuanto permite, cuando fuere menester y posible, el castigo por imprudencia al aplicar la teoría del dolo.»).

⁴⁵ Pues esta teoría es originalmente de corte causalista, la cual aloja el dolo en la culpabilidad y no en el tipo. Aunque como bien lo expresa COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S: “Esta posición no se mantiene exclusivamente desde la perspectiva de una sistemática causal. También por parte de quienes entienden que el dolo pertenece al tipo de injusto puede sustentarse la tesis que lo concibe como *dolus malus*.” En su: “Derecho penal: parte general” Op. Cit., p. 605 en la nota al pie de página n.º 50. Un ejemplo de lo dicho por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, es la teoría del dolo efectuada por MIR PUIG, quien incorpora el dolo en el injusto, y en la cual el error de prohibición invencible excluye el *dolus malus*, pero no el dolo típico, Para ahondar en esta teoría, véase: MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal: Parte General”. Op. Cit., pp. 267; 559-560; 564-565.

⁴⁶ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Lecciones de Derecho Penal”. En: Obras Completas, Tomo I. Op. Cit., p. 1161.

⁴⁷ Vid. WELZEL, Hans. “Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)”. Op. Cit., pp. 191-192; WELZEL, Hans. “El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista (Traducción: Cerezo Mir, José)”. Barcelona, Ariel, 1964., p. 107.

Siguiendo con las críticas, se dice que la Teoría del dolo se funda en *el principio del conocimiento*, por lo que solo se le puede reprochar a un sujeto la conciencia de la antijuridicidad si es que este la conoce de manera efectiva y actual. No obstante, lo correcto sería que una teoría del error se basara en *el principio de la responsabilidad*, puesto que el ser humano es responsable por la rectitud de su conducta, por lo que se le reprocha a un sujeto su voluntad antijurídica, porque tenía la capacidad de conocimiento ético-social de su acción, es por esto que se le puede reprochar al autor su voluntad antijurídica no solo cuando conocía su antijuridicidad, sino también cuando podía conocerla.⁴⁸

Prosiguiendo con las críticas, se dice que el error de prohibición evitable lleva a la impunidad en la mayoría de los casos, debido al tratamiento legal de los delitos por imprudencia o culposos, por lo que no cumpliría una función político criminal adecuada.^{49 50}

También, se considera que el conocimiento aquí exigido es un conocimiento actual, no potencial, esto se debe a que la conciencia de ilicitud se encuentra radicada en el dolo, lo cual trae problemas a la hora de aplicar el error de prohibición a los delitos culposos o imprudentes, ya que en estos casos solo es posible un conocimiento potencial, ya

⁴⁸ Vid. WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". Op. Cit., p. 192; *El mismo autor* en: "El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista (Traducción: Cerezo Mir, José)". Barcelona, Ariel, 1964., p. 108.

⁴⁹ Esta es quizá la crítica más importante y la más repetida por la doctrina, así: CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". Op. Cit., p. 441; BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. "Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito". Op. Cit., p. 136; GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito". Op. Cit., pp. 309-310; WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". Op. Cit., pp. 192-194; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Op. Cit., p. 1162; MUÑOZ CONDE, Francisco. "El error en derecho penal". Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003., p. 32.

⁵⁰ Ante esta crítica, los autores que propugnan la teoría del dolo consideran que la solución adecuada ante estas **lagunas de punibilidad**, se pueden remediar mediante la creación de tipos a título de imprudencia que hagan posible el castigo de aquellos delitos en los cuales la aplicación de su teoría conlleve a lagunas de punibilidad inadmisibles. Sin embargo, esto es sumamente criticado por cierto sector de la doctrina, véase: WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista (Traducción: Cerezo Mir, José)". Op. Cit., pp. 109-110.

que no es necesaria la representación del hecho, sino que basta solo con la falta de cuidado.⁵¹

Otra de las críticas a esta teoría, es que exige el mismo conocimiento o hecho psicológico (conocimiento actual), con respecto a las circunstancias de hecho que debe abarcar el dolo como con respecto a la antijuridicidad de la conducta, que también debe ser abarcada por el dolo.

Se dice que esto es erróneo, porque la distinción entre tipicidad y antijuridicidad obliga a distinguir entre el conocimiento de los elementos que pertenecen a la tipicidad y de los elementos que pertenecen a la antijuridicidad. Por lo que tratar el error que recae sobre los elementos que componen la tipicidad de la misma forma que el error que recae sobre los elementos de la antijuridicidad y que, además, conlleven a las mismas consecuencias jurídicas es un desacierto. Esto corrobora que la estructura del conocimiento del tipo y de la antijuridicidad es completamente diversa.⁵²

Continuando con las críticas, se agrega que la necesidad de un conocimiento actual, propio del dolo, impide explicar correctamente el conocimiento de la antijuridicidad de los delincuentes habituales o los pasionales.⁵³

Asimismo, se objeta de esta teoría que pone la vigencia de las normas jurídicas a disposición de sus destinatarios, pues basta con solo no tomar conciencia de un tipo para quedar a salvo de la coacción penal.⁵⁴

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Op. Cit., p. 1162.

⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Op. Cit., pp. 1161-1162; MUÑOZ CONDE, Francisco. "El error en derecho penal". Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003., pp. 26-27; WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista". Op. Cit., p. 106.

⁵³ Vid. WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". Op. Cit., pp. 189-191 (aunque este autor, también en las citadas páginas, expone ciertas teorías que ha esbozado la doctrina que adhiere a la teoría del dolo, para solucionar los problemas que se derivan de la exigencia de un conocimiento actual de la conciencia de antijuridicidad, lo cual dio paso a las diversas propuestas de la teoría limitada del dolo); WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista (Traducción: Cerezo Mir, José)". Op. Cit., pp. 105-106; MUÑOZ CONDE, Francisco. "El error en derecho penal". Op. Cit., pp. 29-31.

⁵⁴ ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)". Op. Cit., pp. 864-865.

Dentro de las críticas que se ha esgrimido en contra de esta teoría, es que obliga a tratar el conocimiento de la antijuridicidad como un problema cognoscitivo susceptible de comprobación empírica, lo cual es difícil de probar en un proceso penal, esto debido a que no estamos ante un problema psicológico, sino ante todo es un problema de atribución.⁵⁵

Por último, como critica también a esta teoría está el hecho de que se caracteriza por su seguridad jurídica, pero, sin embargo, deja de lado la justicia, en pos de dicha seguridad.

Esto quiere decir que, para distinguir entre la imprudencia y el dolo, esta teoría se basa en el binomio conocimiento y desconocimiento (entendidos como hechos psicológicos). Por lo tanto, si el autor posee un *conocimiento actual* de las circunstancias de hecho y de la ilicitud de su conducta, entonces actúa con dolo, en los demás casos solo podría actuar con imprudencia.

Atendiendo a lo antes expuesto, es que se considera que esta teoría es más sencilla y, por lo tanto, posee una mayor seguridad jurídica, ya que para constatar si existe dolo solo es necesario que el agente posea un conocimiento actual de las diferentes circunstancias que abarca el dolo, siendo innecesario preguntarse por los motivos de dicho desconocimiento. Sin embargo, el problema radica en que, en pro de esa seguridad jurídica se deja de lado la justicia, puesto que la teoría del dolo llega a conclusiones injustas.

Estas soluciones injustas a las que llega esta teoría, se deben a que esta pone énfasis en la actitud consciente de rebeldía contra el derecho, o en palabras de ROXIN, el cual en una crítica a la teoría del dolo expone: “La cuestión de si la esencia del delito reside en la desobediencia o en su contrariedad al valor o en su dañosidad social, debe responderse, por consiguiente, en el segundo sentido. Por ello, la teoría del dolo debe rechazarse en su forma pura. Ella es “injusta”, porque deja de lado una diferencia

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003., pp. 31-32.

considerable a los efectos de la valoración jurídico-penal, que sin embargo no es secundaria y decide sobre la punibilidad o la medida de la escala penal.”⁵⁶

b) Teoría limitada del dolo⁵⁷: bajo este paradigma, el *error de prohibición inevitable* excluye la responsabilidad penal, pues elimina el dolo y la culpa, sin embargo el *error de prohibición evitable* excluye, solamente, el dolo y deja subsistente la culpa. Aunque en ciertos casos de “*ceguera jurídica*” o “*enemistad con el derecho*”, se sanciona al autor *como si hubiera obrado dolosamente*.

Lo anterior tiene su base en el hecho de que el dolo requeriría de dos clases de conocimientos diversos, el dolo de los hechos, que se satisface con un conocimiento actual y el dolo del derecho, que se satisface con un conocimiento potencial.

Las diversas **Críticas** que se han hecho en contra de esta teoría, son:

En primer lugar, se dice que es una construcción teórica no convincente, pues trata de salvaguardar problemas prácticos de la teoría extrema del dolo, pero sin justificaciones doctrinarias.⁵⁸

En segundo lugar, se cree que en los casos de ceguera jurídica la sanción como delito doloso se satisface con un conocimiento potencial del injusto, lo cual es un sin sentido, pues el dolo requiere de un conocimiento actual.⁵⁹

⁵⁶ ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico (Traducción: Bacigalupo, Enrique)”. Buenos Aires: Depalma, 1979., p. 185; JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción: Cuello, Joaquín; Serrano González, José Luis)”. 2ª Edición, Madrid, Marcial Pons, 1997., p. 663 (JAKOBS también considera que la teoría del dolo es la “más sólida”, pero no la más justa. Aunque su crítica apunta, más bien, al tratamiento más benigno que se le otorga al “*autor ciego ante los hechos*”, pues se considera que al no tener conocimiento de los hechos y de la ilicitud de su conducta, se castiga, a lo más, como autor imprudente).

⁵⁷ Esta teoría es seguida por: MEZGER, Edmund. “Derecho penal. Tomo I, parte general, libro de estudio (traducción de la 6a. edición alemana (1955) [v.1] [y] traducción de la 4a. edición alemana (1954) por el Dr. Conrado A. Finzi ; prólogo del Dr. Ricardo C. Núñez)”. Buenos Aires, editorial Bibliográfica Argentina, 1958-1959., pp. 250-251 y 254-255.

⁵⁸ Así: CURY, Enrique. “Derecho penal. Parte general”. Op. Cit., p. 442.

⁵⁹ Así: CURY, Enrique. “Derecho penal. Parte general”. Op. Cit., p. 442; BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. “Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito”. Op. Cit., p. 137; GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito”. Op. Cit., p. 310.

Continuando con las críticas, se cree que MEZGER fundamenta esta teoría en una concepción de la culpabilidad que se corresponde con la idea de una “*culpabilidad por la conducción de vida*”, incompatible con la culpabilidad del hecho.⁶⁰

Y por último, se dice que tampoco satisface completamente la función político-criminal, ya que igualmente el error evitable o vencible, en ciertos casos, lleva a sancionar el delito a título de imprudencia y, por consiguiente, a la impunidad.⁶¹

c) Teoría extrema o estricta de la culpabilidad⁶²: según esta teoría, *el error de prohibición inevitable* excluye la conciencia del injusto o de prohibición (la cual se encuentra radicada en la culpabilidad), por lo que exime al autor de responsabilidad penal, pero no excluye el dolo ni la culpa (o imprudencia)⁶³. En cambio, *el error de prohibición evitable* no excluye la responsabilidad, por consiguiente, el sujeto será sancionado por el delito doloso o culposo que haya efectuado, pero en determinados casos procederá una atenuación de la pena.

La teoría de la culpabilidad exige que el conocimiento de la antijuridicidad se satisfaga con un *conocimiento potencial*, no actual como la teoría del dolo, por lo que su prueba es más fácil, ya que no es un *factum* constatable empíricamente (como el caso del conocimiento actual) que deba ser comprobado como cualquier otro hecho psicológico,

⁶⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Op. Cit., pp. 32-33.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 33.

⁶² Esta teoría es seguida por autores como: WELZEL, Hans. “Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)”. Op. Cit., pp. 194-198; El mismo autor en: “El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista (Traducción: Cerezo Mir, José)”. Barcelona, Ariel, 1964., pp. 112-115; BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. “Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito”. Op. Cit., p. 137; GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito”. Op. Cit., p. 305; COUSIÑO MAC IVER, Luis. “Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo III”. Op. Cit., p. 203; BACIGALUPO, Enrique. “Derecho penal: parte general”. 2ª edición, Buenos Aires, República Argentina, Hammurabi, 1999., pp. 384-385; 431: el mismo autor en: “Tipo y error”. Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2002., 173-174; CÓRDOBA RODA, Juan. “El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito”. 2ª ed. Montevideo, Editorial B de F, 2013., pp. 56; 141; 153; CERESO MIR, José. “La regulación del error de prohibición en el código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 38, Fasc/Mes 2, 1985, p. 279; CERESO MIR, José. “Derecho penal: parte general (lecciones 26-40)”. 2ª Edición, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000., pp. 124-125.

⁶³ Pues según esta teoría, de corte finalista, el dolo y la culpa están alojados en el tipo, conformando de esta forma el tipo subjetivo.

sino que es un *concepto normativo*, por lo que se basa en que el sujeto tenía la posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho.⁶⁴

Se debe tener en cuenta que según esta teoría, los errores que recaigan sobre los *presupuestos objetivos de las causales de justificación*, son un caso de error de prohibición y no un error de tipo.⁶⁵

Las **Críticas** enunciadas en contra de esta teoría son:

Primero, la conciencia de antijuridicidad es de tal laxitud, que en la praxis solo en muy pocos casos se podría esperar su admisión.⁶⁶

Gracias a dicha laxitud, es que esta teoría sea bastante semejante en la praxis a las teorías anteriores que se preocupan del error sobre la ilicitud de la conducta, pues en todas esas teorías el error de derecho es, prácticamente, irrelevante; esta irrelevancia del error de derecho penal demuestra que en estas teorías subyacen aun casos de responsabilidad objetiva.

Esto conlleva a que el principio de culpabilidad, presente en el derecho penal, no sea desarrollado de manera radical, pues todavía se considera irrelevante el error de derecho penal. Por tanto, en lugar de ello, solo se han construido sistematizaciones complejas sobre el error en materia penal, que solo nominalmente lo consideran relevante, pero debido a las exigencias que se le impone en la praxis, es escasa o nulamente aplicable.⁶⁷

Otra crítica que se le puede hacer a esta teoría, es que la distinción entre el aspecto cognoscitivo del dolo y la conciencia de antijuridicidad, tiende a disolverse en los delitos en que existen elementos que pueden ser ubicados tanto en el tipo como en la

⁶⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. "El error en derecho penal". Op. Cit., p. 37.

⁶⁵ Vid. WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". Op. Cit., p. 199; GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito". Op. Cit., p. 306.

⁶⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. "El error en derecho penal". Op. Cit., p. 38.

⁶⁷ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Delito y error: perspectiva político-criminal". Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1990., pp. 46-48. A igual consideración llegan COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. "Derecho penal: parte general". 4ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996., p. 609 (en donde denominan a las teorías de la culpabilidad como: "herederas descoloridas de las doctrinas del *error iuris criminalis nocet.*").

antijuridicidad (por ejemplo, ciertos elementos normativos del tipo). Por lo que se puede pensar, que si bien las consideraciones sistemáticas de la teoría estricta o extrema de la culpabilidad obligan a imponer consecuencias diferentes a errores diversos (error de tipo y de prohibición), en estos casos no se justifica dicha diferencia, desde la perspectiva de la justicia material.⁶⁸

Además, se critica que el diferente tratamiento propugnado para el error sobre el tipo y el error sobre la prohibición, solo se justifica si se pone énfasis sobre la actitud que expresa el autor con su acto hacia el ordenamiento jurídico. Lo cual se puede considerar desmesurado, pues este énfasis solo se puede explicar si se adopta la perspectiva de un *derecho penal del ánimo*, en el cual lo relevante es la actitud interna del autor hacia el ordenamiento jurídico. En cambio en un *derecho penal regulador* de la convivencia externa, el desconocimiento de la prohibición no es ni más ni menos grave que el desconocimiento que recae sobre los hechos.⁶⁹

En último lugar, se indica que esta teoría tiene problemas para explicar razonablemente los errores sobre los presupuestos facticos de las causales de justificación.

Debido a la serie de críticas que se le han efectuado a esta teoría por tratar este error (sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación) como un error de prohibición, es que se han creado una serie de variantes de la teoría de la culpabilidad. Esto, principalmente, para darle un tratamiento “más adecuado” a esta clase de error.⁷⁰

3) Estado subjetivo requerido⁷¹:

Sobre el hecho psicológico requerido para la conciencia de lo injusto, la doctrina ha elaborado diversas teorías, las cuales son:

⁶⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Op. Cit., pp. 38-40.

⁶⁹ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. “Derecho penal: parte general”. 4ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996., p. 609.

⁷⁰ Sobre estas diversas variantes de la teoría de la culpabilidad, se abordará en el apartado siguiente infra., pp. 32 y ss.

⁷¹ Sobre este punto, véase: FELIP I SABORIT, David. “Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal”. Op. Cit., pp. 153 y ss.

- *Conocimiento actual*⁷²: cierto sector de la doctrina considera que el conocimiento de la ilicitud requiere un conocimiento actual y efectivo de la misma.

- *Conocimiento potencia*⁷³: esta concepción, considera que basta con un conocimiento potencial de la conciencia de ilicitud. Por lo tanto, la persona es responsable penalmente cuando tuviera la posibilidad de valorar su conducta como contraria al ordenamiento jurídico.

4) Objeto abarcado por la conciencia del injusto⁷⁴:

Otro asunto discutido es el objeto abarcado por el hecho psicológico exigido por la conciencia de ilicitud, en referencia de lo cual se puede dar las siguientes situaciones:

- *Conocimiento de la tipicidad*: ciertos autores consideran que el conocimiento de la ilicitud se corresponde con el conocimiento específico de la tipicidad. Aunque este punto de vista es sumamente criticado, pues se exige que el sujeto efectúe una subsunción jurídica exacta de su conducta al tipo, lo cual obviamente es difícil de llevar a cabo, pues solo podrían delinquir los juristas y, más específicamente, solo los penalistas.

- *Conocimiento de los preceptos éticos*: esta concepción, exige que, para poder poseer una conciencia del injusto, se requiere que el sujeto conozca que la conducta efectuada es contraria los preceptos éticos que imperan en la sociedad.

⁷² A esta posición adhieren: TORIO LÓPEZ, Ángel. "El "error iuris". Perspectivas materiales y sistemáticas". En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 28, Fasc/Mes 1, 1975, p. 31 (en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788123>); COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. "Derecho penal: parte general". 4ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996., p. 559.

⁷³ Este tipo de conciencia es exigida por autores como: CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". Op. Cit., p. 436; BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. "Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito". Op. Cit., p. 134; GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito". Op. Cit. p. 276; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal: Parte General (Traducción: Olmedo Cardenete, Miguel)". Op. Cit., p. 489; COUSIÑO MAC IVER, Luis. "Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo III". Op. Cit., pp. 156-158 (Se debe tener en cuenta que, este autor prefiere el hecho psicológico "**conocimiento**", por sobre otros, como, por ejemplo, "conciencia", "comprensión"); BACIGALUPO, Enrique. "Derecho penal: parte general". Op. Cit., p. 428.

⁷⁴ Para una exposición más detallada sobre esta materia, véase: CÓRDOBA RODA, Juan. "El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito". 2ª ed. Montevideo, Editorial B de F, 2013., pp. 95 y ss.; FELIP I SABORIT, David. Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal. Barcelona, Atelier, 2000., pp. 108 y ss.

Sin embargo, esta concepción es criticada por desconocer la distinción existente entre derecho y moral. Además de que las concepciones éticas son sumamente cambiantes y no necesariamente están garantizadas penalmente.⁷⁵

- *Conocimiento del injusto mediante una “valoración paralela en la esfera del profano”*⁷⁶

⁷⁷: esta postura exige que la persona aprecie el carácter contrario de su conducta con el ordenamiento jurídico, mediante una “valoración paralela en la esfera del profano”. En consecuencia, no basta con que el sujeto sepa que su conducta es “indebida” o “reprobable”, sino que debe saber que está haciendo algo *jurídicamente malo o incorrecto*.

⁷⁵ Vid. CURY, Enrique. “Derecho penal. Parte general”. Op. Cit., p. 435.

⁷⁶ Esta postura fue elaborada por MEZGER, para ello véase, por ejemplo: MEZGER, Edmund. “Derecho penal. Tomo I, parte general, libro de estudio (traducción de la 6a. edición alemana (1955) [v.1] [y] traducción de la 4a. edición alemana (1954) por el Dr. Conrado A. Finzi; prólogo del Dr. Ricardo C. Núñez)”. Buenos Aires, editorial Bibliográfica Argentina, 1958-1959., p. 249. Y es seguida por diversos autores, entre ellos: CURY, Enrique. “Derecho penal. Parte general”. Op. Cit., pp. 435-436; BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. “Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito”. Op. Cit., p. 134; GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito”. Op. Cit. p. 275; WELZEL, Hans. “Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)”. Op. Cit., p. 202; ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)”. Op. Cit., p. 866; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. “Tratado de Derecho Penal: Parte General (Traducción: Olmedo Cardenete, Miguel)”. Op. Cit., pp. 487-488; JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción: Cuello, Joaquín; Serrano González, José Luis)”. Op. Cit., pp.667-668; COUSIÑO MAC IVER, Luis. “Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo III”. Op. Cit., pp. 155 y ss., (aunque este autor, considera más adecuado el término “**hombre medio**”, que los términos de lego o profano, por su vaguedad e indefinición. Además, cuestiona las diversas denominaciones sobre el objeto del conocimiento de la “prohibición”, prefiriendo esta última, por sobre vocablos como: “ilicitud”, antijuridicidad” o “injusto”, aunque él mismo considera que, esto último, no es un asunto de gran importancia).

⁷⁷ Se debe resaltar que, si bien el criterio de la “valoración paralela en la esfera del profano” es la tesis absolutamente mayoritaria (la cual no solo se ocupa para la comprensión de la antijuridicidad, sino también en la comprensión de los elementos normativos del tipo), ha sido fuertemente atacada por cierta parte de la doctrina, como, por ejemplo: FRISCH, Wolfgang. “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, Argentina, AD-HOC, 1999., pp. 52-53 y 72 y ss. (Este autor realiza una serie de referencias de cómo este criterio ha entrado en crisis en Alemania, y las soluciones que se han propuesto para remplazarlo); PUPPE, Ingeborg. “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”; POZO SILVA, Nelson. “error de derecho penal y error de derecho extrapenal”. En: Gaceta jurídica, volumen 287, año 2004 (quien es influenciado claramente por la doctrina del error propuesta por PUPPE); En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp 95-96; KINDHÄUSER, Urs. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., p. 155; GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico: Parte General”. Lima, Perú, ARA Editores, 2003., p. 522 y ss.

- *Conocimiento de la punibilidad*⁷⁸: existe un sector de la doctrina, que considera insuficiente que el sujeto sepa que está obrando en contra del ordenamiento jurídico, por lo cual, para que exista conciencia de ilicitud se requiere, además, que conozca que su conducta esta afecta a una sanción penal.

5) Criterios para determinar la evitabilidad del error:

Para distinguir entre la evitabilidad (o vencibilidad) del error de prohibición y la inevitabilidad (o invencibilidad) del mismo⁷⁹, se han propugnado una serie de criterios:

- *Infracción a un deber de información*⁸⁰: la persona incurre en un *error de prohibición evitable* en los casos en que infringe un deber de información sobre la licitud de su conducta (lo cual constituye una forma de *deber de cuidado*). Para ello se requiere que el autor haya tenido la posibilidad de prever que su conducta estaba contraviniendo el ordenamiento jurídico y, además, que efectuó todas las medidas a su alcance para

⁷⁸ Esta postura es defendida por: BACIGALUPO, Enrique. "Derecho penal: parte general". 2ª edición, Buenos Aires, República Argentina, Hammurabi, 1999., pp. 425-426; FELIP I SABORIT, David. "Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal". Op. Cit., pp. 126 y ss.

⁷⁹ Se debe decir que, existe autores que niegan esta distinción (evitable o inevitable) del error, como, por ejemplo: COUSIÑO MAC IVER, Luis. "Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo III". Op. Cit., pp. 189-198. Este autor considera que el error es un **concepto absoluto**, o se está en error o no esta en dicho estado y que, además, es una **certidumbre subjetiva**, por lo cual el *error es siempre invencible o inevitable*, por lo que adjetivar al error con el concepto inevitable es simplemente un pleonasma o redundancia, pues siempre que se incurre en un error este exime de responsabilidad penal, por lo cual es conveniente distinguir entre el error (certeza subjetiva) y otros estados mentales como la duda, vacilaciones, etc; los estados mentales antes mencionados, que no son lo mismo que el error, igualmente pueden ser considerados en la etapa de la culpabilidad y pueden ser valorizados según su evitabilidad, por lo que pueden atenuar o agravar la pena, pero aun así no constituyen un error.

Por lo demás, COUSIÑO cree que **la doctrina no ha podido encontrar un criterio para determinar la evitabilidad del error de prohibición**. También cree que el concepto de evitabilidad, además, modifica el hecho injusto, el cual es considerado como un elemento ontológico, pues si bien el error de tipo se produce en el injusto, el de error de prohibición también acaece en el hecho injusto, solo que su valoración se produce posteriormente, en el ámbito de la culpabilidad, pero esto no significa que el hecho injusto ya configurado se deba modificar posteriormente y esto, es precisamente, lo que se logra con el concepto de evitabilidad del error de prohibición, lo cual **infringe el principio de culpabilidad**.

⁸⁰ Criterio seguido por: GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito". Op. Cit. Pp. 305-306; WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". Op. Cit., pp. 203-204. (Aunque se debe dejar en claro que este autor, posee dos criterios para determinar la evitabilidad del error de prohibición, una de ella es el **"esfuerzo de conciencia"**, y el otro criterio es **"la infracción de un deber de información"**, este último solo se utiliza en aquellas normas que no se fundan en el orden moral, como las disposiciones penales que son, exclusiva o preponderantemente, de carácter ordenador, como el "derecho penal de orden"). En contra de este criterio: BACIGALUPO, Enrique. "Tipo y error". Op. Cit., p.179.

adquirir el conocimiento o aclarar sus posibles *dudas (hecho meramente psicológico)* antes de actuar.

En cambio, en el caso que la persona haya cometido un ilícito y no haya podido prever su conducta ilícita y, también, no haya tenido acceso a las fuentes correspondientes para aclarar posibles dudas o informarse sobre la ilicitud de su conducta, entonces el autor incurrió en *un error de prohibición invencible o inevitable*.

- *Conciencia de la dañosidad social de su conducta*⁸¹: para determinar la vencibilidad o invencibilidad de un error de prohibición, se considera que el ordenamiento jurídico descansa o coincide, en la mayor parte, en reglas o normas de orden moral o social.

Entonces el autor de un ilícito infringe necesariamente una regla social o moral, por lo que, con ello, debería saber que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico, pues causa lesividad social. Entonces, los autores que por falta de sociabilización desconocen que su conducta infringe una regla social o moral no sabrán que su comportamiento contraviene el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, incurren en *un error de prohibición vencible*.

En cambio, los sujetos que se han sociabilizado correctamente y conocen o deberían conocer perfectamente los valores ético-sociales de su conducta, deberían, por ende, estar al tanto de que su comportamiento contraviene el ordenamiento jurídico, debido a esto su error de prohibición será invencible.

- *Posición ecléctica*⁸²: esta posición se considera ecléctica porque mezcla *criterios psicológicos y normativos*, para así poder determinar la evitabilidad del conocimiento

⁸¹ Este criterio es seguido por: CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". Op. Cit., p. 362 (Quien lo fundamenta en las **normas de cultura** del jurista MAX ERNST MAYER); WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". Op. Cit., p. 203 y ss. (Aunque, se debe advertir que este autor elabora dos conceptos para determinar la evitabilidad de un error de prohibición, el "**esfuerzo de conciencia**", el cual se encasilla en el criterio aquí descrito, y **la infracción de un deber de información**); BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Op. Cit., pp. 1135-1137; 1165-1168. (En todo caso, este autor se basa en la "**exigibilidad de la conciencia del injusto**", criterio que por lo demás proviene de una teoría propia del error que, si bien posee matices relevantes, no es el lugar para tratarlo con mayor profundidad en esta memoria, además se puede encasillar su criterio de exigibilidad disminuida del injusto en esta categoría, considerando los fines didácticos y sin tanta pretensión de profundidad sobre este tema en particular).

⁸² Aunque con diversos matices, este criterio es seguido por: ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y

de la ilicitud. Debido a esto, considera que los criterios anteriormente expuestos son insuficientes (de corte psicologicistas) por sí solos, por lo mismo se elaboran criterios normativos para poder determinar la vencibilidad o evitabilidad de un error de prohibición.

Por lo tanto, para determinar la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición, se deben cumplir los siguientes requisitos⁸³:

- 1) Que *exista un motivo o razón*, gracias a lo cual, la persona pueda cerciorarse de la ilicitud de su conducta.
- 2) En el caso que exista dicho motivo o razón, la persona *no debe haber realizado ningún esfuerzo o efectuado un esfuerzo insuficiente*, para cerciorarse de la ilicitud de su conducta.
- 3) Y por último, pese a que haya existido un motivo y el autor aun así no se hubiera esforzado (o lo haya hecho de manera insuficiente) para conocer la ilicitud de su conducta, su *error de prohibición solamente será vencible* en los casos en que unos *esfuerzos suficientes lo hayan podido, efectivamente, llevar a percatarse de la ilicitud de su conducta*.⁸⁴

García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier). Op. Cit., pp. 878 y ss; BACIGALUPO, Enrique. "Derecho penal: parte general". Op. Cit., p. 445; el mismo autor en: "Tipo y error". Op. Cit., pp. 179 y ss.; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel "El error sobre elementos normativos del tipo penal". Madrid, España, La ley, 2008., p. 175; FRISTER Helmut. "Derecho Penal parte general (Traducción Marcelo A. Sancinetti)". Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2011., pp. 383-384; RUDOLPHI, Hans-Joachim. Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotirrtums, Göttingen, 1969. Citado y sintetizado por: MANSO PORTO, Teresa. "Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal". Madrid, Dykinson, 1999., pp. 65 y ss.

⁸³ Sobre una exposición completa de este criterio, con las correspondientes referencias en la doctrina alemana, véase ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)". Op. Cit., pp. 884-892.

⁸⁴ Este requisito es criticado por JAKOBS, Günther. "conocimiento y desconocimiento de la norma (Traducción: Marcelo A. Sancinetti)". En: Problemas capitales del derecho penal moderno / Günter Jakobs y Eberhard Struensee; [prólogo y presentación de Marcelo A. Sancinetti]. Buenos Aires, Hammurabi, 1998., pp. 76-78.

Por lo que, a la inversa, si el error de prohibición no cumple con los *tres requisitos copulativos*⁸⁵, recién expuestos, entonces será un *error de prohibición invencible o inevitable*.

- *Criterio Normativo*⁸⁶: este criterio se denomina de esta forma, porque lo importante no es el conocimiento o desconocimiento del autor, entendidos como *meros hechos naturalísticos o psicológicos*, sino que más bien, lo fundamental según este criterio es determinar si el autor era *responsable* del conocimiento o desconocimiento de lo ilícito (sin importar si efectivamente el autor poseía este conocimiento, en un sentido meramente psicológico).

Para ello *el motivo* que debía existir para que el autor indagara sobre la ilicitud de su comportamiento, se configura como un *presupuesto*, o sea el motivo no se debe entender como un hecho psicológico (por ejemplo, una duda sobre la licitud de su comportamiento), sino que *se presupone que toda persona está motivada a acatar el derecho*. Por lo tanto, lo importante aquí es determinar cuál es el *déficit de motivación* conforme al derecho, producto de un desconocimiento de la ilicitud de su comportamiento, cuál es excusable y cuál no.

Entonces, para determinar cuándo el error de prohibición es evitable, se debe hacer de *modo normativo*, para ello el desconocimiento inevitable *no* se debe determinar de manera psicológica (o sea, si existía al momento del hecho), sino que lo importante es decidir si al autor le era *debida o competente la existencia de dicho conocimiento de la ilicitud*.

⁸⁵ Y que, además, los requisitos están ordenados en forma lógica, por lo que el primero es base del segundo y así sucesivamente.

⁸⁶ Esta es la teoría seguida por JAKOBS, Günther. "conocimiento y desconocimiento de la norma". Op. Cit., pp. 65 y ss; TIMPE, Gerhard. Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA 1984, p. 51 y ss; y el mismo autor en: Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelwertungsverbot, Berlin, 1983., pp. 222 y ss. Citado y sintetizado por: MANSO PORTO, Teresa. "Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal". Madrid, Dykinson, 1999., pp. 73 y ss.; MANSO PORTO, Teresa. "Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal". Madrid, Dykinson, 1999., pp. 84-86 (aunque esta autora española, si bien considera correcta la premisa normativa para configurar la evitabilidad, cree que es erróneo una normativización radical, como la de TIMPE, puesto que no basta con la mera construcción de roles y *standards*, sino que, además, se debe efectuar un proceso de individualización más allá de estos).

En conclusión, el desconocimiento evitable del autor (por lo tanto incurre en un *error de prohibición evitable*), es aquel conocimiento de la ilicitud por el cual el sujeto era *competente*⁸⁷, pues forma parte del *rol que se le atribuye en la sociedad*. En cambio, si el sujeto era *incompetente* con respecto al conocimiento de la ilicitud, conforme al rol social que se le atribuye, entonces incurre en un *error de prohibición inevitable o invencible*.

V. Error de tipo permisivo.

Con respecto al tratamiento acerca del error que recae sobre ***los presupuestos objetivos o materiales de las causas de justificación o el denominado error de tipo permisivo***, se ha generado en la doctrina una enorme controversia, la cual ha suscitado la creación de diversas variantes de la *teoría de la culpabilidad*⁸⁸, por lo que realizará una exposición somera acerca de las diversas teorías que se han propugnado con respecto a este punto, puesto que estas teorías, solamente, serán mencionadas en este trabajo⁸⁹.

Se denomina a estas teorías, como *teorías limitadas de la culpabilidad*, debido a que uno de los diferentes tipos de error de prohibición se designa con el nombre de *error*

⁸⁷ “Los principios de la competencia son correspondientes a los de la imputación objetiva”, según lo expone: JAKOBS, Günther. “conocimiento y desconocimiento de la norma”. Op. Cit., p. 79.

⁸⁸ Sin embargo, se debe tener en cuenta, que la discusión sobre el tratamiento del error del tipo permisivo, también es relevante para algunos partidarios de la teoría del dolo (teniendo en cuenta la nomenclatura del error de tipo y error de prohibición), como, por ejemplo: MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal: Parte General”. Op. Cit., pp. 434-435; 557; 563-564 (de esto se puede concluir que la diferencia entre el error de tipo y error de prohibición también tiene relevancia para la teoría del dolo).

⁸⁹ Aunque se debe advertir, que no se hará una exposición profunda con respecto al tema, puesto que no es el objeto de este trabajo tratar sobre el error que recae sobre los presupuestos objetivos de las causales de justificación. Para una exposición más completa sobre el tema, se puede revisar: ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)”. Op. Cit., pp. 579 y ss.; HERNÁNDEZ, Héctor. “Comentario Artículo 1º”. En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia. Op. Cit., pp. 64 y ss. (Con las correspondientes citas bibliográficas de la doctrina chilena.); MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”. En: Revista de estudios de la justicia.--no.3 (2003), pp. 147-163; GRÜNWARD, Gerald. “Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999; PAEFFGEN, Hans Ullrich. “Observaciones acerca del error de tipo permisivo”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999.

de prohibición indirecto, este es aquel error en el cual incurre una persona, que si bien conoce la norma (prohibitiva o imperativa), cree erróneamente que en el caso concreto su conducta está justificada por la concurrencia de una causal de justificación.

Como se puede ver el error de prohibición indirecto es el que recae sobre una norma permisiva o una causal de justificación, como se indicó anteriormente este puede ser de tres clases diferentes:

- 1) Puede ser que, el sujeto cree erróneamente en la existencia de una causa de justificación inexistente.
- 2) o que su error se debe a que desconoce los límites de una causal de justificación existente.
- 3) El sujeto cree erróneamente que en las circunstancias en las cuales desenvuelve su conducta, se dan los presupuestos objetivos o materiales de una causal de justificación, efectivamente reconocida por el ordenamiento jurídico.

Entonces la teoría limitada de la culpabilidad, restringe el campo de aplicación del error de prohibición indirecto de la teoría estricta o extrema de la culpabilidad, ya que en el caso numero 3) recién mencionado, considera que las justificantes putativas se deben tratar como un error de tipo y no como un error de prohibición.⁹⁰

A) Teoría de los elementos negativos⁹¹: conforme a esta concepción, las causales de justificación son elementos negativos del tipo, por lo que obviamente el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación es *un error de tipo*.

⁹⁰ Acerca de la teoría estricta o extrema de la culpabilidad y su tratamiento del error que recae sobre los presupuestos objetivos de las causales de justificación, véase: [Supra, pp. 23 y ss.](#)

⁹¹ Teoría seguida por: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de derecho penal: parte general". Madrid, Universitas, 1996., pp. 300 y 473; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel "El error sobre elementos normativos del tipo penal". Madrid, España, La ley, 2008., p. 172; En líneas similares a las de esta teoría se puede encuadrar la opinión de: MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal: Parte General". Op. Cit., pp. 434-435; 557; 563-564 (aunque este autor llega a consecuencias similares a las de la teoría de los elementos negativos del tipo, rechaza el sentido amplio que esta teoría le da a la palabra "tipo", pero resalta que dicha teoría puso de manifiesto que el supuesto de hecho antijurídico constituye una unidad, con una parte positiva y una negativa. Teniendo en cuenta esto, es que, «tipo positivo» y «tipo negativo» no significarían «parte positiva y negativa del tipo», sino «parte positiva y negativa del supuesto de hecho». Se debe tener en cuenta, que otro aspecto relevante de la posición de este autor es que adhiere a la teoría del dolo, de esto se puede concluir que la diferencia entre el error de tipo y error de prohibición también tiene relevancia para la teoría del dolo).

B) Teoría limitada o restringida de la culpabilidad⁹²: esta teoría considera que el error sobre los presupuestos objetivos de las causales de justificación, debe ser tratado como un error de tipo, aun cuando no lo sea, ya que por *aplicación analógica* se debe tratar como si fuera uno.

Se debe tener en cuenta que esta doctrina no está exenta de críticas, pues al tratar el error sobre los presupuestos objetivos sobre las causas de justificación como un error de tipo y no como uno de prohibición, esta situación genera una serie de inconvenientes debido a la exclusión del dolo que produce el error de tipo. Problemas con relación a la teoría de la participación, de la tentativa, sobre la imposición de medidas de seguridad y con respecto a la posibilidad de invocar una causa de justificación⁹³.

Sin embargo todas estas críticas han sido respondidas por los autores que acogen esta teoría⁹⁴.

C) Teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas⁹⁵: según esta postura, el error sobre los presupuestos materiales o fácticos de las causales de justificación *no excluye el dolo* (o sea no es tratado como un error de tipo), pero en estos supuestos se pretende *equiparar las consecuencias jurídicas del hecho doloso*

⁹² Teoría seguida por: ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)". Op. Cit., p. 583; *el mismo autor* en: ROXIN, Claus. "Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico (Traducción: Bacigalupo, Enrique)". Buenos Aires: Depalma, 1979., p. 192; FRISTER Helmut. "Derecho Penal parte general (Traducción Marcelo A. Sancinetti)". Op. Cit., p. 292.

⁹³ Para una exposición de estas críticas, se puede revisar: BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. "Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito". Op. Cit., p. 138-141.

⁹⁴ Vid. ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)". Op. Cit., pp. 588-589.

⁹⁵ Esta teoría es seguida por autores como: CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". Op. Cit., p. 444 (aunque este autor equipara esta teoría, con la de la culpabilidad dependiente, confundiendo a las dos como una sola, pues si bien los efectos jurídicos de ambas son similares, no son exactamente la misma teoría.); JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal: Parte General (Traducción: Olmedo Cardenete, Miguel)". 5ª Edición, Granada, Editorial Comares, 2002., pp. 499-500; MAURACH, Reinhart. "Derecho penal: parte general. Tomo I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible / Reinhart Maurach (actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf; traducción de la 7a. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch; supervisada por Edgardo A. Donna)". Buenos Aires, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994-95., p. 661.

a un delito imprudente. Se pena por tanto al autor doloso como a un sujeto imprudente (o sea se puede castigar solo en los casos en que existe el respectivo tipo culposo).

D) Teoría de la culpabilidad dependiente⁹⁶: esta concepción propone que el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, no excluya el dolo, pero que en dichos casos se castigue al autor doloso, pero reduciendo el marco penal del delito doloso al marco del delito imprudente (siempre y cuando, efectivamente el tipo correspondiente contemple la comisión imprudente o por culpa, sino, simplemente, no hay reacción penal).

VI. Error “al revés”.

Si bien este no es el objeto de esta memoria, en este apartado se tratará el error “al revés”, tanto el error de tipo “al revés” como el de prohibición “al revés”. Lo anterior debido a que, se hará referencia al mismo en ciertas ocasiones.⁹⁷

- **Error de tipo “al revés”:** es aquel, en el cual la persona cree erróneamente estar efectuando una conducta ajustada a un tipo penal, pero en realidad, no está realizando ninguna conducta típica o una menos grave de la que cree, por faltar algún requisito del tipo.

