

# 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)

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS\*

SUMARIO: I. *La regulación del error de prohibición en el derecho penal español y mexicano.* II. *El error sobre los elementos normativos.* III. *El error de prohibición y defraudación fiscal.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

## I. LA REGULACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL Y MEXICANO

A partir de la reforma penal de 1983 en España<sup>1</sup> se estableció la regulación legal del error relativo a la “creencia errónea... de estar obrando lícitamente”, aludido en el artículo 60. bis a), 3; el cual, siendo invencible, excluía la responsabilidad criminal, pero no siéndolo, obligaba a la aplicación de una pena atenuada inferior en uno o dos grados acorde con lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal.<sup>2</sup> Hoy día, la regulación

\* Profesor de derecho penal en la Escuela Libre de Derecho.

<sup>1</sup> David Felip i Saborit, *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2000, pp. 81 y ss., señala que, en realidad, la doctrina venía ya pronunciándose sobre el llamado error de tipo y el llamado error de prohibición, incluso dentro de posiciones causalistas, debatiéndose sobre la incursión de la denominada teoría de la culpabilidad propuesta por Hans Welzel en contraposición con la denominada teoría del dolo, siendo que el artículo 6 bis a) fue saludado como una confirmación legislativa de la teoría de la culpabilidad, visión que rápidamente se convirtió en mayoritaria entre la doctrina. Véase Cerezo Mir, José, “La regulación del error de prohibición en el Código Penal español”, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 109 y ss.

<sup>2</sup> Muñoz Conde, Francisco, *El error en el derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 22. En el artículo 66 se establecía una atenuación de la pena que resultaba obligatoria y que debía darse en uno o dos grados para el caso que concurriera una eximente incompleta.

del error de prohibición se contiene en el artículo 14.3 del vigente Código Penal,<sup>3</sup> que dice:

“Artículo 14.3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

Por su parte, la reforma mexicana de 1984<sup>4</sup> en el ámbito penal federal condujo a similares consecuencias, al insertar en el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal y en su artículo 15, fracción XI, conjuntamente con el error de tipo, el denominado error de prohibición. Sin embargo, a pesar de que se le reconocía efecto excluyente de ser *esencial e*

<sup>3</sup> Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, Akal/iure, 1998, p. 235, señala que en la regulación del artículo 14 CP respecto del error de tipo, el legislador ha operado con una falta de concepto, por lo que sostiene que ello no debe producir ningún cambio fundamental en relación con la aplicación del artículo 6 bis a) del anterior Código. En contra, Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2001, t. III, p. 134, destaca que no obstante la deficiencia que presenta en su tenor literal el artículo 14 del Código Penal que haría referencia únicamente a los elementos fácticos, pero no a los elementos normativos del tipo... en una interpretación teleológica hay que considerar, sin embargo, que el fin perseguido por la norma es la regulación del error sobre un elemento del tipo, y aunque la redacción es defectuosa se ha querido hacer referencia al error sobre cualquier elemento del hecho típico. Felip i Saborit, *op. cit.*, nota 1, pp. 88 y ss., incluso respecto del error de prohibición y en cuanto a la expresión utilizada en el artículo 14 «error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal» respecto de la que señala podría pensarse que se está excluyendo del error de tipo el tratamiento del error sobre los elementos normativos, no obstante refiere que desde todas las posiciones los pronunciamientos han sido tajantes en contra de ello y, por diversas vías, se aboga por el mantenimiento del error de tipo y de prohibición en las mismas condiciones que el anterior CP.

<sup>4</sup> Un aspecto significativo de esta reforma fue la derogación de la *presunción de dolo*, bajo cuya vigencia ninguna relevancia se concedía al entonces denominado error de derecho como causa de exclusión de la responsabilidad penal, sino tan sólo al error de hecho, bien como excluyente o bien como atenuante de la responsabilidad penal. Sin embargo, conviene destacar que desde 1980, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro Francisco Pavón Vasconcelos se había ya pronunciado, no obstante la inexistencia en ley de regulación expresa, sobre el error de tipo y el error de prohibición para eximir la responsabilidad penal. Así en las tesis: “Error de prohibición”, visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 139-144, 2a. parte, p. 88 y “Error de tipo y error de prohibición. Para ser eximente requiere ser invencible o insuperable”, visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 139-144, 2a. parte, p. 88.

*invencible*, ocurría, como refiere Moreno,<sup>5</sup> un grave problema, pues la propia reforma de 1984 también había incorporado un artículo 59 bis, que establecía: “que cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o sus alcances”, solamente atenuaba la pena —hasta la cuarta parte— o se imponía una medida de seguridad —tratamiento en libertad—. Siendo además que en ese precepto se limitaba el llamado “error de derecho” a que el sujeto se encuentre en una situación de “extremo atraso cultural y de aislamiento social”, de lo que se tenía que, por un lado, el artículo 15 reconocía efecto excluyente al error de prohibición invencible, mientras que, por su parte, el artículo 59 bis sólo le reconocía un efecto atenuante; pero, además, parecía que este último resultaba más desventajoso para quienes se encontraban en situación de atraso cultural y de aislamiento social, pues mientras que quien no sufría de ese atraso cultural o aislamiento social e incurría en error de prohibición invencible no era sancionado en términos del artículo 15, fracción XI, por el contrario, quien sí lo sufría, además de dichas circunstancias, como el indígena, no obstante actuar bajo el mismo error sólo alcanzaba una pena atenuada o bien, una condena sustituida por tratamiento en libertad.

Tras diez años de vigencia, el artículo 59 bis fue derogado en 1994, y en la reforma penal aquí ocurrida, el error de prohibición pasó a insertarse como causa de exclusión del delito en el artículo 15, fracción VIII, inciso B), del entonces Código Penal aplicable en el ámbito federal,<sup>6</sup> y cuyo texto se mantiene hoy en el vigente artículo 15, fracción VIII, inciso B), del Código Penal Federal, el cual es del siguiente tenor:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, A) ....ó B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código.

<sup>5</sup> Moreno Hernández, Moisés, “La regulación del error en la legislación penal mexicana”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, México, núm. especial, agosto de 1999, pp. 84 y ss.

<sup>6</sup> Regía todavía aquí el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Y el artículo 66 dispone:

Artículo 66. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII el artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trata.

A consecuencia, la inserción en ley en ambos ordenamientos de la exigencia del conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto de la pena dejó por detrás los viejos axiomas representativos de responsabilidad objetiva, manifestados como *error iuris nocet e ignorantia iuris non excusat*,<sup>7</sup> otorgando plena relevancia al error de prohibición invencible.

<sup>7</sup> Siempre invocados para restar eficacia excluyente al error de derecho al que no se le concedía relevancia jurídica, pues se presumía que el derecho era conocido. Cabe destacar que el proceso de incorporación o de reconocimiento legislativo pleno en México del error de prohibición fue muy tardío, pues a diferencia de España, en que su incorporación sucedió en 1983, en México no aconteció verdaderamente hasta 1994 con la desaparición del artículo 59 bis. Sobre su concepción, evolución y consecuencias en una breve referencia véase Moreno Hernández, *op. cit.*, nota 5, pp. 88 y 89. Sobre la situación en México antes de la reforma de 1994 véase Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*, México, Trillas, 1977, pp. 339 y ss., especialmente la referencia, como señala, a la situación que privaba en el ordenamiento penal mexicano que negaba a los sujetos el derecho a valorar el contenido de las normas penales, en orden a la antijuridicidad, lo que derivaba de la presunción de dolo del artículo 9o., que en su fracción III establecía que no se destruye la presunción dolosa de la conducta aunque el acusado pruebe que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla, pues la norma quedaría supeditada en su validez a la especial valoración que de ella hiciera cada sujeto. Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, t. I, 5a. ed. México, Antigua librería Robredo, 1960, p. 243, señalaba que el legislador mexicano mantenía la presunción de dolo para el *error iuris*, pues se presumía a pesar de que el acusado creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla, lo cual encontraba antecedente en el Código Penal de 1871, que mantenía igual presunción aunque el acusado probara “que ignoraba la ley” (artículo 10, fr. III), lo que se contuvo igualmente en el Código Penal de 1929 (artículo 15, fr. III), y todo ello apoyado en la sentencia *ignorantia legis non excusat*, Madrazo, Carlos, “Error de tipo y error de prohibición”, *Estudios Jurídicos*, núm. 19, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1985, pp. 44 y ss. Con relación a la reforma penal de 1984 sobre la incorporación del error de tipo y el error de prohibición, como la desaparición de la presunción de dolo, véase Porte Petit Candaudap, Celestino, “Reforma penal de 1984”, en *Hacia una reforma del sistema penal*, México, 1985, nota 2, pp. 384-390. En España véase Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, p. 66, destaca, respecto de tales principios, que su rigurosa aplicación se surtía en casos de alegar desconocimiento de que el hecho se encontraba prohibido por las normas jurídicas, es de-