Para determinar **los efectos** de esta clase de error, se debe distinguir entre:

El error en que el sujeto no realiza ninguna conducta típica, situación en la que se efectuaría una *tentativa o un delito frustrado*, aun cuando en la mayoría de las veces, se estaría ante una *tentativa inidónea*⁹⁸.

⁹⁶ Esta es la teoría seguida por JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Op. Cit., pp. 450-452.

⁹⁷ Una exposición resumida de este tema, pero con referencias y citas de la doctrina chilena, se puede encontrar en: HERNÁNDEZ, Héctor. “Comentario Artículo 1º”. En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia. Op. Cit., pp. 102 y ss.

⁹⁸ Para revisar el tratamiento sobre este tipo de tentativas en Chile, véase: MERA, Jorge. “Comentario Artículo 7º”. En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia / Directores Jaime Couso, Hector Hernández; autores Miguel Cillero. [et al.]. Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Universidad Diego Portales, Programa de Derecho Penal, Facultad de Derecho, 2011; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal.

En cambio, el sujeto que cree erróneamente estar efectuando una conducta ajustada a un tipo penal, pero en realidad realiza una menos grave, efectivamente realiza el delito menos grave en grado de consumado; pero si debido a dicha conducta, además realiza la *ejecución imperfecta del delito* más grave, en los casos en que sea punible dicha ejecución imperfecta, se debe resolver esta situación mediante un *concurso (al menos aparente) con el delito menos grave*.

- **El error de prohibición “al revés”**: este es el error en que el sujeto cree efectuar una conducta ilícita erróneamente, o sea *Cree realizar un delito que realmente no existe* (error de prohibición “al revés” directo); y, además, el autor yerra porque cree realizar una conducta típica, pero justificada, pues desconoce que su conducta está amparada por una causa de justificación, ya sea porque no sabe de su *existencia o le da límites errados*, o porque *desconoce que realmente acontecen los presupuestos objetivos de la causa de justificación*⁹⁹ (error de prohibición “al revés” indirecto).

Con respecto a los **efectos** de esta clase de error, también se debe distinguir qué:

En el caso de estar ante un error de prohibición “al revés” directo, estaríamos ante un *delito putativo*, el cual mayoritariamente se considera *impune*.

Por otra parte, en el caso del error de prohibición “al revés” indirecto, se debe distinguir, aquel supuesto en que el error inverso del autor recaiga sobre la existencia o límites de una causa de justificación, situación que supone un delito putativo.

En cambio, en el caso que el *error inverso recaiga sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación*, se debe distinguir nuevamente, la solución dependerá de la función que se le asigne al elemento subjetivo de las causales de justificación. Bajo una teoría estrictamente objetiva habrá un hecho impune, en cambio, para la doctrina que adhiere a una tesis estrictamente subjetiva, debería haber un hecho plenamente

Algunas consideraciones conceptuales”. En: Revista de Estudios de la Justicia, [S.l.], n. 4, ene. 2004. ISSN 0718-4735., pp. 137-175. Disponible en: <http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15039/15459>.

⁹⁹ Recuérdese que el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, es sumamente controvertido para ello véase, [supra., 32 y ss.](#)

punible, o por lo menos una ejecución imperfecta del mismo (delito frustrado o tentativa).

Capítulo 2°. - Elementos de valoración global del hecho.

En este capítulo se abordarán, de manera sintética, los elementos de valoración global del hecho. Para ello se debe hacer una referencia a los elementos normativos del tipo, puesto que pueden ser considerados como elementos afines o similares.

Se debe tener en cuenta, además, que mediante esta labor se intentará poner de relieve las diferencias existentes entre los dos elementos anteriormente mencionados, para así poder determinar, si efectivamente se puede establecer una diferencia entre los elementos normativos y los de valoración global del hecho, y como esto afecta el error que recae sobre los elementos de valoración global del hecho.

I.- Elementos normativos del tipo.

1) Concepto:

El concepto de los elementos normativos, generalmente se obtiene mediante la contraposición que se efectúa entre *los elementos descriptivos y los normativos del tipo*.

Para ello, la doctrina ha elaborado diversos métodos para poder distinguir entre los elementos normativos y descriptivos que configuran la tipicidad objetiva. Por lo que la definición de los elementos normativos del tipo varía dependiendo del criterio¹⁰⁰ utilizado, los cuales son:

A) Criterio Valorativo¹⁰¹:

¹⁰⁰ Cabe mencionar que, los criterios aquí expuestos son solo distinguibles de manera teórica, pues en la práctica estos criterios se mezclan continuamente. Tal como lo expone OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *“La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2009., p. 99.

¹⁰¹ Este criterio es seguido por autores como: CURY, Enrique. “Derecho penal. Parte general”. Op. Cit., pp. 280-281; BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. “Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito”. Op. Cit., p. 39; BACIGALUPO, Enrique. “Derecho penal: parte general”. Op. Cit., p. 226; MEZGER, Edmund. “Derecho penal. Tomo I, parte general, libro de estudio”. Op. Cit., pp. 146-147;

Según este criterio son elementos normativos todos aquellos que exigen del juez un juicio de valor *complementador*, en cambio, esta valoración no es necesaria en los elementos descriptivos.

Con respecto al juicio de valor requerido por el juez para completar el sentido del término normativo, este puede ser de diversas clases, dependiendo de dónde provenga el criterio de valoración: el juicio de valor puede ser, por tanto, jurídico, social, cultural, o conforme a reglas técnicas (como las de la ciencia).

La principal crítica que se le ha efectuado a este criterio, es que mucho de los términos que usualmente son denominados como normativos no implican, necesariamente, un juicio de valor; por ejemplo gran parte de los denominados “elementos normativos jurídicos”, más específicamente los “elementos jurídicos extrapenales”¹⁰², los cuales se limitan, más bien a definir o regular un hecho sin valorarlo, tales como: “tributo” (Art. 97 N°4 inc. Primero del Código Tributario), o “ajena” (Art. 144 y ss. del Código Penal).

Se debe tener en cuenta que la referencia a estos términos normativos, propios de otras regulaciones jurídicas, constituye siempre una referencia valorativa, “pues todo componente normativo supone un componente de esta clase por proceder de un sistema específico establecido conforme a ciertos parámetros de valor,...”¹⁰³. Sin embargo, se debe tener en cuenta que esta referencia valorativa no es mayor al que poseen ciertos elementos descriptivos, por lo cual la crítica sigue siendo acertada, pues no se puede definir los elementos normativos como algo cualitativamente diferente de otros elementos (como por ejemplo lo descriptivos), pues esos elementos también poseen referencias valorativas, solo que en otro grado, e incluso, en ciertas ocasiones, la referencia valorativa es mayor en los otros elementos del tipo que en los propios elementos normativos¹⁰⁴.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. “Teoría jurídica del delito: derecho penal, parte general”. Madrid, Civitas, 1984., p. 193; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “Derecho penal: parte general”. Madrid, Civitas, 1977., pp. 253-254.

¹⁰² Sobre el significado de esta clasificación particular de los elementos normativos, véase: [infra., p. 45](#) de esta memoria.

¹⁰³ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p.100.

¹⁰⁴ Por ejemplo, los casos de “menor de edad” o la distinción entre los conceptos de “perro” y “cosa”, lo cuales son elementos descriptivos del tipo, pero para poder identificarlos se debe contar con ciertas

B) Criterio Intelectivo¹⁰⁵:

Este criterio distingue los elementos normativos del tipo de los demás elementos del tipo, porque los elementos normativos requieren un proceso intelectual diferente para poder ser captados. Debido a que el tipo contiene las circunstancias de hecho que componen la materia de prohibición, estas circunstancias de hecho describen una conducta del ámbito social (por lo tanto, llenos de significación social), mediante diversos elementos; estos elementos utilizados por el tipo pueden ser *aprehendidos o percibidos* gracias a una percepción sensorial (elementos descriptivos), o pueden ser *comprendidos* mediante un proceso intelectual (elementos normativos).

Por lo tanto, se puede decir que este criterio se fundamenta en argumentos de carácter *epistemológico*, ya que la distinción de los elementos normativos del tipo con los demás elementos que componen el tipo, se debe, principalmente, a la forma en que estos son captados, o sea, mediante un proceso intelectual.

Las críticas a este criterio son básicamente aquellas que consideran que los elementos normativos también poseen un sustrato descriptivo, por lo cual el criterio de la percepción sensorial en oposición a la comprensión intelectual sería un equívoco.

Además es un criterio que confunde los diversos niveles de lenguaje¹⁰⁶.

reglas convencionales y puede generar problemas relativos al error, tal como lo hacen ciertos elementos normativos del tipo. Para esto, véase, por ejemplo: KINDHÄUSER, Urs. "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho". En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp. 143-144.

¹⁰⁵ Este criterio es seguido por autores como: WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". 4ª Edición castellana, [basada en la 11a. ed. alemana], Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997., pp. 90-91.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Lima, Perú, ARA Editores, 2004., pp. 804-805; GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito". Op. Cit., p. 67; BACIGALUPO, Enrique. "Tipo y error". Op. Cit., p. 160; CERESO MIR, José. "Curso de derecho penal español: parte general". 6ª Edición, Madrid, Tecnos, 1998 [4ª reimpresión, 2002]., pp. 116-117 (aunque este autor caracteriza a los elementos normativos como aquellos que "llevan implícito, en cambio, un juicio de valor o son solo susceptibles de comprensión espiritual"; Por tanto, se puede decir que ocupa tanto un criterio intelectual como uno valorativo para hacer la distinción entre los elementos normativos y descriptivos).

¹⁰⁶ Básicamente, se confunde el nivel del lenguaje objeto con el del metalenguaje, puesto que no se distingue entre las cualidades de los objetos, las que pueden ser captadas sensorialmente o no (nivel del lenguaje objeto), y las construcciones lingüísticas referentes a esas cualidades, a las cuales

Por último, se puede objetar que los demás elementos del delito, como los descriptivos, también requieren un proceso intelectual para poder captar su significación social, por lo que el *criterio intelectual* no es un criterio útil para poder definir los elementos normativos, pues la distinción entre los diversos elementos del tipo, como los descriptivos y los normativos, sería solo cuantitativo y no cualitativo.

C) Criterio Normativo¹⁰⁷:

Conforme a este criterio son elementos normativos aquellos que solo pueden ser pensados “bajo los presupuestos lógicos de una norma”¹⁰⁸, o sea aquellos que se remiten a una norma, ya sea jurídica o extrajurídica.

El problema de esta concepción de los elementos normativos, es que la distinción si bien puede ser aceptable, sigue siendo una cuestión de grado, o sea cuantitativa, puesto que los elementos descriptivos son definidos como aquellos susceptibles de una verificación fáctica, pero se acepta que estos están “teñidos normativamente”, puesto que están contenidos en una norma penal. Aunque se debe decir que, incluso, aceptando este hecho “siguen poseyendo en un primer plano su referencia a una realidad cognoscible o aprehensible”¹⁰⁹.

D) Negación de la distinción:

pertenece el concepto lingüístico *descriptivo* (nivel del metalenguaje); Argumento esgrimido por HERBERGER, “Die deskriptiven und normativen tabestandsmerkmale im Strafrecht”, En: KOCH (ed.), Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie, Kronberg, 1976., p. 129, citado por SUAY HERNANDEZ, Blanca Celia. “Los elementos normativos y el error”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 44, Fasc/Mes 1, 1991, p. 109, cita de pie de página N°14.

¹⁰⁷ Este criterio es seguido por JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. “Tratado de Derecho Penal: Parte General (Traducción: Olmedo Cardenete, Miguel)”. 5ª Edición, Granada, Editorial Comares, 2002., p. 289; ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)”. Op. Cit., p. 307; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Curso de derecho penal: parte general”. Op. Cit., p. 351; MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal: Parte General”. Op. Cit., p. 242.

¹⁰⁸ ENGISCH, Karl. “Die normativen tabestandsmerkmale im Strafrecht”, en Festschrift für Edmund Mezger, München-Berlin, 1954, p. 147. Citado por OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p. 103.

¹⁰⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 289.

Debido a que los diversos criterios empleados para distinguir entre elementos descriptivos y normativos del tipo no han sido del todo útiles, existen algunos autores que han propugnado por la eliminación de esta distinción de los elementos del tipo.

Autores, como ERIK WOLF¹¹⁰, consideran que todos los elementos que conforman el tipo son normativos, debido a que todos los conceptos que el derecho penal considera para conformar el tipo, producto de su incorporación a la ley penal, pasan a tener una referencia a los valores jurídico-penales.

Existe otra postura, la cual consigna que todos los elementos del tipo son descriptivos. Tal como lo expone KUNERT: “Si por tanto la esencia del tipo consiste en la descripción de la materia de prohibición y... la valoración previa que en él descansa solo puede producirse a través del tipo en su totalidad, entonces cada elemento individual del tipo contemplado por sí solo únicamente puede tener carácter descriptivo. En virtud de ello se puede formular la proposición: todos los elementos del tipo son descriptivos.”¹¹¹

De hecho, según la postura de KUNERT, en respuesta a la pregunta relevante: “¿Qué describen los elementos típicos en particular?... Se puede describir sin embargo no solo objetos, procesos y situaciones externos, naturales, sino también fenómenos anímicos y espirituales, en suma culturales: toda historia de la cultura, toda sociología, toda psicología no especulativa procede por cierto descriptivamente.”¹¹²

E) Relativización de la distinción¹¹³:

¹¹⁰ WOLF, Erik. *Der Sachbegriff im Strafrecht*. Beiträge zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, en: RG-Fg V, 1929, 44-71. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “*El error sobre elementos normativos del tipo penal*”. Madrid, España, La ley, 2008., p. 54.

¹¹¹ KUNERT, Karl Heinz. *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatabstände*, Walter de Gruyter, Berlin, 1958., p. 90 y ss. Citado por: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “*El error sobre elementos normativos del tipo penal*”. Madrid, España, La ley, 2008., p. 55.

¹¹² *Ibíd.*, p. 86. Citado por: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “*El error sobre elementos normativos del tipo penal*”. Madrid, España, La ley, 2008., p. 56.

¹¹³ Esta postura ha ganado muchos adeptos últimamente, que la aceptan implícita o explícitamente, por ejemplo: JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Op Cit., p. 350; ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I. Op. Cit, pp. 306-307; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “*El error sobre elementos normativos del tipo penal*”. Op. Cit., p. 66 y ss; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cit., pp. 138-139, 289-290; MAURACH, Reinhart. “Derecho penal: parte general. Tomo I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible / Reinhart Maurach (actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf; traducción de la 7a. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch; supervisada por Edgardo A. Donna)”. Buenos Aires,

Esta postura considera que se debe relativizar la distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo. Las razones que pueden aducirse para defender esta postura son:

Qué no existen en realidad elementos descriptivos o normativos puros.

Además, se agrega, que los criterios antes expuestos, utilizados para poder definir los elementos normativos (en contraposición a los descriptivos), no se diferencian en gran medida (sobre todo el criterio valorativo y el intelectual). De esto se puede decir que los criterios utilizados no conducen a una distinción *cualitativa* de los elementos que configuran el tipo objetivo.

Por último, la razón más importante, es que estos criterios utilizados para definir los elementos normativos del tipo no son lo realmente importante para poder solucionar los problemas propios del error, pues “quizás se busca en la definición de los elementos normativos soluciones a problemas que no es capaz de dar”¹¹⁴.

Esto quiere decir, que lo más importante no es la distinción que se proponga sobre los elementos normativos y los descriptivos del tipo, y así arribar a una definición de los elementos normativos, sino que lo importante es decidir como un determinado elemento debe ser abarcado o no por el dolo, elemento que además debe corresponder a un concreto tipo especial. Lo cual repercute, de todas maneras, en la solución de los problemas del error sobre determinados elementos de un tipo concreto.¹¹⁵

Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994-95., p. 366; BACIGALUPO, Enrique. “Derecho penal: parte general”. Op. Cit., p. 226; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Lecciones de Derecho Penal”. En: Obras Completas, Tomo I. Op. Cit., p. 804; CURY, Enrique. “Derecho penal. Parte general”. Op. Cit., p. 281; GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito”. Op. Cit. p. 68; KINDHÄUSER, Urs. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp. 143-144; GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico: Parte General”. Lima, Perú, ARA Editores, 2003., p. 520 (quien habla de “*percepción sensorial y procesos de valoración*”, en vez de elementos normativos y descriptivos, enmarcando esta original distinción en la concepción normativa del dolo que sigue este autor).

¹¹⁴ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Op. Cit., p. 67.

¹¹⁵ Con respecto al análisis de la configuración del dolo y como esto repercute en el error, considerando un determinado *tipo especial*, esto no quiere decir que se renuncie a una parte general del problema del error sobre los elementos normativos (o ciertos elementos emparentados con este problema, como los elementos normativos que hacen referencia a la antijuridicidad), pues como bien lo señala DÍAZ Y

Por lo tanto, se puede decir que solamente existen elementos preponderantemente normativos o preponderantemente descriptivos, por lo que su diferenciación es más bien *cuantitativa*.

En conclusión, debido a todo lo antes expuesto, considero que esta relativización es la solución correcta, debido a esto la distinción es **meramente cuantitativa** (y no cualitativa), resaltando, además, que **lo importante es la solución de qué y cómo ciertos elementos deben ser abarcados por el dolo, y cómo esto repercute en el tratamiento del error sobre dichos elementos.**

2) Clasificación de los elementos normativos del tipo¹¹⁶.

A) Elementos normativos jurídicos y extra-jurídicos:

Esta clasificación¹¹⁷ está basada conforme al ámbito normativo al cual se remiten los elementos jurídicos, entonces se pueden clasificar de la siguiente manera:

GARCÍA CONLLEDO: un planteamiento que renuncie a una parte general del problema aquí tratado, generaría dos problemas:

1) Dificultad práctica: pues un catálogo individualizado de todos los tipos concretos que planteen problemas con respecto a los elementos aquí tratados, sería sumamente abundante y prácticamente inabordable.

2) Dificultad sistemática: Un listado de tipos problemáticos tan fragmentario, no permitiría la posibilidad de agrupar los casos y soluciones, de manera que otorguen ciertas pistas para la solución de nuevos casos posible.

Para mayor abundamiento, véase: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Op. Cit., p. 74.

¹¹⁶ Si bien hay distintas formas para clasificar los elementos normativos del tipo, solamente se ha elegido las aquí expuestas para no ahondar de manera detallada en el tema, pues este no es lugar para realizar dicha tarea, por lo que para ver los distintos criterios de clasificación existente se puede ver: OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., pp.105-109; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Op. Cit., pp. 79 y ss.

¹¹⁷ Esta clasificación es utilizada por OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p. 107; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Op. Cit., pp. 88-92; el mismo en: “Los Elementos Normativos Del Tipo Penal Y La Teoría Del Error”. En: Cuestiones actuales de la teoría del delito / Directores Diego-Manuel Luzón Peña ... [et al.]. Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, 1999, p. 69.

a.1) *Elementos Normativos Jurídicos*: son aquellos que se remiten a una realidad determinada por normas jurídicas.

Además, se pueden subclasificar dependiendo del ordenamiento al cual se remitan:

1) Elementos jurídico-penales: la norma de complemento se encuentra en el propio ordenamiento jurídico penal, como, por ejemplo: “Funcionario” (Art. 251 bis del Código Penal), “delito” (Arts. 91, 141, 206, 317, 411 quinquies, etc. Del Código Penal).

2) Elementos jurídicos extra-penales: son los elementos cuya norma de complemento se encuentra en un ordenamiento jurídico extra-penal, como, por ejemplo: “matrimonio” (Arts. 382 y ss. del Código Penal), “patria potestad” (Art. 370 bis del Código Penal), “ajena” (Arts. 144, 432, 484, etc. Del Código Penal), “Resolución de Reorganización o liquidación” (Art. 463 bis del Código Penal).

a.2) *Elementos Normativos Extrajurídicos*: son aquellos elementos que se refieren a realidades reguladas por normas sociales o culturales, como, por ejemplo: “secretos” (Arts. 146, 231, 246, 284, etc. Del Código Penal), “fama” (Art. 214 del Código Penal).

B) Elementos normativos del tipo explícitos e implícitos:

Esta distinción¹¹⁸ se basa en que el elemento normativo aparezca expresamente en un determinado tipo de la parte especial, o que sea una característica general de todos o de un grupo de tipos, por lo cual no aparece expresamente en este grupo de tipos de la parte especial.

b.1) *Elementos normativos explícitos*: son aquellos que están expresamente recogidos en el tipo de la parte especial, por lo tanto, aparecen como un elemento peculiar de estos tipos, delimitando así la materia de prohibición recogida en el tipo respectivo. Naturalmente, el hecho de que no sean generales no quiere decir que no se repitan en otros tipos. Por ejemplo: “Material pornográfico” (Artículos 366 quáter, quinquies, 374 bis. del Código Penal), “Matrimonio” (Artículos 382, 383, 384 del Código Penal),

¹¹⁸ Esta clasificación es utilizada por: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Op. Cit., pp. 81-84.

“acreedores” (Art. 141 de la Ley General de Bancos), “chileno” (Artículos 107 y 117 del Código Penal), “ajena” (Art. 432 del Código Penal).

b.2) Elementos normativos implícitos: son aquellos que son comunes a todo tipo o un grupo de tipos y que generalmente no están expresados en cada precepto de la parte especial, sino que se derivan de elaboraciones dogmáticas de la parte general. Como, por ejemplo: las formas de participación en el delito, la posición de garante en los delitos de omisión impropia, la imputación objetiva en los delitos de resultado.

C) Elementos normativos de sentido y de valor:

Según este criterio¹¹⁹, se distingue dependiendo de si los términos necesitan complementación valorativa o se trata de elementos plenos de sentido.

c.1) Elementos normativos de valor: son aquellos que implican un juicio de valor, aquí se incluyen la mayoría de los elementos normativos extrajurídicos. Como, por ejemplo: “bebidas nocivas” (Art. 398 del Código Penal).

c.2) Elementos normativos de sentido: estos son los que requieren de una referencia normativa para hacer comprensible su sentido, en este caso los elementos normativos extrapenales, generalmente, se agrupan en esta categoría. Como, por ejemplo: “formaciones xerofíticas” (Art. 476 del Código Penal), “ajena” (Arts. 144, 432, 484, etc. Del Código Penal), “Resolución de Reorganización o liquidación” (Art. 463 bis del Código Penal).

II.- Elementos de valoración global del hecho.

1) Concepto.

¹¹⁹ Esta clasificación es utilizada por OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p. 108; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Op. Cit., p. 92; el mismo en: “Los Elementos Normativos Del Tipo Penal Y La Teoría Del Error”. En: Cuestiones actuales de la teoría del delito / Directores Diego-Manuel Luzón Peña ... [et al.]. Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, 1999, p. 69.

Se puede decir que los elementos de valoración global del hecho son aquellos que describen la conducta típica, por lo cual integran o forman parte del tipo. Sin embargo, dichos elementos también contienen en sí el juicio de antijuridicidad, por lo que son elementos del tipo que hacen especial referencia a la antijuridicidad, debido a esto, se podrían considerar como elementos propios de la antijuridicidad.

Esta **dobles funcionalidad** de los elementos valoración global del hecho, ha producido una serie de problemas en la dogmática penal, pues no se sabe si integran el tipo o la antijuridicidad.

En todos los casos, se puede decir que **el núcleo sustancial o denominador común de estos elementos es su especial referencia a la antijuridicidad**, sin embargo, el problema para poder establecer un concepto de dichos elementos, es la extensión o alcance de la mencionada referencia.

Con respecto a las diversas formas de referirse o relacionarse con la antijuridicidad, se debe analizar los distintos elementos existentes en la tipificación penal que hacen referencia a esta, para poder determinar cuál de ellos componen los elementos valoradores globales y, de esta forma, poder delimitar la extensión de estos elementos.

Para esto se expondrá a continuación las diversas formas en que los elementos del tipo se pueden referir a la antijuridicidad, según la doctrina. Estas son las siguientes:

a) Elementos que hacen referencia a la antijuridicidad general de la conducta típica:

Esta postura¹²⁰ considera que ciertos elementos contenidos en la enunciación del tipo, como por ejemplo: “antijurídicamente”, “ilegalmente”, “sin causa legal”, “sin causa justa o justificada”, “ilegítimamente”; no son necesariamente pertenecientes al tipo, sino que son una mera *referencia superflua a la antijuridicidad*, o sea es una *referencia genérica*

¹²⁰ Vid: ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)”. Op. Cit., p.-291. Quien considera que ciertas expresiones “no son elementos típicos, sino sólo una alusión (superflua) a la antijuridicidad como elemento general del delito o a lo sumo a la posibilidad de consentimiento del titular del bien jurídico,..”; de opinión similar: COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. “Derecho penal: parte general”. Op. Cit., pp. 313-314.

a la ausencia de causas de justificación, por lo que dichos elementos pertenecen a la antijuridicidad y no al tipo.

Estos elementos, por lo tanto, no tendrían ninguna trascendencia en el tratamiento del error, pues el tipo y la antijuridicidad se pueden distinguir claramente, ya que, si bien dichos elementos son enunciados expresamente en ciertas disposiciones penales, siguen perteneciendo a la antijuridicidad y no al tipo. Por lo que no son incluidas en el dolo, entonces se deben tratar como un error que recae sobre una causa de justificación¹²¹.

Son utilizados, además, por el solo hecho de que la relación tipicidad-antijuridicidad suele ser una relación de regla general (tipicidad) y excepción (antijuridicidad), por lo mismo una vez realizada la conducta típica la concurrencia de causas de justificación es excepcional. Pero en ciertos casos esta relación de regla general y excepción se debilita, por lo que el enunciado de la ley penal debe expresar la referencia a la antijuridicidad, para así poder hacer hincapié en la necesidad de corroborar la ausencia de una causa de justificación una vez realizada la conducta típica, esto se debe a que en dichos delitos es más frecuente que se presenten excepciones (o causas de justificación) a la conducta típica.¹²²

Sin embargo, cierta doctrina¹²³ cree que la expresión de dichos enunciados en las disposiciones penales por parte del legislador, convierte a dichos elementos (generalmente propios de la antijuridicidad), en elementos propios del tipo. Esto conlleva a que el error sobre ellos sea tratado *siempre* como un error de tipo y no como un error sobre las causas de justificación (sin importar la distinción de si el error recae sobre sus presupuestos objetivos o no).

¹²¹ Con respecto al error sobre las causas de justificación se debe recordar que se conoce como error de prohibición indirecto, del cual puede formar parte o no el controvertido error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Este tema es tratado en el capítulo I de esta memoria, [Supra pp. 32 y ss.](#)

¹²² Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de derecho penal: parte general". Op. Cit., pp. 299 y 355.

¹²³ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". Op. Cit., p. 928. Este autor trata el "ejercicio legítimo de un cargo" como una causal de justificación, sin embargo, reconoce que "en la medida en que los actos en ejercicio legítimo de un cargo son obligaciones específicas, se trata de una causa de atipicidad", por ejemplo, esta causal de justificación o atipicidad puede ser relevante en el delito de detención ilegal por parte de un funcionario público contenido en el art. 167 del código penal español.

No obstante, esta última posición doctrinal es blanco de serias críticas, en primer lugar se dice que no se puede elaborar una tesis con efectos prácticos y dogmáticos tan importantes para la teoría del delito por razones meramente formales¹²⁴.

En segundo lugar, se puede decir que el dolo debe abarcar todas las circunstancias de hecho para efectuar la conducta típica, si a esto se le agrega, además, el conocimiento de la ausencia de todas las causas de justificación, esto es psicológicamente imposible y absurdo¹²⁵.

Además se puede agregar, que esta posición doctrinal confunde dos elementos del delito, como son la tipicidad y la antijuridicidad, puesto que si bien la exclusión de uno de dichos elementos conlleva a las mismas consecuencias (exime la responsabilidad penal), sus fundamentos jurídicos difieren, ya que el tipo recoge conductas que caen fuera del orden social, en cambio las causas de justificación eliminan solamente la antijuridicidad, o sea la contrariedad al derecho, pero no la anormalidad social del hecho¹²⁶.

Por último, se puede objetar que si las referencias a la antijuridicidad general se incluyen dentro del tipo, se haría depender la punibilidad del hecho exclusivamente en las consideraciones subjetivas del autor, lo cual contradiría el carácter objetivo del ordenamiento jurídico¹²⁷.

b) Elementos que delimitan el tipo de injusto y que, al mismo tiempo, abarcan la totalidad de antijuridicidad¹²⁸:

¹²⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación (Error sobre la ilegalidad de una detención intimidatoria de autoridad por funcionario)". En: Estudios penales. Barcelona, PPU, 1991, pp. 95-98.

¹²⁵ Cfr. JAKOBS, Günther. "Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit., pp. 193-194; También en este sentido: CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". Op. Cit., p. 286.

¹²⁶ Cfr. JAKOBS, Günther. "Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit., pp. 194-195; También, en este sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I, Op. Cit., pp. 773-774; WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general., pp. 97-98; CURY, Enrique. "Derecho penal. Parte general". Op. Cit., p. 285.

¹²⁷ Cfr. ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I. Op. Cit., p. 463.

¹²⁸ Teoría defendida por ROXIN, principal defensor de esta teoría, Vid. ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I. Op. Cit., p. 299; Además véase: ROXIN, Claus. "Política Criminal y sistema del derecho penal (Traducción e introducción: Muñoz Conde, Francisco)". 2ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002., nota de pie de página N° 56., p. 76.

Se puede decir que esta postura considera que estos elementos fundamentan el tipo, pero a su vez incluyen en el tipo de injusto todas las circunstancias materiales relevantes para enjuiciar la antijuridicidad (incluyendo los requisitos de las causas de justificación), por lo tanto, dichos elementos abarcan la antijuridicidad en su totalidad, por lo que se genera un *tipo global*, solo excluyendo la valoración definitiva, la cual pertenece a la antijuridicidad.

De esta manera, si el error recae sobre los presupuestos o bases del elemento de valoración global del hecho (o aspecto fáctico), los cuales pertenecen al tipo y son abarcados por el dolo, deben ser tratados como un error de tipo. En cambio, si el error recae sobre la valoración definitiva o global del hecho en sí misma, debe ser tratada como un error de prohibición, pues pertenece al ámbito de la antijuridicidad.

Un ejemplo de esta teoría sería el del Art. 539 del Código Penal Español¹²⁹:

“La autoridad o funcionario público que disuelva o suspenda en sus actividades a una asociación legalmente constituida, sin previa resolución judicial, o ***sin causa legítima*** le impida la celebración de sus sesiones, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años y multa de seis a doce meses.”¹³⁰

En este delito, un sector de la doctrina española¹³¹, considera que el elemento *sin causa legítima* es un elemento que describe las circunstancias de hecho relevantes para la realización de la conducta típica y, además, contiene el juicio total de la antijuridicidad. Por lo tanto, en esta clase de delitos, el funcionario que disuelva una asociación legalmente constituida “*sin causa legítima*”, actúa no solo típicamente, sino además antijurídicamente, por lo que no queda espacio para causas de justificación,

¹²⁹ En la legislación chilena, un delito equivalente, en cierta medida similar, se puede encontrar en el art. 158 N° 2 y 4 del Código Penal (aunque el vocablo expresado aquí es “arbitrariamente”)

¹³⁰ Lo destacado en negro y la cursiva fue realizado por el autor de este trabajo.

¹³¹ Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G. “los delitos de no incorporación y de rehusar el servicio militar”, en CLP XVI, 1994, pp. 133-171; el MISMO en: COBO DEL ROSAL (Drg.), Curso de Derecho penal español. Parte especial, II, Madrid, 1997., pp. 752-753 y 955-956. Citado por OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p.137, nota pie de página N° 323.

pues si alguien disuelve una asociación legítima amparado por una autorización legal, por ejemplo, ya no obra *“sin causa legítima”*, por lo que tampoco obra típicamente.

El problema de esta teoría es que los elementos aquí referidos, delimitan el tipo, pero a su vez *abarcaban toda* la antijuridicidad, por lo que se podría considerar que la antijuridicidad forma parte del tipo, por lo cual esta posición doctrinal adolecería de las mismas objeciones efectuadas a la teoría anteriormente expuesta, la de **“los elementos del tipo formulados negativamente”** (por lo cual me remito a lo expuesto en el apartado anterior)¹³².

*c) Elementos delimitan el tipo de injusto y, además, hacen una referencia con un juicio de valor radicado en el ámbito de la antijuridicidad, pero sin abarcar la totalidad de la antijuridicidad*¹³³:

Esta posición está de acuerdo con la teoría anterior, en que hay ciertos elementos de las disposiciones penales que hacen referencia a la antijuridicidad y además describen el tipo de injusto, pero dicha referencia no puede abarcar la totalidad de la antijuridicidad.

Un ejemplo de esta teoría podría ser el mismo art. 539 del Código Penal Español, antes citado, pues algunos sectores de la doctrina¹³⁴ consideran que la expresión **“sin causa legítima”** debe ser interpretada como un elemento que se refiere a ciertas

¹³² Vid. [Supra., p. 49.](#)

¹³³ Postura seguida por: JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cit., pp. 265-266; JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Op. Cit., p. 197; KAUFMANN, Armin. “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. (Traducción Joaquín Cuello)”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, p. 11; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. “Derecho penal: parte general”. Op. Cit., pp. 313-314.

¹³⁴ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Código Penal, II, pp. 3034-3035; DEL ROSAL, en VIVES ANTÓN (coord.), Comentarios, p. 1436; FEIJÓO SANCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (drg.), Comentarios, p. 1411; FERNÁNDEZ TERUELO, Los delitos societarios en el código penal español, Madrid, 1998, p. 274; GARCÍA RIVAS, “Los delitos de insumisión en la legislación española”, en ADPCP 1992, p. 905; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (drg.), Curso, I, p.839; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, p. 251; MUÑOZ CONDE, Derecho penal. PE, pp. 510 y 804; PUYOL MONTERO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (drg.), Código Penal. III, pp. 4675-y 4968; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español. PE, p. 465; SUÁREZ GONZÁLEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (drg.), Compendio penal español. PE, p. 585, y VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (drg.), Comentarios, p. 716. Citado por OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p. 141, nota pie de página N° 341.

causas de justificación especial y que, además, dichas justificantes forman parte del tipo; pero dicho elemento no alude a todas las causas de justificación posibles, por lo que deja un espacio para la concurrencia de las demás causas de justificación genéricas, las cuales si pertenecen a la antijuridicidad.

Esta posición se basa en *fundamentos de orden práctico* (pues puede repercutir en el tratamiento del error) y, además, en *fundamentos dogmáticos* (ya que se toma una posición con respecto al papel y estructura que deberían tener la tipicidad y la antijuridicidad como elementos del delito).¹³⁵

Con respecto a esta posición, se ha discutido como determinar si los mencionados elementos son una mera referencia a la antijuridicidad o un elemento que contribuye a mejorar el injusto. Esta situación se debe a que hay autores¹³⁶ que aceptan la existencia de ambos elementos, por lo que en caso de que estos se presenten en un determinado tipo penal, existe ambigüedad con respecto a la manera correcta de interpretarlos, o sea, si el término constituye una mera referencia a la antijuridicidad o un elemento que contribuye a mejorar el injusto.

Para solucionar este problema se ha propuesto el criterio de **“la supresión mental”** por parte de la autora chilena OSSANDÓN WIDOW¹³⁷, quien establece que si una vez suprimido el elemento en cuestión, también desaparece el merecimiento y la necesidad de pena, “es porque la remisión general al resto del ordenamiento que en ellos se contienen es parte del injusto y colabora de modo fundamental para la desvaloración de la conducta.”¹³⁸

En cambio, si una vez suprimido el supuesto elemento de valoración global del hecho, “la conducta sigue afectando el bien jurídico protegido y la figura mantiene una especificidad propia, la mención ha de interpretarse como una referencia a la

¹³⁵ Cfr. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p. 144.

¹³⁶ Por ejemplo, autores que aceptan que los términos aquí tratados pueden ser una mera referencia a la antijuridicidad o un elemento que contribuye a mejorar el injusto, véase: COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. “Derecho penal: parte general”. Op. Cit., pp. 313-314.

¹³⁷ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p. 150.

¹³⁸ *Ibíd.* OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena., p. 150.

antijuridicidad o, en último caso, como un elemento que solo *delimita* la conducta típica, restringiendo los espacios de punición”.¹³⁹

2) Delimitación entre los elementos normativos del tipo y los elementos de valoración global del hecho.

Para poder distinguir entre los elementos normativos del tipo y los de valoración global del hecho, es necesario poder determinar el concepto de estos últimos elementos, para ello se requiere establecer cuál es la extensión de la referencia a la antijuridicidad hecha por estos elementos.

a) Criterio Cuantitativo:

En el caso que se elija que la extensión de la referencia a la antijuridicidad delimita el tipo de injusto y, además, hace una referencia con un juicio de valor radicado en el ámbito de la antijuridicidad, pero que no abarca la totalidad de la misma.

Entonces la distinción aquí tratada, será meramente cuantitativa, puesto que los elementos normativos del tipo implican una remisión específica a un determinado sector del ordenamiento jurídico, además estos elementos encierran solo una parte del juicio de desvalor (el cual se completa con la concurrencia de los demás elementos que describen el tipo de injusto) que motiva al legislador a la creación de un determinado tipo de la aparte especial.

En cambio, los elementos de valoración global del hecho efectúan una remisión general a todo el ordenamiento jurídico y, además, contienen todo el juicio de desvalor que motivó al legislador a la creación del tipo respectivo.

b) Criterio Cualitativo:

¹³⁹ Ibíd. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena., p. 150.

b.1) Elementos del tipo formulados negativamente: si se cree que el alcance de la referencia a la antijuridicidad que deben poseer los elementos de valoración global del hecho, es la de esta teoría.

Se tendrá una distinción cualitativa entre los elementos normativos y los de valoración global del hecho, puesto que el aspecto referencial de los elementos normativos, por más que contengan una valoración jurídica, nunca incorporan en sí mismos la referencia a la ausencia de causas de justificación.

Esto es lo que precisamente pasaría con esta teoría, pues la referencia de dichos elementos a la antijuridicidad, conlleva a que esta (con esto las causas de justificación) pertenezca al tipo.

b.2) Referencia delimitadora del injusto y abarcadora de toda la antijuridicidad: si se sigue esta posición, también se obtiene una distinción cualitativa.

Por las mismas razones recién expuestas, esto es, que el aspecto referencial de los elementos normativos, por más que contengan una valoración jurídica, nunca incorporan en sí mismos la referencia a la ausencia de causas de justificación.

En cambio, en esta clase de referencia, precisamente la valoración abstracta de la conducta propia del tipo de injusto coincide con la valoración concreta de la no concurrencia de causas justificantes del comportamiento. En otras palabras “Un mismo elemento abarcaría los factores fundamentadores y excluyentes de la contrariedad a derecho de una conducta típica”¹⁴⁰.

En conclusión, Lo importante para tomar la decisión del contenido específico de los elementos de valoración global del hecho y su referencia a la antijuridicidad, es en primer lugar, la relación o vínculo y como se deben conformar específicamente la tipicidad y la antijuridicidad en la teoría del delito y, por último, se debe tener en cuenta que lo primordial es como esta distinción afecta la teoría del error.

¹⁴⁰ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p.156.

Capítulo 3.- Tratamiento del error sobre los elementos de valoración global del hecho.

I. Teoría de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico.

A) Posición de HANS WELZEL.¹⁴¹

Para empezar, se debe recordar que este autor considera que la tipicidad describe la *materia de prohibición*, o sea el legislador solo selecciona aquellas conductas que son relevantes para el Derecho Penal, puesto que se consideran conductas que contravienen el orden social, por lo que legislador las establece en el tipo.¹⁴²

En el caso que el autor contravenga las normas prohibitivas o imperativas, subyacentes al tipo, su conducta es calificada como una conducta típica, por lo tanto anti-normativa; de esto se deduce que la conducta típica (o anti-normativa) es indiciaria de la antijuridicidad, pues una conducta anti-normativa es de por sí antijurídica, salvo que proceda una norma permisiva, la cual excluye solo la antijuridicidad de la conducta típica.¹⁴³

Continuando con la exposición, este autor distingue entre las diferentes formas de determinar la antijuridicidad, para lo cual hace la siguiente clasificación de los tipos:

- Tipos cerrados¹⁴⁴: son aquellos en los cuales la materia de prohibición esta exhaustivamente descrita.
- Tipos abiertos con criterio objetivo¹⁴⁵: son aquellos en los cuales la materia de prohibición no está descrita de una manera exhaustiva, pues la ley describe solo una

¹⁴¹ Esta construcción dogmática es seguida por: BACIGALUPO, Enrique. "Tipo y error". Op. Cit., pp. 57-61; 158-160.

¹⁴² Vid. WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)". 2ª Edición castellana, [basada en la 11a. ed. alemana], Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997., pp. 59-60.

¹⁴³ Ibíd. WELZEL, Hans., pp. 96-98.

¹⁴⁴ Ibíd. WELZEL, Hans., pp. 58-59.

¹⁴⁵ Ibíd. WELZEL, Hans., pp. 59 y 98.

parte de la materia prohibida, dejando al juez la labor de completar la otra, mediante criterios objetivos que pueden ser extraídos de la ley.

Ejemplo de esta clase de tipos, los cuales se describen mediante esta técnica legislativa, son:

Los delitos culposos: pues en este tipo de delitos solo se describe legalmente el resultado, debiendo complementar el juez la descripción de la materia prohibida, mediante el establecimiento de la acción prohibida (la cual no está descrita en el tipo), que se obtiene de acuerdo al criterio de la infracción “del cuidado debido en la relación”.

Los delitos de omisión impropia: en este tipo de delitos el juez también debe complementar la materia prohibida, pues se deja abierto el ámbito de la autoría, la cual debe ser complementada mediante el criterio de la “posición de garante”.

Tanto en los tipos cerrados como en los abiertos que pueden ser complementados mediante un criterio objetivo (teniendo en cuenta que estos tipos abiertos, primero deben ser completados mediante el criterio objetivo extraído de la ley), la antijuridicidad se comprueba de manera similar, esto es, una vez comprobada la realización completa de la conducta típica, es posible establecer la antijuridicidad de dicha conducta típica de *manera netamente negativa*, es decir, comprobando que no interviene ninguna norma permisiva (o causal de justificación) que excluya la antijuridicidad, pero dejando intacta la conducta típica.¹⁴⁶

Sin embargo, existen otros tipos abiertos, en los cuales la forma de comprobar la antijuridicidad es diversa, pues no solo basta con un *procedimiento negativo*, como en los casos anteriores, sino que se necesita un *procedimiento positivo* para determinar la antijuridicidad, estos tipos “abiertos”, diferentes a los anteriormente mencionados, son:

- *Tipos abiertos en los cuales falta el criterio objetivo para complementar el tipo*¹⁴⁷: en estos casos la determinación de la antijuridicidad debe ser efectuada por el juez,

¹⁴⁶ Ibíd. WELZEL, Hans., p. 98.

¹⁴⁷ Ibíd. WELZEL, Hans., pp. 98-99.

mediante un juicio de valor autónomo, lo cual provoca una gran incertidumbre acerca de qué está prohibido.

Un ejemplo de esta clase de delitos es el de coacción (establecida en el art. 240 del Código Penal Alemán¹⁴⁸), el cual describe (entre otras) como acción típica la de coaccionar a otro a realizar cierta conducta mediante la amenaza de un mal grave. La forma mediante la cual se describe la materia de prohibición es tan amplia, que comprende formas de comportamiento tan corrientes, que difícilmente podrían ser consideradas acciones subsumibles al delito de coacción.

Entonces, para determinar la antijuridicidad y delimitar la materia de prohibición, el mismo artículo 240 en su inciso 2° establece que la coacción es antijurídica cuando el empleo del respectivo medio coercitivo para la consecución del fin perseguido es “*reproblable*” o “*reprochable*”. Empero este criterio para determinar la antijuridicidad, establecido por el mismo tipo (a través, del término “reprobable”), no permite fijar con claridad la materia de prohibición, por lo que la determinación de la antijuridicidad debe ser establecida por el juez mediante un procedimiento positivo y no negativo, a diferencia de los casos anteriores.

- *Los tipos abiertos que contienen elementos especiales de la antijuridicidad*¹⁴⁹: estos tipos describen la materia de prohibición, pero utilizando elementos propios de la antijuridicidad, por lo cual WELZEL considera que dichos elementos no pertenecen al tipo, sino que expresan un deber jurídico el cual forma parte de la antijuridicidad como,

¹⁴⁸ § 240. Constreñimiento

(1) Quien constriña a una persona antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) El hecho es antijurídico cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal para el fin perseguido se considere como reprochable.

(3) La tentativa es punible.

(4) En casos especialmente graves el castigo es pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. Por regla general se presenta un caso especialmente grave cuando el autor

1. constriña a otra persona a efectuar una acción sexual,

2. constriña a una embarazada a la interrupción del embarazo

3. abuse de sus competencias y de su posición como titular de un cargo.

Traducción efectuada por: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Código penal alemán (traducido al español)”. Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999., p. 86.

¹⁴⁹ *Ibíd.* WELZEL, Hans., pp. 99.

por ejemplo, los conceptos de “valido jurídicamente”, o “conforme a derecho”, “sin autorización”, “en el ejercicio adecuado a derecho de sus funciones”, entre otros.

Las dos clases de tipos abiertos mencionados anteriormente tienen la singularidad de que la realización del tipo no es indicio de la antijuridicidad, por lo que la determinación de la misma se efectúa mediante un procedimiento positivo y no negativo, como ocurre en los tipos cerrados o en los tipos abierto complementados con un criterio objetivo.

Además, con relación al tratamiento del error, como en ambos tipos abiertos “especiales” existen elementos que están expresados en el tipo, pero que WELZEL los considera propios de la antijuridicidad, el error que recae sobre ellos no es un error acerca de la materia de prohibición (o error de tipo), propia del ámbito de la tipicidad, sino que es un error que recae sobre un elemento propio de la antijuridicidad, por lo cual es considerado como **un error de prohibición y no de tipo**, aunque dichos elementos se encuentren expresados en el tipo.¹⁵⁰

Cabe agregar, que con respecto a los tipos abiertos con criterio objetivo, si bien, la *acción prohibida* en los delitos culposos al igual que el *ámbito de la autoría* en los delitos de omisión impropia, según WELZEL, forman parte de la tipicidad; algo distinto ocurre con *los deberes jurídicos* de ambos delitos (ya sea el deber de cuidado conforme al ámbito de relación presentes en los delitos culposos o imprudentes, y el deber que surge de la posición de garante propio de los delitos de omisión impropia), pues son considerados momentos de la antijuridicidad, por lo tanto un error sobre estos deberes jurídicos es tratado como un error de prohibición.¹⁵¹

¹⁵⁰ Vid. WELZEL, Hans. “El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista (Traducción: Cerezo Mir, José)”. Barcelona, Ariel, 1964., pp. 116-117; el mismo autor en: “Derecho penal alemán: parte general”. Op. Cit., pp. 99 y 198 (aunque en este último texto citado, el propio WELZEL reconsidera su teoría de los tipos abiertos y elementos del deber jurídico pues, anteriormente, consideraba que, por ejemplo, el vocablo “*competente*” presente en los artículos 153 y ss. del código penal alemán era un elemento del deber jurídico y, por lo tanto, estos artículos utilizaban la técnica legislativa de los tipos abiertos “especiales”, sin embargo, posteriormente considera que el elemento “competente” “no es característica de la antijuridicidad, sino que un concepto en blanco”).

¹⁵¹ Vid. WELZEL, Hans. “El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista”. Op. Cit., pp. 116-117; el mismo autor en: “Derecho penal alemán: parte general”. Op. Cit., p. 198.

B) Posición de ARMIN KAUFMANN.¹⁵²

KAUFMANN¹⁵³ llega a conclusiones similares a las de su maestro WELZEL, aunque mediante fundamentaciones diferentes, con respecto al tratamiento del error sobre los “elementos del deber jurídico”. KAUFMANN, a diferencia de su maestro, solo se ocupa de una serie de elementos del deber jurídico o especiales de la antijuridicidad, que clasifica en dos grandes grupos. Estos son:

I.- Las órdenes oficiales¹⁵⁴:

Con la expresión ordenes oficiales, KAUFMANN hace referencia a los elementos “competente”, “jurídicamente válido”, “en legítimo ejercicio de su cargo”.

KAUFMANN basa su teoría en que las normas al ser válidas son obligatorias para el ciudadano, pero para llegar a ser válidas y por ende obligatorias, requieren de una serie de circunstancias que pertenecen a los **presupuestos de validez**, por lo que dichos *presupuestos de validez* no pertenecen al **contenido de la norma** (o sea al tipo).

Dicho esquema normativo KAUFMANN lo aplica a los delitos que contravienen una orden oficial, para ello pone como ejemplo el delito del art. 153 y siguientes del Código Penal Alemán, los cuales contienen el concepto de “competente”.

Este autor cree que la norma del art. 153 y siguientes, es una *norma o mandato del legislador*, la cual gracias al vocablo “competente” faculta a un órgano oficial a dictar otra *norma o mandato para casos determinados*. De aquí se sigue que el concepto “competente” hace referencia a la competencia de la autoridad y a su adecuación al Derecho en el ejercicio de su cargo, por lo que es un *presupuesto de validez*, por lo

¹⁵² Posteriormente, KAUFMANN cambio su posición con respecto al tema, con respecto a los “**elementos de la autoría**”, cambia de manera importante el pensamiento que aquí se expondrá; pero con respecto a los “**presupuestos de validez**” sigue defendiendo el punto de vista aquí expuesto, para más detalles véase: KAUFMANN, Armin. “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. (Traducción Joaquín Cuello)”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, pp. 5-22.

¹⁵³ Esta construcción dogmática es seguida por: BACIGALUPO, Enrique. “Tipo y error”. Op. Cit., pp. 57-61; 158-160.

¹⁵⁴ Para una exposición resumida de la posición de KAUFMANN sobre este punto, véase: ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico (Traducción: Bacigalupo, Enrique)”. Buenos Aires: Depalma, 1979., pp. 20-21.

tanto, no pertenece al *contenido de la norma* del órgano oficial, por lo que el concepto “competente” no es parte integrante de la materia de prohibición, o sea, no pertenece al tipo, sino que se refiere a un elemento propio de la antijuridicidad.

Por lo tanto, el tratamiento del error sobre ciertos elementos del deber jurídico pertenecientes a las órdenes oficiales, como, por ejemplo: el elemento “competente”. KAUFMANN lo trata de la siguiente manera: “la suposición errónea de la competencia es un error acerca de la validez de la orden administrativa, es decir, un error acerca de la norma”¹⁵⁵, o sea, en otras palabras, el error sobre el elemento “competente” debe ser tratado como un *error de prohibición*, pues es un presupuesto de validez y no un elemento perteneciente al tipo (o contenido de la norma).

II. Los elementos de la autoría:

Según este autor todos son *destinatarios* de las normas¹⁵⁶, lo cual no quiere decir que estas sean *obligatorias* para todos, pues para que la norma produzca este efecto obligatorio se requiere la **concreción** de la norma, o sea, que obligue a un individuo determinado en una situación concreta.

Aquellas personas en quienes se dan estos presupuestos, gracias a los cuales la norma se *concretiza*, son denominadas por KAUFMANN como “capaces de acción”, esta capacidad es definida por el autor como: “la posibilidad de realizar una *acción totalmente* específica en determinadas circunstancias y en determinado momento.”¹⁵⁷

Por tanto, en las denominadas “**normas generales**” el efecto obligatorio (o sea la concreción de la norma) solo requiere la *capacidad de acción*. En cambio, en el caso de las “**normas especiales**”, es insuficiente la mera capacidad de acción para la determinación del deber concreto, sino que se requiere, además, los llamados **elementos de la autoría**, los cuales entran en consideración en aquellos tipos penales

¹⁵⁵ KAUFMANN, Armin. “Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna (Traducción: Bacigalupo, Enrique; Garzón, Ernesto)”. Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1977., p. 134.

¹⁵⁶ Acerca de cómo KAUFMANN resuelve el problema del destinatario de la norma y el efecto obligatorio de la misma, ver: KAUFMANN, Armin. “Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna”. Op. Cit., pp. 161-175.

¹⁵⁷ *Ibíd.* KAUFMANN, Armin., p. 185.

que no pueden ser ejecutados por cualquier persona, como por ejemplo los delitos funcionarios.

Siguiendo con el razonamiento de este autor alemán, se puede establecer que el objeto de la norma es la conducta o acción final, ya que sobre esta recae la orden pronunciada por la norma, la que al prohibir o mandar una determinada acción final debe ser descrita, generalmente, mediante el uso de **“elementos de la acción”**, con los cuales se caracteriza la acción prohibida o mandada. Entonces, como la conducta o acción final solo puede ser ejercida por un ser humano, no es necesario describir o precisar al sujeto normativo mediante el uso de elementos especiales que precisen al autor de una determinada conducta final, por lo cual se da por hecho su presencia y no se describe en forma específica.

Por lo tanto, “En una consideración normológica..., es posible distinguir entre sujeto de la norma y acción normada,..”¹⁵⁸. Como se dijo anteriormente, para este autor, no es necesario precisar al sujeto normativo, pues con la sola descripción de la acción normada es suficiente.

Sin embargo, en ciertas **“normas especiales”** no basta con la mera descripción de la acción prohibida o mandada, mediante los *elementos de la acción*, por lo que para la concreción de la norma (o sea para que se produzca el efecto obligatorio de la norma), no basta con la sola “capacidad de acción”, puesto que “en la normas especiales debe tener lugar una segunda concreción, con relación a la persona en la cual se da *in concreto* las características del sujeto de la norma”¹⁵⁹, o sea, para la concreción de la norma y el surgimiento del deber, es necesario el uso de los **“elementos de la autoría”**.

Lo decisivo con relación a los **“elementos de la autoría”** es que son independientes de los **“elementos de la acción”**, por lo que no pertenecen al tipo, por lo tanto, no deben ser abarcados por el dolo, pues este “como lo característico del acto, nada tiene que ver con la calificación del autor; en tanto voluntad de acción, el dolo sólo puede referirse a los *elementos de la acción*. En definitiva no se requiere un conocimiento del

¹⁵⁸ *Ibíd.* KAUFMANN, Armin., p. 141.

¹⁵⁹ *Ibíd.* KAUFMANN, Armin., p. 189.

autor--aunque sea específico--con respecto a la existencia de una calificación especial de él.”¹⁶⁰

En conclusión, se puede decir que los “elementos de la autoría” de KAUFMANN no pertenecen al tipo, por lo que un error sobre ellos no es un error de tipo, sino un error de prohibición.

III. Conclusión:

KAUFMANN, considera que el caso de **“los elementos de la autoría” y las “órdenes oficiales”**, al no describir la acción típica, el dolo no los puede abarcar, puesto que son **“puros elementos del deber”**¹⁶¹, ya que solo denotan el deber jurídico del autor, por lo que el error sobre ellos debe ser tratado como un **error de prohibición**.

II.- Teoría de los elementos de valoración global del hecho.

A) Posición de CLAUS ROXIN¹⁶²:

a.1) Primera solución:

ROXIN analiza los tipos abiertos y elementos del deber jurídico o elementos especiales de la antijuridicidad que propuso WELZEL.

En su análisis presenta una serie de críticas, tanto a la proposición de WELZEL como a la de KAUFMANN, para luego esbozar una teoría propia de cómo deberían ser tratados estos elementos especiales de la antijuridicidad. Estas críticas son las siguientes:

I. Crítica conceptual:¹⁶³

¹⁶⁰ Ibíd. KAUFMANN, Armin., p. 210. (La cursiva es mía)

¹⁶¹ Cfr. KAUFMANN, Armin. “Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna”. Op. Cit., pp. 210 y 381-382.

¹⁶² Esta doctrina de ROXIN es seguida por diversos autores, entre ellos: BACIGALUPO, Enrique. “Derecho penal: parte general”. Op. Cit., p. 322; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Curso de derecho penal: parte general”. Op. Cit., p. 353.

¹⁶³ Vid. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. (Traducción: Bacigalupo, Enrique). Buenos Aires: Depalma, 1979., p. 87.

En la crítica conceptual, ROXIN propone revisar los objetos subyacentes a las construcciones conceptuales de WELZEL y KAUFMANN, para así probar si dichos objetos poseen los elementos propios que el concepto les atribuye. Esto quiere decir, que se intenta comprobar “si los criterios que deben integrar la esencia de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico o especiales de la antijuridicidad se adecuan al fenómeno real”.¹⁶⁴

a) Crítica a la teoría de WELZEL.

ROXIN extrae tres consecuencias de la teoría de los tipos abiertos y los elementos especiales de antijuridicidad de WELZEL, las cuales son:

1.- La realización de un “tipo abierto” carece de efectos indiciarios de la antijuridicidad.¹⁶⁵

Para determinar si efectivamente los “tipos abiertos” carecen de efectos indiciarios de antijuridicidad, analiza el delito de coacción (presente en el art. 240 del Código Penal alemán), en el cual WELZEL plantea que de la mera amenaza con un mal sensible no surge todavía el carácter antijurídico del hecho.

ROXIN considera que esta afirmación es dudosa, pues se pregunta si es realmente menor el indicio de antijuridicidad en los casos que alguien es coaccionado a realizar una acción mediante violencia, que en los tipos cerrados. Para este autor alemán resulta correcto afirmar que la realización de un tipo, del cual se ha extraído un elemento del deber jurídico, será antijurídica con menor frecuencia. Sin embargo, la afirmación de que los “tipos abiertos” tienen menor capacidad indiciaria de la antijuridicidad que los “tipo cerrados” no es correcta, por lo menos, formulada en términos tan generales.

2.- La determinación de la antijuridicidad en un “tipo abierto” se efectúa mediante un procedimiento positivo.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Ibíd. ROXIN, Claus., p. 85.

¹⁶⁵ Véase, Ibíd. ROXIN, Claus., pp. 88-89.

¹⁶⁶ Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., pp. 89-93.

ROXIN considera que no está claro en qué consiste efectivamente el procedimiento positivo de determinación de la antijuridicidad. Además, tampoco percibe la diferencia de la constatación de la antijuridicidad mediante un procedimiento negativo y uno positivo. Dice que, por ejemplo, en el delito de coacción (art. 240 del Código Penal alemán) es indiferente la comprobación de la antijuridicidad según si el hecho de la amenaza con un mal sensible sea socialmente no soportable (procedimiento negativo), o que sea socialmente reprobable (procedimiento positivo).

Considera que tanto los tipos cerrados como los tipos abiertos son “tipos súper-abarcadores”, pues describen tanto los comportamientos que no se adecuan como aquellos que sí se ajustan al Derecho.

Para dar un ejemplo de tipo cerrado, expone el caso del homicidio (art. 212 del Código Penal Alemán), el cual expresa “quien mata dolosamente a una persona”, por lo que este tipo cerrado comprende comportamientos antijurídicos como el homicidio, pero también comprende conductas que no contravienen el Derecho, como la muerte de un hombre en legítima defensa. Lo mismo ocurre en el caso de los tipos abiertos, como por ejemplo el del art. 113 del código penal alemán, el cual castiga “a quien se resista a un funcionario en el ejercicio de sus funciones adecuadas a derecho”, por lo cual este tipo contiene conductas que implican tanto una resistencia a la autoridad de forma adecuada como también contrarias al Derecho.

De esto se deduce que sea que se trate de un tipo cerrado o uno abierto, el juez debe determinar la antijuridicidad de la misma manera, o sea comprobando que la conducta típica no es adecuada a Derecho. Es decir, en ambos casos él debe reducir el número de casos que se subsumen bajo el tipo penal, eliminando los que son adecuados a Derecho, para así poder determinar la antijuridicidad.

Por último, este autor expresa que la sensación de que en los tipos penales abiertos (procedimiento positivo) la determinación de la antijuridicidad es diferente a la de los tipos penales cerrados (procedimiento negativo), se debe a que la perspectiva del juicio de valor de la antijuridicidad se puede dirigir al sujeto de la acción (autor) o al objeto de la acción.

Esto quiere decir que en los tipos cerrados la perspectiva del juicio de valor se dirige al sujeto de la acción (o al autor), por lo que la determinación de la antijuridicidad se efectúa negativamente, o sea el juez comprueba si para el autor no existe ninguna causa que justifique su acción típica. En cambio, en los tipos abiertos, la perspectiva del juicio de valor se dirige al objeto de la acción, por lo que el procedimiento es positivo.

En consecuencia, ROXIN concluye que tanto el procedimiento positivo como el negativo resultan indiferentes y son solo una consecuencia del punto hacia el cual el juzgador dirija su mirada, por lo cual ambos procedimientos para determinar la antijuridicidad son perfectamente intercambiables. Ejemplo, en el caso del art. 113 del Código Penal Alemán (tipo abierto), una vez realizada la acción típica, el juez debería establecer que el funcionario obró conforme a Derecho (procedimiento positivo), o bien debería comprobar que en el caso concreto no existía ninguna causa de justificación en favor de quien se resistió (procedimiento negativo), con esto se concluye que la diferencia entre los tipos abiertos y cerrados no se puede obtener a partir del procedimiento mediante el cual se determina la antijuridicidad.

3.- Los elementos especiales de la antijuridicidad no tienen la tarea de describir la conducta típica, sino solamente de fundamentar el deber jurídico del autor.¹⁶⁷

Básicamente ROXIN considera que todas las circunstancias del hecho que componen el tipo objetivo, incluidos los elementos especiales de la antijuridicidad, son fundamentadoras del deber jurídico, por lo tanto, deben ser comprendidas por el dolo.

Si se siguiera el argumento de WELZEL, para quien los elementos de la antijuridicidad solo fundamentan el deber jurídico y, por lo tanto, no pertenecen al ámbito del tipo (por lo que no deben ser abarcados por el dolo), sino más bien al de la antijuridicidad, se llegaría a absurdos insostenibles. Dicho argumento lo ejemplifica de la siguiente manera: en el caso del tipo penal del homicidio¹⁶⁸, el autor solo tiene el *deber jurídico*

¹⁶⁷ Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., pp. 94-99.

¹⁶⁸ Artículo 212 del Código Penal Alemán. Homicidio:

(1) Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de la libertad no inferior a cinco años.

(2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de la libertad de por vida.

de omitir matar frente a otra persona, por lo tanto, el concepto “persona” presente en el tipo de homicidio podría ser considerado un elemento de la antijuridicidad, pues solo fundamenta el deber jurídico (de omitir matar frente a otra persona), por lo que el autor puede ser penado por el delito de homicidio doloso aunque no haya sabido que mataría a otra persona.

De esto se concluye que un elemento que fundamente el deber jurídico del autor no excluye que dicho elemento también describa la acción o el objeto del hecho. Por lo tanto, este elemento debe pertenecer al tipo y debe ser abarcado por el dolo.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas, ROXIN cree obvio que WELZEL defina los tipos abiertos como aquellos en donde la materia de prohibición no está exhaustivamente descrita, pues al extraer los elementos del deber jurídico del tipo, es evidente que la materia de prohibición no esté completamente establecida en el tipo. Con esto se crea un tipo bastante vago, dado que no se establece exhaustivamente la materia de prohibición, lo cual traería aparejado graves problemas constitucionales.

b) Crítica a la teoría de KAUFMANN.

I. Las órdenes oficiales.¹⁶⁹

La primera objeción que se puede realizar es que la norma en su esencia es una **“prescripción general”**, lo cual quiere decir que la norma es una pauta general que no rige solo para el caso particular, por lo que la “norma” de un órgano oficial u orden oficial no puede ser una norma propiamente tal.¹⁷⁰

Traducción efectuada por: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Código penal alemán (traducido al español)”. Colombia, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1999., p. 78.

¹⁶⁹ Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., pp. 100-107.

¹⁷⁰ KAUFMANN refuta esta objeción de la siguiente manera: “De una parte, «está en la naturaleza de las cosas» relacionar con el concepto «norma» la «relación de validez general»; el mandato al que falta esa relación no puede ser designado como «norma». Bien, hay órdenes militares que tienen validez frente a miles, y «normas legales» que alcanzan a un solo órgano del Estado. Y los conceptos de mandato y obligación cubren, en cualquier caso, a todos los imperativos que ordenan hacer u omitir. No se trata de la terminología, sino del planteamiento teórico-jurídico”. En: KAUFMANN, Armin. “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. (Traducción Joaquín Cuello)”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, p. 17.

Una segunda objeción que efectúa él mismo autor es la siguiente, se debe recordar que el art. 103 n°2 de la Ley Fundamental Alemana y el art. 2 n°1 del Código Penal Alemán establecen el *principio de determinación legal de la punibilidad* y con ello también de la ley penal y de la norma subyacente a la ley penal.

Entonces, de esto se sigue, que la punibilidad tiene que ser establecida legalmente antes de la comisión del hecho, por lo que no es correcto la afirmación que realiza KAUFMANN con respecto a esta clase de prescripciones penales: “Es el funcionario competente (la autoridad competente) quien pronuncia aquí el juicio de valor que se convierte en motivo de la norma. La norma existe como norma *válida* sólo en virtud del acto administrativo.”¹⁷¹

Esta aseveración de KAUFMANN no sería correcta, porque: “la orden oficial no es, por tanto, una norma en el sentido del derecho penal. Es preciso, por consiguiente, retornar a la ley y procurar obtener de ella el concepto de norma.”¹⁷² Siguiendo con la objeción, ROXIN concluye que: “De esta manera, tenemos una norma que surge también del mismo modo de otras prescripciones legales.”^{173 174}

Otra objeción que señala ROXIN, es que la solución propuesta por KAUFMANN para resolver el problema del error no satisface el “**sentimiento jurídico**”. Ya que hay diferencias prácticas entre la equivocación sobre la validez de una norma legal o de una orden dada por el funcionario. Pues la posibilidad de que una orden administrativa supere el marco de sus atribuciones, es incomparablemente más alta que la posibilidad que una norma dictada por un parlamento, democráticamente electo, sea nula por afectar normas de mayor jerarquía. Debido a esto, ROXIN cree que un error sobre una

¹⁷¹ KAUFMANN, Armin. “Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna”. Op. Cit., p. 132.

¹⁷² ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., p. 103.

¹⁷³ *Ibíd.* ROXIN, Claus., p. 103.

¹⁷⁴ Esta objeción es refutada por el propio KAUFMANN, de la siguiente manera: “la taxatividad de la ley no aumenta o disminuye según que las reglas, ya existentes, se ordenen teóricamente de una forma u otra. Esto vale aquí y en todo lo demás, aunque frecuentemente tampoco se tenga en cuenta.” En: KAUFMANN, Armin. “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. (Traducción Joaquín Cuello)”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, p. 17.

orden dictada por un funcionario es más disculpable que el error sobre la validez de una norma legal.

II. Los elementos de la autoría.¹⁷⁵

1.- La necesidad lógica de un tratamiento especial:

Dice KAUFMANN: “Para la concreción, es suficiente con que el individuo de *hecho* esté caracterizado por los elementos que definen al sujeto de la norma. *Su conciencia actual o actualizable respecto de la existencia de estas circunstancias es totalmente indiferente para la cuestión de la concreción del deber emergente de la norma.* Si fuese de otra manera, entonces el conocimiento del deber sería ya presupuesto del deber mismo; una imposibilidad lógica.”¹⁷⁶

Según ROXIN, esta afirmación no prueba lo que pretende probar, o sea, que los elementos de la autoría no pueden ser abarcados por el dolo.

Para esto, el autor antes mencionado, cree que a los funcionarios del Derecho Público se les exige que sepan que obran como tal para actuar de forma típica y antijurídica, lo cual no significa que el conocimiento del deber sea un presupuesto del deber o un “puro elemento del deber”; debido a que tener conciencia de la calidad de funcionario “no requiere más que el autor sepa que ha sido formalmente designado funcionario del servicio estatal.”¹⁷⁷.

Se concluye que el dolo debe abarcar la calidad de funcionario, ello significa que tendrá que conocer solo un deber general de servicio, el cual debe ser distinguido de los deberes que surjan de la situación concreta, pues solo estos últimos deberes son un “deber” en el sentido de KAUFMANN o sea “*un presupuesto del deber*” (los cuales no deben ser abarcados por el dolo). Debido a esto, ROXIN concluye que no se necesita por parte del funcionario el conocimiento de algún deber especial.

¹⁷⁵ Cfr. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., pp. 107-120.

¹⁷⁶ KAUFMANN, Armin. “Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna”. Op. Cit., p. 189.

¹⁷⁷ ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., p. 108.

2.- La necesidad ontológica del tratamiento específico.

KAUFMANN cree que, si el dolo abarca los “*elementos de la autoría*”, tendría que abarcar además la “*capacidad de acción*”, la cual en el ámbito del tipo de injusto se designa como “*dominio del hecho*”.

El dolo que se dirige al dominio del hecho no es otra cosa que la teoría del “*animus auctoris*”. Esta teoría considera que la calidad del autor no depende solamente del dominio del hecho, sino también “de quererlo como propio”. Con esto se demuestra que la teoría que pretende incluir los “elementos de la autoría” en el ámbito del dolo y la del “*animus auctoris*”, están estrechamente vinculadas.

KAUFMANN deduce de todo esto, que integrar los “elementos de la autoría” en el tipo conduce necesariamente a la teoría del *animus auctoris*, ya que el: “*animus auctoris* es sólo una consecuencia de otro orden de esta misma tesis, y por cierto que como consecuencia no resulta correcta.”¹⁷⁸

Para KAUFMANN la teoría del *animus auctoris* es falsa, por los siguientes motivos:

En primer lugar, el que posee el dominio del hecho es autor, sea que quiera el hecho como propio o como ajeno.

En segundo lugar, si el dominio del hecho fuera un elemento del tipo, por lo tanto abracado por el dolo, en los supuestos de error¹⁷⁹ “habría que considerar al partícipe (cómplice) que obra con *animus auctoris* como autor (putativo) de una tentativa inidónea, y por cierto como autor del hecho principal tentado del que es sujeto inidóneo por carencia del dominio del hecho.”¹⁸⁰

Pero KAUFMANN apoyándose en WELZEL y BOCKELMANN, quienes han refutado la teoría del *animus auctoris*. Considera que, además, la doctrina mayoritaria rechaza la sanción penal de “la tentativa de un sujeto inidóneo, es decir, de un sujeto que se

¹⁷⁸ KAUFMANN, Armin. “Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna”. Op. Cit., p. 200.

¹⁷⁹ Aquí KAUFMANN se refiere al error “al revés”, para ver el tratamiento de esta clase de error, véase en esta memoria: [Supra. pp. 35 y ss.](#)

¹⁸⁰ Ibíd. KAUFMANN, Armin., p. 201.

crea erróneamente soldado o funcionario.”¹⁸¹; de esto concluye KAUFMANN, que el dolo no puede extenderse al autor, puesto que de dicha teoría se deducen las consecuencias incorrectas de la teoría del *animus auctoris*.

ROXIN cree que es errónea la deducción de KAUFMANN, esto es, que el autor que obra con conciencia del dominio del hecho sería una *consecuencia necesaria*, pero incorrecta de la teoría del *animus auctoris*. Al contrario, este autor considera que es posible la conciencia del dominio del hecho sin *animus auctoris*.

El error de KAUFMANN, es producto del siguiente silogismo:

Premisa mayor: La teoría del animus es falsa.

1ª conclusión: por tanto, el autor no necesita conocer su dominio del hecho.

2ª conclusión: por tanto, dicho autor no necesita conocer de las demás circunstancias que caracterizan al autor, o sea los denominados “elementos de la autoría”.

Como la premisa mayor de este silogismo es falsa, esto significa que de la falsedad de la teoría del *animus auctoris* no se puede extraer ninguna conclusión referente al tratamiento de los “*elementos de la autoría*”.

3.- La necesidad psicológica de un tratamiento especial.

KAUFMANN da el siguiente argumento para apoyar su tesis de que los “elementos de la autoría” no deberían ser parte del tipo y, por lo tanto, no pueden ser abarcados por el dolo: “el dolo como voluntad de realización, solo puede dirigirse a lo que se realiza o debe realizarse, pero no al portador de la voluntad de realización. Todas las circunstancias que no corresponden a la acción sino al autor, no pueden ser objeto de su dolo. Yo no podría “querer realizar” en el hecho el ser funcionario. Soy funcionario durante la realización del hecho o no lo soy.”¹⁸²

Este argumento es insostenible según ROXIN, ya que existen otras circunstancias además de los elementos de la autoría, que deben ser abarcadas por el dolo, sin que por ello deban ser realizadas por el autor; por ejemplo: “Un ladrón tiene que saber que

¹⁸¹ Ibíd. KAUFMANN, Armin., p. 201.

¹⁸² Ibíd. KAUFMANN, Armin., p. 202.

la cosa sustraída es “ajena”. Es evidente que no por ello el ladrón quiere “realizar” la ajenidad de la cosa.”¹⁸³

De lo anterior, ROXIN deduce lo siguiente: “En realidad, todas las circunstancias que yacen fuera de la acción misma, aunque tengan influencia con respecto al resultado perseguido, no pueden constituir objeto de la realización. Matar, lesionar, maltratar, sustraer, apropiarse, son sucesos cuya realización depende de mi voluntad. Todo lo demás está dado previamente a la situación, y no puede realizarse; es aquello en lo que mi voluntad se realiza.”¹⁸⁴

Sigue ROXIN: “La especialidad que KAUFMANN afirma no rige con respecto a los elementos de la autoría solamente, sino también para todas las circunstancias del hecho, con excepción de aquellas que describen la acción. A partir de tales premisas, por tanto, los elementos de la autoría carecen de una posición especial.”¹⁸⁵

De todo esto, ROXIN concluye que existen “*circunstancias de la acción*”, las cuales efectivamente pueden ser realizadas, y “*circunstancias de la situación*”, que son aquellas que no dependen de la voluntad del autor, por lo tanto se puede decir que el dolo “es la voluntad de realización de la acción con conocimiento de las circunstancias de la situación.”¹⁸⁶

c) La verdadera naturaleza de los elementos del deber jurídico.¹⁸⁷

ROXIN considera que los elementos del deber jurídico o elementos especiales de la antijuridicidad son elementos normativos jurídicos, más específicamente, elementos normativos “**abarcadores de la antijuridicidad**” o “**valoradores totales**”; los denomina de esta forma, pues poseen la singularidad de que el conocimiento de esta *clase especial de elementos normativos* implica necesariamente la conciencia de la antijuridicidad formal del hecho.

¹⁸³ ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., p. 117.

¹⁸⁴ Ibíd. ROXIN, Claus., p. 118.

¹⁸⁵ Ibíd. ROXIN, Claus., p. 118.

¹⁸⁶ Ibíd. ROXIN, Claus., p. 118.

¹⁸⁷ Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., pp. 121-134.

Además, estos “elementos normativos abarcadores de la antijuridicidad o “circunstancias valoradoras totales”, según este autor tienen una **dobles función**: describen el hecho típico (por lo que forman parte del tipo), pero además se deduce de ellas la conciencia de antijuridicidad formal.

Sin embargo, hay que advertir que los denominados “elementos abarcadores de la antijuridicidad” de ROXIN, no coinciden totalmente con los “elementos del deber jurídico” de WELZEL.¹⁸⁸

II. Crítica intrasistemática.

En esta crítica ROXIN pretende determinar si la construcción teórica de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico o especiales de la antijuridicidad, es coherente con los principios elementales de la teoría general del delito propugnada por sus creadores, o sea la teoría finalista del delito.

1) Contradicciones sistemáticas:

a) Los tipos abiertos contravienen el concepto personal de lo injusto.¹⁸⁹

La concepción personal del injusto de WELZEL no depende solamente de la causación de un resultado externo, o del simple menoscabo de un bien jurídico, sino que según WELZEL lo primordial es el desvalor de acción, o sea que para configurar un “injusto personal” se debe tener en cuenta, principalmente, la finalidad que el autor le asigna al hecho descrito por el tipo objetivo.¹⁹⁰

Entonces para que en los “tipos abiertos” se pudiera verificar el concepto personal de lo injusto, se requeriría que estos estuvieran configurados de tal manera que el conocimiento de las circunstancias de hecho que lo componen pusiera de manifiesto la actividad finalmente orientada del autor.

¹⁸⁸ Vid. *Ibíd.* ROXIN, Claus., pp. 134-138.

¹⁸⁹ Cfr. *Ibíd.* ROXIN, Claus., p. 139-146.

¹⁹⁰ Acerca del injusto personal, véase: WELZEL, Hans “Derecho penal alemán: parte general”. Op. Cit., pp. 1-6 y 74-75.

Se debe advertir en todo caso, que un “tipo acromático” no daña necesariamente el concepto personal de lo injusto, ya que se puede incluir los elementos subjetivos del injusto dentro de la antijuridicidad (por ejemplo, en la voluntad de la legítima defensa), con lo cual se salva el concepto personal de lo injusto, pero en la mayoría de los casos, los “tipos abiertos” no son complementados mediante los elementos subjetivos de la antijuridicidad.

Debido a esto, ROXIN, considera que los “tipos abiertos” conducen a una objetivación de la teoría de lo injusto, pues al excluir WELZEL los “elementos del deber jurídico” de la tipicidad, no se concibe como sería posible que se constatará la actividad finalmente orientada del autor, pues este solo conoce una parte de las circunstancias de hecho, que según el propio WELZEL no son indiciarias de la antijuridicidad, por lo que no fundamentan el desvalor de acción, solamente se da en estos casos de realización típica un desvalor de resultado.

Lo mencionado en el párrafo anterior se puede desprender con mayor claridad mediante el ejemplo del art. 113 del código penal alemán, el cual tipifica la siguiente conducta: “a quien se resista a un funcionario en el ejercicio de sus funciones adecuadas a derecho”; según WELZEL este sería un “tipo abierto”, al cual solo pertenece al tipo objetivo, la frase “a quien se resista a un funcionario”, excluyendo lo demás del tipo, pues estaríamos en presencia de un “elemento del deber” o “momentos especiales de la antijuridicidad”, por lo que el autor actuaría de manera dolosa solo con conocer la resistencia al funcionario, por lo que el desvalor de resultado estaría constituido solamente por el conocimiento de esta parte del tipo, de lo cual concluye ROXIN que es un absurdo, ya que precisamente lo que constituye el desvalor de acción reside en la adecuación al derecho de la acción del funcionario.

En consideración a lo expuesto anteriormente, ROXIN concluye expresamente que “los tipos abiertos contradicen el concepto personal de lo injusto, dado que en la mayoría de los casos nada pueden decir sobre la actividad final y la actitud del delincuente respecto del hecho.”¹⁹¹

¹⁹¹ ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., p. 146.

b) Los tipos abiertos y el contenido valorativo del tipo penal.¹⁹²

Según ROXIN la “neutralidad valorativa” del tipo puede significar dos cosas: que el tipo es valorativamente neutro en relación a la antijuridicidad, o sea el tipo no es *ratio essendi* de la misma, o puede significar que la materia de prohibición establecida en el tipo está configurada solo por *elementos descriptivos u objetivos*.

WELZEL solo comparte la neutralidad valorativa del tipo¹⁹³, en relación al primero de sus significados (el tipo no es *ratio essendi* de la antijuridicidad), pues considera que el objeto de prohibición contenido en el tipo, sí está configurado por elementos descriptivos, los cuales se perciben sensorialmente y, además, por elementos normativos, los que deben ser comprendidos espiritualmente, mediante una “valoración paralela en la esfera del lego”¹⁹⁴. Solo una vez configurado de esta manera el objeto de prohibición contenido en el tipo, es que el autor puede comprender la significación social de su hecho.

El problema con los “tipos abiertos”, es que se describen hechos totalmente neutros, con lo que WELZEL se acerca a la concepción “*valorativamente neutra*” del tipo, en la cual el objeto de prohibición solo está conformado por elementos descriptivos, perceptibles sensorialmente. Esto se debe a que el autor no podría captar la significación social de sus hechos en los “tipos abiertos”, pues la materia de prohibición no está conformada completamente, pues se extrajeron de ella los “elementos del deber jurídico”.

c) Los tipos abiertos y la materia de prohibición.¹⁹⁵

Según el finalismo de WELZEL, la diferencia entre el tipo y la antijuridicidad¹⁹⁶ se fundamenta en la distinción entre la materia de prohibición (la cual es el objeto de

¹⁹² Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., p. 146-152.

¹⁹³ Sobre la concepción del tipo defendida por WELZEL, véase: WELZEL, Hans “Derecho penal alemán: parte general”. Op. Cit., pp. 59-60; 62-66 y 96-98.

¹⁹⁴ Aunque, WELZEL en realidad ocupa una fórmula similar a la de la “valoración paralela en la esfera del lego”, la cual es la de “un juicio paralelo en la esfera del lego”, para ello véase: WELZEL, Hans “Derecho penal alemán: parte general”. Op. Cit., p. 91.

¹⁹⁵ Cfr. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., pp. 152-155.

¹⁹⁶ Vid. WELZEL, Hans. “El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista”. Op. Cit., p. 48; el mismo autor en: “Derecho penal alemán: parte general”. Op. Cit., p. 61.

prohibición) y la prohibición (la cual es el juicio de valor que recae sobre el objeto de prohibición correspondiente), distinción, además, denominada como objeto de valoración y valoración de objeto¹⁹⁷

Pero dicha distinción se difumina debido a la creación de los “tipos abiertos”, ya que los “elementos especiales de la antijuridicidad” también sirven para describir la materia de prohibición, por lo que una vez excluidos del tipo, el autor al realizar una conducta adecuada a un tipo abierto no conoce la materia de prohibición, pues para configurar dicha materia de prohibición se debe acudir a elementos fundamentadores de lo injusto *externos* al tipo abierto, los cuales fueron extraídos por WELZEL, y fueron alojados en la antijuridicidad. Por lo que solo una vez completada la materia de prohibición mediante la concurrencia de los “elementos del deber jurídico” se puede emitir el juicio de valor correspondiente, el cual recae sobre esa materia de prohibición.

ROXIN concluye que “los tipos abiertos contradicen la concepción de WELZEL sobre la esencia de la materia de prohibición, pues no expresan al autor una norma de comportamiento clara y utilizable.”¹⁹⁸

d) Los tipos abiertos y la concepción del tipo de WELZEL.¹⁹⁹

Según este autor la función del tipo penal es determinar las conductas que pueden ser relevantes jurídico-penalmente, pues contravienen el orden de la vida social.

Esta concepción del tipo penal se contradice con la teoría de los tipos abiertos, ya que estos describen sucesos jurídicamente irrelevantes, pues no contravienen gravemente el orden de la vida social, por lo tanto, no son indiciarios de la antijuridicidad.