El error de prohibición ocurre, como refieren Muñoz Conde-García Arán,<sup>8</sup> no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho, de ahí que pueda referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación).

Sin embargo, respecto a la diversa naturaleza del error de prohibición, se suscitó una polémica entre quienes participaban de una sistemática causalista en su versión clásica, como quienes lo hacen de un finalismo al estilo más puro u ortodoxo, pues se atribuyó al mismo una distinta naturaleza dogmática, como un tratamiento jurídico diverso, surgiendo así las denominadas “teoría del dolo” de la que participaban los causalistas clásicos y la “teoría de la culpabilidad” —del finalismo en su versión propuesta por Hans Welzel—.

Según los causalistas naturalistas, seguidores de la denominada “teoría del dolo”,<sup>9</sup> el error de prohibición hace “desaparecer el dolo”, y ello ocurre

cir, un error sobre la existencia de la prohibición legal. Cerezo Mir, *Curso... III*, pp. 116 y ss., quien refiere que la teoría del *error iuris nocet* —el error de derecho perjudica— se mantuvo en España hasta los años sesenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras invocarse la aplicación del artículo 2 del Código Civil, que en su redacción originaria establecía el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, pero se hacía una excepción en caso de error de derecho extrapenal. Del mismo: “La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal español”, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 86, respecto de la apreciación tal sólo del error sobre normas extrapenales, destacaba la imposibilidad de deslindar los casos en que el error versa sobre normas penales y extrapenales, como también que no era posible encontrar una explicación a la diferencia de tratamiento de una y otra clase de error. Como alude Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Barcelona, Reppertor, 1999, p. 570, el rechazo por la jurisprudencia de la virtualidad eximente o atenuante del «error de derecho» conoció una excepción: se admitía la eficacia del llamado «error de derecho extrapenal». Este concepto se refería al desconocimiento de normas jurídicas no penales que condicionaran la aplicación de la ley penal.

<sup>8</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 441.

<sup>9</sup> Esta postura es asumida por quienes participan de una sistemática causalista valorativa. En España es clara la afiliación a la misma de Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español. Parte general*, 10a. ed., Madrid, Dykinson, 1986, p. 625, que dice: Pero, si como pienso, el dolo, como *dolus malus*, esto es, integrado en la conciencia de la antijuridicidad, pertenece a la culpabilidad, no bastará un error esencial para excluir la responsabilidad criminal, puesto que si es vencible subsiste la imputación a título de culpa”.

en razón a que, como la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo, y el error de prohibición se relaciona con la conciencia de la antijuridicidad, cuando éste se presenta y es invencible lo que se excluye entonces es el dolo, con lo cual se llega a la misma consecuencia que si se tratara de un “error de tipo”, pues frente a su invencibilidad en ambos casos ni se afirma el dolo ni la imprudencia, y por tanto el hecho no puede ser sancionado; sin embargo, si el error es vencible subsistirá el delito imprudente siempre que el hecho admita esta forma de comisión. El dolo para esta teoría es considerado como un *dolus malus*, por comprender la conciencia de la antijuridicidad, exigiéndose un conocimiento actual del hecho como de su significado antijurídico.<sup>10</sup>

*Cursiva en texto original.* Cobo del Rosal M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 622 y ss., manifiestan que *el conocimiento de la significación antijurídica* de la conducta es elemento imprescindible del dolo, si éste se concibe, cual se ha hecho, como forma de la culpabilidad... de ahí deriva una importante consecuencia: el conocimiento de la significación antijurídica requerido por el dolo ha de ser, al igual que el conocimiento de los hechos, un *conocimiento actual*, sin que se satisfaga, como pretende un destacado sector de la doctrina, con un simple *conocimiento potencial*. En México, la adscripción a la teoría del dolo era dominante incluso con la reforma penal de 1984, que si bien refirió por vez primera al error de tipo y al error de prohibición en el artículo 15, fracción XI, del entonces vigente Código Penal, que aplicaba en el ámbito federal, contuvo el artículo 59 bis, así que no fue sino hasta la reforma de 1994 en que dada la prescripción legal la filiación no puede ser otra que a la teoría de la culpabilidad. Partidarios de la teoría del dolo se muestran Vela Treviño, *op. cit.*, nota 7, p. 344; Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, nota 7, p. 242; Madrazo, Carlos, *op. cit.*, nota 7, p. 58; Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito. Sistemas causalista y finalista*, 2a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 158, quien respecto del error de prohibición vencible se manifiesta a favor de sancionar como delito imprudente. González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 414-429. *Cfr.* Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Teoría legalista del delito. Propuesta de método de estudio*, México, Porrúa, 1989, p. 94, quien, singularmente no concede efecto eximente alguno al error de prohibición aun y cuando sea invencible, pues para dicho autor el error invencible significa la convicción de que la conducta que se realiza es lícita y, a su entender, si el inculpado estima o considera que no es delito en ley o que actúa bajo los supuestos de un derecho eximente, su actuar no es erróneo, es consciente. En tal caso, sostiene, su conducta sería atribuible como delito intencional. Sobre esta postura, que no es seguida por nadie, de no ser por quien la propone, vale decir que no se aprecia en sus postulados la afiliación a teoría alguna explicativa de la conciencia de la antijuridicidad, pues ni siquiera la teoría del dolo en su formulación estricta llega a tales consecuencias.

<sup>10</sup> Sobre la teoría del dolo y su crítica, Cerezo Mir, *Curso... III*, pp. 118-120, sobre todo su inviabilidad en razón a las graves lagunas de punibilidad que se presentan frente al sistema de *numerus clausus* adoptado en el artículo 12, CP. También Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, pp. 25-32. Lo mismo ocurre para el caso mexicano, en que esta teoría

La pertenencia de la conciencia de antijuridicidad al dolo en esta teoría exige para la misma un conocimiento igual que cualquier otro tipo de conocimiento requerido respecto de otros elementos que se hace necesario para imputar el hecho a título de dolo; esto es, un conocimiento “actual”, lo que dificulta por sí, no sólo desde el ámbito procesal su prueba, al requerir su verificación empírica, sino que en un plano político criminal conlleva a una solución inaceptable, pues en caso de que el mismo sea vencible, ocurre que bajo un sistema de *numerus clausus* respecto del delito imprudente llegaría a propiciar graves lagunas de punibilidad. Como una vía para buscar evitar tales consecuencias, se formuló la denominada “Teoría limitada del dolo”<sup>11</sup> que manteniendo la conciencia de la antijuridicidad como perteneciente al dolo pugna por un conocimiento “actual” para el dolo y un conocimiento “potencial” para la conciencia de la antijuridicidad, admitiendo así para el dolo mismo dos tipos de conocimiento buscando incluir aquí los casos de ceguera o enemistad hacia el derecho.<sup>12</sup>

Por el contrario, para la “teoría de la culpabilidad”<sup>13</sup> dado que la conciencia de la antijuridicidad no forma parte del dolo, sino que es elemento

frente a la adopción del sistema *numerus clausus* para los delitos culposos, según el artículo 60, párrafo segundo, del CPF, es inoperante al propiciar con ello, de la misma manera, lagunas de punibilidad inaceptables.

<sup>11</sup> Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, trad. de la 6a. ed. alemana (1955) por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, especialmente pp. 251 y 255.

<sup>12</sup> Como refieren Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, Madrid, Trotta, 1999, vol. II, p. 370, se trata de casos de desconocimientos groseros que implican ceguera jurídica, cuyo planteamiento no resiste ninguna argumentación, al carecer de fundamentación, pues esta teoría se encuentra en la necesidad de aceptar que en el dolo habrá dos momentos cognitivos diferentes, uno referido a la tipicidad de carácter *actual* y otro dirigido a la antijuridicidad de carácter inactual... con lo cual las objeciones son más contundentes, pues si se reconoce que los presupuestos son diferentes, quiere decir que hay estructuras diferentes, que no admiten entonces el mismo tratamiento y que la culpa de derecho es pura ficción jurídica. Para Cerezo Mir, *Curso... III*, p. 120, esta teoría denominada “Teoría de la ceguera jurídica” o “de la enemistad hacia el derecho” considera que el error sobre la antijuridicidad excluye el dolo salvo los supuestos de error burdo, craso, que revele en el sujeto una ceguera jurídica, una enemistad hacia el derecho que se considere incompatible con un “sano sentimiento popular” sobre lo que es lícito e ilícito, revela la influencia en ella de la escuela de Kiel, siendo rechazada por atentar contra la seguridad jurídica.

<sup>13</sup> Cerezo Mir, *Curso... III*, p. 133, destaca en España la afiliación a la misma por parte de la opinión dominante. *Cfr.* Quintero Olivares y Morales Prats, en Quintero Olivares, Gonzalo *et al.*, *Curso de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Cedecs Editores,



de la culpabilidad, el error de prohibición, al referirse al mismo, siendo invencible, si bien permite la afirmación del dolo o de la imprudencia, ello no ocurre con la culpabilidad, que se elimina; luego, el hecho no es sancionado. Por otro lado, si el error de prohibición es *vencible*, se sanciona con una pena atenuada, bien se trate de un injusto doloso o imprudente. El dolo, al estar desprovisto de la conciencia de antijuridicidad, es considerado como un “dolo neutro o natural”, que tan sólo comprende el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, como el querer su realización. Se exige entonces para la conciencia de antijuridicidad un conocimiento potencial, pues como refiere Muñoz Conde,<sup>14</sup> el conocimiento de la antijuridicidad al tener una naturaleza distinta al dolo no requiere el mismo grado de conciencia; el conocimiento de la antijuridicidad no tiene, por tanto, que ser actual, ya que puede ser simplemente potencial, importando no tanto la conciencia de la antijuridicidad en el momento del hecho como la posibilidad de haberla tenido, si se hubiese esforzado en ello el sujeto.

Para la “Teoría de la culpabilidad”, el error sobre la existencia de una causa de justificación o de su alcance es siempre error de prohibición; sin embargo, tratándose del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación se ofrece una solución diferente, según se adopte dicha teoría en su versión estricta “teoría estricta de la culpabilidad”,<sup>15</sup> o bien, en su

rial, 1997, p. 357, tras admitir que el tratamiento del error vencible de prohibición en la regulación española se acerca más a los postulados de la teoría de la culpabilidad, no obstante señalan que la posibilidad de reducir la pena hasta en dos grados conducirá prácticamente a la impunidad en muchos casos de error vencible, con lo que de hecho la actitud político-criminal ante el error vencible de prohibición, aun salvando la tesis defendida por los partidarios de la teoría de la culpabilidad, se acercará a lo propugnado por los seguidores de la teoría de dolo. En México, siguen la teoría de la culpabilidad Moreno Hernández, *op. cit.*, nota 5, pp. 90 y 92; González de la Vega, René, “La teoría finalista de la conducta”, *Reflexiones sobre el derecho mexicano. Estudios jurídicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 101; Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, pp. 564 y 566; Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, México, UNAM-Porrúa, 2003, pp. 395-397 y nota a pie 74, Jiménez Martínez, Javier, *Introducción a la teoría general del delito*, México, Ángel Editor, 2003, p. 331.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 33. Como refiere Mir Puig, *op. cit.*, nota 7, pp. 563 y ss., no importa aquí si el autor conoce o no conoce la prohibición, sino si podía o no conocerla.

<sup>15</sup> Como señala Cerezo Mir, *Curso... III*, pp. 123 y ss., es la teoría de Welzel a la que por el surgimiento de una variante de la misma “la teoría de la culpabilidad restringida” se le conoce como “teoría pura o estricta de la culpabilidad”, y cuya diferencia radica en



versión limitada “teoría limitada de la culpabilidad”,<sup>16</sup> pues para la primera estos casos deben ser tratados como un “error de prohibición”,<sup>17</sup> mientras que para la segunda, como un “error de tipo”.<sup>18</sup> En realidad, como refiere

el tratamiento del error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, pues según la teoría pura o estricta de la culpabilidad se trata de un error de prohibición; si es vencible se atenúa la pena del delito doloso, y si es invencible exime de responsabilidad penal. Según la teoría restringida de la culpabilidad, se trata de un error sobre un elemento negativo del tipo o debe tratarse como si lo fuera; si es vencible estamos ante un delito imprudente, o debe aplicarse la pena de dicho delito, y si es invencible exime la responsabilidad criminal. En ella, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos español y mexicano la atenuación de la pena tratándose de un error vencible de prohibición es optativa.

<sup>16</sup> Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*. 2, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 275, respecto de la misma, que cita como la que más se sigue por la doctrina de Alemania, señala que los casos de error sobre una causal de justificación..., si el error del autor consistió en que supuso una circunstancia de hecho inexistente, que en el caso de haber existido pudo excluir el ilícito o la responsabilidad por el hecho, debe tratarse como si fuera un error de tipo. En igual sentido, Mir Puig, *op. cit.*, nota 7, p. 565, señala que los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación conllevan bajo esta teoría al tratamiento que propugna la teoría del dolo: *impunidad o imprudencia, según que el error sea vencible o invencible*.

<sup>17</sup> Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 4a. ed., trad. de alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11a. ed. castellana, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 199, señala que la *suposición errónea de que concurre una causal de justificación constituye un caso de error de prohibición*. Sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una *causal de justificación* o crea erróneamente que concurre una causal de justificación que no está reconocida como tal por el derecho, en todos estos casos incurre en un error sobre la antijuridicidad de su realización dolosa típica. *Las cursivas son mías*. Moreno Hernández, *op. cit.* p. 89 a 91; Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, p. 57; Cerezo Mir, *Curso... III*, p. 121.

<sup>18</sup> Véase Terradillos Basoco, Juan, *La culpabilidad*, México, INDEPAC, 2002, p. 100, ya que en este caso el error incide sobre los hechos —no sobre el derecho aplicable— de ahí que debe tratarse como error de tipo, determinante de la impunidad si es invencible o de imprudencia si es vencible. Para Bustos y Hormazábal, *op. cit.*, nota 12, pp. 248-250, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación no es un error sobre la ilicitud del obrar, sino que debe recibir el tratamiento de un error de tipo; siendo para los mismos en definitiva que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación (sean descriptivos o normativos) es un error sobre un elemento esencial constitutivo de la infracción penal, por lo que incluso las causas de justificación putativas no son consideradas por estos autores como un supuesto de creencia errónea sobre la licitud del obrar. Mir Puig, *op. cit.*, nota 7, p. 572; Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte general*, I, trad. de la 2a. ed., alemana por Gladys Nancy Romero, Buenos Aires, Fabián J. di Plácido, 1999, pp. 159-161 y 181; Jescheck-Hans-Heinrich Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5a. ed., Granada, Comares, 2002, p. 499.