2) Correspondencias sistemáticas.

¹⁹⁷ Se debe aclarar que ROXIN sabe que la distinción entre “objeto de valoración” y “valoración de objeto” se utiliza para efectuar la separación entre reprochabilidad y dolo, pero considera que “se utilizarán apenas modificada con respecto a la oposición entre tipo y antijuridicidad”, véase: ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., en nota pie de página N°126, p. 152.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., p. 155.

¹⁹⁹ Cfr. *Ibíd.* ROXIN, Claus., p. 155-158.

Debido a las contradicciones sistemáticas que producen los “tipos abiertos” con relación a la teoría finalista, las cuales fueron mencionadas en el apartado anterior, ROXIN llega a la conclusión que la teoría de los tipos abiertos no es una consecuencia necesaria de la teoría finalista, es más, llega a la conclusión de que es una teoría completamente contradictoria con los postulados esenciales del finalismo.

a) Los tipos abiertos y la teoría de la culpabilidad.²⁰⁰

Como se mencionó en el capítulo I de esta tesis²⁰¹, entre las diversas teorías que tratan el error en materia penal, se encuentra la teoría de la culpabilidad, la cual hace una distinción tajante entre el error de tipo y el de prohibición.

De hecho, si no fuera posible una delimitación clara entre el tipo y la antijuridicidad, la teoría de la culpabilidad resultaría errónea, debido a que el tratamiento de un caso como error de tipo o de prohibición resultaría en todas las situaciones, totalmente indiferente. Esto es lo que se produce con la inclusión de los “elementos especiales de la antijuridicidad” en el tipo, puesto que conllevaría a que el conocimiento del tipo implicaría necesariamente la conciencia de la antijuridicidad.

Según ROXIN, debido a estas complicaciones sistemáticas en la teoría del error seguida por WELZEL (Teoría de la culpabilidad estricta o extrema), que producen dichos elementos del deber jurídico, es que dicho autor crea la teoría de los tipos abiertos.

b) Los tipos abiertos y las estructuras lógico-objetivas.²⁰²

Como es sabido, WELZEL parte de la premisa de que el Derecho no está conformado arbitrariamente por la voluntad del legislador, sino que éste debe respetar las

²⁰⁰ Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., p. 158-160.

²⁰¹ Con respecto a la teoría de la culpabilidad, sus efectos, criterios de evitabilidad, objeto y estado subjetivo requeridos y, por último, sus diversas variantes con respecto al “error de tipo permisivo”, véase: [Infra, pp. 23 y ss.](#)

²⁰² ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., pp. 164-165.

estructuras lógico-objetivas²⁰³ previamente dadas, las cuales no pueden modificarse o inventarse, sino más bien, solo pueden descubrirse.

Según WELZEL, dichas estructuras se pueden descubrir mediante un proceso inductivo, y una vez descubiertas esas estructuras lógico-objetivas del ser, podemos construir soluciones que nos lleven a resultados prácticamente satisfactorios, pero también se puede llegar a un resultado de éste tipo a la inversa, o sea en el caso de estar frente a un resultado prácticamente satisfactorio, esta situación nos indica que dicho resultado satisfactorio es tal, pues se apoya en una estructura lógico-objetiva aún no descubierta.

Debido a estos argumentos, WELZEL cree que la teoría del tipo abierto y los elementos especiales de la antijuridicidad o elementos del deber jurídico, conducen a resultados prácticamente satisfactorios, ya que se apoyan en estructuras lógico-objetivas aun no descubiertas.

El problema del planteamiento de WELZEL, es que ROXIN precisamente ha puesto al descubierto que la construcción de esta teoría de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico, conllevan a muchas incoherencias sistemáticas, lo que haría presumir que las estructuras-lógico objetivas son distintas.

III. Crítica dogmática.

Aquí ROXIN critica el sistema del delito Welzeliano, mediante patrones externos a la teoría finalista del delito, utilizando los valores más importantes para el derecho, o sea la justicia y la seguridad jurídica.

A) las funciones del tipo penal:

²⁰³ Una exposición sobre las “estructuras lógico-objetivas” se puede encontrar en: RAMOS MEJÍA, Enrique. “Las estructuras lógico-objetivas en el Derecho penal”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 24, Fasc/Mes 1, 1971, págs. 129-142. Sobre la fundamentación filosófica de dichas estructuras se puede ver: WELZEL, Hans. “Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material (traducción del alemán por Felipe González Vicén)”. 2ª Edición, 1971 (reimpresión 1979), Madrid, Editorial Aguilar, 1971., pp. 248 y ss.

Para llevar a cabo esta crítica dogmática, ROXIN le otorga las siguientes funciones al tipo:

- Función de garantía:²⁰⁴

Es aquella función del tipo mediante la cual solo se puede sancionar una conducta determinada, con una pena legalmente establecida antes de la realización del hecho.

- La función del tipo penal con relación al error:²⁰⁵

El tipo posee la función de diferenciar los errores existentes en materia penal, pues según la teoría de la culpabilidad, en todas sus variantes, se debe distinguir entre el error de tipo y el de prohibición, para ello es necesario una construcción del concepto tipo lo suficientemente clara y delimitada de la conciencia de la antijuridicidad, pues a dichos errores se le asignan distintos tratamientos.

Además, el tipo se utiliza en la delimitación del error al revés, en el cual quien erróneamente cree cometer una realización típica, pero no concurren todas las circunstancias exigida por el tipo, comete tentativa; en cambio aquella persona que cree erróneamente cometer un delito, pero yerra sobre la antijuridicidad del hecho cometido, conociendo todos sus presupuestos objetivos, realiza un delito putativo.

- Función sistemática del tipo:²⁰⁶

Antes de BELING, se definía el delito como la acción antijurídica y culpable amenazada con pena, dicha concepción de delito era sumamente amplia, debido a esta definición tan general y amplia del delito, es que BELING construyó un concepto mediante el cual el ordenamiento jurídico concretizara sus disposiciones penales, para ello debía circunscribir y delimitar las conductas prohibidas, y destacar del amplio espectro de los hechos antijurídicos solo aquellas acciones y omisiones que entren en consideración para la aplicación de la pena. Este concepto acuñado por BELING, es precisamente “el tipo”.

²⁰⁴ Cfr. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., p. 170.

²⁰⁵ Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., pp. 170-172.

²⁰⁶ Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., pp. 172.

Posteriormente ROXIN cuestiona la teoría tradicional del tipo, pues la postura tradicional considera que existe un concepto de tipo el cual posee las tres funciones antes mencionadas, ROXIN, en cambio cree que existen tres conceptos de tipo distintos, pues si bien es cierto que abarcan espacios comunes, no siempre coinciden entre sí.

Esta distinción de los tres conceptos de tipo diferentes (de garantía, sistemático y del error), le es útil a ROXIN para así poder determinar cuál de las tres funciones del tipo penal está implicada en la teoría de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico.

ROXIN, llega a la conclusión de que los tipos abiertos no cumplen ningún papel especial con respecto a la función de garantía del tipo, por lo que para el análisis de esta clase de tipos descarta esta perspectiva. Debido a esto, solo queda analizar los tipos abiertos y los elementos especiales de la antijuridicidad bajo la perspectiva del tipo del error y el tipo sistemático.²⁰⁷

B) El Tipo del error.²⁰⁸

Para efectuar el análisis de los elementos del deber jurídico y la teoría de los tipos abiertos bajo la perspectiva del tipo del error, ROXIN realiza una distinción entre los grados de culpabilidad.

Este autor establece tres grados de culpabilidad:

- 1.- La acción del autor es moralmente reprochable y socialmente dañosa, además el autor es consciente de la antijuridicidad de su acción.
- 2.- La acción del autor es moralmente reprochable y socialmente dañosa, pero el autor no es consciente de la antijuridicidad de su acción.
- 3.- La acción del autor coincide con los mandatos del derecho, por lo que no es moralmente reprobable ni socialmente dañosa, pero a causa de que efectúa dicha

²⁰⁷ Vid. *Ibíd.* ROXIN, Claus., pp. 173-177.

²⁰⁸ Cfr. *Ibíd.* ROXIN, Claus., pp. 177-236.

acción con una desatención evitable, se produce un resultado dañoso, el cual no es querido por el autor y es relevante jurídico-penalmente.

La dificultad de esto resulta en que el legislador solo nos ha otorgado dos grados de culpabilidad, los cuales son el dolo y la culpa o negligencia, entonces el problema radica en donde encasillar los tres grados de culpabilidad, si en el dolo o en la culpa. Las teorías que tratan sobre el error en materia penal han considerado unánimemente que el primer grupo de culpabilidad pertenece al dolo, el problema surge en como clasificar los dos grados de culpabilidad restantes.

Con el objetivo de resolver esta problemática, el autor alemán analiza las diversas teorías del error existentes.²⁰⁹

b.1) Análisis de las diversas teorías del error:

- Teoría estricta del Dolo:

La teoría del dolo determina que solo el primer grado de culpabilidad se puede atribuir al ámbito del dolo, en cambio, los dos restantes pertenecen al ámbito de la culpa o negligencia.

Bajo la óptica de la **seguridad jurídica**, esta teoría satisface plenamente dicho criterio, pues la pertenencia de los elementos especiales de la antijuridicidad o del deber jurídico al tipo, carecen de relevancia en esta teoría, ya que no distingue entre el error de tipo y el de prohibición, pues todo error sobre la conciencia de la antijuridicidad excluye el dolo.

Para esta teoría el tipo solo cumple una función de garantía y sistemática, pues en el tratamiento del error, el tipo carece de relevancia.

El problema de esta teoría se presenta con el segundo parámetro externo utilizado por ROXIN para analizar las diversas teorías del error, este es el valor de la **justicia**. Para éste autor, la justicia es una idea formal, que exige tratar igual lo que es igual y diferente lo distinto, por lo que el único criterio relevante para diferenciar los diversos

²⁰⁹ Para una exposición sobre las diversas teorías del error en materia penal, me remito al [capítulo I](#) de esta Tesis.

grados de culpabilidad, según esta teoría del error, es si el autor ha obrado conscientemente de manera antijurídica o no, por lo que la diferencia entre los grados de culpabilidad es cualitativa y no cuantitativa y, es por lo mismo, que el ámbito del dolo solo está compuesto por el primer grado de culpabilidad antes mencionado; en cambio los otros dos grados de culpabilidad caen dentro del ámbito de la culpa.

La base de esta teoría se encuentra influida por el espíritu del positivismo legal, pues para ella el núcleo del delito se encuentra radicado en la desobediencia del autor a los mandatos del legislador, o sea si el autor realizó el hecho antijurídico voluntariamente o involuntariamente, sin atender la reprochabilidad moral del acto o a su dañosidad social.

Es aquí donde radica el problema de esta teoría, pues deja de lado la esencia del delito, esto es la reprochabilidad moral y el daño social de la conducta, por lo que efectúa un análisis incompleto de los diversos grados de culpabilidad existente y los encasilla de manera errónea, pues llega a una conclusión *injusta*. Esta afirmación se ve corroborada por la serie de criterios correctivos utilizados por los seguidores de esta teoría²¹⁰, precisamente, para no llegar a soluciones injustas.

- La teoría limitada del dolo:

Para explicar esta teoría, pone como ejemplo el fundamento de ARTHUR KAUFMANN, debido a la profundidad con la cual este autor trata esta teoría del error, el autor recién mencionado considera que en esta teoría la conciencia de antijuridicidad también pertenece al dolo, pero para satisfacer dicha conciencia no se requiere la conciencia de la antijuridicidad formal, como si lo hacia la teoría estricta del dolo, sino que la mencionada conciencia se apoya en la antijuridicidad material del hecho.

Por lo tanto, según ARTHUR KAUFMANN, el primer grado de culpabilidad pertenece al ámbito de los delitos dolosos, en cambio, con respecto al segundo ámbito de culpabilidad, se debe distinguir, según si el autor lesiona una norma del derecho penal material o una norma del derecho penal administrativo.

²¹⁰ Una exposición resumida de estos criterios se puede ver en: WELZEL, Hans "Derecho penal alemán: parte general". Op. Cit., pp. 190-191.

Debido a que el derecho penal material posee una fundamentación ético-social, el conocimiento de todas las circunstancias fundamentadoras del injusto conlleva, necesariamente, a que el autor del delito tenga, a su vez, la conciencia del daño social que su conducta provoca (o antijuridicidad material); en cambio con relación a las normas del derecho penal administrativo, estas se fundan en una finalidad meramente ordenadora, por lo que el conocimiento del tipo no conlleva necesariamente a la conciencia de la dañosidad social de la conducta, por lo que el dolo requiere de la antijuridicidad formal para poder “perfeccionarse”.

Debido a estas premisas, KAUFMANN llega a la conclusión de que en el segundo nivel de culpabilidad (actos antijurídicos de manera inconsciente), los actos que lesionen una norma del derecho penal material se consideran dolosas, en cambio las conductas que lesionen al derecho penal administrativo pertenecen al ámbito de la culpa o negligencia.

Si bien esta postura satisface completamente la **justicia**, según ROXIN, tiene el problema de contravenir la **seguridad jurídica**, pues cree que los límites tan claros que KAUFMANN traza para separar el derecho penal material y el administrativo son erróneos; además, tampoco cree que el conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del tipo conlleven necesariamente a la conciencia de la antijuridicidad material, en consideración a todo esto, este autor concluye que siguiendo a esta posición, a menudo es poco claro si en el caso concreto la conciencia de la antijuridicidad es requisito del dolo o no.

- La teoría estricta de la culpabilidad:

Esta teoría trata como dolosas las conductas pertenecientes al primer grado de culpabilidad, al segundo e inclusive a una parte del tercer grado de culpabilidad. El ámbito del tercer grupo de la culpabilidad, que esta teoría trata como perteneciente al ámbito del dolo, es el de las justificantes putativas, como, por ejemplo, el caso de la legítima defensa putativa.

Este tratamiento especial que hace esta teoría, con respecto a los presupuestos objetivos de las causales de justificación, se debe a que el elemento cognoscitivo del

dolo se satisface con el *conocimiento actual* de todas las circunstancias que provocan que su acción sea jurídico-penalmente relevante, o sea, que caigan fuera del orden social. Entonces los autores que adhieren a esta teoría, extraen los presupuestos objetivos de la antijuridicidad del cumulo de circunstancias que determina lo injusto, ya que el dolo no requiere los presupuestos objetivos de la antijuridicidad para poder llevar a cabo la función indiciaria de la antijuridicidad, pues la conducta típica es aquella conducta anti-normativa, la cual es una conducta que contraviene el orden social, pero no por eso es necesariamente antijurídica. Debido a esto es que los presupuestos objetivos o materiales de la antijuridicidad pertenecen al ámbito de la antijuridicidad y, por lo tanto, no son abarcados por el dolo por lo que son tratados como un error de prohibición y no de tipo.

El problema de esta teoría, según ROXIN, es que no es *justa*, debido a que se le da un tratamiento igualitario, tanto al autor que conscientemente contraviene el mandato del legislador como a aquel que no ha querido algo distinto de lo mandado por el legislador, sino que producto de su desatención ha provocado un resultado desaprobado.

Además, esta teoría choca con el valor de la *seguridad jurídica*, pues las distintas teorías de la culpabilidad, exigen una clara distinción entre el error de tipo y el de prohibición, por lo que se debería establecer un criterio que haga posible determinar qué elementos corresponden al tipo y cuales a la antijuridicidad. Sin embargo el criterio propuesto por autores como WELZEL (que sigue esta corriente teórica del tratamiento del error penal)²¹¹, es el incluir en el tipo todos aquellos elementos que posibiliten clasificar una conducta como aquella que cae fuera del orden social, pero dicho criterio no es claro.

Una última objeción que se le puede efectuar a esta teoría, consiste en que ella no otorga una solución satisfactoria a la teoría de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico. Pues el principio esencial sobre la cual se funda esta teoría estricta de la culpabilidad, es que el conocimiento del tipo debería brindarle al autor la

²¹¹ Sobre los autores que siguen la teoría estricta de la culpabilidad, véase la nota de pie de página n°62 de esta memoria.

anormalidad de su hecho, pues contraviene el orden social, motivo por el cual debería verificar cuidadosamente si su proceder estaría permitido por el ordenamiento jurídico. ROXIN cree que esta función indiciaria del tipo ya es dudosa en los tipos cerrados, con mayor razón es, prácticamente, inaplicable a los tipos abiertos.

- Teoría limitada de la culpabilidad:

Esta teoría, a la cual adhiere ROXIN, concluye que los presupuestos objetivos o materiales de las causales de justificación son abarcados por el dolo, pues el dolo debe conocer todas aquellas circunstancias decisivas para la fundamentación de lo injusto.

Cabe agregar, que esta teoría considera pertenecientes a los dos primeros grados de culpabilidad dentro del ámbito del dolo, en cambio el tercer grado de culpabilidad pertenece al ámbito de la culpa o negligencia.

Esta teoría, según el autor alemán, se aviene perfectamente con el valor de la **justicia**, pues realiza un análisis valórico correcto de las diversas clases de culpabilidad establecidas en los tres grupos antes mencionados y, concuerda con el valor de la **seguridad jurídica**, pues permite una separación sencilla y clara entre el error de prohibición y el de tipo.

b.2) El tratamiento de los elementos del deber jurídico o especiales de la antijuridicidad bajo la perspectiva del tipo del error.²¹²

En la praxis alemana, los elementos del deber o especiales de la antijuridicidad, han sido tratado de diversas maneras, ROXIN analiza las diversas soluciones otorgadas por la jurisprudencia y la doctrina alemana²¹³, para así poder esbozar su propia solución sobre el tratamiento correcto del error sobre los elementos antes enunciado.

Estas soluciones son:

1) Elementos del tipo:

En el caso que los elementos del deber fueran tratados como elementos pertenecientes al tipo, ROXIN objeta dicha propuesta, pues el tipo abarcaría todos los

²¹² Cfr. ROXIN, Claus. "Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico". Op. Cit., pp. 209-236.

²¹³ Vid. Ibíd. ROXIN, Claus., pp. 29-56.

elementos determinantes de lo injusto, con esto el autor al conocer el tipo necesariamente tendría conciencia de la antijuridicidad, lo cual según ROXIN no es posible, pues no se podría distinguir entre el error de tipo y el de prohibición, cuya distinción es clave para cualquier teoría de la culpabilidad (a la cual ROXIN adhiere)²¹⁴.

2) Elementos de la antijuridicidad:

Esta propuesta también es insatisfactoria, pues se extraen del tipo elementos determinantes y descriptivos de lo injusto, pues al extraer dichos elementos del tipo la materia de prohibición no está debidamente descrita.

3) Condiciones objetivas de la punibilidad:

Como se sabe el error sobre las mencionadas condiciones objetivas, según la opinión mayoritaria, no tiene ninguna trascendencia jurídico-penal²¹⁵, esta solución genera diversos problemas, pues considerar a los elementos del deber jurídico o especiales de la antijuridicidad como condiciones objetivas de punibilidad, conlleva sustraer dichos elementos que determinan lo injusto del tipo. Por otra parte, esta teoría lesiona el principio de culpabilidad porque conduce a la punibilidad de los errores no culpables sobre los elementos del deber jurídico.

4) Solución de ROXIN:

ROXIN considera que los elementos del deber jurídico o especiales de la antijuridicidad, cumplen una **dobles función**: estos describen y determinan el injusto y, además, son elementos que contienen la antijuridicidad formal del delito, por lo que dichos elementos al poseer esta doble función, pertenecen por una parte al tipo y, además, a la antijuridicidad.

Según el razonamiento expuesto por ROXIN, los problemas del error deben resolverse mediante la teoría limitada de la culpabilidad. Según el catedrático alemán, esto

²¹⁴ Vid. [Supra., p. 84.](#)

²¹⁵ Sobre este tema se puede ver: CISTERNA GONZÁLEZ, Ingrid. "Las condiciones objetivas de punibilidad en el derecho penal chileno". Memoria (para postular al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008., pp. 31-35.

significa que el autor podrá actuar dolosamente solo en los casos en que conozca todas las circunstancias que determinan lo injusto penal, o sea, las *circunstancias positivas*, que son aquellas que fundamentan el injusto; y *las negativas*, que son aquellas que excluyen lo injusto. Se puede concluir entonces, que todas las circunstancias determinantes para el injusto son necesarias, por lo que el **tipo del error es un tipo total**, o sea el dolo debe abarcar todas las circunstancias incluidas en este tipo total.

Entonces el error sobre un elemento del deber jurídico puede ser un *error de tipo*, en la medida que la falsa representación recaiga sobre la función descriptiva y determinante de lo injusto; o puede ser un *error de prohibición*, si es que el autor posee un completo conocimiento de las circunstancias descriptivas y determinantes del injusto, pero yerra sobre la prohibición de su acción.

C) El tipo sistemático:

En este apartado ROXIN cuestiona de diversas maneras la teoría de los tipos abiertos, para luego rechazarla y así pasa a exponer su concepción del tipo penal.

c.1) Tipos abiertos como fundamento de la estructura del delito.²¹⁶

1) ¿Se corresponden los tipos abiertos con las exigencias sistemáticas?

Según ROXIN para que un concepto se considere fundamental en la teoría sistemática del delito del derecho penal, este debe ser un **“elemento fundamental”**: esto significa que las acciones relevantes para el derecho penal deben poseer una base común; y, además, debe ser un **“elemento delimitador”**: lo cual hace referencia a que el concepto debe tener la posibilidad de captar las conductas esenciales para el derecho penal.

Los tipos abiertos no son un **“elemento fundamental”**, ya que no se puede explicar cuál es el denominador común de dichos tipos, esto se debe a que WELZEL considera que en el tipo se describen los comportamientos que caen gravemente fuera del orden social, pero en los tipos abiertos, al ser extraídos los elementos especiales de la

²¹⁶ Cfr. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., pp. 264-273.

antijuridicidad, los mencionados tipos describen comportamientos socialmente adecuados, por lo cual, además carecen del efecto indiciario de la antijuridicidad. Por lo tanto, los comportamientos descritos por los tipos abiertos y cerrados difieren de manera considerable, esto conlleva a que sea prácticamente imposible encontrar una base común en la concepción del tipo de WELZEL.

Tampoco son un “*elemento delimitador*”, porque los sucesos esenciales que abarca el concepto de tipo de WELZEL, se refiere a los sucesos jurídico-penalmente relevantes dejando fuera del tipo a los jurídicamente-irrelevantes, pero como ya se ha mencionado en diversas oportunidades, ROXIN cree que WELZEL no establece un criterio delimitador adecuado para ello (los comportamientos que caen gravemente fuera del orden social no es un criterio fiable para ROXIN²¹⁷), esto provoca que el objeto de prohibición en los tipos abiertos no se constituya de manera idónea, para poder ser objeto del juicio de desvalor que es la antijuridicidad, por lo que la concepción de tipo abierto no es adecuada para delimitar la tipicidad de la antijuridicidad.

Agrega el autor alemán, que esta concepción del tipo welzeliana carece de la “función de conocimiento” que posee un concepto sistemático, por la simple razón de que la línea divisora entre el error de tipo y el de prohibición que traza WELZEL gracias a su teoría de los tipos abiertos no es correcta.

2) ¿Se corresponden los tipos abiertos con la esencia del tipo?

Si se considera que los tipos abiertos son *valorativamente neutros* desde el punto de vista de lo injusto, ello chocaría con la esencia del tipo penal. Esto es así porque el tipo penal contiene una norma de conducta, la cual manda o prohíbe una determinada

²¹⁷ En realidad, ROXIN cuestiona la generalidad e inseguridad de esta fórmula (“un hecho que caiga fuera del orden social”), pero no la rechaza en sí misma, pues considera que no es una fórmula errónea, pero sí muy vaga, para ello se debe recurrir a un criterio que permita delimitarla, como él lo expresa: “¿Dónde se halla el límite que separa los hechos que se mueven dentro del orden social de los que caen fuera de éste de una manera “grave”, y que realizan, por tanto, un tipo penal? Ello no puede establecerse de manera general. Si no se quiere abandonar la solución de este problema a criterios totalmente inseguros habrá que recurrir a la determinación de la inseparabilidad social mediante las disposiciones legales que contienen los presupuestos más o menos completos de lo injusto.” En: ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., pp. 204-205.

conducta al ciudadano, por lo que el legislador, obviamente, considera que el quebrantamiento de estas normas de conducta es algo negativo.

Por lo que no sería adecuado que los tipos fueran *valorativamente neutros*, ya que, en principio, una conducta anti-normativa o típica posee en sí misma un juicio de desvalor legislativo, por lo que el tipo no puede ser considerado como *valorativamente neutro*.

c.2) El tipo total como fundamento de la estructura del delito.²¹⁸

ROXIN considera que los elementos del deber jurídico, también deben formar parte del tipo, pues estos elementos comprenden circunstancias positivas, o sea, aquellas que fundamentan el injusto y, además, comprende circunstancias negativas que son aquellas que excluyen el injusto. Producto de estas consideraciones el tipo debe estar conformado no solamente por los elementos descritos en disposiciones particulares de la parte especial, sino que debe abarcar, además, los presupuestos objetivos o materiales de las causas de justificación, ***por lo que el tipo sistemático de ROXIN es un tipo total.***

Las ventajas que posee un tipo sistemático, entendido como un tipo total, según ROXIN son las siguientes:

En primer lugar, el tipo total es esencialmente correcto debido a que el tipo es un desvalor legislativo, los presupuestos materiales de las causales de justificación deben estar comprendidas por el tipo, dado que dichos elementos poseen una función de determinación de lo injusto.

Se debe tener en cuenta que los tipos penales de la parte especial describen directamente el injusto, pero los presupuestos objetivos de las causales de justificación, también efectúan esa función descriptiva y delimitadora del injusto, aunque para ello describan precisamente el comportamiento que no es contrario a derecho.

Además, el tipo total no cae en el “absurdo” de considerar la conducta típica, pero justificada por una causal de justificación, de todas maneras, como una conducta típica

²¹⁸ Cfr. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., pp. 273-281.

o “en sí antijurídica”, esto se debe a que en el tipo total una conducta típica es antijurídica y una acción justificada es siempre atípica.

En segundo lugar, el tipo es “ratio essendi” de la antijuridicidad, con esto se resalta que los presupuestos objetivos de la misma deben conformar el tipo, para así poder coordinar de manera adecuada la tipicidad y la antijuridicidad, pues es difícil de comprender la afirmación de que una acción típica, pero justificada, no es antijurídica, pero sí típica.

En tercer lugar, el tipo total es un elemento fundamental y delimitador, esto quiere decir que el tipo sistemático entendido como un tipo total, cumple a cabalidad los requisitos propios de cualquier elemento esencial para un determinado sistema, ya que el tipo total es un “**elemento fundamental**”, porque todas las acciones que se subsumen al tipo total poseen un denominador común o base común, esto es, aquellas que merecen reprobación por parte del legislador, o sea que son socialmente dañosas y materialmente contrarias al derecho.

Además, también el tipo total es un “**elemento delimitador**”, pues es el único que hace posible establecer que comportamientos son relevantes o esenciales jurídico-penalmente, además de posibilitar una delimitación indudable.

En cuarto lugar, el tipo total posee una función cognitiva, o sea, dicha función hace referencia a que los tipos totales son adecuados para fundamentar tanto el tipo sistemático como, a su vez, el tipo del error, pues delimitan claramente todos los problemas relativos al error y construyen un tipo sistemático coherente y consistente.

En quinto lugar, el tipo total es una consecuencia coherente con el concepto personal de lo injusto, pues la teoría del tipo total se aviene de mejor manera con el concepto personal del injusto, ya que para configurar un “injusto personal” se debe tener en cuenta, principalmente, la finalidad que el autor le asignó al hecho descrito por el tipo objetivo

Entonces la concepción de tipo total es la única que puede verificar el concepto personal de lo injusto, dado que dicho concepto de tipo está configurado de tal manera que el conocimiento de las circunstancias de hecho que lo componen pone de

manifiesto la actividad finalmente orientada del autor, o sea, expresa la actitud del autor mediante la cual en el hecho queda estampado su sello.

En sexto lugar, el tipo total es una expresión del contenido de significación social del hecho, ya que el problema con los “tipos abiertos” es que se describen hechos totalmente neutros, con lo que WELZEL se acerca a la concepción “valorativamente neutra” del tipo, en la cual el objeto de prohibición solo está conformado por elementos descriptivos, lo cual quiere decir, perceptibles sensorialmente. Esto se debe a que el autor no podría captar la significación social de sus hechos en los “tipos abiertos”, pues la materia de prohibición no está conformada completamente, pues se extrajo de ella los “elementos del deber jurídico”.

Entonces con la construcción de un tipo total se alcanzan todas las circunstancias determinantes de lo injusto, por lo que este tipo total contiene toda la significación total del hecho.

IV. Conclusión.

ROXIN concluye que; tanto el tipo de error y el sistemático se superponen o coinciden, pues ambos deben ser contruidos como un **Tipo Total de lo Injusto**, o sea el tipo debe abarcar tanto las circunstancias que fundamentan como aquellas que excluyen lo injusto.

Además, realiza una **“teoría de la separación”**, para tratar de manera adecuada “los elementos normativos abarcadores de la antijuridicidad” o “valoradores totales”, ya que mediante esta separación logra adscribirles una **doble función** a dichos elementos, esto es, que describen y determinan el injusto y, además constituyen la antijuridicidad del injusto.

Por lo que se puede decir que, esta “teoría de la separación” es vital para poder aplicar la teoría de la culpabilidad (limitada, en el caso de ROXIN), para la cual es esencial distinguir entre el error de tipo y el de prohibición.

Por lo que en palabras de ROXIN: “El tipo total resulta desde puntos de vista sistemáticos, dogmáticos y prácticos, preferible a un tipo penal que solo contenga las prescripciones penales de la Parte Especial”.²¹⁹

a.2) Segunda Posición²²⁰:

Se debe advertir, que si bien la posición de ROXIN acerca de los elementos de valoración global del hecho y su tratamiento por la teoría del error, no cambia sustancialmente, se efectúa esta división (entre primera y segunda posición), por razones, más bien, didácticas que sistemáticas o dogmáticas, aunque si bien dicho autor realiza algunos cambios con respecto a su teoría anterior, que inclusive se pueden considerar importantes, no representan un cambio sustancial.

Primero, ROXIN sigue construyendo el tipo de tres maneras diferentes, las cuales no necesariamente se deben superponer o coincidir, y siguen manteniendo su misma función solo cambia su denominación²²¹: Tipo sistemático, Tipo dogmático (o tipo de Error) y Tipo político-criminal (o Tipo de garantía).

Empero, se debe hacer ciertas salvedades importantes. Con respecto al **tipo sistemático**; ROXIN abandona la construcción de dicho tipo entendida como un tipo total (o global) de injusto²²², por lo que adhiere a una estructura *tripartita* del delito, en la cual se distingue entre tipo y antijuridicidad²²³ entendiendo al tipo como un juicio provisional del injusto, o sea como una clase de injusto, por diversas razones de índole

²¹⁹ *Ibíd.* ROXIN, Claus., p. 294.

²²⁰ Esta posición es seguida por: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Op. Cit., p. 113; FRISTER Helmut. “Derecho Penal parte general (Traducción Marcelo A. Sancinetti)”. Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2011., pp. 237-238 (Se debe tener en cuenta que, este autor efectúa una distinción entre “elementos de valoración total del hecho” y “elementos que valoran aspectos parciales del hecho”. Sin embargo, en ambos elementos el autor considera que *el dolo sólo requiere el conocimiento de los hechos que fundamentan el juicio de valor*).

²²¹ Vid. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., pp. 169 y ss; y del mismo autor: “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)”. Madrid, Editorial Civitas, 1997., pp. 277-279.

²²² Vid. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., pp. 273 y ss.

²²³ Vid. ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)”. Madrid, Editorial Civitas, 1997., pp. 286-289 (aunque el mismo autor, expone en estas páginas, que cree que hay ciertos delitos en los cuales esta construcción tripartita del delito se ve relativizada, ya que “casi no se puede separar tipo e injusto”).

político-criminal y sistemáticas, por lo que abandona así la concepción *bipartita* del delito.

Si bien este cambio puede parecer irrelevante para el tipo de error, precisamente, porque el tipo sistemático y de error no deben coincidir necesariamente, si tiene cierta trascendencia para solucionar ciertos problemas que puede suscitar el tipo de error, lo cual se expondrá más adelante.

Luego, el tipo de error es concebido como aquel que abarca tanto las circunstancias de hecho como los presupuestos objetivos de las causas de justificación, por lo tanto, el dolo en el tipo de error alcanza una mayor extensión con respecto al dolo típico propio del tipo sistemático, además este último tipo está imbuido por una pluralidad de elementos subjetivos. Por lo tanto, se podría decir que el tipo de error de ROXIN sigue siendo un ***tipo total (o global) del injusto***.

De todo esto se deduce que el tipo de error no coincide o no se superpone como anteriormente lo hacía en la concepción roxiniana.²²⁴

Además, se debe tener en cuenta que ROXIN sigue adhiriendo a la ***teoría restringida o limitada de la culpabilidad***.²²⁵

En tercer lugar, para poder adentrarse en el tratamiento de los ***elementos de valoración global del hecho***, primero es necesario resaltar el criterio de delimitación entre el error de tipo y de prohibición, según ROXIN la diferencia en el tratamiento de estos errores radica en que, en el caso del error de tipo excluyente del dolo, el dolo solo debe abarcar las *circunstancias de hecho* propias de la conducta típica y, con ello, comprender la significación social de la conducta típica; en cambio, el error de prohibición, es aquel que abarca solo la conciencia de la antijuridicidad o de la prohibición jurídica.²²⁶

²²⁴ Para más detalles sobre las diferencias entre el tipo de error y el sistemático en ROXIN, ver: ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito." Op. Cit., pp. 278-279; 289 y 587.

²²⁵ Para ver, además, todos los problemas que surgen de esta vertiente de la teoría de la culpabilidad y las distintas soluciones esbozadas por ROXIN, véase: ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito." Op. Cit., pp. 583-584; 588-589 y 596.

²²⁶ Vid. *Ibíd.* ROXIN, Claus., pp.459 y ss.

Este criterio delimitador es de vital importancia para clasificar los elementos de valoración global del hecho, los cuales se clasifican de la siguiente manera.²²⁷

1.- *Elementos de valoración global del hecho divisibles*: son aquellos elementos en los cuales se puede distinguir entre la significación social del hecho y la conciencia de antijuridicidad del mismo.

Por lo tanto en estos casos se puede hacer la distinción, propia de la “**teoría de la separación**”, entre el error que recae sobre los presupuestos o base del elemento de valoración global del hecho, los cuales pertenecen al tipo, por lo que son abarcados por el dolo y deben ser tratados como un error de tipo (conforme al art. 16 del Código Penal Alemán²²⁸).

En cambio el error que recae sobre la valoración definitiva o global del hecho en sí misma, debe ser tratado como un error de prohibición (conforme al art. 17 del Código Penal Alemán²²⁹), pues pertenece al ámbito de la antijuridicidad.²³⁰

Un ejemplo, es el del art. 240 del Código Penal Alemán (Delito de coacciones):

§ 240. Constreñimiento (o delio de coacción):²³¹

(1) Quien constriña a una persona antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

²²⁷ Vid. Ibíd. ROXIN, Claus., pp.463-465.

²²⁸ “§ 16. Error sobre las circunstancias del hecho

(1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta.

(2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna.”

Traducción efectuada por: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Código penal alemán (traducido al español)”. Colombia, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1999., p. 9.

²²⁹ “§ 17. Error de prohibición

Sí le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1.”

Traducción efectuada por: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Código penal alemán (traducido al español)”. Colombia, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1999., p. 9.

²³⁰ Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., pp.300-301.

²³¹ Traducción efectuada por: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Código penal alemán (traducido al español)”. Colombia, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1999., p. 86.

(2) El hecho es antijurídico cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal para el fin perseguido se considere como reprochable.

“Si el sujeto que amenaza con una demanda cree (aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas) poseer un derecho o pretensión vencida o exigible, se trata de un error excluyente del dolo sobre la reprobabilidad; pues el mismo afecta a un presupuesto del juicio de reprobabilidad y con ello al significado social de su actuación,...”.²³²

En cambio, «Quien p.ej. “Amenaza a otro con denunciar un delito sexual” para “conseguir de este la devolución de un préstamo, cuya concesión ha tenido lugar con independencia de la conducta punible” (BGHSt, 254, 258) se convierte en culpable de coacciones (§ 240); la amenaza con el “mal considerable” de la denuncia penal es “reprobable” en el sentido del § 240 II, porque el fin perseguido no guarda relación interna alguna con el medio amenazador empleado (BGHSt 5, 258). Si en tal caso el sujeto no valora su conducta como “reprobable”, sino como adecuada, no se trata de un error excluyente del dolo sobre un elemento normativo (“reprobable”), sino de un error de prohibición. Pues el juicio sobre la reprobabilidad es idéntico al juicio legal sobre la antijuridicidad del hecho global.»²³³

*2.- Elementos de valoración global del hecho **no divisibles**:* en estos elementos no es posible distinguir de manera clara entre la significación social de la conducta y su antijuridicidad, puesto que, para que el sujeto pueda comprender la significación social de la conducta debe efectuar una valoración jurídica, por lo que dicha valoración jurídica pertenece al dolo aun cuando esto implique incluir en el dolo la conciencia de antijuridicidad o de la prohibición de la conducta típica.

Esto conlleva, a que el error que recae sobre estos elementos excluya el dolo, por lo tanto sea tratado como un error de tipo, esto conduce a que en los tipos donde existan

²³² ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., p. 464.

²³³ *Ibíd.* ROXIN, Claus., p. 463.

estos elementos de valoración global del hecho no divisibles, sea difícil la concurrencia de un error de prohibición.²³⁴

Un ejemplo de aquellos elementos no divisibles, lo constituye el art. 370 de la ordenanza tributaria alemana (delito de defraudación tributaria):

Delito de defraudación tributaria (Art. 370 del de la ordenanza tributaria alemana)²³⁵:

«Será castigado con pena de privación de libertad de hasta cinco años o pena pecuniaria:

1. ° Quien realice ante la autoridad financiera u otra autoridad declaraciones incorrectas o incompletas sobre hechos de relevancia tributaria.
2. ° Quien, infringiendo un deber, deje a las autoridades financieras en el desconocimiento de hechos de relevancia tributaria.
3. ° Quien, infringiendo un deber, omita la utilización de efectos timbrados o máquinas de timbrar, reduciendo con ello impuestos u obteniendo para sí o para otras ventajas tributarias ilegítimas».

En palabras de ROXIN: “El error sobre la existencia de una deuda tributaria excluye el dolo del delito fiscal. Pues el dolo de quien –aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas– cree no deber impuesto alguno no abarca siquiera al modo del profano aquel perjuicio al fisco que es propio del delito de fraude fiscal.”²³⁶. O sea “el conocimiento de la deuda tributaria...implica necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad en aquel que no cumple sus obligaciones.”²³⁷

²³⁴ Incluso ROXIN es aún más radical, con respecto a la concurrencia de un error de prohibición en los elementos de valoración global del hecho *no divisibles*, pues como él mismo lo expone: “Un error de prohibición es a lo sumo concebible en la forma de que alguien se imagine una causa de justificación inexistente; pero incluso entonces difícilmente se puede decir que el sujeto ha querido eludir un deber tributario o de alimentos.” Dejando entrever con esta aseveración, que el error de prohibición indirecto en esta clase de delitos tampoco es posible. Para ello véase: ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., nota al pie de página n°150, p. 465.

²³⁵ Traducción efectuada por: CORDERO GONZÁLEZ, Eva María. “El delito fiscal en el ordenamiento alemán”. En: Crónica tributaria, ISSN 0210-2919, N° 123, 2007., p. 72.

²³⁶ ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., p. 464.

²³⁷ *Ibíd.* ROXIN, Claus., p. 465.

Por último, se debe decir que ROXIN considera que “allí donde el legislador utiliza circunstancias de valoración global del hecho²³⁸ son inseparables los elementos del tipo y otros elementos del injusto.”²³⁹ Con respecto a estos últimos ROXIN hace referencia a las causas de justificación, ya que considera que cuando el legislador utiliza estos elementos de valoración global del hecho en el tipo, esto produce que la realización típica excluya la concurrencia de causas de justificación, o sea, estas últimas quedan incorporadas al tipo en los casos en que el legislador ocupe los elementos de valoración global del hecho.

El propio ROXIN pone como ejemplo el art. 240 del Código Penal Alemán, antes citado:

“Así pues, el que coacciona a otro de modo reprobable no solo actúa típicamente, sino *eo ipso* también antijurídicamente en el sentido del § 240; y ya no queda espacio para *causas de justificación*,²⁴⁰ pues si alguien coacciona a otro amparado por una autorización legal para la coacción, o por legítima defensa o por un estado de necesidad justificante, ya no obra de modo reprobable y por ello típicamente.”²⁴¹

B) Posición de HANS-HEINRICH JESCHECK.^{242 243}

²³⁸ Independiente si son elementos de valoración global del hecho divisibles o no divisibles, pues dicha distinción solo tiene como consecuencia la posibilidad de que concurra o no un error de prohibición.

²³⁹ ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., p. 300.

²⁴⁰ La cursiva es del autor de esta obra.

²⁴¹ ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., p. 299; en el mismo sentido, el mismo autor en: “Política Criminal y sistema del derecho penal (Traducción e introducción: Muñoz Conde, Francisco)”. 2ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002., nota de pie de página N° 56., p. 76.