Cerezo,<sup>19</sup> la diferencia radica en el tratamiento del error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, pues según la teoría pura o estricta de la culpabilidad se trata de un error de prohibición; si es vencible se atenúa la pena del delito doloso, y si es invencible exime de responsabilidad penal. Según la teoría restringida de la culpabilidad, se trata de un error sobre un elemento negativo del tipo o debe tratarse como si lo fuera; si es vencible estamos ante un delito imprudente, o debe aplicarse la pena de dicho delito, y si es invencible exime la responsabilidad criminal.

La consideración de los partidarios de la denominada “teoría estricta de la culpabilidad” de estimar como un error de prohibición el que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación también ha sido objeto de atención por quienes participan de la denominada “teoría de los elementos negativos del tipo”,<sup>20</sup> según la cual, como refiere Agudelo,<sup>21</sup> la antijuridicidad está implicada en la tipicidad. Así, dada su construcción, a los partidarios de la misma les resulta evidente que el error bajo este supuesto ha de ser tratado como un error de tipo, pues si los presupuestos fácticos de las causas de justificación pertenecen al tipo como circunstancias negativas, y, por tanto, al ser parte de la tipicidad, el dolo debe estar referido a ellas, de ahí que su problemática queda inmersa dentro del error de ti-

<sup>19</sup> *Curso... III*, pp. 123 y ss.

<sup>20</sup> Principalmente en España Gimbernat Ordeig, Enrique, *Introducción a la parte general del derecho penal*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1979, pp. 33, 34, 48 y 49; Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español. Parte general*, 10a. ed., Madrid, Dykinson, 1986, pp. 432 y 457 al señalar que la culpabilidad es, como sabemos, siempre culpabilidad de una acción típicamente antijurídica, concepto sólo admisible para quien participa de la teoría de los elementos negativos del tipo; sin embargo, en la p. 625 de su obra, respecto del error sobre una causa de justificación putativa, sostiene que se trata de un supuesto de error de prohibición. Sobre esta teoría y sobre la cuestión que se analiza véase también Bustos-Hormazábal, *op. cit.*, nota 12, p. 372; Mir Puig, *op. cit.*, nota 7, p. 565; Terradillos, *op. cit.*, nota 18, p. 100. En México, parece adscribirse a la misma Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 16a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 256, al señalar que, para nosotros el llamado *error de tipo* versa también sobre la *antijuridicidad*. Quien en virtud de un error esencial e invencible cree atípica su actuación, indudablemente la considera *lícita*, acorde con el derecho, siendo en realidad contraria al mismo. Por ello definimos las eximentes putativas como las situaciones en las cuales el agente, en función de un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, estar amparado por una causa de justificación o bien que su conducta no es típica.

<sup>21</sup> Agudelo Betancur, Nodier, *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 2002, p. 74 y ss., por lo que, cuando se dice que existe tipicidad, es porque a su vez ya se han descartado las causas de justificación.

po,<sup>22</sup> lo que resulta evidente si se considera que las causas de justificación, para esta teoría, eliminan la tipicidad; luego, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es considerado por la misma como una causa de atipicidad.

En España, con la incorporación del error de prohibición al Código Penal, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia se han afiliado a la denominada “teoría estricta de la culpabilidad”, lo que incluso ha acontecido con relación a los presupuestos objetivos de una causa de justificación,<sup>23</sup> mientras que en México dicha afiliación es consecuencia de la previsión legal

<sup>22</sup> Como refiere Mir Puig, *op. cit.*, nota 7, p. 416, pues dicha teoría entiende que el “tipo” de la doctrina tradicional constituye sólo la *parte positiva* del tipo total de injusto, a la que debe añadirse la *parte negativa* representada por la no concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas por José Cerezo Mir, Ariel, 1964 (B de F, Montevideo 2001), p. 184 al respecto dice que de la tesis errónea de que las causas de justificación sean caracteres negativos del tipo y que su concurrencia excluya el tipo, se ha deducido la consecuencia, también equivocada, de que la legítima defensa putativa excluya el dolo (por ejemplo, el dolo de lesiones), pero como las causas de justificación no excluyen la tipicidad, sino sólo la antijuridicidad, la creencia errónea de que concurre una causa de justificación no excluye el dolo, sino sólo la conciencia de antijuridicidad. De ahí se deduce que los tres casos de creencia errónea de que concurre una causa de justificación son casos de error de prohibición.

<sup>23</sup> A decir de Cerezo Mir, *Curso... III*, p. 133, es la posición asumida mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. *Cfr.* Mir Puig, *op. cit.*, nota 7, p. 567, señalando con relación a su mayoritaria aceptación, que ello no significa que la teoría estricta de la culpabilidad sea preferible desde cualquier punto de vista, pues a la misma objeto encontrarse en *fase intermedia*, que dice hay que superar si se quiere llegar a *pleno reconocimiento* del significado del error de prohibición, por lo que considera que podría sostenerse que la teoría del dolo es más “avanzada” que la de la culpabilidad. Desde el punto de vista del derecho penal económico, Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo, Silvina, *Derecho penal económico*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 184, críticos hacia la teoría estricta de la culpabilidad, que señalan, es la adoptada por el legislador español en el artículo 14 CP, sostienen que la misma conlleva a una violación del principio de intervención mínima en tanto que supone una extensión del castigo a todos los supuestos de error vencible de prohibición, cuando es que en el derecho penal económico el conocimiento de la antijuridicidad depende exclusivamente del conocimiento de la norma, por lo que propugnan que el error vencible de prohibición debiera, en justicia, de conducir a la impunidad, por tratarse de delitos en los que la conciencia de la antijuridicidad depende del conocimiento de la norma (*delicta quia prohibita*), con lo que esta propia observación determinará el carácter invencible del error. En contra Terradillos, *op. cit.* nota 18, p. 103, nota 256, ya que la propuesta de que la decisión sobre lo que debiera conducir a la impunidad “en justicia”, es una decisión de la ley, no de sus intérpretes.

del artículo 15, fracción VIII, B), del Código Penal Federal, pues el legislador ha adoptado aquí el criterio postulado por dicha teoría.<sup>24</sup>

Así tenemos que, no obstante ser el error de prohibición un error sobre el conocimiento de la antijuridicidad, acontece que mientras que por un lado el legislador español lo refiere tan sólo a la “ilicitud del hecho” constitutivo de la infracción penal, el mexicano lo hace, por un lado, respecto de la “existencia o el alcance de la ley”, y por el otro, con relación a la “justificación de la conducta”. De ello se tiene que la falta de referencia expresa por parte del legislador español al error sobre los presupuestos de una causa de justificación conlleva a la doctrina y jurisprudencia a adoptar distintas posiciones, siendo la mayoritaria la que se pronuncia bajo estos casos por la existencia de un error de prohibición, y por ello, partidaria de la “teoría estricta o pura de la culpabilidad”, *a contrario sensu* de la postura de la minoría, que sostiene que para estos casos el tratamiento debe ser como un error de tipo.<sup>25</sup>

En cambio, la regulación mexicana sobre este aspecto se presenta como una clara adscripción a la “teoría estricta de la culpabilidad”,<sup>26</sup> y por tanto,

<sup>24</sup> La adscripción a la teoría del dolo era dominante en México hasta antes de 1994; sin embargo, con la reforma legal que incluyó por vez primera el tratamiento del error de prohibición, dada su configuración legal ha de seguirse la teoría estricta de la culpabilidad tal y como la formulara en Alemania Welzel, con la salvedad de que aquí la atenuación de la pena en caso de error de prohibición vencible en México *es obligatoria*. Cfr. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11a. ed., 4a. ed. castellana, trad. del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1977, pp. 196, 199 y 200.

<sup>25</sup> Muñoz Conde-García Arán, *op. cit.*, nota 8, p. 444 y ss., aluden que los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación... son, ante todo, elementos fácticos, para cuya apreciación no hace falta valoración jurídica alguna, por lo que sostienen que la misma clase de error representa creer erróneamente que se mata a un animal en lugar de alguna persona, que creer, erróneamente también, que esa persona es un agresor, pero mientras el error en el primer caso afecta a la calificación misma del hecho, el error en el segundo incide en la licitud del hecho ya calificado... por lo que el error de prohibición tanto si es directo (sobre la existencia de la norma prohibida) como si es indirecto (sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación) no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado.

<sup>26</sup> Como cita Moreno Hernández, *op. cit.*, nota 5, pp. 89-91, la llamada teoría estricta o pura de la culpabilidad ciertamente acepta que los casos de error sobre una causa de justificación se traten como error de prohibición, sin mayor distinción; mientras que para la denominada teoría limitada de la culpabilidad ello es así, siempre que se trate de error sobre la existencia de una causa de justificación o sobre sus límites, mas no respecto de

se ha de considerar el error sobre los presupuestos de una causa de justificación como un *error de prohibición*, pues aun y cuando el legislador no hace ningún distingo respecto a si ese error ha de versar sobre la existencia de una causa de justificación o sobre sus alcances, o bien sobre sus presupuestos objetivos, la referencia generalizada a ese tipo de error permite sostener que el mismo abarca los tres supuestos enunciados, ya que frente a su regulación expresa (aun y cuando sea en forma genérica) ha de entenderse que si el legislador hubiera querido otorgar a alguno de estos supuestos un distinto tratamiento así lo habría hecho, de ahí que hay que considerar que donde la ley no distingue no hay por qué hacerlo, y en estas condiciones debe entenderse que aun estando en presencia de un error sobre los presupuestos de una causa de justificación, éste debe ser tratado como un error de prohibición, que ya nada tiene que ver ni con el dolo ni con la culpa, los que, por cierto, han quedado en los hechos afirmados previamente, por lo que no existe razón en distinguir sus efectos, que no tienen que ver sino con la culpabilidad.<sup>27</sup> Por ello, no me parece adecuada la incorporación del debate español que este tipo de casos suscita en su legislación, lo que ocurre precisamente ante la falta de regulación expresa del supuesto por el mismo, razón por la cual tampoco me parece convincente la postura de Terradillos,<sup>28</sup> que se manifiesta sobre la regulación mexicana tratándose de casos en que exista creencia de estar actuando en forma justificada, o sea, bajo una causa de justificación putativa, como si se tratara de un error de tipo.

los casos en que el error versa sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (el sujeto cree que está siendo objeto de una agresión ilegítima cuando no es así), pues para este supuesto se inclina por el error de tipo sancionando como delito imprudente de ser el mismo vencible.

<sup>27</sup> En este sentido, la opinión de Moreno Hernández, *ibidem*, p. 92. Al respecto cabe aludir que si bien el error de prohibición suele ser por lo general de derecho, también puede ser un error de hecho, que es el que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Véase también Welzel, *Derecho penal...*, p. 197, y *El nuevo sistema*; Cerezo Mir, *Curso... III*, p. 121; Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 601.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, nota 18, p. 102, quien sostiene una lectura distinta del artículo 15, fracción VIII, b), del Código Penal Federal mexicano, al estimar que si bien se lee el precepto, el error contemplado *in fine* es error del sujeto sobre la justificación, no sobre su propia conducta. Ésta, con todos sus elementos fácticos concurrentes, es correctamente captada por quien, simplemente, yerra sobre la calificación jurídica de la misma. Yerra sobre el derecho. De modo que el error sobre los hechos debe llevarse al apartado a) de la misma fracción VIII, y ser tratado “como” error de tipo.

El error de prohibición ha de ser “invencible”<sup>29</sup> para que el mismo sea apreciado con plenitud de efectos; esto es, para eliminar la culpabilidad y, por tanto, la pena. Siendo “vencible”,<sup>30</sup> sólo produce la atenuación de la pena, pues el reproche no desaparece sino que también se ve atenuado.<sup>31</sup> En ambos casos, el dolo o la culpa quedan afirmados. Quedan excluidos

<sup>29</sup> Vela Treviño, *op. cit.*, nota 7, p. 358, destacaba que lo vencible del error radica en los hechos concurrentes con el acontecimiento que como conjunto de factores y circunstancias son causa de la anormal formación intelectual y, que además, en las particulares características de cada sujeto..., así, el error superable o vencible para unos no lo será para todos, de ello que el problema de lo vencible o invencible del error tenga que remitirse al juez, quien deberá valorar al caso las circunstancias en que el error se causó y la vencibilidad o invencibilidad del mismo. Sobre la vencibilidad del error de prohibición con amplitud véase Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de la 2a. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, pp. 884-892, que destaca los criterios de “reflexión” como de “información” como los aceptables para su determinación, debiendo ser atendido el motivo para reflexionar sobre la posible antijuridicidad de la conducta o para informarse al respecto.

<sup>30</sup> Madrazo, Carlos, *op. cit.*, nota 7, pp. 55 y ss., refiere que el error invencible será aquel en donde no puede exigírsele al sujeto que lo supere, señalando que la doctrina no ha logrado el establecimiento de reglas que permitan, a su vez, delimitar las fronteras o parámetros en donde se pueda exigir que el autor comprenda la antijuridicidad, dejando al examen de las circunstancias particulares de cada caso, profesión, grado de instrucción, cultura o la misma claridad de la ley, para llegar a determinar los linderos de la culpabilidad. Cerezo Mir, *Curso... III*, pp. 127 y ss., el error es vencible si el sujeto podía superarlo, es decir, podía haber conocido al antijuridicidad de su conducta, para lo cual, refiere, es preciso que dudara o tuviera razones para dudar de la licitud de la misma y la posibilidad de informarse adecuadamente. Zaffaroni, *op. cit.*, nota 27, p. 611, en general, sostiene que el error es vencible cuando el autor actúa en duda sobre la antijuridicidad, pero destaca también que no se pueden sentar reglas fijas que sean útiles en los casos límite y que la exigibilidad de comprensión, o sea, de vencibilidad del error, es cuestión que deberá determinarse en cada caso teniendo en cuenta las características personales, profesionales, el grado de instrucción, el medio cultural, las contradicciones de las resoluciones jurisprudenciales y administrativas, la oscuridad de la ley, la co-culpabilidad, etcétera. Donna, *op. cit.*, nota 16, pp. 281 y 297, no concede relevancia al error de prohibición si el autor actuó contando seriamente con que su acción no fuera prohibida; si actuó pensando en una posible prohibición. Sobre los requisitos de la evitabilidad refiere: 1) que el autor debe tener una clara posibilidad de conocer al antijuridicidad de su conducta; 2) debe haber tenido la ocasión concreta de saber la recta posibilidad de su acción, inversa a la asumida luego en contra de la norma, y 3) al autor le debe ser exigible la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su conducta.

<sup>31</sup> Como consecuencia de la aceptación de la teoría de la culpabilidad, derivado de la cual la conciencia de antijuridicidad no pertenece al dolo, sino a la culpabilidad como uno de sus elementos, de ahí que bajo los principios de la misma se ha de graduar su mayor o menor gravedad según el grado de reprochabilidad del autor, pues la existencia del

del mismo los casos en que el sujeto actúa en discrepancia respecto del alcance de las normas jurídicas prohibitivas, pues aquí conoce la norma, pero no la comparte al considerarla injusta, de ahí que la incumpla.<sup>32</sup>

## II. EL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS

Dolo es conocer y querer la realización de los elementos del tipo objetivo. Implica, como refieren Bustos-Hormazábal,<sup>33</sup> el conocimiento tanto de los elementos descriptivos como normativos, de ahí que puede recaer sobre de ellos, por lo que, para que dicho error surta efectos plenos como exitosamente requiere de congruencia típica. Dado que los primeros son, como se indica, descriptivos, el conocimiento exigido para los mismos es meramente sensorial,<sup>34</sup> mientras que para los segundos, en razón de exigir una valoración que se traduce en la comprensión de su sentido o significado conforme a las normas que los definen, se requiere de “una valoración paralela en la esfera del profano”.<sup>35</sup>

error de prohibición no elimina el dolo ni la culpa y, al ser vencible, no se produce la impunidad, sino la aplicación de una pena atenuada.