²⁴² Aunque se dice que esta postura es originalmente postulada por HIRSCH, Hans. En: Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Citado por: ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., nota al pie de página n° 84, en la pág. 299.

²⁴³ Si bien muchos autores aquí mencionados dicen que adhieren a la postura de ROXIN, en realidad, para ser más precisos, adhieren a la postura aquí explicada de JESCHECK. Puesto que, si bien, la **“teoría de la separación”** y **“la doble funcionalidad”** de los elementos de valoración global del hecho es propuesta por ROXIN, originalmente; ningún autor aquí mencionado adopta con todas sus consecuencias la teoría de ROXIN (sobre todo con respecto a la inclusión de las causas de justificación al tipo), sino que más bien, adoptan la teoría aquí matizada, pero no menos importante de JESCHECK. Por ejemplo, véase: PUPPE, Ingeborg. “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp. 124-125 (aunque esta autora relativiza la postura de JESCHECK, pues si bien la acepta, es solo de manera general, pues considera que existen, excepcionalmente, delitos en los cuales las causas de justificación se incluyen en el tipo, como es el caso del delito de coacción del art. 240 del código penal alemán); OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los

Este autor, si bien acoge la teoría de los elementos de valoración global del hecho propugnada por ROXIN, por lo que considera correcta la “teoría de la separación”, o sea que los elementos antes mencionados se deben separar en las “las circunstancias fácticas” que pertenecen al tipo y en su “valoración” la cual corresponde a la antijuridicidad.²⁴⁴

Por lo que considera cierto que hay ciertos elementos de las disposiciones penales que hacen referencia a la antijuridicidad y, además describen el tipo de injusto. Sin embargo, la diferencia con la posición de ROXIN radica en el tratamiento que JESCHECK les da a las causales de justificación en los tipos con elementos de valoración global del hecho.

Puesto que este autor alemán considera que la referencia a la antijuridicidad propia de los elementos de valoración global del hecho, no puede abarcar la totalidad de la antijuridicidad. Por lo que concluye que las causas de justificación, en estos casos, no pueden ser incluidas en el tipo y, que lo correcto, sería hacer una distinción entre la investigación del elemento de valoración global de hecho de un modo general o abstracto, propia del tipo; en contraposición a la valoración del hecho de manera concreta (o sea la consideración de una eventual causa de justificación), la cual pertenece al ámbito de la antijuridicidad.^{245 246}

III.- Otras soluciones.

En este apartado se expondrá una serie de soluciones que la doctrina propone para el tratamiento de los *elementos del tipo que hacen especial referencia a la antijuridicidad*, las cuales no se ajustan totalmente con las posturas antes expuestas, es por lo mismo,

instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p. 159; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. “Derecho penal: parte general”. Op. Cit., pp. 313-314.

²⁴⁴ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. “Tratado de Derecho Penal: Parte General (Traducción: Olmedo Cardenete, Miguel)”. 5ª Edición, Granada, Editorial Comares, 2002., p. 265;

²⁴⁵ Vid. *Ibíd.* JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas., pp. 265-266.

²⁴⁶ ROXIN critica este punto de vista, originariamente expuesto por HIRSCH, pues dice (teniendo en cuenta que, pone como ejemplo el delito de coacciones, presente en el art. 240 del código penal alemán.): “el intento de Hirsch de que se acepte una “reprobabilidad” general (en contraposición a la reprobabilidad concreta, que habría que negar), y con ello la tipicidad, está condenado al fracaso, porque el doble concepto de reprobabilidad es lingüísticamente imposible y no tiene ningún apoyo en la ley.” En: ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., nota al pie de página n° 84, p. 299.

que al no poseer un núcleo en común es difícil exponerlas como parte de una teoría unitaria.

A) Posición de GÜNTHER JAKOBS²⁴⁷.

En primer lugar, este autor niega la existencia de la teoría de “*los tipos abiertos*” y “*elementos del deber jurídico*”, pues considera que esta teoría lleva a la errónea conclusión de que existen “*presupuestos del injusto positivos*” independientes del tipo, cuando en realidad “el único presupuesto del injusto de naturaleza positiva es la realización del tipo.”²⁴⁸

Continuando con su objeción a la teoría de los tipos abiertos, este autor cree que “la formulación legal incompleta de elementos típicos no representa nada singular”, puesto que la misma técnica legislativa se encuentra presente en otros tipos, como por ejemplo los delitos omisión impropia (con respecto al elemento de la *posición de garante*). Entonces, concluye este autor, que en realidad esta clase de tipos formulados legalmente de manera incompleta “solo están «abiertos» a la concreción intensiva por medio de interpretación, lo que no es distinto en los llamados tipos

²⁴⁷ Este autor cambia la posición aquí sostenida, ya que efectúa una interesante profundización y desarrollo del problema de la distinción dogmática-jurídica del dolo y la conciencia del injusto. Se puede sintetizar su desarrollo de la siguiente forma:

Primero, considera que el injusto es una unidad de sentido, por lo que “el tipo penal no viene dado por un cúmulo de elementos heterogéneos, sino que constituye *una* unidad de sentido”. En este contexto, el dolo y el conocimiento del injusto se identifican, pues “un conocimiento de los elementos de conducta típicos sin el conocimiento de que estos forman parte de la estructura normativa de la sociedad se encuentra per se “vacío de sentido”. Por lo que, “la determinación de la concurrencia del dolo que no se encuentra conectado con la conciencia de que se produce una perturbación social puede constituir un avance didáctico útil para la indagación de todos los elementos del delito, si bien no concepto de apoyo, como una parte de un todo que, por si misma, carece de sentido”:

Un ejemplo de estos delitos en los cuales existe identidad entre el dolo y el conocimiento del injusto, es precisamente, en los que hay elementos de valoración global del hecho o elementos normativos.

Por último, establece que sí puede existir delitos en los cuales es posible separar el conocimiento del tipo de la conciencia de injusto, este sería el caso de los delitos del derecho penal accesorio, que según JAKOBS son conductas que no se prohíben por sí mismas, sino por sus posibles consecuencias, como, por ejemplo, los delitos de peligro abstracto.

En conclusión, para estos casos se pueden dar diversas soluciones, pero de las cuales ninguna es prácticamente aplicable, debido a la regulación del error en el código penal alemán (por ejemplo: el reconocimiento de un *dolus indirectus*). Para el desarrollo completo de esta idea, véase: JAKOBS, Günther. “Dolus Malus (Traducción: de Yamila Fakhouri Gómez)”. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N.º. 4, 2009.

²⁴⁸ Vid. JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción: Cuello, Joaquín; Serrano González, José Luis)”. 2ª Edición, Madrid, Marcial Pons, 1997., pp. 196 y 199.

abiertos” y, prosiguiendo con su argumento, JAKOBS dice: “los elementos del contexto social complementan a los elementos mencionados legalmente para formar una totalidad que constituye un sustrato completo del injusto.”²⁴⁹

Con respecto a las causales de justificación, JAKOBS considera que estas no deben ser incorporadas al tipo en estos casos, pues en caso de justificación subsistiría la tipicidad de la conducta. Este autor expresa que: “El límite entre la atipicidad y la justificación se rige, también en los tipos abiertos, por el hecho de si un comportamiento es tolerable únicamente en un determinado contexto (justificación) o de si no supone una perturbación, aun sin tener en cuenta el contexto (atipicidad).”²⁵⁰

Por último, este autor alemán expresa que es erróneo establecer “elementos del deber jurídico” que sean tratados como requisitos *positivos* de la antijuridicidad y, por tanto, considera que dichos elementos resultan necesarios para constituir el injusto, por lo que deben conformar el tipo. En conclusión, JAKOBS **relativiza** la distinción entre “elementos del deber jurídico” o de “valoración global del hecho” pues considera que son simplemente elementos normativos del tipo²⁵¹, debido a que: “El hecho de que unos elementos del tipo formulados tan globalmente se refieran a su vez a una antijuridicidad que corresponde a la antijuridicidad que solo se fundamenta mediante el tipo (los llamados elementos de valoración global del hecho), no representa peculiaridad alguna de estos elementos, sino que se da en numerosos elementos normativos del tipo.”²⁵²

B) Posición de REINHART MAURACH²⁵³.

²⁴⁹ Vid. JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.” Op. Cit., pp. 196-197.

²⁵⁰ Ibíd. JAKOBS, Günther., p. 197.

²⁵¹ Acerca de cómo este autor trata el error sobre los elementos normativos, véase: Ibíd. JAKOBS, Günther., pp. 347 y ss.

²⁵² Ibíd. JAKOBS, Günther., p. 198.

²⁵³ Esta posición es seguida por RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “Derecho penal: parte general”. Madrid, Civitas, 1977., p. 287 (no obstante, este autor efectúa una distinción más simple, aunque influida por las distinciones hechas por MAURACH. La distinción antes mencionada es la siguiente, aquellos elementos que son **simples presupuestos del juicio de antijuridicidad**, como, por ejemplo, “ajenidad” de la cosa en el delito de hurto, pertenecen al tipo como elementos normativos del mismo, por lo tanto, un error sobre ellos será un error de tipo. En cambio, aquellos elementos que **se identifican con el juicio mismo de antijuridicidad**, como, por ejemplo, “sin estar legítimamente autorizado” del delito de

Para dar una correcta solución al error que versa sobre expresiones formuladas en el tipo, como por ejemplo “antijurídico”, “contrario a derecho”, “sin autorización”, este autor distingue tres grupos de casos:

1.- Primer grupo, **casos de error de prohibición**: “Si estas expresiones se relacionan con el *complejo de la acción* del autor (ingreso sin autorización, en el § 123; encierro ilícito, en el § 239; daño antijurídico, en el § 303; violación no autorizada de un secreto y lesión de la confiabilidad de la palabra, en los § 201 y ss.), no se trata de elementos del tipo sino del delito.”²⁵⁴ O sea, en palabras del propio autor, el error en este grupo de casos debe tratarse de la siguiente manera: “Si el juicio de antijuridicidad se refiere al íntegro acontecimiento de la acción (...), se trata entonces de un elemento de antijuridicidad (“elemento delictivo”), que se encuentra fuera del dolo, de tal modo que un error que se refiera a ello debe tratarse conforme a los principios del error de prohibición.”²⁵⁵

2.- Segundo grupo, **casos de error de tipo**: “En caso que la caracterización “antijurídica” o “ilícita” no se relacione con el complejo de la acción típica del autor, sino sólo con un elemento del tipo, se tratará de un *elemento de este tipo*; por ejemplo, la antijuridicidad de la apropiación indebida en el § 242... El error referido a estos elementos constituye un error de tipo de acuerdo al § 16²⁵⁶.”²⁵⁷

3.- Tercer grupo, **posición ecléctica o mixta**: este autor alemán, por último, considera que existen casos en los cuales los elementos formulados en el tipo que hacen especial referencia a la antijuridicidad, cumplen una **“doble función de la antijuridicidad”**, o sea son elementos que pertenecen tanto al primer grupo como al segundo grupo de casos aquí mencionado. En palabras de MAURACH: “De estos dos

coacción, es un elemento que pertenece a la antijuridicidad, por lo que un error sobre ellos será un error de prohibición).

²⁵⁴ MAURACH, Reinhart. “Derecho penal: parte general. Tomo I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible / Reinhart Maurach (actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf; traducción de la 7a. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch; supervisada por Edgardo A. Donna)”. Buenos Aires, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994-95., p. 418.

²⁵⁵ *Ibíd.* MAURACH, Reinhart., p. 401.

²⁵⁶ Se debe recordar que los artículos 16 y 17 del código penal alemán regulan el “error sobre las circunstancias de hecho” y “el error de prohibición”, respectivamente. Para ello véase: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Código penal alemán (traducido al español)”. Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999., p. 9.

²⁵⁷ MAURACH, Reinhart. *Op. Cit.*, p. 418.

grupos deben distinguirse aquellas amenazas penales en las cuales la expresión “antijurídico” es destacada expresamente tanto como elemento típico, cuanto como elemento general del delito. Es el caso del § 253:²⁵⁸ no es suficiente para la extorsión que el acto coactivo sea reprobable como tal y con ello antijurídico (§ 253, inc. 2°), es preciso además que la ventaja patrimonial pretendida por el autor no le corresponda y, por consiguiente, que esta sea antijurídica (§ 253, inc. 1°). La antijuridicidad del inc. 2° es un elemento del delito (y por ello sobre este punto hay un error de prohibición, BGH 2, 194); al contrario, la antijuridicidad del inc. 1° es un elemento del tipo (por tanto, el error es sobre el tipo, BGH 4, 107).”²⁵⁹

C) Posición de PERCY GARCÍA.

Según este autor²⁶⁰, la discusión doctrinal que versa sobre estos elementos se centra en la cuestión de si estos elementos deben ser abarcados por el dolo o por el conocimiento del injusto.

Teniendo en consideración, que este autor incluye en su configuración del dolo “el conocimiento del carácter prohibido del hecho”²⁶¹, el problema que suscitan los elementos de valoración global del hecho pierde gran parte de su sentido. Por lo tanto, en lo que respecta a la imputación del conocimiento de estos elementos del tipo al

²⁵⁸ El artículo 253 del código penal alemán expresa (Fuente: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Op. Cit., pp. 89-90):

§ 253. Extorsión

(1) Quien constriña a otro antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal sensible a hacer, tolerar u omitir, y con ello inflija desventajas al patrimonio del constreñido o de otra persona, para enriquecerse o enriquecer a otro antijurídicamente, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) El hecho es antijurídico cuando el empleo de violencia o la amenaza del mal para obtener el fin perseguido deba considerarse como reprochable.

(3) La tentativa es punible.

(4) En casos especialmente graves el castigo será pena privativa de la libertad no inferior a un año. Un caso especialmente grave se presenta por regla general cuando el autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de una extorsión.

²⁵⁹ MAURACH, Reinhart. Op. Cit., p. 418.

²⁶⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico: Parte General”. Op. Cit., p. 545.

²⁶¹ Acerca de la construcción del dolo de este autor peruano, véase: GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico: Parte General”. Op. Cit., pp. 514 y ss.

dolo, puede afirmarse que el conocimiento de los elementos de valoración global del hecho trae consigo el conocimiento de su carácter ilícito.

En consecuencia, se trata de elementos “que siempre deben ser abarcados por el dolo, de manera que el desconocimiento de estos elementos dará lugar siempre a un error de tipo”²⁶².

D) Posición de COUSIÑO MAC IVER.

Este autor, es el único autor chileno que se refiere a este problema, el autor nacional considera que elementos como: “ilegal y arbitrariamente”, “sin derecho”, o “indebida” son **elementos normativos de la antijuridicidad**.²⁶³

COUSIÑO sostiene que estos elementos son requisitos de la antijuridicidad material, por ende representan la “*ratio legis* del legislador al crear los tipos penales, o sea, de la real formulación de las normas de cultura que nos rigen”²⁶⁴. Por lo tanto el error sobre dichos elementos significa la desaparición del tipo, en conclusión esta es una hipótesis de **atipicidad** de la conducta.²⁶⁵

IV. Toma de postura.

Con respecto a *la existencia* de los “tipos abiertos” y “elementos especiales de la antijuridicidad”, considero acertadas las diferentes críticas que se le han hecho a esta teoría, principalmente por ROXIN²⁶⁶, las cuales han sido acogidas por gran parte de la doctrina²⁶⁷ y *rechazan rotundamente* esta teoría propugnada, principalmente, por WELZEL.

²⁶² Ibíd. GARCÍA CAVERO, Percy., p. 546.

²⁶³ Cfr. COUSIÑO MAC IVER, Luis. "Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo III". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992., p. 178 (teniendo en cuenta el año de publicación del libro, COUSIÑO cree que estos “elementos normativos de la antijuridicidad”, están presentes en las siguientes disposiciones de nuestro Código Penal: artículos 119, 141, 143, 147, 148, 150 n°1, 150 n°2, 153, 155, 193, 231, 236, 237, 244, 257, 272, 276, 309, 337, 345, 371, y 459).

²⁶⁴ Ibíd. COUSIÑO MAC IVER, Luis., p. 179.

²⁶⁵ Ibíd. COUSIÑO MAC IVER, Luis., p. 179 (se debe dejar en claro, que sobre esta materia el autor chileno tuvo muchas vacilaciones, pues transitó por diversas soluciones para tratar el error sobre estos “**elementos normativos de la antijuridicidad**”).

²⁶⁶ Vid. *Supra*, p. 62 y ss.

²⁶⁷ Los diferentes autores que rechazan “*la teoría de los tipos abiertos*” y “*los elementos del deber jurídico*”, son: ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit; el mismo autor en: “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría

Ahora bien, la posición que se toma aquí en relación a la existencia de los elementos de “*valoración global del hecho*” postulados por ROXIN es que efectivamente existen, pero considero correcta la posición de JAKOBS de *relativizar*²⁶⁸ la distinción entre elementos normativos del tipo y los de valoración global del hecho. Con esta *relativización* tomo postura a favor de un *criterio cuantitativo*²⁶⁹ con respecto a la delimitación entre los elementos normativos del tipo y los elementos de valoración global del hecho.

Debido a esta diferencia *cuantitativa* de los elementos aquí mencionados, creo que los elementos de valoración global del hecho delimitan el tipo de injusto y, además, hacen una referencia al juicio de valor radicado en el ámbito de la antijuridicidad, pero aquella referencia no abarca la totalidad de la antijuridicidad. Por lo que, en ningún caso los elementos de valoración global del hecho producen la integración de las causas de justificación en el tipo.²⁷⁰

del delito.” Op. Cit., pp. 298-299; MAURACH, Reinhart. “Derecho penal: parte general. Tomo I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible”. Op. cit., p. 417; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas., pp. 264-265; JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.” Op. Cit., pp. 196-197; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Op. Cit., pp. 111-112 (aunque este autor distingue según la perspectiva con la cual se mire el tema de los “tipo abiertos”. Sin embargo, en lo que aquí importa, este autor español rechaza la “teoría de los tipos abiertos” y sus consecuencias con respecto al error.); COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. “Derecho penal: parte general” Op. Cit., p. 313; CÓRDOBA RODA, Juan. “El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito”. Op. Cit., pp. 35 y ss. (Aunque este autor niega la existencia de los “elementos especiales de la antijuridicidad” en el derecho español, principalmente, por consideraciones de *política criminal*, ya que el antiguo código penal español contenía el art. 565, el cual establecía un sistema de *numerus apertus* sobre los delitos imprudentes; y porque *el legislador español utilizo un mejor criterio* al momento de elaborar las figuras legales del código penal español. Aun así, al parecer, este autor no considera la teoría de WELZEL como errónea dogmático-penalmente); GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. “Teoría jurídica del delito: derecho penal, parte general”. Madrid, Civitas, 1984., p. 194.

²⁶⁸ Aunque, siendo más preciso JAKOBS lo que en realidad hace es “*reducir*” los elementos de valoración global del hecho a elementos normativos del tipo. Vid. JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.” Op. Cit., pp. 196-197.

²⁶⁹ Vid. [Supra, pp. 53 y ss.](#)

²⁷⁰ Esta postura es seguida por: JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cit., pp. 265-266; JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Op. Cit., p. 197; KAUFMANN, Armin. “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. (Traducción Joaquín Cuello)”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, p. 11; TIEDEMANN, Klaus. “Derecho penal económico: Introducción y parte general” Coord: Abanto Vásquez, Manuel A. Lima, Perú, Grijley, 2009., p. 221 (quien al parecer rechaza los elementos de valoración global del hecho, pues considera que continúan “la antigua doctrina del llamado concepto complejo”); PUPPE, Ingeborg. “Error de hecho, error de derecho, error de subsumción”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp. 124-125 (aunque esta autora relativiza esta postura, pues si bien la acepta, es solo de manera general, pues

Por último, en relación con este punto, estimo necesario dejar en claro que los distintos elementos que conforman los tipos (descriptivos, normativos, de valoración global del hecho, etc.), son **relativizados**²⁷¹ en cuanto a su distinción, si bien estructuralmente pueden tener diferencias, son meramente cuantitativas (y no cualitativas). Con esto se quiere resaltar lo realmente importante en este trabajo: lo cual no son las diferentes estructuras que posean dichos elementos constitutivos del tipo, sino que, es la **solución** de qué y cómo ciertos elementos deben ser **abarcados por el dolo**, y cómo esto repercute en el **tratamiento del error sobre dichos elementos**.²⁷²

Se debe señalar que, para el correcto tratamiento del error sobre los elementos de valoración global del hecho, aquí se defenderá una **teoría de la culpabilidad**. Para ello, es necesario delimitar de manera clara entre la tipicidad y la antijuridicidad, con el propósito de distinguir claramente entre *error de tipo y de prohibición*.

En consideración a lo anteriormente expuesto, bajo un esquema normativo se puede definir el tipo como “la formulación contradictoria del contenido de la norma”²⁷³, con esto se quiere decir que el tipo contiene los *presupuestos de la prohibición o fundamentos de la prohibición* los cuales constituyen la norma imperativa o prohibitiva formulada de manera contradictoria en el tipo.

Si bien el hecho punible se concibe como una contradicción a la norma, obviamente no basta con que la persona realice los presupuestos de la prohibición contenidos en

considera que existen, excepcionalmente, delitos en los cuales las causas de justificación se incluyen en el tipo, como es el caso del delito de coacción del art. 240 del código penal alemán); OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., p. 159; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. “Derecho penal: parte general”. Op. Cit., pp. 313-314; En relación con el delito de defraudación fiscal: FÉLIX CÁRDENAS, Rodrigo. “CONSIDERACIONES SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL O FRAUDE TRIBUTARIO (estudio comparado del Derecho Penal español y el Derecho Penal federal mexicano)”. En: Revista de Derecho Penal Económico, Año 2009, Derecho Penal Tributario - III., pp. 580-581; MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Op. Cit., p. 106.

²⁷¹ Posición compartida por gran parte de la doctrina, ya sea implícita o explícitamente. Con respecto a este punto véase (con las correspondientes citas): [supra pp. 42 y ss.](#)

²⁷² A una conclusión similar llegan: OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., pp. 152 y ss.; KINDHÄUSER, Urs. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp. 143-144.

²⁷³ KINDHÄUSER, Urs. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”. Op. Cit., p. 150.

el tipo, sino que esta conducta antinormativa debe ser imputable. Para que se lleve a cabo la imputación correspondiente se debe tener en consideración, en palabras de KINDHÄUSER, que: “En un modelo de hecho punible que diferencia entre ilícito y culpabilidad se distingue dos niveles de imputación.”²⁷⁴, estos dos niveles de imputación son la imputación de primer nivel (*imputatio facti*) y la imputación de segundo nivel (*imputatio iuris*).²⁷⁵

Para determinar los elementos que deben ser abarcados por el dolo, es necesario hacer referencia a la *imputatio facti*, la cual “es la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la «lex»”²⁷⁶, continuando con las palabras de HRUSCHKA: “Por ello, la imputación de primer nivel quiere decir precisamente que, en opinión del juzgador imputante, el autor ha tenido una alternativa a su hecho comisivo o a su hecho omisivo; o expresado de otra forma, que ha estado en situación de omitir el hecho comisivo imputado o bien de ejecutar el hecho omitido.”²⁷⁷

Teniendo en consideración los distintos niveles de imputación del hecho punible, es necesario resaltar que una de las causas de exclusión del primer nivel de imputación (*imputatio facti*) se produce “Cuando -en nuestra opinión- el autor virtual no ha tenido conocimiento de la situación relevante o de la alternativa que le era dada al proceso o a la inactividad de la que respectivamente se trata”²⁷⁸, por lo tanto se puede decir que el *error de tipo* es precisamente una de las causas que excluye la imputación de primer nivel.

En conclusión, se puede decir que el **objeto abarcado por el dolo** en los tipos que contienen elementos de valoración global del hecho debería ser precisamente *los presupuestos o el fundamento de la prohibición* contenidos en el tipo. Sin embargo,

²⁷⁴ Ibid. KINDHÄUSER, Urs., p. 151.

²⁷⁵ Sobre las reglas de comportamiento e imputación, véase: HRUSCHKA, Joachim. “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”. En: Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación (Sánchez Ostiz Gutiérrez, Pablo ... [et al.]). Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2005., pp. 27-39.

²⁷⁶ Ibid. HRUSCHKA, Joachim., p. 30.

²⁷⁷ Ibid. HRUSCHKA, Joachim., p. 30.

²⁷⁸ Ibid. HRUSCHKA, Joachim., p. 33.

siguen subsistiendo problemas, principalmente, sobre *el cómo y cuáles* son los objetos abarcados por el dolo.

Para responder estas interrogantes se ocupara la investigación existente en materia del error sobre los elementos normativos del tipo²⁷⁹, si bien se podría decir que el objeto de esta investigación es diferente (ya que aquí se quiere tratar el error sobre los elementos de valoración global del hecho), considero que gracias a la **relativización** de los elementos que constituyen el tipo se hizo posible resaltar que lo importante no son las diferentes estructuras de dichos elementos que componen el tipo, sino más bien, la solución de qué y cómo ciertos **elementos deben ser abarcados por el dolo**, y cómo esto repercute en el tratamiento del error sobre dichos elementos.

Entonces, con el propósito de responder el *cómo y cuáles* son los objetos abarcados por el dolo, se ocupará en este lugar la idea del jurista argentino Gabriel PÉREZ BARBERÁ.

²⁷⁹ Debido a la enorme extensión de esta materia, no se puede ahondar sobre ella en este lugar, por lo que sobre el error sobre los elementos normativos del tipo véase: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel "El error sobre elementos normativos del tipo penal". Madrid, España, La ley, 2008: del mismo autor. "Los Elementos Normativos Del Tipo Penal Y La Teoría Del Error". En: Cuestiones actuales de la teoría del delito / Directores Diego-Manuel Luzón Peña ... [et al.]. Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, 1999, pp. 61-110; FRISCH, Wolfgang. "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad". En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, Argentina, AD-HOC, 1999; KINDHÄUSER, Urs. "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho". En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999; MUÑOZ CONDE, Francisco. "El error en derecho penal". Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003; PUPPE, Ingeborg. "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción". En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp. 87-138; SUAY HERNÁNDEZ, Blanca Celia. "Los elementos normativos y el error". En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 44, Fasc/Mes 1, 1991, págs. 97-142; JAKOBS, Günther. "Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación." Op. Cit., pp. 347 y ss; Esta construcción dogmática es seguida por: BACIGALUPO, Enrique. "Tipo y error". Op. Cit., pp. 160-161; GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal Económico: Parte General". Lima, Perú, ARA Editores, 2003., pp. 522 y ss.

Este autor configura el tipo subjetivo²⁸⁰ de **manera normativa**²⁸¹, esto quiere decir que el dolo y la imprudencia (los únicos títulos posibles para efectuar una imputación subjetiva en el injusto, propia de la imputación de primer nivel o “*imputatio facti*”) son propiedades que se pueden predicar de los supuestos de hecho establecidos por la ley en los tipos penales, mediante un juicio de valor utilizando criterios objetivo-normativos, o sea, “desde un punto de vista de un observador objetivo no se describe sino que se valora una acción-previamente imputada al autor como suya- como contraria a una regla jurídico-penal”²⁸².

Ahora bien, si es que se considera que el dolo o la imprudencia son propiedades normativas no constatables empíricamente, entonces ¿cómo se puede afirmar que una determinada propiedad normativa es subsumible en un determinado supuesto de hecho? Para esto se requiere que las propiedades normativas sean *traducibles* a propiedades empíricas, lo cual se logra gracias a las “*reglas de correspondencia*”.²⁸³

Las mencionadas reglas de correspondencia son las que permiten relacionar los términos inobservables (entre los que figuran los términos valorativos, más específicamente las propiedades normativas como, por ejemplo, el dolo), con términos observables (como las propiedades empíricas). En palabra de PÉREZ BARBERÁ:

²⁸⁰ Se debe aclarar que, en realidad, la distinción tradicional entre tipo objetivo y subjetivo, este autor la sustituye por la distinción entre tipo de explicación y tipo de imputación. Para esto véase: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. En: *Pensar en derecho*, 2012, 1., p. 169. Para una crítica a esta normativización particular del dolo, véase: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “*De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico*”. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N.º. 3, 2012., pp. 1-11.

²⁸¹ Esta normativización del tipo subjetivo efectuada por PÉREZ BARBERÁ es distinta a la realizada por la mayoría de la doctrina que dice normativizar el dolo, pues como el mismo autor argentino expresa: “el camino no puede consistir tampoco en “normativizar” conceptos empíricos (como voluntad y conocimiento), dado que ello importaría incurrir en una falacia *normativista*, esto es, pretender derivar el ser a partir del deber ser. Uno de los programas dogmáticos más importantes en los últimos tiempos, el de Jakobs, parte de una clara falacia *normativista*”.

Por lo que, se podría considerar a esta normativización del elemento subjetivo, efectuada por este autor argentino como: un normativismo completo o absoluto, ya que, como el mencionado autor dice, esta es la primera tesis que: “realmente independiza por completo al concepto de dolo de un punto de partida psíquico”: Sobre el desarrollo más completo de este punto, véase: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., pp. 175-177.

²⁸² Vid. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., p. 173.

²⁸³ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., p. 182.

“Para lo que aquí interesa, puede decirse que si en un caso se constatan una serie de hechos a partir de los cuales puede decirse que existe una posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo, entonces ese caso podrá ser interpretado como doloso”.²⁸⁴

Como se puede ver, y enfatizando en que el dolo bajo esta concepción *no es un estado mental*, el jurista argentino expresa: “Tales hechos serán los que permitan determinar una determinada valoración acerca del caso en el que aparecen como relevantes, y esa valoración es precisamente aquello en lo que el dolo consiste. Son esos hechos (psíquicos, físicos e institucionales) los que deben ser probados para que pueda decirse que el caso es doloso. Pero *el dolo no es ninguno de esos hechos* y él, por tanto, no es lo que debe ser probado en el proceso”.²⁸⁵

Los axiomas²⁸⁶ de los que parte esta teoría del citado doctor argentino son:

En primer lugar, que el fin del derecho es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de las reglas comunicadas en los tipos penales.^{287 288}

En segundo lugar, la *ratio legis* del mayor castigo de cierta clase de hechos en relación con otro. Esta mayor gravedad que se puede predicar de ciertos hechos se fundamenta en las diversas orientaciones que el ser humano puede tener en el mundo, las cuales pueden ser:

- La orientación óptima: es aquella que está fundada en representaciones epistémicas racionales y ontológicamente acertadas (coincide con el dolo directo y eventual).
- Orientaciones defectuosas: aquellas que se basan en representaciones epistémicamente irracionales, aun cuando sean ontológicamente acertadas desde una

²⁸⁴ Ibíd. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel., p. 183.

²⁸⁵ Ibíd. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel., pp. 183-184. (Las cursivas son mías).

²⁸⁶ Para una exposición más completa de estos axiomas, véase: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., pp. 185 y ss.

²⁸⁷ Ibíd. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel., pp. 186.

²⁸⁸ Con respecto a este punto se debe resaltar la consideración, acertada por lo demás, de KINDHÄUSER: “esta interpretación del hecho punible es puramente teórico normativa y deja abierta en particular la cuestión de cuál es el fin que se persigue con la pena como reacción frente a la contradicción a una norma”. Véase: KINDHÄUSER, Urs. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”. Op. Cit., p. 150.

perspectiva *ex post*; y las que se basan en representaciones epistémicas racionales, pero ontológicamente defectuosas (coincide con los casos de consumación objetivamente inesperada y tentativas irreales o supersticiosas).

- Orientaciones arbitrarias: aquellas que se basan en faltas de representación epistémicas irracionales (coincide con ciertos casos que corresponden a la ceguera ante los hechos).

Estas distintas orientaciones sirven para determinar el apartamiento de una regla, pues “Cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma”.²⁸⁹ Por lo tanto, el apartamiento de una regla jurídico-penal que se funda en una orientación optima o arbitraria será valorada y sancionada bajo el título de imputación doloso, en cambio si dicho apartamiento se funda en una orientación defectuosa, solo se podrá sancionar, a lo más, mediante el título de imputación imprudente.²⁹⁰

En conclusión, el *cómo* se abarcan los objetos del dolo se puede resolver **mediante la normativización del dolo** (bajo la teoría que aquí se adopta), y con respecto a *cuáles* deben ser estos objetos, se puede responder que son los **presupuestos o el fundamento de la prohibición del tipo concreto** los cuales constituyen la norma imperativa o prohibitiva formulada de manera contradictoria en el tipo específico.

Se debe agregar, un aspecto de suma importancia, el cual versa sobre las reglas para la aplicación práctica²⁹¹ de esta concepción normativa del dolo, la cual constituye una teoría de la probabilidad, por lo tanto es necesario construir criterios que hagan

²⁸⁹ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., p. 187.

²⁹⁰ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., pp. 188-193.

²⁹¹ Cabe recalcar, que las reglas practicas aquí enunciadas, por muy importantes que sean, son muy vagas e incompletas, pero no menos necesarias e importantes, puesto que, si bien es una materia importante, no se puede desarrollar este tema en este trabajo, ya que desbordaría con creces su extensión.

controlable el enunciado probabilístico en el que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente.²⁹²

Estas reglas prácticas²⁹³ nos deben permitir crear un criterio de relevancia para seleccionar los datos empíricos que serán traducibles para constituir los predicados normativos correspondientes (dolo e imprudencia).

Por lo que en primer lugar, se requiere una regla que *filtre* los datos empíricos que en nada contribuyen a la decisión de si un caso puede ser imputado como doloso o imprudente.²⁹⁴

Además, como segunda regla de relevancia se requiere una que determine la *importancia de los estados mentales*, el contenido de esta regla es señalado por PÉREZ BARBERÁ como aquella que sirve “para que un estado mental pueda ser considerado relevante es necesario que sea epistémicamente racional, o-lo cual es lo mismo- que el estado mental en cuestión tenga un origen o génesis objetivamente racional”.²⁹⁵

Con respecto a la imputación de segundo nivel (*imputatio iuris*), la cual “es el juicio sobre el merecimiento del hecho- en el más amplio sentido de la palabra «merecimiento», esto es, como igualmente comprensiva de méritos y deméritos. Si se emite este juicio, ello significa que ya ha tenido lugar la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho. Existe por ello igualmente aquí una relación de

²⁹² De hecho los títulos de imputación aquí mencionados, son definidos por PÉREZ BARBERÁ como: “dolo es la especial clase de reproche que se efectúa al hecho que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea su apartamiento; por su parte, imprudencia es la especial clase de reproche que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que se prevea ese apartamiento”. Vid, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., p. 200.

²⁹³ Como se dijo anteriormente este tema no es tratado en profundidad en este trabajo, por lo que, para una construcción de dichas reglas prácticas, se puede utilizar los criterios o “reglas de imputación del conocimiento” del notable trabajo de: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Bogotá, Universidad externado de Colombia 2002., pp. 379 y ss. (siempre teniendo en cuenta que, aquí no se trata de adscribir conocimientos, sino de hacer posible imputar dolo, aun cuando haya un déficit cognoscitivo, pues este se considera como irracional).

²⁹⁴ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., pp. 206-208.

²⁹⁵ Vid. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., p. 208.

implicación: la imputación de segundo nivel implica la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho. En el bien entendido que, en Derecho penal, el juicio de imputación de segundo nivel es más exactamente un juicio de demerito. Lo denominamos también «juicio sobre la culpabilidad del autor». La imputación de la culpabilidad implica, por lo tanto, la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho, con la consecuencia específica de que el hecho sea antijurídico.”²⁹⁶

Una de las causas de exculpación o que excluye la imputación de segundo nivel (*imputatio iuris*) es la inimputabilidad de la conciencia de antijuridicidad o del injusto, más conocida como el error de prohibición o mandato, la cual posee, también, una fundamentación normativa²⁹⁷, por lo tanto se debe estructurar como tal, por lo que es posible imputar conciencia del injusto, sin que efectivamente exista un estado psicólogo como el del binomio conocimiento/desconocimiento de la prohibición.

²⁹⁶ Vid. HRUSCHKA, Joachim. “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”. Op. Cit., p. 34.

²⁹⁷ Sobre la normativización de la culpabilidad como elemento del delito, puede verse dicho desarrollo desde: WELZEL, Hans. “Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)”. Op. Cit., pp. 167 y ss.; fenómeno de la normativización de la culpa, que se ha estructurado de diversas maneras, por los más variados autores, pasando por: ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)”. Op. Cit., pp. 797 y ss.; JAKOBS, Günther. “Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción: Cuello, Joaquín; Serrano González, José Luis)”. Op. Cit., pp. 575 y ss. (El problema del concepto normativo, es en realidad, la determinación del concepto material de la misma; una interesante propuesta con respecto a este problema se puede encontrar en: COUSO, Jaime. (2009). “Culpabilidad y sujeto en la obra de Juan Bustos Ramírez”. En: Revista de Estudios de la Justicia, N°11, 2009., pp. 153-179).

Capítulo 4.- Tratamiento del error sobre los elementos de valoración global del hecho, en el delito de defraudación tributaria.

I.- Tipo objetivo.

El objeto de este trabajo, será específicamente el análisis de los elementos de valoración global del hecho presentes en el delito de defraudación tributaria de la legislación española, por lo tanto, es necesario incluir el artículo donde se encuentra dicho delito, para proceder al análisis.

Artículo 305. (Defraudación tributaria)

“1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los

beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.”

Elementos del tipo objetivo²⁹⁸:

A) Sujeto activo:

Con respecto a este punto se suscita la controversia²⁹⁹ de determinar si el referido delito es un delito especial o común.

Considero que el delito de defraudación tributaria en su *modalidad comisiva* es un **delito común³⁰⁰**, pues el art. 305 del código penal español no hace referencias

²⁹⁸ En este apartado no se efectuará un análisis pormenorizado de cada elemento que compone el tipo objetivo, puesto que excedería el objeto de este trabajo. Por lo demás, se configurará el tipo objetivo según mi visión personal, no fundamentando esta decisión de una manera muy completa, pues es básicamente una enunciación de los elementos, que según mi punto de vista configuran el tipo. En cualquier caso, para mayor abundamiento se harán las citas respectivas cuando corresponda.

²⁹⁹ Para mayor abundamiento véase: PÉREZ ROYO, Fernando. “Los delitos y las infracciones en materia tributaria”. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986., pp. 79-82; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. “Delitos tributarios y previsionales: régimen penal tributario, garantías procesales, evasión del pago de tributos simple y agravada, apropiación indebida de tributos, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, insolvencia fiscal fraudulenta, aprovechamiento indebido de subsidios, simulación dolosa de pagos, alteración dolosa de registros, incumplimiento absoluto de la obligación de llevar registros contables, omisiones y falsedades”. Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2001., pp. 85 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro. “Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social”. En: Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, Nº. 14, 2000., pp. 9 y ss.

³⁰⁰ A favor de la tesis que aquí se desarrollara: PÉREZ ROYO, Fernando. “Los delitos y las infracciones en materia tributaria”. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986., pp. 81-82; GARCÍA NOVOA, César. “El delito fiscal. Aspectos jurídico-tributarios”. Derecho: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, ISSN 1132-9947, Vol. 12, Nº 2, 2003., pp. 46-47. En contra, adoptando la tesis del delito especial propio: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. “Delitos tributarios y previsionales: régimen penal tributario, garantías procesales, evasión del pago de tributos simple y agravada, apropiación indebida de tributos, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, insolvencia fiscal fraudulenta, aprovechamiento indebido de subsidios, simulación dolosa de pagos, alteración dolosa de registros, incumplimiento absoluto de la obligación de llevar registros contables, omisiones y falsedades”. Op. Cit., p. 85; BLANCO CORDERO, Isidoro. “Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social”. En: Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, Nº. 14, 2000., p. 11; QUERALT I JIMÉNEZ, Joan Josep. “Derecho penal español, parte especial”. 4ª edición, Barcelona, Atelier, 2002., p. 523; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. “De los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social”. En: Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia/ Director y autores: C. Conde-Pumpido Ferreiro, autores; L. Benytez Merino... [et.al.] 2ª. Ed., Barcelona: Bosch, 2004., pp. 919-920; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; MENDOZA BUERGO, Blanca. “Código Penal”. Thomson/Civitas, Madrid, c[2004]., p. 1660 (quienes citan exclusivamente jurisprudencia); MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho penal: parte especial”. Edición: 18ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010., p. 1056; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Lección XXXI: Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”.

explicitas ni implícitas³⁰¹ a las condiciones personales del sujeto de la acción, como si sucede en otros delitos especiales propios (como, por ejemplo, en los delitos de malversación de fondos del art. 432 del Código penal español o el art. 446 del mismo código que establece la prevaricación).

También, se puede esgrimir como un argumento de más peso, que del bien jurídico protegido por este delito se puede deducir que es un delito común, puesto que *el bien jurídico protegido es el patrimonio público, pero no solamente entendido en su dimensión económica, sino, además considerando su dimensión política*³⁰². De lo cual se puede decir, que los delitos tributarios son delitos comunes, ya que la expresión “contribuyente” no establece un estatus especial distinto de la condición de ciudadano, a quien se le ha impuesto la obligación tributaria, pues la institución de los impuestos se considera valiosa por ser condición de posibilidad de decisión sobre el gasto público en la formación del patrimonio público, a través de la representación del parlamento en la definición del gasto público en la ley de presupuesto³⁰³.