<sup>32</sup> Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, pp. 69 y ss., se trata, como cita el autor, de casos no de “creencia errónea”, sino de “creencia diferente” respecto del alcance de las normas jurídicas prohibitivas, que son incumplidas por el sujeto en abierta rebelión contra las mismas, por lo que no es factible invocar aquí un error de prohibición en tanto que el cumplimiento de ellas no se puede hacer depender de la voluntad de los sujetos.

<sup>33</sup> Por todos véase Bustos y Hormazábal, *op. cit.*, nota 12, p. 246.

<sup>34</sup> Como alude Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, t. II, p. 132, ello se debe a que se trata de elementos esencialmente perceptibles por los sentidos. Así por ejemplo, cuando se hace referencia a “mujer”, “muerte”, “vegetación”, “monte” “animales”, por lo que se trata de elementos en los cuales para su comprensión no resulta necesario acudir al orden normativo.

<sup>35</sup> Mezger, *op. cit.*, nota 11, p. 249; Cerezo Mir, *Curso... II*, pp. 132 y ss., como señala, son elementos normativos que requieren para su apreciación la realización de un juicio de valor o que son sólo susceptibles de valoración espiritual, respecto de los cuales no es necesario que el sujeto lleve a cabo una valoración o subsunción jurídicamente exacta, Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid, Editorial Universitas, 1996, p. 351, estos elementos requieren para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado el conocimiento de alguna norma (jurídica, social, ética o ético-social, etcetera), a la que el elemento está remitiendo. Se necesita, como alude Cuello Contreras, Joaquín, *El derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3a. ed., Madrid, Dykinson, 2002, p. 706, además de que el autor se represente dichos elementos en su aspecto fáctico, que haya realizado, al menos, una valoración, paralela a la del legislador, en la esfera del profano. Mir



El artículo 14.1 del Código Penal español hace referencia al error sobre “un hecho constitutivo de la infracción penal” del que exige que sea invencible.<sup>36</sup> Por su parte, el legislador penal mexicano en el ámbito federal refiere en el artículo 15, fracción VIII, inciso a), del ordenamiento punitivo, que se excluye el delito cuando la acción u omisión se realice bajo un error invencible “sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal”.

De ello se tiene que mientras el legislador penal español refiere al error sobre “elementos fácticos”, el mexicano opta por una vía más clara al referir a los “elementos esenciales del tipo”, lo que no quiere decir que aquél deje fuera de su alcance al error sobre los denominados elementos normativos,<sup>37</sup>

Puig, *op. cit.*, nota 7, p. 243, una valoración paralela en la esfera del profano significa que: 1) basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo a nivel del profano, es decir, del no especialista; 2) debe concretarse todavía más, acudiendo al mismo nivel social en que se halla el autor. Así, por ejemplo elementos que sólo se comprenden o son aprehendidos a través de un proceso de valoración, que puede ser de carácter sociocultural como las referencias a “obsceno” o, bien de carácter jurídico como por ejemplo “ajeno”, “servidor público”, “funcionario público”, “documento”.

<sup>36</sup> Esta referencia alude al denominado error de tipo.

<sup>37</sup> Terradillos, *op. cit.*, nota 18, pp. 104 y ss. sostiene que la palabra “hecho” del artículo 14 del Código Penal español puede entenderse no en su significación fáctica, sino normativa, como comprensiva de todo dato descrito en el tipo, sea de naturaleza fáctica, social o jurídica. *Cfr.* Bustos-Hormazábal, *op. cit.*, nota 12, p. 247, para los cuales, siendo en su opinión el error sobre el elemento normativo bien sea en el objeto sobre el que recae la valoración o sobre la valoración misma, se trata de un error sobre un elemento esencial de la infracción penal; sin embargo, como sostienen que el artículo 14.1, CP sólo se refiere a “hechos constitutivos de la infracción penal”, el supuesto que mencionan no se comprende en la descripción legal, por lo que frente a esto que ven como una “laguna” sostienen la aplicación por analogía al error sobre los elementos normativos, de las reglas del error reguladas en el artículo 14.1, CP, sin que entiendan que por ello se vulnere el principio de legalidad al tratarse de una analogía *in bonam partem*. Bacigalupo Zapater, *op. cit.*, nota 3, pp. 234, 235, 311 y 312, aun y cuando refiere que uno de los supuestos de error de prohibición puede provenir de la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista por el ordenamiento jurídico, señala que existe una tendencia que considera el error sobre los presupuestos de una causa de justificación como una hipótesis *sui generis* de error, en que se reúnen tanto elementos del error de prohibición como del tipo, y que por ello propone sea tratado como error de tipo con base en la aplicación analógica de las reglas de éste (es decir, según el artículo 14.1); no obstante, refiere que el legislador español en el artículo 14 CP guarda silencio sobre el tratamiento de los elementos normativos del tipo, de ahí que propugne aplicar por analogía *in bonam partem* a estos supuestos las reglas del error de tipo o bien de prohibición; dependiendo ello, según el caso, de la incidencia del error sobre los elementos positivos del delito. En contra de esta postura véase Cerezo Mir, *Curso... II*, p. 134, nota a pie 58, descarta la posibilidad de que se pueda acudir a la aplicación de la analogía *in bonam partem* con la regulación del error sobre un

ya que en ambos casos lo que se ha querido es considerar el error sobre los elementos del tipo objetivo; luego, han de considerarse incluidos aquéllos, pues también le son esenciales.

Los elementos normativos pueden encontrarse en el propio artículo que describe la conducta típica (como el “engaño” de la defraudación fiscal del artículo 108, CFF); puede ser también que se encuentren en un precepto distinto del ordenamiento (como la referencia a lo “ajeno” en el hurto, artículo 234, CPE, o a la “cosa mueble” en el delito de robo artículo 367, CPFM, que obligan a acudir al Código Civil para determinar el sentido de lo “ajeno” y de la cosa “mueble”); o que aparezca como un criterio cuantitativo del injusto, en el sentido de que el legislador no se conforma con cualquier acto que realice la conducta, sino que se limita a casos especialmente graves (por ejemplo la “imprudencia grave” del artículo 142.1, CPE, que circunscribe las más graves infracciones del deber de cuidado causantes de homicidio) como también ocurre en el artículo CPFM, 315 bis (homicidio “a propósito” de un robo o violación).<sup>38</sup>

El error que recae sobre los elementos normativos es un error de tipo.<sup>39</sup> Sin embargo, conviene soslayar con Cuello Contreras, que del conoci-

elemento del tipo en los supuestos de error sobre los elementos normativos, pues señala que en el nuevo Código Penal no cabe apreciar eximentes por analogía (en los supuestos de error invencible), en virtud de lo dispuesto por el artículo 4.3.

<sup>38</sup> Como destaca Díaz Miguel y García Conlledo, “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en Luzón Peña, Diego-Manuel *et al.*, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, McGraw-Hill, 1999), pp. 63 y ss., en realidad no existe consenso sobre qué sean los elementos normativos del tipo girando las definiciones y distinciones más clásicas en torno a dos polos: para unos, el criterio es la forma de aprehensión del objeto o proceso referido por el elemento típico, de modo que son descriptivos los elementos aprehensibles sensorialmente, por mera observación, mientras que serían normativos aquellos cuya aprehensión implica un proceso de valoración o de comprensión intelectual o espiritual por el propio sujeto o por el juez; para otros, lo definitorio es la referencia a las normas: si el elemento sólo se puede comprender por referencia a algún tipo de normas, estamos ante un elemento normativo del tipo.

<sup>39</sup> Véase Zaffaroni, Eugenio Raul, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 511, sostiene que en la posición correcta y limitada del poder punitivo se hallan los autores que, *salvo los casos de claras y redundantes referencias a la antijuridicidad*, consideran que todos los errores sobre elementos normativos del tipo son errores de tipo, posición a la que se afilia. Sostienen la existencia de un error de tipo: Welzel, *El nuevo sistema...*, nota 8, p. 178; Cerezo Mir, *Curso II...*, pp. 133 y ss.; Muñoz Conde-García Aran, *op. cit.*, nota 8, p. 313; Mir Puig..., *op. cit.* nota 7, pp. 572 y ss.; Quintero Olivares-Morales Prats, *op. cit.*, nota 13, p. 350; Roxin, *op. cit.*, nota 29, p. 460; Terradillos, *op. cit.*, nota 18, p. 105 y ss., siguen-

miento del elemento normativo, en ocasiones la línea entre el error de tipo y error de prohibición no es fácil de delimitar, pues el hecho de que respecto de un elemento de tal naturaleza el autor haya de conocer el sentido del orden normativo de referencia a tal elemento, conlleva a difíciles problemas delimitativos entre ambos tipos de error.<sup>40</sup>

do a Roxin considera más adecuado acudir aquí a la teoría de la culpabilidad por sobre la teoría del dolo, prefiriendo la aplicación de una pena atenuada en caso de vencibilidad del error, en ánimo de buscar evitar lo que denomina como una “absolución general” respecto de los casos en que no exista sanción por delito imprudente.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, nota 35, pp. 560 y 561, así refiere que siempre que el autor incorrectamente se haya representado el hecho como sustrato adecuado del orden normativo en el que se inserta el elemento, no realizará el elemento normativo y por tanto no actuará con dolo; así por ejemplo, refiere a quien ignora la validez del título por el cual ha adquirido la propiedad sobre algo, creyendo por tanto que es ajena, señalando que no actúa con dolo (de apropiación indebida). Pero si el autor ha entendido correctamente el hecho como sustrato del orden normativo en el que se inserta el elemento normativo, aunque especule erróneamente sobre dicho orden normativo si actúa con dolo (lo que puede dar lugar, a su vez, a un error de prohibición); así, por ejemplo, refiere a quien mata al perro del vecino pensando que no es cosa a efectos del derecho civil. Luzón Peña, *op. cit.*, nota 38, p. 449, considera con claridad el error sobre un elemento normativo, como error de tipo, cuando la equivocación o la ignorancia recae sobre el sustrato fáctico del elemento; sin embargo, frente a la complejidad que el problema suscita tratándose de que el error caiga sobre el significado normativo, en su caso jurídico, del elemento, aun en estos casos, se afilia a sostener que se estará frente a un error de tipo en razón a que el sujeto no puede comprender los presupuestos mismos de la prohibición. Para Bustos-Hormazábal, *op. cit.*, nota 12, p. 247, el error sobre un elemento normativo será error de tipo si recae sobre un elemento integrante de la infracción, tanto sobre su presupuesto como cuando está referido a su valoración propiamente tal; pero será un error sobre la ilicitud y aplicaría el artículo 14.3 sólo cuando el error atañe a la prohibición (o mandato), a la significación jurídica en el injusto de tal elemento normativo. *Cfr* Jeschek, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5a. ed., volumen primero, Granada, Comares, 2002, pp. 415 y 421, al presuponer el dolo el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, si falta el mismo en todo o parte se excluye el dolo, y habrá error de tipo; sin embargo, señala que en casos en que el autor conozca el contenido objetivo de un elemento del tipo, pero yerra sobre su significado jurídico-penal, se estará en presencia de un error de subsunción, que por tanto resulta irrelevante. En el mismo sentido Jeschek-Weigend, *op. cit.*, nota 18, pp. 328-330 y 337 y 338. *Cfr*. Roxin, *op. cit.*, nota 29, pp. 461 y ss., señala que si bien es cierto el error de subsunción no excluye nunca el dolo típico, y que errores de este tipo pueden presentarse prácticamente en todos los elementos normativos, no es correcto tampoco decir que las valoraciones erróneas podrían ser siempre errores de subsunción y, en su caso, de prohibición, pues ello dependerá: cuando el sentido social de una circunstancia del hecho es comprensible y se comprende sin conocimiento del concepto jurídico que la caracteriza, las falsas interpretaciones jurídicas (subsunciones erróneas) deja intacto el dolo. Cuando, por el contrario, una

Por otro lado, la proliferación de tipos que contiene elementos normativos-jurídicos<sup>41</sup> encuentra su razón, a decir de Zaffaroni,<sup>42</sup> en la llamada *administrativización* del derecho penal, pues, como señala, frente a los tipos penales construidos con elementos normativos-jurídicos, manteniendo que el error sobre los mismos debe ser tratado como un “error de tipo”, ello obsta a la extensión del poder punitivo al requerir de su conocimiento efectivo para configurar el dolo; de tal forma que, llevando el tratamiento del error al campo de la culpabilidad, como “error de prohibición”, la consecuencia sería, a lo menos, atenuación de la pena, puesto que, señala, “en la medida en que mayor sea el número de elementos normativos cuyo conocimiento se asigne a la potencialidad cognoscitiva (no conocimiento) propia del reproche normativo de la culpabilidad, menores serán las posibilidades del administrado de ampararse en el error en el supuesto de vencibilidad”.

En todo caso habrá que entender que un error de tipo “invencible” trae como consecuencia impunidad; mientras que si es “vencible”, la conducta realizada se sanciona como delito imprudente, si es que admite esta forma de comisión bajo el sistema de *numerus clausus* aceptado en ambas regulaciones,<sup>43</sup> de lo contrario, no habrá sanción que imponer.

concepción jurídica equivocada vela al sujeto el sentido social de su actuación (cree que se queda con una cosa propia en vez de una ajena, que protege a un inocente en vez de un criminal), tal error excluye el dolo en relación con el elemento normativo en cuestión.

<sup>41</sup> A nuestro entender, entendiendo por tales a los elementos normativos jurídicos distintos de los denominados como elementos del deber jurídico.

<sup>42</sup> *Derecho penal...*, p. 511, así destaca, por un lado, el enorme esfuerzo doctrinario para reducir el ámbito del error de tipo trasladando en diferente medida el conocimiento de los elementos normativos a la culpabilidad; y la política penal también con una *marcada tendencia a privilegiar al estado*, pues en la medida en que mayor sea el número de elementos normativos cuyo conocimiento potencial se exija, menor posibilidad existirá de ampararse en un error en caso de invencibilidad (que por ser de prohibición no excluiría el dolo); o bien, porque tratándose como error de tipo el que recae sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación permitiría al funcionario ampararse en una ausencia de dolo si se obra por error vencible; con lo que de esta manera y en síntesis asienta que “ambos esfuerzos doctrinarios coinciden en ampliar el poder punitivo en perjuicio del administrado en caso de vencibilidad y reducirlo en beneficio del administrador en el mismo supuesto. Pues por un lado bajo la primer premisa, se aplicaría una pena atenuada al tratarse de error de prohibición, y por el otro entendiendo que refiere aquí al funcionario de la mano de su ejemplo, porque que de esa manera no cabría imponer sanción por delito doloso en caso de error vencible si el mismo es llevado a nivel de tipo de tratarse el error sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación como error de tipo”.

<sup>43</sup> Así, los artículos 12 del Código Penal español y 60, segundo párrafo, del Código Penal Federal mexicano.