En: Derecho penal: parte especial / Autores: Tomás Vives Antón, Enrique Orts Berenguer, Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac y Carlos Martínez-Buján Pérez. Edición 3ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010., p. 531; MORALES PRATS, Fermín. “Título XIV: De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”: En: Comentarios al nuevo código penal / Gonzalo Quintero Olivares (Director). 9ª edición, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011., p. 1045; BACIGALUPO, Enrique. “Curso de derecho penal económico”. 2ª Edición, Madrid; Barcelona, Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, 2005., p. 491.

³⁰¹ Argumento esgrimido por: PÉREZ ROYO, Fernando. “Los delitos y las infracciones en materia tributaria”. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986., p. 81 (si bien el argumento lo efectúa con relación al delito de defraudación tributaria, que al momento de la publicación de dicha obra estaba ubicado en el art 349 del código penal español, el argumento se puede entender vigente, pues no ha habido un cambio en la redacción del mismo artículo con relación a este punto).

³⁰² Para mayor abundamiento sobre la tesis seguida en este trabajo, mediante la cual se reconstruye particularmente el bien jurídico en los delitos tributarios (incluyendo una serie de citas y referencias con respecto al tema), véase: GAMBARDELLA D'ETIGNY, Maite. “Una reconstrucción del bien jurídico patrimonio público en los delitos tributarios. El caso del art 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y la Nueva Clausula General de Antielusión.”. Memoria (para postular al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016., pp. 20 y ss., si bien la autora aquí mencionada, reconstruye el bien jurídico de los delitos tributarios presentes en el ordenamiento jurídico chileno, no se ve obstáculo para que dicha reconstrucción sea aplicable al ámbito jurídico-penal español. Puesto que las razones de justificación política del cual se desprende este bien jurídico, son plenamente aplicables al ordenamiento jurídico español.

³⁰³ Cfr. GAMBARDELLA D'ETIGNY, Maite. “Una reconstrucción del bien jurídico patrimonio público en los delitos tributarios. El caso del art 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y la Nueva Clausula General de Antielusión.”. Op. Cit., p. 35; VAN WEEZEL, Alex. “Delitos Tributarios”. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, reimpresión 2009., pp. 117-121.

Por tanto, el sujeto activo del delito en estos casos será quien o quienes realicen efectivamente las acciones que integran el tipo de defraudación tributaria (aunque en la mayoría de los casos, será el sujeto activo del delito coincidirá con el sujeto pasivo del tributo).

Con respecto al delito aquí mencionado en su *modalidad omisiva*, debe ser considerado un delito especial, puesto que se requiere que la persona que es el sujeto activo del delito sea, a su vez, el sujeto pasivo del tributo.

B) Sujeto pasivo:

Lo dice textualmente el art. 305 inc. 1º del Código penal español: “a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local”.

C) La acción típica:

El correspondiente artículo menciona expresamente que el núcleo del delito consiste en “**defraudar**” a la hacienda pública, ya sea mediante acción u omisión³⁰⁴.

Es, sin lugar a dudas, el contenido del verbo rector “**defraudar**”, el que ha provocado una de las mayores controversias en este ámbito, aquí se interpreta dicho concepto como una **infracción de deberes**³⁰⁵ que surgen de la obligación tributaria, mediante

³⁰⁴ Acerca de la serie de inconvenientes que ha provocado en la doctrina española el comportamiento omisivo, véase: BLANCO CORDERO, Isidoro. “Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social”. Op. Cit., pp. 15-16; MORALES PRATS, Fermín. “Título XIV: De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”: En: Comentarios al nuevo código penal / Gonzalo Quintero Olivares (Director). 9ª edición, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011., pp. 1047 y ss.

³⁰⁵ A favor de esta tesis: BACIGALUPO, Enrique. “Curso de derecho penal económico”. 2ª Edición, Madrid; Barcelona, Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, 2005., p. 476; BLANCO CORDERO, Isidoro. “Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social”. Op. Cit., p. 14; PÉREZ ROYO, Fernando. “Los delitos y las infracciones en materia tributaria”. Op. Cit., pp. 113 y ss. En contra, quienes configuran el concepto defrauda como una forma de engaño similar al exigido en la estafa (lo cual implicaría que la conducta engañosa se efectúa mediante una puesta en escena o *mise en scène*), véase: GARCÍA NOVOA, César. “El delito fiscal. Aspectos jurídico-tributarios”. Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, ISSN 1132-9947, Vol. 12, Nº 2, 2003., pp. 50-51; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. “Delitos tributarios y previsionales: régimen penal tributario, garantías procesales, evasión del pago de tributos simple y agravada, apropiación indebida de tributos, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, insolvencia fiscal fraudulenta, aprovechamiento indebido de subsidios, simulación dolosa de pagos, alteración dolosa de registros, incumplimiento absoluto de la obligación de llevar registros contables, omisiones y falsedades”. Op. Cit., pp. 58-59. En Chile: VAN WEEZEL, Alex. “Delitos Tributarios”. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, reimpresión 2009., p. 73 (aunque él mismo autor expresa que en el delito de defraudación tributaria “anticipa la punibilidad al momento en que se manifiesta completamente el desvalor de la acción, es decir, que no espera la producción de un error en la víctima ni a la causación de un perjuicio como consecuencia de ese error.”); En contra,

las modalidades de acción u omisión previstas en el código penal español (“eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma”³⁰⁶)

Las distintas modalidades de acción u omisión son³⁰⁷:

- la elusión del pago del tributo
- No ingresar cantidades retenidas o las que se hubieran debido retener.
- No efectuar los ingresos a cuenta de las retribuciones en especie.
- obteniendo indebidamente devoluciones.
- disfrutando beneficios fiscales de manera indebida. recalca

D) Resultado:

Aquí se considera que el resultado o perjuicio es un elemento del tipo del delito de defraudación fiscal o tributaria, ***el perjuicio se debe entender como frustración de***

ciertos autores que, si bien consideran que el concepto de defraudación tributaria es constitutivo de engaño, pero que no es asimilable al engaño exigido en la estafa: QUERALT I JIMÉNEZ, Joan Josep. “Derecho penal español, parte especial”. Op. Cit., p. 525 (aunque este autor no asimila el engaño que requiere la defraudación tributaria al de la estafa); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Lección XXXI: Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”. En: Derecho penal: parte especial / Autores: Tomás Vives Antón, Enrique Orts Berenguer, Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac y Carlos Martínez-Buján Pérez. Edición 3ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010., pp. 527-528. Cabe tener en cuenta que, este último autor considera, en una aseveración acertada, que “se puede compartir la premisa básica de la llamada teoría del engaño y llegar a proponer soluciones prácticas más próximas a las que postulan los defensores de la teoría de la infracción del deber en cuestiones tan importantes como la admisión de la defraudación mediante la **omisión**”. Una posición particular es la que sostiene MORALES PRATS, pues distingue entre el delito de defraudación tributaria en su modalidad omisiva (omisión impropia, más precisamente) y en su modalidad comisiva. En la modalidad omisiva el delito de defraudación tributaria es un delito de **“infracción del deber específico extrapenal”**; en cambio, en su modalidad comisiva la defraudación debe comportar la **“verificación de un engaño”**. Vid: MORALES PRATS, Fermín. “Título XIV: De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”: En: Comentarios al nuevo código penal / Gonzalo Quintero Olivares (Director). 9ª edición, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011., pp. 1047-1051.

³⁰⁶ Si bien, es cierto que en la redacción del artículo 305 del Código Penal español se expresa que la conducta se puede realizar tanto por acción como por omisión, sin embargo, para que se efectúe la modalidad omisiva, tal como lo expresa MUÑOZ CONDE, “debe existir previamente el deber de declarar o pagar legalmente el impuesto y darse algún acto concluyente que pueda calificarse de «fraude», como, por ejemplo, no presentar la declaración u omitir en la misma datos tributariamente relevantes.....y que del contexto se pueda deducir la actitud defraudatoria que constituye la esencia de este delito”.

³⁰⁷ Las cuales expresamente contempla el artículo 305 del Código Penal español.

un fin³⁰⁸, o sea “un perjuicio patrimonial se produce allí donde el fin asociado a la disposición patrimonial no es alcanzado”³⁰⁹. En el caso particular de este delito el perjuicio se entiende como la frustración de ingresos en el patrimonio público (mediante la evasión o reducción del pago de la obligación tributaria) o una disminución del mismo (mediante devoluciones indebidas).

Este concepto de perjuicio, entendido como la frustración del fin o expectativas, “se diferencia de la noción de perjuicio patrimonial característico de los delitos contra el patrimonio individual, y es necesario constituirlo de manera que se haga cargo de la dimensión política y no solo económica del mismo, cuestión coincidente con la identificación de lo protegido como el patrimonio público”³¹⁰.

Otro problema que surge del precepto normativo aquí analizado, es la naturaleza jurídica de la exigencia del artículo 305 del código penal español, de que se debe defraudar al patrimonio público en una cifra que exceda los ciento veinte mil euros.

En este lugar, se considera que la naturaleza jurídica de esta exigencia es una **condición objetiva de punibilidad**³¹¹. Principalmente porque el bien jurídico

³⁰⁸ Para mayor abundamiento acerca de la doctrina que concibe el perjuicio patrimonial como la frustración del fin, véase: KINDHÄUSER, Urs. “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Acerca de los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal”. En: Anuario de Derecho Penal Económico 1, 2011., pp. 57-59.

³⁰⁹ *Ibíd.*, KINDHÄUSER, Urs., p. 58.

³¹⁰ Vid. GAMBARDILLA D'ETIGNY, Maite. “Una reconstrucción del bien jurídico patrimonio público en los delitos tributarios. El caso del art 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y la Nueva Clausula General de Antielusión.”. Op. Cit., p. 67.

³¹¹ A favor de la posición aquí esgrimida: MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho penal: parte especial”. Op. Cit., p. 1058; BACIGALUPO, Enrique. “Curso de derecho penal económico”. Op. Cit., p. 482 En contra, quienes consideran que es un elemento del tipo, que sirve para diferenciar de manera objetiva los delitos de las infracciones administrativas en materia tributaria.: GARCÍA NOVOA, César. “El delito fiscal. Aspectos jurídico-tributarios”. Op. Cit., p. 55; QUERALT I JIMÉNEZ, Joan Josep. “Derecho penal español, parte especial”. Op. Cit., pp. 529-532. MORALES PRATS, Fermín. “Título XIV: De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”: Op. Cit., pp. 1054-1055; 1058; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. “Delitos tributarios y previsionales: régimen penal tributario, garantías procesales, evasión del pago de tributos simple y agravada, apropiación indebida de tributos, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, insolvencia fiscal fraudulenta, aprovechamiento indebido de subsidios, simulación dolosa de pagos, alteración dolosa de registros, incumplimiento absoluto de la obligación de llevar registros contables, omisiones y falsedades”. Op. Cit., pp. 67-68; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho penal económico: parte general.”. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1998., pp. 141 y ss. Cabe resaltar, que BACIGALUPO considera que «la relevancia practica de esta cuestión queda prácticamente anulada cuando se propone que el “dolo eventual” (en realidad la duda) sea suficiente respecto de la cuantía». Además, este autor prosigue con su razonamiento de la siguiente manera: “El problema practico, de todos modos, se reduce a las consecuencias en materia de error. Si se sostiene que la cuantía mínima es un elemento del tipo, el

patrimonio público (comprendiendo su dimensión pública y económica), siempre, al ser defraudado, le es provocado un menoscabo o perjuicio, el cual se entiende como la frustración de ingresos en el patrimonio público (mediante la evasión o reducción del pago de la obligación tributaria) o una disminución del mismo (mediante devoluciones indebidas). Por lo tanto, dicha exigencia de que lo defraudado debe exceder los ciento veinte mil euros, es un baremo o estándar instaurado por legislador, producto de razones político-criminales, mediante el cual ha pretendido restringir la pena a supuestos de cierta gravedad.

II.- Tratamiento del error.

En este apartado se tratará, específicamente, el problema que suscita el error que recae sobre elementos que pueden ser considerados como elementos de valoración global del hecho, presentes en el delito de defraudación tributaria del art. 305 del Código penal español, como, por ejemplo: **“indebidamente”**, o el elemento **“pretensión tributaria”**.

Por lo que se expondrá las diferentes posturas que han surgido en esta materia, las cuales pueden ser que el error sobre dichos elementos debe ser tratados como: a) un error de tipo; b) un error de prohibición.

A) Error de tipo³¹²:

error sobre ella excluirá el dolo (art. 14, primer párrafo, CP). Sin embargo, si se le considera como una condición “objetiva” de punibilidad, es decir, como una condición de punibilidad independiente del dolo, la relevancia del error no se debe excluir automáticamente –como lo propone la teoría dominante-. También el error (inevitable) sobre la desaprobación jurídico penal debe ser relevante para la exclusión de la punibilidad. En tales casos, cabe la aplicación analógica *in bonam partem* el art. 14, tercer párrafo, CP”. Véase: BACIGALUPO, Enrique. “Curso de derecho penal económico”. Op. Cit., pp. 482-483.

³¹² Entre los autores que consideran que en el delito de defraudación tributaria no hay espacio para el error de prohibición, pero no fundamentan dicha decisión, son: QUERALT I JIMÉNEZ, Joan Josep. “Derecho penal español, parte especial”. Op. Cit., p. 539; PÉREZ ROYO, Fernando. “Los delitos y las infracciones en materia tributaria”. Op. Cit., pp. 151-152; 156 (hay que destacar que este autor, además de considerar que no hay espacio para el error de prohibición en el ámbito del delito de defraudación tributaria, también analiza el concepto **“ilícito”**, ya que en ese tiempo era el término utilizado por la legislación española, la cual modificó por **“indebidamente”**. PEREZ considera que el concepto **“ilícito”** es un elemento normativo del tipo, por lo que debe ser abarcado por el dolo, y, consecuentemente, un error que recaiga sobre dicho elemento es un error de tipo).

Aquí se analizará y expondrá las fundamentaciones de los distintos autores que llegan a la conclusión de que el tratamiento del error sobre alguno de los mencionados elementos de valoración global del hecho, debe ser tratado como un error de tipo.

1) *Posición de WELZEL*³¹³:

Este autor concibe al delito de defraudación tributaria como un delito de resultado, en el cual el resultado es el menoscabo de la “**pretensión tributaria**”. Por lo tanto, debido a que el resultado es un elemento del tipo y que la pretensión tributaria, además, es un elemento normativo del tipo, WELZEL considera que este elemento debe ser abarcado por el dolo, por lo que su desconocimiento provoca un error que excluye el dolo (pues se halla en desconocimiento del deber tributario), por tanto, debe ser tratado como un error de tipo.

Esta solución del mencionado autor al tratamiento del error sobre el elemento normativo de la pretensión tributaria puede ser considerada sumamente extraña, ya que él mismo fue el que creó la teoría de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico³¹⁴, según la cual los elementos del deber jurídico deben ser considerados elementos propios de la antijuridicidad y no del tipo, por lo que el desconocimiento del deber jurídico tributario (por tanto, de la pretensión tributaria concreta), debería ser tratado como un error de prohibición, si es que el autor alemán hubiera sido más coherente con su propia construcción dogmática.

Quizá por razones de política-criminal³¹⁵, WELZEL, llega a la conclusión de que el elemento normativo de *pretensión tributaria* debe ser abarcado por el dolo, pues en el delito de defraudación tributaria, según éste autor; quien se halla en desconocimiento del deber tributario no actúa dolosamente, y al no existir el delito de defraudación

³¹³ Cfr., Irrtumsfragen im Steuersstrafrecht I, NJW, 1953, pp. 486 y ss. Citado y sintetizado por: MAIWALD, Manfred. “Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario (traducción de Marcelo A. Sancinetti)”. Buenos Aires, Argentina, AD-HOC., 1997., pp. 33-35.

³¹⁴ Para ver una exposición resumida de esta teoría, véase, *Supra*, pp. 55 y ss.

³¹⁵ De hecho, MAIWALD expresamente considera: “Desde el punto de vista material, detrás del principio de que el dolo de la defraudación tributaria tiene que abarcar el deber tributario se oculta, ciertamente, un problema difícil que tiene importancia para gran parte del llamado derecho penal colateral: el problema de la indiferencia ética de las normas penales”. Véase: MAIWALD, Manfred. “Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario (traducción de Marcelo A. Sancinetti). Op. Cit., pp. 74-75.

tributaria a título de imprudencia, entonces el autor que incurre en un error de tipo queda impune de responsabilidad penal.

2) *Segunda posición de ROXIN*³¹⁶:

ROXIN analiza el concepto de “pretensión tributaria” presente en el delito de defraudación tributaria alemana (art. 370 de la ordenanza tributaria alemana), el cual considera que es un **“elemento de valoración global del hecho indivisible”**.³¹⁷

Para exponer el análisis de este connotado autor alemán sobre el elemento “pretensión tributaria”, se debe recordar que el criterio de delimitación entre el error de tipo y de prohibición, según ROXIN, radica en que en el error de tipo el dolo solo debe abarcar las circunstancias de hecho propias de la conducta típica y, con ello, comprender la *significación social* de la conducta típica; en cambio, el error de prohibición, es aquel que abarca solo la *conciencia de la antijuridicidad o de la prohibición jurídica*.³¹⁸

Este criterio delimitador es de vital importancia para clasificar los elementos de valoración global del hecho, los cuales se clasifican de la siguiente manera.³¹⁹

1.- Elementos de valoración global del hecho divisibles: son aquellos elementos en los cuales se puede distinguir entre la significación social del hecho y la conciencia de antijuridicidad del mismo.

Por lo tanto, en estos casos se puede hacer la distinción, propia de la “teoría de la separación”, entre el error que recae sobre los presupuestos o base del elemento de valoración global del hecho, los cuales pertenecen al tipo, por lo que son abarcados por el dolo y deben ser tratados como un error de tipo (conforme al art. 16 del Código Penal Alemán).

³¹⁶ Se denomina segunda posición, porque por un criterio cronológico la primera posición de ROXIN, fue elaborada con anterioridad a esta posición, pero por razones del orden propio seguido por este trabajo, se expone en primer lugar esta segunda posición.

³¹⁷ ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., p. 464.

³¹⁸ Vid. Ibíd. ROXIN, Claus., pp.459 y ss.

³¹⁹ Vid. Ibíd. ROXIN, Claus., pp.463-465.

En cambio el error que recae sobre la valoración definitiva o global del hecho en sí misma, debe ser tratado como un error de prohibición (conforme al art. 17 del Código Penal Alemán), pues pertenece al ámbito de la antijuridicidad.³²⁰

2.- Elementos de valoración global del hecho no divisibles: en estos elementos no es posible distinguir de manera clara entre la significación social de la conducta y su antijuridicidad, puesto que para que el sujeto pueda comprender la significación social de la conducta, debe efectuar una valoración jurídica de la misma, ya que pertenece al dolo aun cuando esto implique incluir en el dolo la conciencia de antijuridicidad o de la prohibición de la conducta típica.³²¹

Esto conlleva a que el error que recae sobre estos elementos excluya el dolo, por lo tanto sea tratado como un error de tipo, esto conduce a que en los tipos en donde existan estos elementos de valoración global del hecho no divisibles, no sea posible la concurrencia de un error de prohibición³²², pues como el propio autor alemán expresa: “Un error de prohibición es a lo sumo concebible en la forma de que alguien se imagine una causa de justificación inexistente; pero incluso entonces difícilmente se puede decir que el sujeto ha querido eludir un deber tributario o de alimentos.”³²³. Dejando entrever con esta aseveración que el error de prohibición indirecto en esta clase de delitos tampoco es posible.

Como se dijo en un principio, un ejemplo de aquellos elementos de valoración global no divisibles, lo constituye el elemento “*pretensión tributaria*” del art. 370 de la ordenanza tributaria alemana (delito de defraudación tributaria).

En palabras de ROXIN: “El error sobre la existencia de una deuda tributaria excluye el dolo del delito fiscal. Pues el dolo de quien –aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas– cree no deber impuesto alguno no abarca siquiera al modo del profano aquel perjuicio al fisco que es propio del delito de fraude fiscal.”³²⁴. O sea “el

³²⁰ Cfr. Ibíd. ROXIN, Claus., pp.300-301.

³²¹ Vid. Ibíd. ROXIN, Claus., p. 464.

³²² Vid. Ibíd. ROXIN, Claus., pp. 464-465.

³²³ Vid. Ibíd. ROXIN, Claus., nota al pie de página n°150, p. 465.

³²⁴ Vid. Ibíd. ROXIN, Claus., p. 464.

conocimiento de la deuda tributaria...implica necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad en aquel que no cumple sus obligaciones.”³²⁵

Por último, se debe decir que ROXIN considera que “allí donde el legislador utiliza circunstancias de valoración global del hecho³²⁶ son inseparables los elementos del tipo y otros elementos del injusto.”³²⁷ Con respecto a los “otros elementos del injusto”, ROXIN hace referencia a las causas de justificación, pues considera que cuando el legislador utiliza estos elementos de valoración global hecho en el tipo, esto produce que la realización típica excluya la concurrencia de causas de justificación, o sea, estas últimas quedan incorporadas al tipo en los casos en que el legislador ocupe los elementos de valoración global del hecho.

3) Posición de MUÑOZ CONDE³²⁸.

Este autor cree que el elemento “**indebidamente**”³²⁹ es el elemento esencial del delito de defraudación tributaria, concepto que se refiere más específicamente a la contravención de una deuda o deber tributario, los cuales constituyen el presupuesto básico y elemental de este delito.³³⁰

El problema de este delito es similar a todos los delitos que presentan elementos normativos del tipo, ya que estos elementos configuran tanto el tipo como la

³²⁵ Ibíd. ROXIN, Claus., p. 465.

³²⁶ Independiente si son elementos de valoración global del hecho divisibles o no divisibles, pues dicha distinción solo tiene como consecuencia la posibilidad de que concurra o no un error de prohibición.

³²⁷ Vid. ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., p. 300.

³²⁸ A favor de esta postura, véase: MORALES PRATS, Fermín. “Título XIV: De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”: Op. Cit., p. 1052. (Aunque este autor adhiere de una manera, en cierta medida, titubeante, puesto que expresa: “probablemente se podría encontrar argumentos para sustentar aquí la tesis del error de tipo”); en un sentido similar: FÉLIX CÁRDENAS, Rodrigo. “CONSIDERACIONES SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL O FRAUDE TRIBUTARIO (estudio comparado del Derecho Penal español y el Derecho Penal federal mexicano)”. En: Revista de Derecho Penal Económico, Año 2009, Derecho Penal Tributario - III., pp. 580-581.

³²⁹ Este autor analiza el delito de defraudación tributaria que se encontraba presente en el art. 349 del Código Penal Español antiguo, posterior a la reforma de 1995 este delito quedo establecido en el art. 305. Aunque el análisis que efectúa para dicho artículo es perfectamente aplicable a la disposición actual del delito de defraudación tributaria español. De hecho, sigue sostenido la posición que aquí se expondrá en: Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho penal: parte general”. 8ª Edición, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2010., p. 384; El mismo autor en: “Derecho penal: parte especial”. Op. Cit., p. 1060.

³³⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003., p. 93.

antijuridicidad, por lo cual un error sobre ellos (en el caso de la defraudación tributaria, este error recae más específicamente sobre la existencia de la deuda o deber tributario correspondiente), puede ser plausiblemente tratado tanto como un error de tipo o como un error de prohibición. MUÑOZ CONDE concluye que en estos casos se debe tratar este error como un error de tipo.³³¹

Esta solución se encuentra enmarcada dentro de *“la teoría del error orientada a las consecuencias”* propia de este autor³³², esta solución en particular sobre el error que recae en los elementos normativos de la defraudación tributaria, se funda en argumentos tanto político-criminales como dogmáticos. Los cuales son los siguientes:

- Dogmáticos: Si bien se dijo que el error en estos presupuestos puede ser tratado plausiblemente como un error de tipo y como un error de prohibición, se considera dogmáticamente más propicio solucionar este error en el ámbito de la tipicidad que en el de la culpabilidad, ya que así se soluciona este problema del error sobre los elementos normativos de tipo sin tener que esperar a tratarlos en la sede de la culpabilidad, sino que es mejor tratarlos, previamente, en el ámbito de la tipicidad.³³³

- Político-Criminales: Este autor considera que es preferible, desde el punto de vista político-criminal, tratar estos errores como un error de tipo (siéndole, por tanto, aplicables el art. 6 bis letra a), párrafos 1º y 2º³³⁴), pues conllevaría a la impunidad penal de los sujetos que recaigan en dichos errores y, por lo tanto, tienen un tratamiento penal más benigno que en el caso de que sean tratados como un error de prohibición. Esto se debe a que, según MUÑOZ CONDE, estos delitos son artificiales, por lo que la intervención del Derecho Penal en estas materias, debe reservarse para aquellos casos de abierta discrepancia, o sea, de casos que sean producto de un

³³¹ Ibid., MUÑOZ CONDE, Francisco., pp. 98-100.

³³² Una exposición resumida de esta particular teoría del error, puede verse en: MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Op. Cit., pp. 111 y ss.

³³³ Ibid., MUÑOZ CONDE, Francisco., pp. 104-105.

³³⁴ Se debe recordar que al momento de analizar el error penal en el ámbito del derecho tributario y esbozar su teoría *“orientada a las consecuencias”*, el artículo que trataba el error en el ordenamiento jurídico español era el art. 6 del Código Penal español. En la actualidad, el error en materia penal está regulado en el art. 14 del Código Penal español.

incumplimiento intencional, dejando los otros casos de incumplimiento más o menos negligente para el ámbito del derecho administrativo sancionatorio.³³⁵

Sin embargo, se debe señalar que el autor español considera que es aplicable el art. 6 bis letra a), párrafo 3º del Código Penal Español (que trataba³³⁶ el error de prohibición), en ciertos casos extremos, como aquellos en los que se está en presencia de un estado de necesidad justificante, o en la creencia errónea de la existencia de una norma permisiva la cual exonere del pago de impuestos³³⁷, o aquellos en los cuales exista un “delincuente por convicción”, o sea, estemos ante un caso de “desobediencia civil”^{338, 339}.

4) Posición de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ:

Este autor cree que es correcto tratar el error que recaiga sobre la “pretensión tributaria” o deber u obligación tributaria, como un error de tipo. Básicamente, por las siguientes razones:

- Dogmáticas: cree que el deber tributario u obligación tributaria es un presupuesto de la valoración global del hecho³⁴⁰, por lo que es un elemento del tipo.
- Político-criminales: aquí simplemente sigue las razones esgrimidas por MUÑOZ CONDE³⁴¹ sobre este punto, por lo tanto, expresa: “por muy urgente que se considere la necesidad de identificar a los ciudadanos con la política fiscal del Estado, la intervención del Derecho penal en esta materia debe reservarse para aquellos casos de abierta discrepancia y, por lo tanto, de incumplimiento intencional de los deberes

³³⁵ Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Op. Cit., p. 105.

³³⁶ Pue ahora esta tratado en el art. 14.3 del Código Penal Español.

³³⁷ *Ibíd.*, MUÑOZ CONDE, Francisco., pp. 106.

³³⁸ *Vid.*, MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Op. Cit., p. 100.

³³⁹ Para mayor abundamiento, acerca de cómo MUÑOZ CONDE trata el error en casos de “delincuencia por convicción” o “desobediencia civil”, véase: MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Op. Cit., pp. 80 y ss.

³⁴⁰ De hecho, considera que en esto se equivoca MAIWALD (véase la teoría de MAIWALD, [infra.](#), pp. 127 y ss.), pues el deber tributario no se identifica con la valoración global del hecho, sino que es el presupuesto de dicha valoración. Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho penal económico: parte general.”. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1998., p. 187.

³⁴¹ Véase, [Supra.](#), p. 123.

tributarios, dejando de lado los restantes casos más o menos negligentes de incumplimiento para el ámbito de las sanciones administrativas”.^{342 343}

Por último, se debe destacar que este autor español considera que, en los delitos tributarios omisivos, el dolo se debe limitar a comprender el conocimiento de las circunstancias fácticas que fundamentan el deber jurídico-tributario, propios de esta clase de delitos omisivos (por ejemplo, el deber de informar a la administración tributaria). Por tanto, el error sobre el conocimiento propio del deber en sí mismo considerado, debe ser tratado como un error de prohibición.³⁴⁴

5) Posición de BAJO FERNANDEZ y SILVINA BACIGALUPO:

Estos autores consideran que el término “indebidamente” referido a la obtención de devoluciones y los beneficios fiscales, es un elemento normativo del tipo, por lo tanto debe ser abarcado por el dolo, y un error que recaiga sobre dicho elemento es un error de tipo.³⁴⁵

Aunque esta situación no elimina la aplicación del error de prohibición en materia de la defraudación tributaria, porque estos se producen cuando la persona conoce el deber jurídico-tributario, pero desconoce que el incumplimiento de la misma está sancionado penalmente.³⁴⁶

³⁴² Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho penal económico: parte general.”. Op. Cit., pp. 187.

³⁴³ Esta razón político-criminal trazada por este autor es sumamente coherente con su postura. Pues se debe considerar que uno de los problemas, según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que ha tenido la doctrina penal en materia penal económica, es que en la parte general el Código Penal español (como también del alemán), posee una regulación general del error que se coincide con la teoría de la culpabilidad (artículo 14 del Código penal español). Por esta razón es que en materia de derecho penal económico se busca, de *lege lata*, “reducir la órbita de aplicación del error de prohibición”. Véase, Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho penal económico: parte general.”. Op. Cit., pp. 180 y ss.

³⁴⁴ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho penal económico: parte general.”. Op. Cit., pp. 187.

³⁴⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. “Delitos tributarios y previsionales: régimen penal tributario, garantías procesales, evasión del pago de tributos simple y agravada, apropiación indebida de tributos, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, insolvencia fiscal fraudulenta, aprovechamiento indebido de subsidios, simulación dolosa de pagos, alteración dolosa de registros, incumplimiento absoluto de la obligación de llevar registros contables, omisiones y falsedades”. Op. Cit., p. 89.

³⁴⁶ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. “Delitos tributarios y previsionales: régimen penal tributario, garantías procesales, evasión del pago de tributos simple y agravada, apropiación indebida de tributos, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, insolvencia fiscal fraudulenta, aprovechamiento indebido de subsidios, simulación dolosa de pagos, alteración dolosa de

6) Posición de GARCÍA CAVERO:

Teniendo en consideración, que este autor incluye en su configuración del dolo “el conocimiento del carácter prohibido del hecho”³⁴⁷, el problema que suscitan los elementos de valoración global del hecho³⁴⁸ pierde gran parte de su sentido. Por lo tanto, estos siempre deben ser imputados a la conducta dolosa del autor.

En consecuencia, se trata de elementos “que siempre deben ser abarcados por el dolo, de manera que el desconocimiento de estos elementos dará lugar siempre a un error de tipo”³⁴⁹.

En lo que respecta a la *pretensión tributaria*, debido a la construcción particular del dolo de este autor, es que la pretensión o el deber jurídico-tributario siempre debe ser abarcado por el dolo. Por tanto, un error que recaiga sobre dicho elemento es, siempre, un error de tipo.³⁵⁰

B) Error de prohibición³⁵¹:

1) Primera posición de ROXIN:

Considera al elemento “*pretensión tributaria*”, del art. 396 de la RAbgo³⁵², como un elemento abarcador de la antijuridicidad, pues aquella persona que conoce la concreta pretensión impositiva del Estado, no puede creer que no tiene que cumplir con su obligación de pago.³⁵³

registros, incumplimiento absoluto de la obligación de llevar registros contables, omisiones y falsedades”. Op. Cit., pp. 89-90.

³⁴⁷ Acerca de la construcción del dolo de este autor peruano, véase: GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico: Parte General”. Op. Cit., pp. 514 y ss.

³⁴⁸ Aunque, cabe destacar, que este autor peruano resalta lo discutido que es si la defraudación tributaria es un delito penal en blanco o posee un elemento de valoración global del hecho. Véase, Ibíd. GARCÍA CAVERO, Percy., p. 546; 556-557.

³⁴⁹ Ibíd. GARCÍA CAVERO, Percy., p. 546.

³⁵⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy., p. 546.

³⁵¹ Autores que aceptan esta postura, pero que no la fundamenta mayormente, es: SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. “Derecho Penal: parte especial. 10ª. Ed.: Madrid: DYKINSON, c2005., p. 567 (de hecho, expresan que: “son perfectamente concebibles tanto el error de tipo como el de prohibición, vencible o invencible”).

³⁵² Anteriormente, el delito de defraudación tributaria se encontraba en este cuerpo normativo, pero en la actualidad se encuentra presente en el art. 370 de la ordenanza tributaria alemana.

³⁵³ Cfr. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., p. 137.

Teniendo en consideración la doctrina que ROXIN propone para solucionar el error sobre los “elementos abarcadores de la antijuridicidad”³⁵⁴ en materia tributaria, se debe hacer la siguiente distinción: si la falsa apreciación que recae sobre el elemento abarcador de la antijuridicidad cumple la función de describir y determinar el injusto, este error será un error de tipo; en cambio si el autor conoce todas las circunstancias fundamentadoras de su deber de pagar el impuesto, pero cree que no debe pagarlos o debe pagar menos, tal error debe tratarse como un error de prohibición.³⁵⁵

2) Posición de MAIWALD³⁵⁶:

Este autor analiza el tratamiento del error que recae sobre el elemento “pretensión tributaria” (que considera un elemento normativo del tipo), el cual está contenido en el delito de defraudación tributaria.

En primer lugar, analiza la teoría finalista, el cual se caracteriza por el **modelo de los dos niveles de consideración**, el de conocimiento de la faz objetiva del tipo que debe ser abarcado por el dolo, gracias al cual se tiene conocimiento de la significación social del actuar; y el conocimiento de la antijuridicidad o del ilícito, radicada en sede de la culpabilidad, que establece si el sujeto ha podido conocer o no la ilicitud de su conducta.³⁵⁷

Sin embargo, MAIWALD considera que en el conocimiento de los elementos normativos del tipo, como el de pretensión tributaria, difícilmente el autor se represente dichos elementos mediante una valoración paralela en la esfera del lego desligada del plano jurídico, pues si el lego conoce dichos elementos, conocerá a su vez, las relaciones esenciales de finalidad perseguida por la regulación jurídica respectiva, lo

³⁵⁴ Para ver una exposición resumida de esta teoría, véase, [Supra, pp. 62 y ss.](#)

³⁵⁵ Cfr. ROXIN, Claus. “Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Op. Cit., p. 232-233.

³⁵⁶ Este autor sigue, básicamente, la distinción efectuada por ROXIN en su primera posición referente a los elementos de valoración global del hecho (véase, [supra., pp. 62 y ss.](#)), pero debido a que analiza este problema con mayor acuciosidad, se decidió exponer su posición de manera resumida.

³⁵⁷ Cfr. MAIWALD, Manfred. “Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario (traducción de Marcelo A. Sancinetti)”. Buenos Aires, Argentina, AD-HOC., 1997., p. 43.

cual más bien constituiría un conocimiento al menos rudimentario de la situación jurídica.³⁵⁸

Debido a que el contenido de la conciencia en esta clase de delitos se ve cuestionada, esto posibilita que se disuelva el *modelo de los dos niveles*, en el cual se diferencia claramente la conciencia de ilicitud y el conocimiento de la faz objetiva del tipo. Esto se debe a que en el caso del delito de defraudación tributaria, el sujeto que conoce el *deber tributario*, sabe a su vez que está obligado al pago del tributo respectivo y produce su evasión, por lo tanto conoce también la ilicitud de su actuar, o sea de manera resumida, el conocimiento del deber tributario no se puede separar del conocimiento de la prohibición.³⁵⁹

Teniendo en consideración lo antes mencionado, este autor llega a la conclusión de que al no poderse separar el conocimiento del deber tributario (abarcado por el dolo) en los delitos de defraudación tributaria y el conocimiento de la prohibición. Esto conlleva, necesariamente, a que el desconocimiento del deber tributario incluya forzosamente la suposición de no cometer ningún ilícito, por lo que dicho error sobre el deber tributario debe ser tratado como un **error de prohibición**, pues el autor no sabe que su conducta considerada en su totalidad no contraviene el ordenamiento jurídico, por lo cual se aplica el art. 17 del Código Penal Alemán.³⁶⁰

Cabe agregar que MAIWALD se apoya en el tratamiento de ciertas materias del derecho penal, para confirmar su proposición de tratar el error sobre el deber tributario en los delitos de defraudación tributaria como un error de prohibición. Estas temáticas son las siguientes:

En primer lugar, trata el error de subsunción, donde se considera que en estos tipos de error el autor desconoce el deber tributario como consecuencia de una equivocada clasificación jurídica, por lo que dicho error deja intacto el dolo, pues es tratado como un error de prohibición. Esto deja ver, claramente, la incoherencia de la doctrina penal tributaria, pues trata de modo diverso el error de subsunción (como error de

³⁵⁸ *Ibíd.*, MAIWALD, Manfred., pp. 44-45.

³⁵⁹ *Ibíd.*, MAIWALD, Manfred., pp. 45-49.

³⁶⁰ *Ibíd.*, MAIWALD, Manfred., pp. 50-52.

prohibición) y el error sobre los elementos normativos del tipo (como error de tipo), siendo que en ambos supuestos se desconoce el deber tributario, como elemento configurador del tipo penal de defraudación tributaria.³⁶¹

En segundo lugar, analiza el error sobre la existencia y alcance de una causal de justificación, en donde considera que la generalidad de la doctrina trata estos errores sobre la existencia y el alcance de una norma permisiva como un error de prohibición, precisamente, porque aquí se desconoce un deber tributario, pues se cree que interviene una norma permisiva.

Por tanto, se demuestra la incoherencia de la doctrina tradicional, pues en ambos casos hay un desconocimiento del deber tributario. En el caso del error sobre la existencia y alcance de una causal de justificación, este desconocimiento del deber jurídico tributario no excluye el dolo y se trata como un error de prohibición, lo cual debería aplicarse igualmente para los casos de error sobre la pretensión tributaria (considerado como elemento normativo), ya que aquí, también se desconoce un deber tributario.³⁶²

En tercer lugar estudia el *principio de Inversión*, debido a que dicho principio establece que la inversión de un error de prohibición es un delito putativo y la inversión de un error de tipo es una tentativa.³⁶³

Por lo que, aplicando este principio al ámbito del derecho penal tributario, la inversión de un error de tipo constituye una tentativa de defraudación tributaria, en cambio la suposición errónea de un deber tributario, en caso de una situación fáctica acertadamente reconocida, debe ser según la inversión de un error de prohibición un delito putativo. Teniendo en consideración esto, si uno aplica este principio en materia penal tributaria, no se puede llegar a la conclusión de que el dolo en materia de defraudación tributaria exige el conocimiento del deber tributario.³⁶⁴

³⁶¹ *Ibíd.*, MAIWALD, Manfred., pp. 53-58.

³⁶² *Ibíd.*, MAIWALD, Manfred., pp. 58-59.

³⁶³ MAIWALD cree que este "principio de inversión" no es del todo claro en su realización concreta, pero para efectuar esta crítica, mediante la cual robustece o apoya su posición, parte del supuesto de que dicho principio es acertado, *vid. Ibíd.*, MAIWALD, Manfred. Op. Cit., p. 60.

³⁶⁴ *Ibíd.*, MAIWALD, Manfred., pp. 59-63.

Posteriormente, este autor alemán, analiza la figura de la evasión tributaria por omisión, en donde considera que la estructura de estos delitos está conformada por un deber de información de hechos tributariamente relevantes, los cuales fundan o modifican un deber tributario, esto pone de relieve la estrecha vinculación de los deberes de información y el deber tributario. Estos deberes de información propios del delito de omisión, se consideran abarcados por el dolo, según la doctrina tradicional, por lo que su desconocimiento se trata como un error de tipo.

Sin embargo, MAIWALD cree que precisamente por esta vinculación indisoluble entre el deber de información y el deber tributario (obligación de pagar un impuesto), estos errores se deben tratar como un *error de prohibición*, puesto que este error se convierte, en el delito de omisión de defraudación tributaria, en un error sobre estar *mandado el hecho como totalidad*, es decir, un error sobre el deber de acción (en este caso, dicho deber se concreta en un deber de declarar hechos tributariamente relevantes).

Consecuentemente, el deber de acción no debe estar abarcado por el dolo, por lo que en estos casos, quien con pleno conocimiento de la situación, lesiona un deber de información tributaria y gracias a esto disminuye el impuesto que debía pagar, ya que no conoce el deber de información respectivo, omite dolosamente, por lo que se encuentra en un *error de mandato* en donde el dolo queda intacto.³⁶⁵

En último lugar, se estudia la lesión de deberes de información como reproche característico del error de prohibición, pues en estos casos es el contribuyente el que debe informar sobre una situación jurídica al ente recaudador de los impuestos, por lo que en caso de lesión de este deber de información del contribuyente, se fundamenta un reproche por dicha conducta. Si efectivamente se siguiera a la tesis tradicional, de que un error sobre el deber tributario fuera tratado como un error de tipo, por tanto, excluyera el dolo, no tendría sentido tratar el desconocimiento del deber tributario como reprochable, pues la reprochabilidad es propia del ámbito de la culpabilidad, en donde radica el error de prohibición no el error de tipo.³⁶⁶

³⁶⁵ *Ibíd.*, MAIWALD, Manfred., pp. 64-68.

³⁶⁶ *Ibíd.*, MAIWALD, Manfred., pp. 68-72.

Para concluir, se debe tener en cuenta que este autor alemán no elimina el error de tipo del ámbito penal tributario, sino que, solamente, considera que un error que recaiga sobre el deber jurídico tributario debe ser considerado un error de prohibición. Por lo que, en los casos en que el autor erre sobre los presupuestos facticos del elemento “pretensión tributaria” (pues este es entendido como un elemento valorador total, el cual está afectado a la “teoría de la separación”³⁶⁷) será considerado un error de tipo.³⁶⁸

3) Posición de BACIGALUPO³⁶⁹:

Este autor considera que el elemento “*pretensión tributaria*” es un “*elemento del deber*”, por lo tanto, no debe ser abarcado por el dolo y es ajeno al tipo. Entonces el error sobre la pretensión fiscal será un error de prohibición.³⁷⁰

Consiguientemente, este autor argentino cree que el dolo solo debe abarcar el conocimiento de las circunstancias de los hechos imposables, pero no el deber tributario que se genera de dichos hechos.

La razón en la cual fundamenta su posición es la siguiente: “es que el conocimiento de las obligaciones fiscales en una sociedad moderna, en la que todos tienen el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE³⁷¹), no puede quedar al arbitrio de los ciudadanos, toda vez que el deber de tributar ya no es una obligación excepcional y rara, sino más o menos generalizada y normal”.³⁷²

Según lo analizado, considero que BACIGALUPO es más fiel a la teoría del deber jurídico sostenida por WELZEL³⁷³, la cual el autor argentino ha adoptado

³⁶⁷ Acerca de la teoría de la separación, véase, [Supra, p. 90](#).

³⁶⁸ Cfr., MAIWALD, Manfred. Op. Cit., pp. 50-53.

³⁶⁹ Si bien este autor llega a conclusiones similares a las de MAIWALD, se debe considerar que sus conclusiones se basan en la teoría del deber jurídico de WELZEL, en cambio las del primer autor alemán mencionado, se basan en la primera posición de ROXIN referente a los elementos de valoración global del hecho.

³⁷⁰ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. “Curso de derecho penal económico”. Op. Cit., p. 485.

³⁷¹ Artículo 31 (De la Constitución Española):

1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

³⁷² Vid. BACIGALUPO, Enrique. “Curso de derecho penal económico”. Op. Cit., p. 485.

³⁷³ Para ver una exposición resumida de esta teoría, véase, [Supra, pp. 55 y ss.](#)

expresamente³⁷⁴, pues distingue claramente entre el ámbito propio del tipo y de la antijuridicidad, ya que considera que el deber jurídico (en este caso en particular, la pretensión tributaria, la cual expresa el deber jurídico-tributario) es parte de la antijuridicidad y, por tanto, no debe ser abarcado por el dolo.

III.- Toma de postura.

En primer lugar, creo que se debe distinguir entre los posibles elementos de valoración global del hecho que se pueden presentar en este delito.

Con respecto al elemento **“indebidamente” o “hubieran debido”**, se puede decir que son *elementos de valoración global del hecho* y que, por lo tanto, cumplen una *función descriptiva del tipo*, gracias a la cual se puede configurar los presupuestos o fundamentos de la prohibición que son necesarios en el delito de defraudación tributaria. Pero, además, cumplen una función de *referencia general sobre la antijuridicidad*.

Sin embargo, para que cumplan dicha función descriptiva del tipo no es necesario incorporar la *“pretensión tributaria”* o el *“deber jurídico-tributario”* en el tipo, pues no es necesario para captar la relevancia o significación social del tipo.

Estos elementos en conjunto con los demás elementos del tipo que componen este delito, simplemente denotan que estamos ante una materia regulada y que las modalidades de acción del delito pueden ser efectuadas bajo ciertas condiciones previstas en la misma ley tributaria, que no constituirían una *“defraudación tributaria”* (lo cual constituye la función de referencia general sobre la antijuridicidad, que cumplen estos elementos). Pero para no hacer una tipificación casuística o demasiado exhaustiva el legislador ocupa estos conceptos, los cuales tratan de denotar que, por ejemplo, se pueden obtener devoluciones fiscales de forma debida (interpretando a contrario *sensu* el art. 305 del Código Penal Español). Esto se debe a que el núcleo base de este delito es la obtención de *renta*³⁷⁵ la cual constituye el hecho imponible,

³⁷⁴ Vid. BACIGALUPO, Enrique. “Tipo y error”. Op. Cit., pp. 57-61; 158-160.

³⁷⁵ Aunque la legislación tributaria española contiene diversos conceptos de renta dependiendo de la finalidad del impuesto, véase, por ejemplo: art. 6º de la ley de impuesto a las personas físicas (IRPF), art. 4º de la ley de impuestos a las sociedades.

pero en ciertos casos ese concepto de renta tributaria no deviene, necesariamente, en un hecho imponible.

Si bien esta es la función primordial de dichos elementos (denotar que estamos ante un ámbito regulado en cual el aumento de riqueza puede no ser constitutivo de renta, por ejemplo por considerarse rentas exentas³⁷⁶ y, por tanto, no generar el hecho imponible y la consecuente pretensión tributaria). Esto no quiere decir que dichos elementos posean toda la carga de describir el tipo, sino que, como es obvio, para poder llevar a cabo esta función descriptiva del tipo de manera exhaustiva³⁷⁷, se requiere la concurrencia de todos los demás elementos que componen el tipo penal de la defraudación tributaria o fiscal (como, por ejemplo, el elemento central de este delito, el cual es el concepto de “defraudación”).

Por lo tanto, considero que la función descriptiva del tipo, con la consecuente determinación de los presupuestos o fundamentos de la prohibición, no requiere la incorporación de la *pretensión tributaria* o *deber jurídico-tributario* en el tipo. Debido a que la conducta fijada en el tipo del artículo 305 del Código Penal Español posee la suficiente significación social gracias a todos los elementos del tipo establecidos por el legislador en dicho delito, lo cual permite que opere la función de alerta del tipo de la cual se puede derivar la pretensión jurídico-tributaria.

En conclusión, se considera en este lugar, que es posible la separación entre los presupuestos de la prohibición y la prohibición misma, por lo que es posible la aplicación tanto del error de tipo y del error de prohibición con respecto al delito de defraudación tributaria (art. 305 del Código Penal Español).

Para defender la posición aquí adoptada, se expondrá una serie de argumentos de índole dogmáticos y político-criminales.

A) Dogmáticos:

³⁷⁶ Algunas de ellas, por ejemplo, están enumeradas en el art. 7° de la ley de impuestos a las personas físicas (o IRPF)

³⁷⁷ Básicamente, para que se cumpla el principio de legalidad y, más específicamente, el mandato de determinación que debe estar presente en el Derecho Penal.

1.- La relativización de los elementos del tipo objetivo: Los distintos elementos que conforman los tipos (descriptivos, normativos, de valoración global del hecho, etc.), son **relativizados**³⁷⁸ en cuanto a su distinción, si bien estructuralmente pueden tener diferencias, son meramente cuantitativas (y no cualitativas). Con esto se quiere resaltar que lo realmente importante en este trabajo: no son las diferentes estructuras que posean dichos elementos constitutivos del tipo, sino que, es la **solución** de qué, cómo y cuáles elementos deben ser **abarcados por el dolo**, y cómo esto repercute en el **tratamiento del error sobre dichos elementos**.³⁷⁹

En consideración a lo anteriormente expuesto, bajo un esquema normativo se puede definir el tipo como “la formulación contradictoria del contenido de la norma”³⁸⁰, con esto se quiere decir que el tipo contiene los **presupuestos de la prohibición o fundamentos de la prohibición** los cuales constituyen a la norma imperativa o prohibitiva formulada de manera contradictoria en el tipo.

Considero, además, que la doctrina les ha otorgado un rol exagerado a estos elementos de valoración global del hecho, hasta tal punto, que incluso pueden desfigurar las categorías del delito³⁸¹.

En realidad, dichos elementos, si bien forman parte de la descripción del injusto (*función descriptiva*) y componen los presupuestos de la prohibición del delito de defraudación tributaria, por ejemplo, como también el de otros delitos, ellos no efectúan

³⁷⁸ Posición compartida por gran parte de la doctrina, ya sea implica o explícitamente. Con respecto a este punto véase (con las correspondientes citas): [supra pp. 42 y ss.](#)

³⁷⁹ A una conclusión similar llegan: OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”. Op. Cit., pp. 152 y ss.; KINDHÄUSER, Urs. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp. 143-144.

³⁸⁰ KINDHÄUSER, Urs. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”. Op. Cit., p. 150; en sentido similar MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 12, Santiago, 2010., p. 172.

³⁸¹ Como, por ejemplo, la conclusión de que estos elementos de valoración global del hecho pueden incluir las causales de justificación en el tipo, véase: ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., p. 300. O MUÑOZ CONDE, quien considera que el elemento “**indebidamente**” es el núcleo central del delito, el cual posibilita incluir la obligación tributaria o deber jurídico-tributario en el tipo de defraudación tributaria. Como, por ejemplo, si los demás términos, sobretudo el elemento “**defraudación**”, no permitieran darle relevancia al tipo objetivo, entonces por eso se requeriría incorporar la pretensión tributaria como elemento del tipo objetivo. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003., p. 93.

esa función de manera aislada, pues lo hacen con la concurrencia de todos los demás elementos que conforman el tipo objetivo del delito. Precisamente, producto de esta consideración es que una de las conclusiones obvias en este trabajo es que: lo importante no son las diferentes estructuras que posean dichos elementos constitutivos del tipo, sino que, es la ***solución*** de qué, cuáles y cómo ciertos elementos deben ser ***abarcados por el dolo***, y cómo esto repercute en el ***tratamiento del error sobre dichos elementos***.³⁸²

Además, los elementos de valoración global presentes en el delito de defraudación fiscal efectivamente cumplen una función de referencia general sobre la antijuridicidad. Pero con ello, no se quiere decir que dichos elementos abarquen la totalidad de la antijuridicidad y, por tanto, se incluyan las causales de justificación en el ámbito de la tipicidad³⁸³, lo cual conllevaría a confundir el juicio de desvalor de la tipicidad con el de la antijuridicidad.³⁸⁴

Básicamente esta posición se basa en *fundamentos de orden práctico* (pues puede repercutir en el tratamiento del error) y, además, en *fundamentos dogmáticos* (ya que

³⁸² Me disculpo por lo majadero que he sido con respecto a esta idea, pero la considero absolutamente primordial para la idea que aquí se intenta desarrollar.

³⁸³ Posición de la cual está a favor gran parte de la doctrina: JAKOBS, Günther. "Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación". Op Cit., p. 197; KAUFMANN, Armin. "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. (Traducción Joaquín Cuello)". En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, p. 11; TIEDEMANN, Klaus. "Derecho penal económico: Introducción y parte general" Coord: Abanto Vásquez, Manuel A. Lima, Perú, Grijley, 2009., p. 221 (Quien al parecer rechaza los elementos de valoración global del hecho, pues considera que continúan "la antigua doctrina del llamado concepto complejo"); PUPPE, Ingeborg. "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción". En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp. 124-125 (aunque esta autora relativiza esta postura, pues si bien la acepta, es solo de manera general, pues considera que existen, excepcionalmente, delitos, en los cuales las causas de justificación se incluyen en el tipo, como es el caso del delito de coacción del art. 240 del código penal alemán.); OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. "La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa". Op. Cit., p. 159; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. "Derecho penal: parte general". Op. Cit., pp. 313-314; En relación con el delito de defraudación fiscal: FÉLIX CÁRDENAS, Rodrigo. "CONSIDERACIONES SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL O FRAUDE TRIBUTARIO (estudio comparado del Derecho Penal español y el Derecho Penal federal mexicano)". En: Revista de Derecho Penal Económico, Año 2009, Derecho Penal Tributario - III., pp. 580-581; MUÑOZ CONDE, Francisco. "El error en derecho penal". Op. Cit., p. 106 (aunque se debe advertir, que en realidad a MUÑOZ CONDE, no le convence la teoría de los elementos de la valoración jurídica, pues: "esta descomposición de tales elementos tampoco es convincente aquí. Realmente se hace muy difícil distinguir entre las bases fácticas del juicio de valor y el juicio de valor mismo sobre todos en aquellos casos en los que la constatación de los hechos implica ya su valoración jurídica.").

³⁸⁴ Los cuales, si bien están claramente conectados, como todas las categorías del hecho punible, esto no quiere decir que se confundan hasta tal punto de que se disuelvan.

se toma una posición con respecto al papel y estructura que deberían tener la tipicidad y la antijuridicidad como elementos del delito).³⁸⁵

2.- Significación social de los presupuestos de la prohibición que componen el tipo: los presupuestos o fundamentos de la prohibición contenidos en el tipo deben ser configurados de tal manera, que la conducta contenida en el tipo tenga **relevancia o significación social** por lo que se puede derivar del tipo una *función de llamada*³⁸⁶, gracias a la cual, en caso de presentarse estos fundamentos de la prohibición en un caso concreto y, además, se cumplan las propiedades empíricas necesarias y suficientes³⁸⁷ (como por ejemplo, estados psicológicos como el conocimiento, además de otros datos empíricos), se le puede exigir a la persona la *evitación*³⁸⁸ de la conducta típica concreta. Pues advierte a la persona de que la realización típica sea, probablemente, antijurídica.

³⁸⁵ Cfr. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. "La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa". Op. Cit., p. 144.

³⁸⁶ Esta *función de llamada* que posee el tipo es compartida por diversos autores, entre los cuales se puede ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Lima, Perú, ARA Editores, 2004., p. 791-792; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de derecho penal: parte general". Madrid, Universitas, 1996., p. 302; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel "El error sobre elementos normativos del tipo penal". Madrid, España, La ley, 2008., p. 378; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno". En: Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV, Valdivia, 2011., p. 101. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v24n1/art05.pdf>; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Teoría jurídica del delito: derecho penal, parte general". Madrid, Civitas, 1984., p. 206.

³⁸⁷ Se debe recordar que generalmente la función de llamada del tipo se produce cuando se conoce la concurrencia de todos los elementos del tipo objetivo, los cuales fundamentan la prohibición, por tanto, en caso de incurrir en la realización típica, esta se considerara dolosa, pues se conocían actualmente todos los elementos del tipo objetivo.

Sin embargo, aquí se sostiene un concepto de dolo que no se condice, necesariamente, con la presencia de conocimiento actual de todos los elementos del tipo objetivo. Por tanto, la función de llamada se puede presentar, además, en casos en que no se conozcan actualmente todos los elementos del tipo objetivo, pero que aun así concurren todas las propiedades empíricas necesarias y suficientes (entre ellas obviamente el conocimiento, pero no como requisito suficiente, pero si necesario; ni tampoco de todos los elementos objetivos a cabalidad, por lo tanto, se puede decir que el dolo es una **imprudencia calificada**), para poder predicar que en caso de realización del tipo esta conducta sea considerada dolosa.

³⁸⁸ Para determinar la capacidad de evitación tanto en el ámbito del injusto como el de la culpabilidad, aquí se sigue la teoría que configura los criterios de imputación como capacidades, en donde a título de ilícito se refiere a la **capacidad de acción** y la imputación a título de culpabilidad se refiere a la **capacidad de motivación** de la persona. Véase: KINDHÄUSER, Urs. "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho". Op. Cit., pp. 151-152; en sentido similar MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "Norma e imputación como categorías del hecho punible", Revista de Estudios de la Justicia, Nº 12, Santiago, 2010., pp. 179 y ss.

Se podría decir, que en el caso de la defraudación tributaria u otros delitos de índole económicos, no poseen esa *función de llamada*, pues precisamente los fundamentos o presupuestos de la prohibición de dichas conductas típicas son neutrales o indiferentes. Por tanto, el tipo no contiene una conducta relevante o significativa socialmente, o a lo más, la conducta típica solo puede ser relevante socialmente hablando si es que se efectúa una valoración jurídica, esto quiere decir que no basta con conocer los supuestos de hechos (como en los delitos pertenecientes al derecho penal nuclear³⁸⁹), sino que, además, se debe conocer la regulación jurídica y con esto la prohibición jurídica de la conducta, para que se pueda comprender la significación social de la conducta³⁹⁰.

Los efectos que produce una concepción que exija para la comprensión de la significación social del tipo además una valoración jurídica, es precisamente, que el error sobre el ámbito normativo o sobre la regulación de la conducta típica, sea tratada como error de tipo, dejando al ámbito de aplicación del error de producción sin aplicación o con una aplicación muy escasa.³⁹¹

Sin embargo, considero que esta **“artificialidad”** de los delitos económicos, más específicamente, del delito de defraudación tributaria es claramente errónea. Para buscar una fundamentación material del delito de defraudación tributaria, se debe recurrir al ***bien jurídico protegido***, precisamente, el rendimiento de esta categoría en

³⁸⁹ Desde mi punto de vista, esta es una denominación errónea, pues precisamente la distinción entre delitos *nucleares o reales* a diferencia de los *artificiales* se construye mediante un criterio político-criminal erróneo, el cual considera a los delitos económicos como artificiales y que son productos de una expansión punitiva irracional. Sobre el análisis de este punto de vista, puede verse: GREEN, Stuart P. “Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco”. Madrid. España, Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013., pp. 54-61 (quien explica ciertos factores de porque la criminalidad económica es considerada como ambigua moralmente hablando); DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “En De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Núm. 07 (2005)., pp. 1-37. (Aquí se sostiene que el modelo penal securitario se está sirviendo parasitariamente de componentes que tienen su origen en un debate político-criminal ideológicamente opuesto, que es aquel que propugna una modernización del derecho penal con su aplicación a sectores propios de la seguridad del riesgo); En Chile: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Perspectivas del derecho penal económico en Chile”. En: Revista persona y sociedad (de la Universidad Alberto Hurtado), Vol. 19, No. 1, 2005., pp. 101-134.

³⁹⁰ Como por ejemplo lo propone ROXIN con la configuración de sus elementos de valoración global no divisibles, véase: ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., pp. 464-465.

³⁹¹ A esta conclusión llegan diversos autores, esta posición, por ejemplo, se puede ver plasmada en el ámbito del delito de defraudación tributaria, para ello véase: [supra., pp. 118 y ss.](#)

la teoría del delito es proporcionar al injusto (por ende a los presupuestos de prohibición que componen el tipo) una fundamentación material y no meramente formal.³⁹²

*El bien jurídico protegido es el patrimonio público, pero no solamente entendido en su dimensión económica, sino, además considerando su dimensión política*³⁹³. Mediante el establecimiento del bien jurídico protegido por el delito de defraudación tributaria, se debe interpretar los presupuestos o fundamentos de la prohibición, para que sea posible distinguir todos los componentes típicos necesarios para describir, precisamente, esos presupuestos de la prohibición y, gracias a ello, se permita distinguir de manera clara entre el ámbito del *juicio de valor del tipo* (al cual pertenece el error de tipo), y el ámbito del *juicio de valor de la antijuridicidad* (al cual pertenece el error de prohibición).

Es fundamental para una teoría de la culpabilidad del error, que sea posible distinguir entre la significación social (propia del tipo) y la valoración jurídica (propia de la antijuridicidad)³⁹⁴. Solamente mediante una distinción clara se puede aplicar de manera coherente esta teoría.³⁹⁵

³⁹² A una conclusión similar llega BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal". En: Obras Completas, Tomo I. Lima, Perú, ARA Editores, 2004., p. 784. Independientemente de si se comparta o no, la forma especial en como este autor construye el bien jurídico, lo importante es señalar que se considera acertado lo que este autor señala, que el bien jurídico es el fundamento material del injusto.

³⁹³ Para mayor abundamiento sobre la tesis seguida en este trabajo, mediante la cual se reconstruye particularmente el bien jurídico en los delitos tributarios (incluyendo una serie de citas y referencias con respecto al tema), véase: GAMBARDELLA D'ETIGNY, Maite. "Una reconstrucción del bien jurídico patrimonio público en los delitos tributarios. El caso del art 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y la Nueva Clausula General de Antielusión.". Memoria (para postular al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016., pp. 20 y ss.

³⁹⁴ Este criterio de distinción entre el error de tipo y el de prohibición es postulado, por ejemplo: Cfr. ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito." Op. Cit., p. 459 y ss., (aunque lo difumina en los delitos que contienen elementos de valoración global indivisibles, como, por ejemplo, el delito de defraudación tributaria alemán). Otro criterio de distinción entre los errores recién mencionados, se puede encontrar en: KINDHÄUSER, Urs. "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho". Op. Cit., pp. 144 y ss; en sentido similar MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno". En: Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV, Valdivia, 2011., pp. 102 y ss. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v24n1/art05.pdf> (autores que articulan el criterio de distinción entre error de tipo y de prohibición apoyándose en la filosofía analítica, para configurar una distinción entre el error de verdad y de sentido).

³⁹⁵ Considero que, si no fuera posible la distinción entre el error de tipo y de culpabilidad en todos los delitos, entonces sería preferible articular una teoría unitaria del error como, por ejemplo, lo hacen:

Si el delito de defraudación tributaria, tal como se describe en el Código Penal español, no permitiera comprender la significación social del mismo, entonces, en vez de propugnar interpretaciones amplias del error de tipo, por ejemplo. Se debería interponer el recurso de inconstitucionalidad³⁹⁶ por infringir el **principio de lesividad**³⁹⁷, pues este delito protege un bien jurídico formal o sin la suficiente relevancia como para ser protegido por el ordenamiento jurídico penal. Consideración que, obviamente, en este lugar se considera absolutamente errónea.

3.- Errónea distinción entre el ámbito de la imputación propio de los presupuestos objetivos de la prohibición y la imputación propia del ámbito de la prohibición misma³⁹⁸: cierta parte de la doctrina³⁹⁹ ha considerado que es necesario incorporar la pretensión jurídica en el tipo de la defraudación tributaria, pues, solamente así, es posible captar la significación social de dicho delito.

JAKOBS, Günther. "Dolus Malus (Traducción: de Yamila Fakhouri Gómez". En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N.º. 4, 2009., pp. 10 y ss; VAN WEEZEL, Alex. "Error y mero desconocimiento en derecho penal". Santiago, Chile, Legal Publishing, 2008; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. "Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad: Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal". En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N.º. 4, 2009; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Eficacia del error de derecho". En: Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo / coord. por Andrés Báez Moreno, Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois; Juan Arrieta Martínez de Pisón (dir.), Miguel Angel Collado Yurrita (dir.), Juan Zornoza Pérez (dir.), Vol. 2, 2010 (Tomo II), ISBN 978-84-9903-482-9, pp. Nota al pie de página n.º 29 de la pág. 873 (quien sigue expresamente la tesis de FAKHOURI GÓMEZ, pues menciona: «su tesis es más satisfactoria que la interpretación de la "vencibilidad del error" propuesta por mí en cuanto permite, cuando fuere menester y posible, el castigo por imprudencia al aplicar la teoría del dolo.»). Lo cual es mejor que una "teoría de la culpabilidad a medias", aplicable solo a ciertos delitos, distinción, por lo demás, arbitraria según mi punto de vista.

³⁹⁶ Aunque se debe advertir que el recurso de inconstitucionalidad no es tan simple de interponer en el ordenamiento jurídico español, pues según el art. 162 de la Constitución española, los legitimados activos son: "el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas". Lo cual es más limitado que en el ordenamiento constitucional chileno, cuya legitimidad activa está presente en el art. 93 n.º7 e inc.12.º de la Constitución Política de la Republica.

³⁹⁷ Si bien este principio no encuentra manifestación expresa en la Constitución Española, se puede derivar del art. 1 de la mencionada constitución, de la frase "Estado social y democrático de Derecho". Así lo menciona el mismo TC español, para esto véase: MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal: Parte General". 9ª ed. / a cargo de Víctor Gómez Martín, Barcelona, Editorial REPERTOR, 2011., p. 121 y nota al pie de página n.º 63.

³⁹⁸ O en términos tradicionales, imposibilidad de distinguir entre "conocimiento constitutivo del dolo del hecho y el conocimiento constitutivo de la consciencia de la antijuridicidad del hecho".

³⁹⁹ Con respecto a estos autores, véase: [supra., pp. 118 y ss.](#)

El no incorporar la pretensión tributaria (la cual es considerada como un elemento normativo del tipo o de valoración global del hecho), significaría incluso que se vuelva a una distinción de error de hecho y de derecho.⁴⁰⁰

El problema de una consideración como la recién mencionada, es que, si bien la pretensión no debe ser abarcada por el tipo, por lo que no es un elemento que componga los fundamentos de la prohibición. Esto no quiere decir que los fundamentos de la prohibición que deben concurrir para que se pueda predicar de una conducta que es dolosa, sean solamente simplemente componentes o hechos fácticos.

Por tanto, los presupuestos o fundamentos de la prohibición, perfectamente, pueden estar configurados por elementos normativos o elementos de la valoración global del hecho, pero lo que en realidad importa, más que la *estructura* de los elementos particulares que componen el tipo, es la consideración de *todos* los elementos que componen el tipo en conjunto, los cuales permiten determinar cuál es el fundamento de la prohibición los que deben ser considerados para poder imputar una conducta dolosa o imprudente a la persona.

Por lo que el delito de defraudación tributaria, evidentemente, está compuesto de diversos elementos (entre ellos, por ejemplo, elementos de valoración global del hecho o elemento normativos del tipo), pero lo importante no es analizar la estructura particular de cada uno de dichos elementos típicos, sino que determinar cuándo es posible sostener que todos los elementos típicos en su conjunto describan los presupuestos o fundamentos de la prohibición, para que se pueda determinar si la persona poseía la *capacidad de acción* la cual le permita *evitar* la realización típica, por lo que una conducta típica por parte de esta pueda ser considerada como dolosa o negligente.

⁴⁰⁰ Por ejemplo, véase: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Madrid, España, La ley, 2008., p. 328 (si bien, este autor español critica la distinción de error de hecho y de derecho, pero haciendo referencia a la posición de KINDHÄUSER, es aplicable a la posición aquí defendida, no porque yo siga a la posición KINDHÄUSER, sino porque el autor alemán recién mencionado llega a conclusiones similares a las aquí expuestas con respecto a este punto); en sentido similar: FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. “Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad: Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal”. Op. Cit., p. 14.

En conclusión, se puede sostener que todos los elementos presentes en el delito de defraudación tributaria español (art. 305 del Código Penal español) son necesarios para fundamentar la prohibición de dicho tipo, pero para satisfacer los presupuestos de la prohibición no es necesario que se incluya en ellos el conocimiento de la pretensión tributaria o deber jurídico-tributario.

En caso de considerar que los elementos que conforman el mencionado tipo no son suficientes para comprender la *significación social* (pues son demasiados vagos) del delito y debido a esto no cumple su *función de llamada*, entonces se podría interponer el recurso de inconstitucionalidad⁴⁰¹ por infringir el principio de legalidad (más específicamente, por no cumplir la exigencia de la *lex scripta*)⁴⁰², pero en caso de no ser así, no es necesario incorporar la pretensión tributaria para que el tipo pueda cumplir dicha función. Por supuesto que esta consideración de inconstitucionalidad, para mí, no tendría sentido alguno.

4.- Nula o escasa aplicación del error de prohibición en el delito de defraudación fiscal: en general gran parte de la doctrina⁴⁰³ ha considerado la nula o la escasa aplicación de dicho error, pues si la pretensión tributaria debe ser abarcada por el dolo y, además, sin ella no se puede comprender la significación social de la conducta, entonces la prohibición de la conducta está integrada en el tipo, por lo que al conocer la conducta se conoce la prohibición, entonces el error que recae sobre la mencionada pretensión tributaria debe ser tratado como un error de tipo.

⁴⁰¹ Aunque se debe advertir que el recurso de inconstitucionalidad no es tan simple de interponer en el ordenamiento jurídico español, pues según el art. 162 de la Constitución española, los legitimados activos son: “*el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas*”. Lo cual es más limitado que en el ordenamiento constitucional chileno, cuya legitimidad activa está presente en el art. 93 n°7 e inc.12° de la Constitución Política de la Republica.

⁴⁰² Cuya manifestación constitucional está presente en el art. 9.3 de la Constitución Española. Aunque como lo señala MIR PUIG: “ni el art. 25, 1 ni el 9.3 Const....aluden al «mandato de determinación»”. Sin embargo, el mismo autor considera que el TC lo ha proclamado en diversas sentencias, véase: MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal: Parte General”. 9ª ed. / a cargo de Víctor Gómez Martín, Barcelona, Editorial REPERTOR, 2011., p. 109 y nota al pie de página n° 14.

⁴⁰³ Con respecto a estos autores, véase: [supra., pp. 118 y ss.](#)

Esto se considera una equivocación, pues se parte de la base de que el delito de defraudación tributaria contiene todos los elementos típicos necesarios para poder configurar los presupuestos o fundamentos de la prohibición y, además, estos cumplen perfectamente una función de llamada. Entonces no es necesario agregar el elemento de la pretensión tributaria como elemento típico.

Si se analizan las diversas clases de error, se puede ver con mayor facilidad que el error de prohibición es perfectamente posible como en cualquier otro delito.

Con respecto al ***error de prohibición directo referente a la existencia de la prohibición***, si es que en el caso concreto se dan todos los presupuestos o fundamentos de la prohibición y, además, concurren los presupuestos empíricos suficientes y necesarios para poder imputar una actuación dolosa, entonces es perfectamente posible que a partir de los mencionados presupuestos se configure la función de llamada del tipo, mediante la cual es muy factible que la persona se represente la existencia de una prohibición, la cual solo debe consistir en la conciencia⁴⁰⁴ concreta de un ilícito⁴⁰⁵, no del conocimiento de la punibilidad⁴⁰⁶ de la conducta o su subsunción típica de manera perfecta.

Es cierto que, en este delito, el conocimiento de los presupuestos de la prohibición (entre los cuales no se incluye la pretensión tributaria) no derive necesariamente a la existencia de la prohibición, sobre todo si se compara con otro tipo de delitos como, por ejemplo, el de homicidio. Sin embargo, esto no conlleva a que no sea posible distinguir entre el ámbito de los presupuestos de la prohibición y la prohibición misma, y con esto que no se pueda aplicar el error de tipo y el de prohibición según corresponda.

⁴⁰⁴ Se habla aquí de conciencia debido a fines pedagógicos, debido a que la conciencia del ilícito es un concepto tradicionalmente usado, pero se debe dejar en claro que la imputación subjetiva tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad, debe efectuarse de manera normativa. Por tanto, es perfectamente posible que el error de prohibición no requiera de un estado psicológico como el conocimiento actual para que proceda el error de prohibición, o sea, error de prohibición no es, necesariamente, equivalente a conocimiento, entendido este como un estado psicológico.

⁴⁰⁵ Con respecto al objeto del error de prohibición, véase [supra., pp. 26 y ss.](#)

⁴⁰⁶ Como, por ejemplo, lo hace con respecto al delito de defraudación tributaria: Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. "Delitos tributarios y previsionales: régimen penal tributario, garantías procesales, evasión del pago de tributos simple y agravada, apropiación indebida de tributos, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, insolvencia fiscal fraudulenta, aprovechamiento indebido de subsidios, simulación dolosa de pagos, alteración dolosa de registros, incumplimiento absoluto de la obligación de llevar registros contables, omisiones y falsedades". Op. Cit., pp. 89-90.

Lo que en realidad ocurre, es que hay delitos como el de homicidio en que, efectivamente, el ámbito del error de prohibición directa es sumamente difícil que se dé, si es que no hay un error de tipo precedente⁴⁰⁷. Pero esto solo quiere decir que el error de prohibición directo, referente a la existencia de la prohibición, en el caso del delito de defraudación tributaria, es más plausible que en el homicidio, pero esto no quiere decir que mediante los presupuestos de la prohibición de dicho delito sea imposible derivar la existencia de la prohibición, si es que no se incluye la pretensión tributaria como elemento del tipo.

Lo que sucede, es que el ámbito de aplicación del error de prohibición directo referente a la existencia de la norma, es más amplio que en delitos como el de homicidio, pero esto no quiere decir que este tipo de error de prohibición no pueda ser aplicable porque sería necesario la inclusión de la pretensión tributaria dentro del ámbito del tipo. Sino que, simplemente, las razones por las que se desconoce la prohibición en este delito son más amplias y plausibles que las razones que se puede esgrimir, por ejemplo, en otros delitos como en el de homicidio.

Además la comparación con el delito de homicidio, es desproporcionada, pues es evidente que debido a la mayor gravedad de dicho delito, el conocimiento del tipo o “de lo que se está haciendo”, haga prácticamente imposible una alegación razonable del desconocimiento de la prohibición, pero esto no quiere decir que si en los demás delitos no se produce esta “función de llamada” de forma tan clara y evidente, se deba ampliar el ámbito de aplicación del error de tipo en desmedro del error de prohibición. Sino que, simplemente, las razones que se pueden esgrimir a favor de la concurrencia de un error de prohibición directo en esta clase de delitos son más plausibles.

Con respecto al error de prohibición directo *referente al alcance de la prohibición*, me parece que es más relevante en la práctica, puesto que, debido a como se ha

⁴⁰⁷ JAKOBS, llega a la conclusión de que existen casos en que una persona “sabe lo que hace” y que su actuar realiza una conducta típica y, aun así, no deduce la existencia de la prohibición: esto se puede deber a tres causas, a) un caso de socialización exótica; b) inimputabilidad; c) o ceguera ante los hechos. En el caso del delito de defraudación tributaria, el error sobre la existencia de la norma también puede provenir de dichas causales, pero su ámbito de aplicación, probablemente, sea mayor que el que se produce en otros delitos, como el homicidio, pero de esto no se puede derivar que el ámbito del error de tipo deba ser tal, que anule el ámbito de aplicación del error de prohibición o lo haga prácticamente imposible.

internalizado en la sociedad⁴⁰⁸ el delito tributario, me parece que el error de prohibición directo *referente a la existencia de la prohibición*, no es tan relevante.

Por último, el **error de subsunción** es la clase de error que plantea más problemas prácticos con respecto al delito de la defraudación tributaria, debido a la complejidad del ordenamiento jurídico tributario. Dicho error de subsunción, debe ser tratado como un error de prohibición⁴⁰⁹, lo cual demuestra la importancia de éste tipo error en éste delito.

Es quizás, en esta clase de error de prohibición en donde la doctrina plantea los casos más problemáticos. Sin embargo, considero absolutamente erróneo e innecesario ampliar el ámbito del error de tipo, en supuestos que son claramente errores de prohibición, ni siquiera con la excusa de un trato más benigno, pues en caso que el error de prohibición se considere invencible, también se lograría el mismo efecto de la impunidad que se logra en el caso del error de tipo⁴¹⁰.

En el caso del **error de prohibición indirecto**⁴¹¹, la inclusión de la pretensión tributaria en el ámbito del tipo, en el caso en que ha sido considerada como un elemento de valoración global del hecho no divisible⁴¹², produce la exclusión del error de prohibición no solo directo sino también del indirecto.

⁴⁰⁸ Véase por ejemplo en Chile el “Caso Penta”: <https://economiatodos.cl/2015/03/05/el-caso-penta-explicado-con-manzanitas/>; o en España: se han generado querrelas por defraudación fiscal contra personas sumamente conocidas, lo cual ayuda a internalizar el mencionado delito de manera mucho más rápida y efectiva: “El caso de Lionel Messi” <http://www.emol.com/noticias/Deportes/2016/05/31/805344/Comienza-el-juicio-contra-Lionel-Messi-por-fraude-fiscal-en-Espana.html>; “El caso de delito fiscal de Alexis Sánchez” <https://www.cooperativa.cl/noticias/deportes/futbol/alexis-sanchez/prensa-espanola-aseguro-que-alexis-admitio-delito-fiscal/2017-01-16/102405.html>;

⁴⁰⁹ Acerca del tratamiento del error de prohibición por la doctrina y un tratamiento más pormenorizado con las referencias correspondientes, se puede ver: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel “El error sobre elementos normativos del tipo penal”. Madrid, España, La ley, 2008., pp. 206 y ss.

⁴¹⁰ Aunque se debe hacer notar, que en el caso del *error de prohibición vencible* el tratamiento jurídico-penal es diverso al de caso del *error de tipo vencible*, pues en el primero se atenúa la responsabilidad penal, pero no se excluye; no así en el error de tipo vencible, en el cual al no estar penalizado el delito de defraudación tributario a título de imprudencia, entonces este conlleva a la impunidad o exclusión de la responsabilidad penal.

⁴¹¹ Creo que aquí no es necesario tomar una posición con respecto a si el error sobre los presupuestos objetivos del tipo debe ser tratado o no como un error de prohibición, teniendo en cuenta que el objeto de este trabajo no es precisamente tomar una postura en dicha importante discusión.

⁴¹² Cfr. ROXIN, Claus. “Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.” Op. Cit., pp. 464-465.

Lo cual debido a diversas consideraciones esgrimidas en este apartado y, además en otro lado de este trabajo⁴¹³, considero absolutamente un equívoco. Pues bajo ningún aspecto se puede considerar correcto integrar las causales de justificación en el tipo.

B) Político-criminales:

Los delitos económicos, han sido considerados como artificiales o indiferentes éticamente hablando, por lo que son una expansión punitiva indebida⁴¹⁴. Producto de esta consideración (sea acogida directa o indirectamente, explícita o implícitamente) la doctrina ha desarrollado diversos obstáculos para la creación de delitos económicos (el ámbito de *lege ferenda*), como por ejemplo la dudosa legitimidad del bien jurídico protegido por este tipo de delitos (delitos de peligro o colectivos⁴¹⁵), y para la aplicación

⁴¹³ Vid. [Supra., p. 103](#). Además, la gran parte de la doctrina que acepta la existencia de los elementos de valoración global del hecho, e incluso de los divisibles o indivisibles, no considera acertado incluir las causales de justificación en el tipo en estos casos, por ejemplo: JAKOBS, Günther. "Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación". Op Cit., p. 197; KAUFMANN, Armin. "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. (Traducción Joaquín Cuello)". En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, p. 11; TIEDEMANN, Klaus. "Derecho penal económico: Introducción y parte general" Coord: Abanto Vásquez, Manuel A. Lima, Perú, Grijley, 2009., p. 221 (Quien al parecer rechaza los elementos de valoración global del hecho, pues considera que continúan "la antigua doctrina del llamado concepto complejo"); PUPPE, Ingeborg. "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción". En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999., pp. 124-125 (aunque esta autora relativiza esta postura, pues si bien la acepta, es solo de manera general, pues considera que existen, excepcionalmente, delitos, en los cuales las causas de justificación se incluyen en el tipo, como es el caso del delito de coacción del art. 240 del código penal alemán.); OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. "La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa". Op. Cit., p. 159; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. "Derecho penal: parte general". Op. Cit., pp. 313-314; En relación con el delito de defraudación fiscal: FÉLIX CÁRDENAS, Rodrigo. "CONSIDERACIONES SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL O FRAUDE TRIBUTARIO (estudio comparado del Derecho Penal español y el Derecho Penal federal mexicano)". En: Revista de Derecho Penal Económico, Año 2009, Derecho Penal Tributario - III., pp. 580-581; MUÑOZ CONDE, Francisco. "El error en derecho penal". Op. Cit., p. 106. (Aunque se debe advertir, que en realidad a MUÑOZ CONDE, no le convence la teoría de los elementos de la valoración jurídica, pues: "esta descomposición de tales elementos tampoco es convincente aquí. Realmente se hace muy difícil distinguir entre las bases fácticas del juicio de valor y el juicio de valor mismo sobre todos en aquellos casos en los que la constatación de los hechos implica ya su valoración jurídica.")

⁴¹⁴ Acerca de las críticas sobre el derecho penal económico, puede verse especialmente las que emanan de la *Escuela de Frankfurt*, para esto véase: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. "Perspectivas del derecho penal económico en Chile". En: Revista persona y sociedad (de la Universidad Alberto Hurtado), Vol. 19, No. 1, 2005., pp. 105 y ss. (con las referencias correspondientes).

⁴¹⁵ Acerca de un planteamiento que legitima de manera correcta los delitos de peligro, puede verse: KINDHÄUSER, Urs. "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal". En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N.º. 1, 2009; en sentido similar, el mismo autor en: "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico". En: Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus

de los mismos (ámbito de *lege lata*), donde se puede encuadrar precisamente el objeto de este trabajo, la nula aplicación del error de prohibición en esta clase de delitos o la escasa relevancia social de los mismos.

Debido a que los delitos tributarios forman parte de este grupo denominado “delitos penales económicos”, las críticas y obstáculos que se han presentado, principalmente para su aplicación son plenamente aplicables.

En el tema que aquí nos concierne, se puede decir que la inclusión de la pretensión tributaria dentro de los elementos del tipo objetivo del delito de defraudación tributaria español, se efectúa con el propósito de ampliar el ámbito de aplicación del error de tipo. Solución que se apoya en argumentos político-criminales que aquí no se comparten⁴¹⁶.

Si bien, creo que el argumento político-criminal recién mencionado, está presente, de manera implícita, en los autores que incluyen la pretensión tributaria en el tipo, o sea, que esta construcción dogmática se basa en dicha consideración político-criminal (ya sea que se acoja la indiferencia o artificialidad en mayor o menor medida). Existe un número de autores que expresamente consideran estos argumentos político-criminales para tomar postura acerca de si la pretensión tributaria debería ser o no un elemento del tipo y no de la antijuridicidad.

Así lo expresa MUÑOZ CONDE, pues este autor considera que es preferible desde el punto de vista político-criminal, tratar estos errores como un *error de tipo* (siéndole, por lo tanto aplicables el art. 6 bis letra a), párrafos 1º y 2º⁴¹⁷), pues conllevaría a la

Tiedemann, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], 1995, ISBN 84-340-0697-9, págs. 441-452.

⁴¹⁶ Se debe tener en cuenta que “los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito”, esta aseveración, la cual le otorga un rol fundamental a la política-criminal en la configuración del hecho punible, es compartida en este lugar. El problema es que las consideraciones político-criminales que gran parte de la doctrina considera correctas, con respecto a los delitos económicos, simplemente, aquí no es compartida, pero no se pone en duda la labor configuradora del hecho punible por parte de consideraciones político-criminales, la cual ya ha sido esbozada desde hace mucho tiempo por ROXIN, en: ROXIN, Claus. “Política Criminal y sistema del derecho penal (Traducción e introducción: Muñoz Conde, Francisco)”. 2ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002., especialmente desde las págs. 43 y ss.

⁴¹⁷ Se debe recordar que al momento de analizar el error penal en el ámbito del derecho tributario y esbozar su teoría “*orientada a las consecuencias*”, el artículo que trataba el error en el ordenamiento

impunidad penal de los sujetos que incurran en dichos errores y, por lo tanto, tienen un *tratamiento penal más benigno* que en el caso de que sean tratados como un error de prohibición.

Esto se debe a que, según MUÑOZ CONDE, estos delitos son *delitos artificiales*, por lo que la intervención del Derecho Penal en estas materias debe reservarse para aquellos casos de abierta discrepancia, o sea, de casos que sean producto de un incumplimiento intencional, dejando los otros casos de incumplimiento más o menos negligente, para el ámbito del derecho administrativo sancionatorio.⁴¹⁸

A consideraciones similares llega MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ quien expresa: “por muy urgente que se considere la necesidad de identificar a los ciudadanos con la política fiscal del Estado, la intervención del Derecho penal en esta materia debe reservarse para aquellos casos de abierta discrepancia y, por lo tanto, de incumplimiento intencional de los deberes tributarios, dejando de lado los restantes casos más o menos negligentes de incumplimiento para el ámbito de las sanciones administrativas”.^{419 420}

Creo que dichas consideraciones de índole político-criminal son erróneas, pues tal como lo expresa HERNÁNDEZ BASUALTO: “La situación descrita permite fundamentar por sí sola una severa reacción frente a la delincuencia económica, aunque no sea más que por un elemental imperativo ético en orden a dotar de vigencia al principio de *igualdad ante la ley* frente a lo que representa una manifestación flagrante y escandalosa de una verdadera “justicia de clase”. Ciertamente no es tarea del sistema penal la promoción de la justicia social, pero sí al menos cabe exigirle que no se constituya en fuente de desigualdad, que es precisamente lo que se hace si

jurídico español era el art. 6 del Código Penal español. En la actualidad el error en materia penal está regulado en el art. 14 del Código Penal español.

⁴¹⁸ Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en derecho penal”. Op. Cit., p. 105.

⁴¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho penal económico: parte general.”. Op. Cit., pp. 187.

⁴²⁰ Esta razón político-criminal trazada por este autor, es sumamente coherente con su postura, considerando que uno de los problemas que ha tenido la doctrina penal en materia penal económica, según este autor, es que, en la parte general el código penal español (como también el alemán), posee una regulación general del error que se coincide con la teoría de la culpabilidad (artículo 14 del Código penal español). Por esta razón es que en materia de derecho penal económico se busca, de *lege lata*, “reducir la órbita de aplicación del error de prohibición”. Véase, Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho penal económico: parte general.”. Op. Cit., pp. 180 y ss.

persiste en ensañarse con conductas desviadas, características de las posibilidades de relación social de los sectores menos favorecidos y simplemente ignora aquellas equivalentes en el contexto de la relación de los sectores más acomodados”.⁴²¹

Concluyendo con este punto, estimo que no hay razones político-criminales que permitan fundamentar la inclusión de la *pretensión tributaria* dentro del tipo de defraudación tributaria. Con la consecuente ampliación del ámbito del error de tipo en desmedro del ámbito de aplicación del error de prohibición, para conseguir un “trato penal más benigno” o simplemente un mayor ámbito de impunidad penal.

IV.- Aplicación a casos.

Se considera que para conseguir una mejor labor pedagógica es necesario aplicar la toma de postura aquí defendida a casos concretos^{422, 423}

Durante la inspección dispuesta por la Administración de hacienda de la situación tributaria de una empresa X los inspectores actuantes sospechan seriamente que la declaración del impuesto sobre las sociedades de aquella, correspondientes al ejercicio de 2015, es incompleta o incorrecta, ya que en ellas se habrían deducido como cantidades empleadas en la conservación y reparación del activo material las empleadas en reemplazar maquinaria en buen funcionamiento por otra más moderna que permite aumentar la producción de una manera sustancial.

⁴²¹ Vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Perspectivas del derecho penal económico en Chile”. En: Revista persona y sociedad (de la Universidad Alberto Hurtado), Vol. 19, No. 1, 2005., p. 103. En una línea similar se puede ver: SCHÜNEMANN, Bernd. “Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”. En: Obras por Schünemann. Tomo II. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2009., pp. 13-40.

⁴²² El caso aquí expuesto, esta sacado de: BACIGALUPO, Enrique. “Curso de derecho penal económico”. 2ª Edición, Madrid; Barcelona, Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, 2005., pp. 487 y ss. Aquí solo se analiza el aspecto del error en materia de delitos tributarios, pues cualquier otro problema que se suscite en este ejemplo, relacionado con consideraciones especiales de la prueba o la autoría se dejen de lado.

⁴²³ Lo bueno de este ejemplo, creado por ENRIQUE BACIGALUPO, es que, a diferencia de varios de los ejemplos expuestos por otros autores, este no es tan vago y poco realista, como los de aquellos que siguen la teoría de que la pretensión tributaria es un elemento del tipo, por ejemplo, véase: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Derecho penal económico: parte general.”. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1998., p.184 (quien a su vez extrae el ejemplo de BACHMANN).

Los inspectores actuantes solicitaron al administrador la entrega de toda la documentación de la que dispusieran conforme a los artículos 35⁴²⁴ y 141 d)⁴²⁵ de la

⁴²⁴ **Artículo 35.** Obligados tributarios.

1. Son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias.

2. Entre otros, son obligados tributarios:

a) Los contribuyentes.

b) Los sustitutos del contribuyente.

c) Los obligados a realizar pagos fraccionados.

d) Los retenedores.

e) Los obligados a practicar ingresos a cuenta.

f) Los obligados a repercutir.

g) Los obligados a soportar la repercusión.

h) Los obligados a soportar la retención.

i) Los obligados a soportar los ingresos a cuenta.

j) Los sucesores.

k) Los beneficiarios de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias, cuando no tengan la condición de sujetos pasivos.

3. También tendrán el carácter de obligados tributarios aquellos a quienes la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias formales.

4. Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.

5. Tendrán asimismo el carácter de obligados tributarios los responsables a los que se refiere el artículo 41 de esta ley.

6. También tendrán la consideración de obligados tributarios aquellos a los que se pueda imponer obligaciones tributarias conforme a la normativa sobre asistencia mutua.

7. La concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por ley se disponga expresamente otra cosa.

Las leyes podrán establecer otros supuestos de solidaridad distintos del previsto en el párrafo anterior.

Cuando la Administración sólo conozca la identidad de un titular practicará y notificará las liquidaciones tributarias a nombre del mismo, quien vendrá obligado a satisfacerlas si no solicita su división. A tal

Ley General Tributaria Española (LGT). Entre los diversos documentos entregados, se encontraba un plan de ampliación de la producción en el que se hacía referencia a la renovación de maquinaria.

La inspección tributaria estimo que los hechos constituían *prima facie* una defraudación tributaria o fiscal de acuerdo a lo establecido en el art. 305 del Código Penal español, puesto que como consecuencia de la deducción considerada ***indebida*** en la cuota se dejaron de ingresar 150.000 euros.

efecto, para que proceda la división será indispensable que el solicitante facilite los datos personales y el domicilio de los restantes obligados al pago, así como la proporción en que cada uno de ellos participe en el dominio o derecho transmitido.

⁴²⁵ **Artículo 141.** La inspección tributaria.

La inspección tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a:

a) La investigación de los supuestos de hecho de las obligaciones tributarias para el descubrimiento de los que sean ignorados por la Administración.

b) La comprobación de la veracidad y exactitud de las declaraciones presentadas por los obligados tributarios.

c) La realización de actuaciones de obtención de información relacionadas con la aplicación de los tributos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 93 y 94 de esta ley.

d) La comprobación del valor de derechos, rentas, productos, bienes, patrimonios, empresas y demás elementos, cuando sea necesaria para la determinación de las obligaciones tributarias, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 134 y 135 de esta ley.

e) La comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, así como para la aplicación de regímenes tributarios especiales.

f) La información a los obligados tributarios con motivo de las actuaciones inspectoras sobre sus derechos y obligaciones tributarias y la forma en que deben cumplir estas últimas.

g) La práctica de las liquidaciones tributarias resultantes de sus actuaciones de comprobación e investigación.

h) La realización de actuaciones de comprobación limitada, conforme a lo establecido en los artículos 136 a 140 de esta ley.

i) El asesoramiento e informe a órganos de la Administración pública.

j) La realización de las intervenciones tributarias de carácter permanente o no permanente, que se regirán por lo dispuesto en su normativa específica y, en defecto de regulación expresa, por las normas de este capítulo con exclusión del artículo 149.

k) Las demás que se establezcan en otras disposiciones o se le encomienden por las autoridades competentes.

El señor M, quien era el administrador de la empresa X, durante la inspección manifestó que entendió que los gastos en la nueva maquinaria eran en realidad gastos de reparación, pues los asesores fiscales de la empresa le informaron que tales gastos eran asimilables a la conservación de material idóneo para la producción.

Uno de los requisitos para que los **gastos sean deducibles** en materia tributaria es que tengan una **correlación directa o indirecta con los ingresos** (o sea una correlación en sentido material, establecida en el art. 15 e) de la Ley de Impuestos a las Sociedades Española; y una correlación temporal, establecida en el art. 11.1 de la Ley de Impuestos a las Sociedades Española o LIS). Esto quiere decir que las cantidades empleadas para **la conservación**⁴²⁶ **y reparación**⁴²⁷ del inmovilizado material⁴²⁸ (dentro de este concepto se puede encontrar las maquinarias) son deducibles, no así las cantidades destinadas a las renovación⁴²⁹, ampliación⁴³⁰ y mejora^{431, 432}.

⁴²⁶ Definición de reparación: “*tiene por objeto mantener el activo en buenas condiciones de funcionamiento, manteniendo su capacidad productiva.*” (Definición extraída de: Resolución del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas, del 1 de Marzo del 2013., p. 8. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/03/08/pdfs/BOE-A-2013-2557.pdf>.)

⁴²⁷ Definición de reparación: “*el proceso por el que se vuelve a poner en condiciones de funcionamiento un activo inmovilizado.*” (Definición extraída de: Resolución del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas, del 1 de Marzo del 2013., p. 8. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/03/08/pdfs/BOE-A-2013-2557.pdf>.)

⁴²⁸ Definición del inmovilizado material: “*los elementos del activo destinados a servir de forma duradera en las actividades de la empresa, representados por bienes muebles o inmuebles, excepto los que deban ser clasificados como inversiones inmobiliarias.*” (Definición extraída de: Resolución del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas, del 1 de Marzo del 2013., p. 2. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/03/08/pdfs/BOE-A-2013-2557.pdf>.)

⁴²⁹ Definición de la renovación del inmovilizado material: “*es el conjunto de operaciones mediante las que se recuperan las características iniciales del bien objeto de renovación.*” (Definición extraída de: Resolución del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas, del 1 de Marzo del 2013., p. 9. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/03/08/pdfs/BOE-A-2013-2557.pdf>.)

⁴³⁰ Definición de la ampliación del inmovilizado material: “*consiste en un proceso mediante el cual se incorporan nuevos elementos a un inmovilizado, obteniéndose como consecuencia una mayor capacidad productiva.*” (Definición extraída de: Resolución del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas, del 1 de Marzo del 2013., p. 9. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/03/08/pdfs/BOE-A-2013-2557.pdf>.)

⁴³¹ Definición de la mejora del inmovilizado material: “*el conjunto de actividades mediante las que se produce una alteración en un elemento del inmovilizado, aumentando su anterior eficiencia productiva.*” (Definición extraída de: Resolución del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas, del 1 de Marzo del 2013., p. 9. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/03/08/pdfs/BOE-A-2013-2557.pdf>.)

⁴³² Si bien con anterioridad la ley 61/1978 de impuestos a las sociedades española expresamente establecía en su art. 13 letra g) sobre **Partidas deducibles**: “*Para la determinación de los rendimientos netos se deducirán, en su caso, de los rendimientos íntegros obtenidos por el sujeto pasivo los gastos*

En este lugar, se puede decir que el reemplazo de la maquinaria en buen funcionamiento por una más moderna que permita obtener una mayor capacidad o eficiencia productiva de manera considerable, no puede ser entendido como un gasto de conservación y reparación del inmovilizado material.

Las consideraciones expuestas anteriormente, permiten afirmar que las cantidades deducidas de la base imponible son contrarias a derecho, por lo que la conducta es típica y se ha incurrido en el tipo penal de la defraudación tributaria o fiscal del art. 305 del Código Penal Español.

Se debe tener en cuenta que la conducta del señor M es dolosa⁴³³, pues tenía “una posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo”⁴³⁴, pues según las circunstancias del caso poseía una *capacidad de acción* que le permitía, perfectamente, *evitar* la realización de la conducta típica concreta del art. 305 del Código Penal Español. Entonces, se le puede imputar perfectamente la conducta *dolosa*, ya que a partir de los diversos supuestos de hecho⁴³⁵ expuestos en el caso

necesarios para la obtención de aquéllos y el importe del deterioro sufrido por los bienes de que los ingresos procedan, entre los que pueden enumerarse los siguientes:

g) Las cantidades empleadas en la conservación y reparación del activo material, pero no las destinadas a su ampliación o mejora, y las cantidades que los empresarios dedicados a la pesca marítima y a la navegación marítima y aérea destinen a un fondo extraordinario de reparaciones derivadas de las revisiones generales a que obligatoriamente han de ser sometidos los buques y las aeronaves, en la cuantía que resulte justificada por las obligaciones a satisfacer en su día por el concepto indicado.”

La actual ley de impuestos a las sociedades española no contiene una disposición similar, pero aun así se puede considerar que esta distinción entre gastos de conservación (deducibles) y de mejoras (no deducibles), se sigue aplicando en la normativa española vigente, pues del art. 3.4 del Reglamento de la ley de impuestos de las sociedades en España o RIS, que **regula la amortización de elementos patrimoniales del inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias**, reconoce expresamente las renovaciones, ampliaciones y mejoras en el inmovilizado material. Por tanto, todavía se pueden considerar ingresos no constitutivos de gastos deducibles, pero que si pueden ser amortizados.

⁴³³ Se debe recordar que aquí se sigue la tesis de una imputación normativa estricta o pura, la cual fue esgrimida por: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. En: Pensar en derecho, 2012, 1., pp. 169-211.

⁴³⁴ Vid. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”. Op. Cit., p. 183.

⁴³⁵ Se debe recordar aquí, que los supuestos de hechos relevantes para el caso, deben ser determinados por **reglas prácticas**, gracias a las cuales se puede establecer las propiedades empíricas que serán traducibles a las propiedades normativas correspondientes, en este caso en particular dicha propiedad normativa es el dolo.

Por cuestiones de espacio, para no hacer más extenso este trabajo, es que no se analiza de manera especial este importante aspecto, se podría solamente enumerar que para poder imputar una conducta dolosa al señor M, aquí se recurrió a criterios como el de *los conocimientos mínimos, la transmisión de conocimiento, exteriorización del propio conocimiento, las características personales del sujeto*. Para

(entre ellos el estado psíquico denominado conocimiento de la noción de gasto y su efecto en la pretensión tributaria), se puede establecer mediante *reglas de correspondencia* que las propiedades empíricas del caso son traducibles a una conducta dolosa.

Por tanto, el señor M tuvo una posibilidad objetivamente privilegiada de conocer los *fundamentos o presupuestos de la prohibición*, que permitían determinar la *significación o relevancia social del hecho concreto*, con lo cual se podía conocer la prohibición del hecho mediante la *función de llamada* del tipo.

Se puede concluir, que mediante este ejemplo se demuestra que la falta de conocimiento actual y exacto acerca de la obligación o deber jurídico-tributario o el elemento de la pretensión jurídica, no es necesaria para poder imputar una conducta dolosa al señor M. Por tanto, la pretensión tributaria no forma parte del tipo objetivo.

En todo caso, si bien aquí no hay un error de tipo, puede haber un *error de subsunción* el cual es tratado, generalmente por la doctrina, como un error de prohibición.

En este caso el señor M consideró que los gastos efectuados en la nueva maquinaria eran gastos de conservación y reparación, pues así se lo habían informado sus asesores fiscales. Lo importante en este caso es determinar si el error de prohibición se puede considerar vencible o invencible.

Considerando que, debido a la complejidad actual en el manejo de grandes empresas, el señor M como administrador de la empresa X no debe conocer todos los aspectos del funcionamiento de la empresa. Para ello es común que en determinados ámbitos empresariales se **delegue conocimientos**⁴³⁶ a expertos, los cuales se encargan de comunicar, posteriormente, si la conducta en concreto está prohibida o no.

una mayor profundización sobre estos criterios véase: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Bogotá, Universidad externado de Colombia 2002., pp. 379 y ss., (siempre teniendo en cuenta que aquí no se trata de adscribir conocimientos, sino de hacer posible imputar dolo, aun cuando haya un déficit cognoscitivo que se considere como irracional).

⁴³⁶ Acerca del efecto de la delegación de conocimiento, en el error de prohibición, puede verse: ROXIN, Claus. "Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)". Madrid, Editorial Civitas, 1997., pp. 888 y ss.; JAKOBS, Günther. "Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción: Cuello, Joaquín; Serrano González, José Luis)". 2ª Edición,

Suponiendo que los asesores fiscales de la empresa X, ya habían trabajado durante mucho tiempo con la empresa y, además, no habían incurrido en asesorías fiscales erróneas. Entonces se puede decir que en estos casos de delegaciones del conocimiento, el señor M ha incurrido en un *error de prohibición inevitable o invencible*, ya que al delegar los conocimientos sobre la información tributaria referentes a la empresa X a asesores o expertos en dicha materia, no le cabe al señor M cuestionar la información obtenida de dichos asesores, aunque esta haya sido errónea en este caso concreto.⁴³⁷

BACIGALUPO considera que aquí hay un error de prohibición vencible, pues el art. 88.1 de la ley general tributaria española o LGT regula las consultas tributarias escritas, la cual expresa: “*Los obligados podrán formular a la Administración tributaria consultas respecto al régimen, la clasificación o la calificación tributaria que en cada caso les corresponda*”. El problema, es que si bien el señor M podría haber consultado a la administración tributaria sus dudas sobre la deducibilidad de los gastos efectuados en maquinarias, se debe tener en consideración su relación con los asesores fiscales de su empresa, la cual era de confianza y de bastante tiempo, por lo que el señor M no puede dudar en todos los casos de sus asesores fiscales, si es que no hay motivos razonables para ello, exigir lo contrario sería ir demasiado lejos⁴³⁸.

En conclusión, el error de subsunción que se da en este caso es un *error de prohibición vencible o inevitable*, pues debido a la información errónea otorgada por una fuente confiable (los asesores tributarios de la empresa X) el señor M tuvo un **déficit de motivación razonable**. Por tanto, se aplica el art. 14.3 del Código Penal Español el

Madrid, Marcial Pons, 1997., pp. 677 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Bogotá, Universidad externado de Colombia 2002., pp. 434 y ss. (Aunque este autor analiza este criterio de imputación con respecto al ámbito del dolo, no de la conciencia de la antijuridicidad, pero si se tiene en cuenta la diferencia entre estas dos categorías del delito, igualmente se puede aplicar dicho criterio al ámbito del error de prohibición).

⁴³⁷ Se debe tener en cuenta que, en este caso en particular, el señor M no pudo desvirtuar la información errónea proveniente de sus asesores fiscales, pues se subentiende que dichos asesores no le dieron una información fiscal burda la cual tiene por objetivo “bordear la ley” de manera evidente, o sea, se supone que los asesores fiscales no le informaron que su opinión acerca de la deducción de los gastos era controvertida o dudosa, ni pudo informarse mediante otras fuentes, pues se tiene una confianza justificada y razonable en la fuente de la información, o sea, en los asesores fiscales del señor M.

⁴³⁸ Aparte se debe tener en cuenta que la administración tributaria puede tener una interpretación particular de las leyes tributarias, las cuales pueden ser controvertidas en el ámbito de la jurisprudencia tributaria, o sea, las respuestas de la administración tributaria no son siempre absolutamente correctas.

cual excluye la culpabilidad de la conducta delictiva, por lo tanto, no hay responsabilidad penal del señor M.

Conclusión.

1.- La posición que se toma aquí en relación a la existencia de los elementos de “**valoración global del hecho**” postulados por ROXIN es que efectivamente existen, pero considero correcta la posición de JAKOBS de **relativizar** la distinción entre elementos normativos del tipo y los de valoración global del hecho. Con esta relativización tomo postura a favor de un **criterio cuantitativo** con respecto a la delimitación entre los elementos normativos del tipo y los elementos de valoración global del hecho.

Debido a esta diferencia cuantitativa de los elementos aquí mencionados, creo que los elementos de valoración global del hecho delimitan el tipo de injusto y, además, hacen una referencia al juicio de valor radicado en el ámbito de la antijuridicidad, pero la cual no abarca la totalidad de la antijuridicidad. Por lo que en ningún caso los elementos de valoración global del hecho producen la integración de las causas de justificación en el tipo.

Por último, en relación con este punto, estimo necesario dejar en claro que los distintos elementos que conforman los tipos (descriptivos, normativos, de valoración global del hecho, etc.), son relativizados en cuanto a su distinción, si bien estructuralmente pueden tener diferencias estas son meramente cuantitativas (y no cualitativas). Con esto se quiere resaltar lo realmente importante en este trabajo: lo cual **no es las diferentes estructuras que posean dichos elementos constitutivos del tipo, sino que, es la solución de qué, cuáles y cómo ciertos elementos deben ser abarcados por el dolo, y cómo esto repercute en el tratamiento del error sobre dichos elementos.**

2.- Se debe señalar que, para el correcto tratamiento del error sobre los elementos de valoración global del hecho, aquí se adhiere a una **teoría de la culpabilidad**. Para ello, es necesario delimitar de manera clara entre la tipicidad y la antijuridicidad, con el propósito de distinguir claramente entre *error de tipo* y *de prohibición*.

3.- se considera que el **objeto abarcado por el dolo** en los tipos que contienen elementos de valoración global del hecho (y en todos los tipos, posean o no los

mencionados elementos) debería ser precisamente **los presupuestos o el fundamento de la prohibición contenidos en el tipo**.

4.- El cómo se abarcan los objetos del dolo se puede resolver mediante la normativización del mismo, y en este trabajo se adopta la teoría efectuada por el jurista argentino PÉREZ BARBERÁ.

5.- Se concluye que los elementos “*indebidamente*” o “*hubieran debido*”, expresados en el tipo de la defraudación tributaria del Código Penal Español (art. 305 del CP Español), son elementos de *valoración global del hecho* y, que por lo tanto, cumplen una **función descriptiva del tipo**, gracias a la cual se puede configurar los presupuestos o fundamentos de la prohibición que son necesarios en el delito de defraudación tributaria. Pero, además, cumplen una **función de referencia general sobre la antijuridicidad**.

Sin embargo, para que cumplan dicha función descriptiva del tipo **no es necesario incorporar la “pretensión tributaria” o el “deber jurídico-tributario” en el tipo**, pues no es necesario para captar la relevancia o significación social del tipo.

Si bien, aquí no se tuvo mucha consideración al ordenamiento jurídico chileno, se podría decir que, a primera vista, se puede llegar a una conclusión similar en el ordenamiento jurídico penal tributario chileno, por ejemplo, con respecto al elemento “*no le correspondan*” manifestado en el art. 97 N°4 inc.3° del Código Tributario.

6.- **La función de referencia general sobre la antijuridicidad** de dichos elementos es denotar que estamos ante un ámbito regulado, en cual el aumento de riqueza puede no ser constitutivo de renta, por ejemplo, por considerarse rentas exentas y, por tanto, no generar el hecho imponible y la consecuente pretensión tributaria. Esto no quiere decir que *dichos elementos posean toda la carga de describir el tipo*, sino que, como es obvio, para poder llevar a cabo esta función descriptiva del tipo de manera exhaustiva, se requiere la concurrencia de todos los demás elementos que componen el tipo penal de la defraudación tributaria o fiscal (como, por ejemplo, el elemento central de este delito, el cual es el concepto de “*defraudación*”).

7.- Con respecto a la **función descriptiva del tipo**, con la consecuente determinación de los presupuestos o fundamentos de la prohibición, no requiere la incorporación de la *pretensión tributaria* o *deber jurídico-tributario* en el tipo. Debido a que la conducta fijada en el tipo del artículo 305 del Código Penal Español posee la suficiente significación social gracias a todos los elementos del tipo establecidos por el legislador en dicho delito, lo cual permite que opere la función de alerta del tipo de la cual se puede derivar la pretensión jurídico-tributaria.

8.- En conclusión, se considera en este lugar, que es posible la separación entre los presupuestos de la prohibición y la prohibición misma, por lo que es posible la aplicación tanto del error de tipo y del error de prohibición con respecto al delito de defraudación tributaria (art. 305 del Código Penal Español).

9.- Para defender la posición aquí adoptada, se expuso una serie de argumentos de índole dogmáticos y político-criminales.

- La relativización de los elementos del tipo objetivo.

- La Significación social de los presupuestos de la prohibición que componen el tipo.

- La Errónea distinción entre el ámbito de la imputación propio de los presupuestos objetivos de la prohibición y la imputación propia del ámbito de la prohibición misma.

- La Nula o escasa aplicación del error de prohibición en el delito de defraudación fiscal.

- La afirmación equivocada de que los delitos económicos (entre ellos el delito tributario), son indiferentes éticamente hablando o son delitos artificiales.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique. *“Curso de derecho penal económico”*. 2ª Edición, Madrid; Barcelona, Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. *“Tipo y error”*. Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. *“Derecho penal: parte general”*. 2ª edición, Buenos Aires, República Argentina, Hammurabi, 1999.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. *“Delitos tributarios y previsionales: régimen penal tributario, garantías procesales, evasión del pago de tributos simple y agravada, apropiación indebida de tributos, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, insolvencia fiscal fraudulenta, aprovechamiento indebido de subsidios, simulación dolosa de pagos, alteración dolosa de registros, incumplimiento absoluto de la obligación de llevar registros contables, omisiones y falsedades”*. Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *“El error de prohibición en el derecho penal económico”*. En: Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. 5, 2002, ISBN 84-481-3443-5, págs. 5489-5496.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *“Eficacia del error de derecho”*. En: Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo / coord. por Andrés Báez Moreno, Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois; Juan Arrieta Martínez de Pisón (dir.), Miguel Angel Collado Yurrita (dir.), Juan Zornoza Pérez (dir.), Vol. 2, 2010 (Tomo II), ISBN 978-84-9903-482-9, págs. 863-873.

BENEYTEZ MERINO, Luis. *“Comentario al artículo 14 del Código Penal”*. En: Capítulo I. De los delitos y las faltas (art. 10 a 18), del Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia / Director y autor C. Conde-Pumpido Fereiro; autores L. Beneytez Merino ... [et.al.] Edición: 2a. ed. Barcelona: Bosch, 2004., pp. 65-73.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *“Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social”*. En: Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, N°. 14, 2000., pp. 5-46

BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John. *“Curso de Derecho Penal. Tomo II Teoría del Delito”*. 2ª edición, Santiago, LexisNexis, Chile, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *“Lecciones de Derecho Penal”*. En: Obras Completas, Tomo I. Lima, Perú, ARA Editores, 2004.

CARO JOHN, José Antonio. “Imputación subjetiva”. En: Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales N°7, 2006., pp. 235-252.

CARO JOHN, José Antonio. “La normativización del Tipo Subjetivo en el ejemplo del dolo”. En: Revista derecho y sociedad de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, Perú, N°39, 2012., pp. 22-34.

CEREZO MIR, José. *“Derecho penal: parte general (lecciones 26-40)”*. 2ª Edición, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

CEREZO MIR, José. *“Curso de derecho penal español: parte general”*. 6ª Edición, Madrid, Tecnos, 1998 [4ª reimpresión, 2002].

CEREZO MIR, José. *“La regulación del error de prohibición en el código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”*. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 38, Fasc/Mes 2, 1985, págs. 277-284.

CISTERNA GONZÁLEZ, Ingrid. *“Las condiciones objetivas de punibilidad en el derecho penal chileno”*. Memoria (para postular al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. *“Derecho penal: parte general”*. 4ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *“De los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social”*. En: Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia/

Director y autores: C. Conde-Pumpido Ferreiro, autores; L. Benytez Merino... [et.al.]
2ª. Ed., Barcelona: Bosch, 2004., pp. 916-942.

CORDERO GONZÁLEZ, Eva María. *“El delito fiscal en el ordenamiento alemán”*. En: Crónica tributaria, ISSN 0210-2919, N° 123, 2007., pp. 69-96.

CÓRDOBA RODA, Juan. *“El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito”*. 2ª ed. Montevideo, Editorial B de F, 2013.

COUSIÑO MAC IVER, Luis. *“Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo III”*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

COUSO, Jaime. (2009). *“Culpabilidad y sujeto en la obra de Juan Bustos Ramirez”*. En: Revista de Estudios de la Justicia, N°11, 2009., pp. 153-179.

CURY, Enrique. *“Derecho penal. Parte general”*. 10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

DEL VILLAR BRITO, Waldo. *“Manual de derecho penal: parte general”*. Valparaíso, Chile, Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Escuela de Derecho, 1985.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel *“El error sobre elementos normativos del tipo penal”*. Madrid, España, La ley, 2008.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *“Los Elementos Normativos Del Tipo Penal Y La Teoría Del Error”*. En: Cuestiones actuales de la teoría del delito / Directores Diego-Manuel Luzón Peña ... [et al.]. Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, 1999, pp. 61-110.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *“En De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”*. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Núm. 07 (2005)., pp. 1-37.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *“Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad: Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal”*. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 4, 2009.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *“Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme 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 nichtvorsatzausschließendem Irrtum, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987, 597 págs.”* En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 3, 2011., pp.1-18.

FELIP I SABORIT, David. *Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal.* Barcelona, Atelier, 2000.

FÉLIX CÁRDENAS, Rodrigo. *“CONSIDERACIONES SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL O FRAUDE TRIBUTARIO (estudio comparado del Derecho Penal español y el Derecho Penal federal mexicano)”*. En: Revista de Derecho Penal Económico, Año 2009, Derecho Penal Tributario - III.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *“Delito y error: perspectiva político-criminal”*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1990.

FRISCH, Wolfgang. *“El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”*. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, Argentina, AD-HOC, 1999.

FRISTER Helmut. *“Derecho Penal parte general (Traducción Marcelo A. Sancinetti)”*. Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2011.

GAMBARDELLA D’ETIGNY, Maite. *“Una reconstrucción del bien jurídico patrimonio público en los delitos tributarios. El caso del art 97 n°4 inciso 3 del Código Tributario y la Nueva Clausula General de Antielusión.”*. Memoria (para postular al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016.

GARCÍA CAVERO, Percy. *“Derecho Penal Económico: Parte General”*. Lima, Perú, ARA Editores, 2003.

GARCÍA NOVOA, César. “*El delito fiscal. Aspectos jurídico-tributarios*”. Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, ISSN 1132-9947, Vol. 12, Nº 2, 2003., pp. 37-84.

GARRIDO MONTT, Mario. “*Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*”. 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. “*Teoría jurídica del delito: derecho penal, parte general*”. Madrid, Civitas, 1984.

GREEN, Stuart P. “Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco”. Madrid. España, Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

GRÜNWALD, Gerald. “*Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada*”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “*Perspectivas del derecho penal económico en Chile*”. En: Revista persona y sociedad (de la Universidad Alberto Hurtado), Vol. 19, No. 1, 2005., pp. 101-134.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “*Comentario Artículo 1º*”. En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia / Directores Jaime Couso, Hector Hernández; autores Miguel Cillero. [et al.]. Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Universidad Diego Portales, Programa de Derecho Penal, Facultad de Derecho, 2011.

HRUSCHKA, Joachim. “*Reglas de comportamiento y reglas de imputación*”. En: Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación (Sánchez Ostiz Gutiérrez, Pablo ... [et al.]). Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2005., pp. 27-39.

HRUSCHKA, Joachim. “Sobre la difícil prueba del dolo”. En: Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación (Sánchez Ostiz Gutiérrez, Pablo ... [et al.]). Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2005., pp. 145-156.

JAKOBS, Günther. “*Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción: Cuello, Joaquín; Serrano González, José Luis)*”. 2ª Edición, Madrid, Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. “*conocimiento y desconocimiento de la norma (Traducción: Marcelo A. Sancinetti)*”. En: Problemas capitales del derecho penal moderno / Günter Jakobs y Eberhard Struensee; [prólogo y presentación de Marcelo A. Sancinetti]. Buenos Aires, Hammurabi, 1998.

JAKOBS, Günther. “*Dolus Malus (Traducción: de Yamila Fakhouri Gómez)*”. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 4, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. “*Tratado de Derecho Penal: Parte General (Traducción: Olmedo Cardenete, Miguel)*”. 5ª Edición, Granada, Editorial Comares, 2002.

KAUFMANN, Armin. “*Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna (Traducción: Bacigalupo, Enrique; Garzón, Ernesto)*”. Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1977.

KAUFMANN, Armin. “*Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. (Traducción Joaquín Cuello)*”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, pp. 5-22.

KINDHÄUSER, Urs. “*Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico*”. En: Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], 1995, ISBN 84-340-0697-9, págs. 441-452

KINDHÄUSER, Urs. “*Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho*”. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999.

KINDHÄUSER, Urs. *“Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”*. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 1, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. *“Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Acerca de los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal”*. En: Anuario de Derecho Penal Económico 1, 2011., pp. 51-59.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; MENDOZA BUERGO, Blanca. *“Código Penal”*. Thomson/Civitas, Madrid, c[2004].

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *“Código penal alemán (traducido al español)”*. Colombia, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *“Curso de derecho penal: parte general”*. Madrid, Universitas, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *“El error sobre causas de justificación: algunas precisiones”*. En: Estudios penales. Barcelona, PPU, 1991, pp. 67-79.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *“Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación (Error sobre la ilegalidad de una detención intimidatoria de autoridad por funcionario)”*. En: Estudios penales. Barcelona, PPU, 1991, pp. 83-110.

MAIWALD, Manfred. *“Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario (traducción de Marcelo A. Sancinetti)”*. Buenos Aires, Argentina, AD-HOC., 1997.

MANSO PORTO, Teresa. *“Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal”*. Madrid, Dykinson, 1999.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *“Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”*. En: Revista de estudios de la justicia.--no.3 (2003), pp. 147-163.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *“La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”*. En: Revista de Estudios de la Justicia, [S.I.],

n. 4, ene. 2004. ISSN 0718-4735., pp. 137-175. Disponible en: <http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15039/15459>.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *"Norma e imputación como categorías del hecho punible"*, Revista de Estudios de la Justicia, Nº 12, Santiago, 2010., pp. 169-190.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *"Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno"*. En: Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV, Valdivia, 2011., pp. 87-115. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v24n1/art05.pdf>.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *"Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual"*, Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2011. (Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012), pp. 23-77.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *"Derecho penal económico: parte general."*. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1998.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *"Lección XXXI: Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social"*. En: Derecho penal: parte especial / Autores: Tomás Vives Antón, Enrique Orts Berenguer, Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac y Carlos Martínez-Buján Pérez. Edición 3ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010., pp. 523-540.

MAURACH, Reinhart. *"Derecho penal: parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible / Reinhart Maurach (actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf; traducción de la 7a. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch; supervisada por Edgardo A. Donna)"*. Buenos Aires, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994-95.

MERA, Jorge. *"Comentario Artículo 7º"*. En: Código Penal comentado: Libro primero (Arts. 1o. a 105): doctrina y jurisprudencia / Directores Jaime Couso, Hector Hernández; autores Miguel Cillero. [et al.]. Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Universidad Diego Portales, Programa de Derecho Penal, Facultad de Derecho, 2011.

MEZGER, Edmund. *“Derecho penal. Tomo I, parte general, libro de estudio (traducción de la 6a. edición alemana (1955) [v.1] [y] traducción de la 4a. edición alemana (1954) por el Dr. Conrado A. Finzi; prólogo del Dr. Ricardo C. Núñez)”*. Buenos Aires, editorial Bibliográfica Argentina, 1958-1959.

MIR PUIG, Santiago. *“Derecho Penal: Parte General”*. 9ª ed. / a cargo de Víctor Gómez Martín, Barcelona, Editorial REPERTOR, 2011.

MORALES PRATS, Fermín. “Título XIV: De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”: En: *Comentarios al nuevo código penal / Gonzalo Quintero Olivares (Director)*. 9ª edición, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011., pp. 1035-1133.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *“Derecho penal: parte general”*. 8ª Edición, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *“Derecho penal: parte especial”*. Edición: 18ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *“El error en derecho penal”*. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2003.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *“La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *“El delito de receptación Aduanera y la normativización del dolo”*. En: *Ius et Praxis*, ISSN 0717-2877, Vol. 14, N°. 1, 2008., pp. 49-85.

PAEFFGEN, Hans Ullrich. *“Observaciones acerca del error de tipo permisivo”*. En: *El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]*. Buenos Aires, AD-HOC, 1999.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *“Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”*. En: *Pensar en derecho*, 2012, 1., pp. 169-211.

PÉREZ ROYO, Fernando. *“Los delitos y las infracciones en materia tributaria”*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986.

POZO SILVA, Nelson. *“error de derecho penal y error de derecho extrapenal”*. En: Gaceta jurídica, volumen 287, año 2004.

PUPPE, Ingeborg. *“Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”*. En: El error en el derecho penal / Wolfgang Frisch ... [et al.]. Buenos Aires, AD-HOC, 1999.

QUERALT I JIMÉNEZ, Joan Josep. *“Derecho penal español, parte especial”*. 4ª edición, Barcelona, Atelier, 2002.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bogotá, Universidad externado de Colombia 2002.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *“De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”*. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2012., 1-11 pp.

RAMOS MEJÍA, Enrique. *“Las estructuras lógico-objetivas en el Derecho penal”*. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 24, Fasc/Mes 1, 1971, págs. 129-142.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *“Derecho penal: parte general”*. Madrid, Civitas, 1977.

ROXIN, Claus. *“Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico (Traducción: Bacigalupo, Enrique)”*. Buenos Aires: Depalma, 1979.

ROXIN, Claus. *“Política Criminal y sistema del derecho penal (Traducción e introducción: Muñoz Conde, Francisco)”*. 2ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. *“Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Traducción: Luzón, Diego; Díaz y García Conlledo, Miguel; De Vicente Remesal, Javier)”*. Madrid, Editorial Civitas, 1997.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. “Derecho Penal: parte especial. 10ª. Ed.: Madrid: DYKINSON, c2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. “*Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?*”. En: Obras por Schünemann. Tomo II. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2009., pp. 13-40.

SUAY HERNÁNDEZ, Blanca Celia. “*Los elementos normativos y el error*”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 44, Fasc/Mes 1, 1991, págs. 97-142.

TIEDEMANN, Klaus. “*Derecho penal económico: Introducción y parte general*” Coord: Abanto Vásquez, Manuel A. Lima, Perú, Grijley, 2009.

TORIO LÓPEZ, Ángel. “*El "error iuris". Perspectivas materiales y sistemáticas*”. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 28, Fasc/Mes 1, 1975, págs. 25-40. (En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788123>)

VALLE MUÑIZ, José Manuel. En: Comentarios al nuevo código penal / Gonzalo Quintero Olivares (Director). 9ª edición, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011.

VAN WEEZEL, Alex. “*Delitos Tributarios*”. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, reimpresión 2009.

VAN WEEZEL, Alex. “*Error y mero desconocimiento en derecho penal*”. Santiago, Chile, Legal Publishing, 2008.

WELZEL, Hans. “*Derecho penal alemán: parte general (traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)*”. 2ª Edición castellana, [basada en la 11a. ed. alemana], Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. “*El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista (Traducción: Cerezo Mir, José)*”. Barcelona, Ariel, 1964.

WELZEL, Hans. *“Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material (traducción del alemán por Felipe González Vicén)”*. 2ª Edición, 1971 (reimpresión 1979), Madrid, Editorial Aguilar, 1971.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *“Comentarios al art.6 bis a) CP.”*. En: Códigos penales españoles: recopilación y concordancias, Jacobo López Barja de Quiroga/ Luis Rodríguez Ramos (Coord.). Madrid, Akal, 1988.

Normativa Utilizada:

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Española.

Código Penal Chileno.

Código Penal Español.

Código Penal Alemán. Traducción efectuada por: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *“Código penal alemán (traducido al español)”*. Colombia, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1999.

Ley General Tributaria de España.

Ley de Impuesto a las sociedades de España.

Ley de Impuestos sobre la renta de las personas físicas o IRPF.

Código Tributario de Chile.

Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, del 1 de marzo del 2013. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/03/08/pdfs/BOE-A-2013-2557.pdf>.