Un análisis distinto se encuentra tratándose de los “elementos del deber jurídico”,<sup>44</sup> que también son elementos normativos y que Welzel<sup>45</sup> concibiera como elementos especiales de la antijuridicidad, pero que, a diferencia de los elementos normativos del tipo, se relacionan con la antijuridicidad, en tanto que se vinculan directamente con el conocimiento de la misma. Como refiere Muñoz Conde,<sup>46</sup> son elementos integradores del tipo penal, pero que contienen una fuerte referencia de valoración jurídica.

Welzel<sup>47</sup> descubrió la categoría de los tipos abiertos, destacando que, a diferencia de los tipos normales (cerrados), indiciarios del injusto y que,

<sup>44</sup> No obstante ser así, conviene dejar sentado, como refiere Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 122 y ss., que se diferencian de otros elementos normativos (que denomina elementos normativos específicamente jurídicos) en que, si bien éstos son conceptos jurídicos *no son elementos del deber jurídico*, pues estos últimos se destacan con respecto de los otros *en su relación con la antijuridicidad*.

<sup>45</sup> Welzel, *El nuevo sistema...*, p. 180 y nota 31, así con relación a las referencias que aparecen en los tipos como “sin autorización” (artículo 277), “sin estar autorizado para ello” (artículo 341), al deber jurídico en los delitos de omisión y en los delitos culposos, por lo que refiere que el *deber* de garante en delitos impropios de omisión (conociendo la posición de garante), el deber de denuncia o de prestar ayuda en los artículos 138 y 330c (conociendo el plan de comisión del delito o el accidente) y sobre el deber del cuidado adecuado al tráfico en los delitos culposos, como el deber del cargo en los delitos de funcionarios, refiriendo a tales elementos como elementos especiales de la antijuridicidad. También en *Derecho penal...*, p. 198, que los refiere como “momento de la antijuridicidad”.

<sup>46</sup> Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, pp. 59 y ss., se refiere a ellos como “elementos recogidos en el tipo que claramente aluden a la antijuridicidad del hecho”. Cita así, por ejemplo, las referencias que en ciertos tipos penales se encuentran a “sin título o causa legítima” a “sin hallarse autorizado” a lo “debido” a “sin estar legítimamente autorizado” a “indebidamente”; así, refiere que lo que no favorece a la distinción entre el tipo y la antijuridicidad oscureciendo así el tratamiento del error, pues dichos elementos son al mismo tiempo elementos de la infracción penal, pero también caracterizan la antijuridicidad, por lo que la constatación de la tipicidad en los delitos que los contienen no es ya un mero indicio de la antijuridicidad, sino que equivale a su afirmación. Terradillos, *op. cit.*, nota 18, p. 103, refiere a los mismos como “términos de contenido normativo jurídico”. Cuello Contreras, *op. cit.*, nota 35, p. 560, refiere que dentro de los elementos normativos del tipo se incluyen los *elementos del deber jurídico*, como por ejemplo, el deber de garante en la omisión impropia.

<sup>47</sup> Así lo refiere Luzón Peña, *op. cit.*, nota 38, pp. 352 y ss., los tipos abiertos de modo excepcional exigen expresamente la antijuridicidad de la conducta, utilizando “elementos especiales de antijuridicidad” o “elementos del deber jurídico” y obligando con ello al juez a completar de ese modo la descripción típica, con lo cual remiten a la totalidad el ordenamiento jurídico, mientras que, a diferencia de los tipos con concretos

unidos a la ausencia de causas de justificación, ya significaban que hay injusto, hay algunos tipos penales —los abiertos— que de modo excepcional exigen expresamente la antijuridicidad de la conducta, utilizando “elementos especiales de antijuridicidad” o “elementos del deber jurídico”, y obli-gando con ello al juez a completar de ese modo la descripción típica, con lo cual remiten a la totalidad el ordenamiento jurídico. Para el mismo, como en los tipos abiertos no se encuentra descrita y de manera exhaustiva y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición, ocurre que el tipo aun no es un indicio del injusto, sino que el injusto sólo puede comprobarse desde la perspectiva de la antijuridicidad mediante la verificación positiva de elementos especiales de la antijuridicidad;<sup>48</sup> de esta manera, concibió los tipos abiertos como valorativamente neutrales, negando en ellos la función indiciaria de lo injusto, pues extrajo de los tipos con dichos elementos precisamente esos elementos de la antijuridicidad para trasladarlos a esta última, con lo cual los tipos particulares se convierten en valorativamente neutros,

elementos normativos o de las *leyes penales en blanco* en que opera una remisión para completar algún elemento típico, ésta se da respecto de normas concretas y no respecto de la totalidad del ordenamiento. Cuello Contreras, *op. cit.*, nota 35, pp. 504 y ss., destaca cómo Welzel, en su elaboración sobre la teoría del tipo como conjunto de elementos que fundamentan el injusto, que en la teoría de la antijuridicidad se contrapondrían a las causas de justificación, estableció una excepción constituida por los que denominó tipos abiertos y elementos del deber jurídico, para cuya realización habría que considerar, ya en el tipo de lo injusto elementos de la antijuridicidad. Stratenwerth, *op. cit.*, nota 18, pp. 123 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, pp. 298 y ss., quien, sin embargo, se manifiesta en contra de considerar la existencia de tipos abiertos, al estimar que todos los tipos son cerrados, pues de otra manera no podría realizarse la función-preventivo-general que cumple la tipicidad en la teoría del delito. Rechazan también la existencia de tipos abiertos: Jeschek, *op. cit.*, nota 40, p. 336, pues si el tipo se entiende como *clase* de injusto, puede sólo imaginarse como “cerrado”, ya que de lo contrario le faltaría precisamente, el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener *todos*, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito y que la *pregunta por la antijuridicidad* puede sólo plantearse de forma negativa, es decir, en el sentido de si se halla excluida por la presencia de causas de justificación. En el mismo sentido, Jescheck-Weigend, *op. cit.*, nota 18, p. 264. Cfr. Luzón Peña, *op. cit.*, nota 38, pp. 354 y ss., quien frente a la posición que señala que no existen los tipos abiertos, sostiene que (pese a todo) parece inadecuado hablar de “tipos cerrados” —como pretende Roxin, que dice que los tipos con elementos de valoración global son los “tipos más cerrados” imaginables—. Cobo-Vives, *op. cit.*, nota 34, p. 341.

en la misma medida en que los elementos valorativos desaparecen de ellos.<sup>49</sup>

Así, respecto de los tipos que presentaban tales elementos, el problema se centra en definir la frontera entre la tipicidad y la antijuridicidad, al insertarse por el legislador en algunos tipos elementos que aluden con claridad a la antijuridicidad del comportamiento. De esta manera, el tratamiento del error se hace difícil al encontrarnos frente a elementos integradores del tipo penal, pero que contienen una fuerte referencia de valoración jurídica.<sup>50</sup>

Dada la concepción de Welzel,<sup>51</sup> todo error sobre elementos especiales de la antijuridicidad debe ser tratado como error de prohibición, pues dichos elementos, aunque mencionados en el tipo, son elementos del deber jurídico, y, por lo tanto, de la antijuridicidad. En contra, Roxin,<sup>52</sup> desde su originaria concepción y ante la imposibilidad de incluir los “elementos del deber jurídico”, sólo en el tipo o sólo en la antijuridicidad, propuso su división de tal forma que la parte determinante del injusto se incluyera dentro de los elementos del tipo, y el elemento que contiene la antijuridicidad for-

<sup>49</sup> Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 70 y 78.

<sup>50</sup> Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, p. 59; Jescheck, *op. cit.*, nota 38, p. 337, denomina estos elementos como “elementos de valoración global del hecho” y señala respecto de ellos que son elementos del tipo que presuponen un supuesto de hecho individualizable, pero que al mismo tiempo se hallan configurados como juicios de valor generales y han recibido en tal condición tanto contenido normativo que prácticamente el tipo absorbería la antijuridicidad si el juicio de valor en sí mismo no se mantuviese separado de aquél y concebido como elemento positivo de la antijuridicidad. Alude Luzón Peña, *op. cit.*, p. 352, que el iniciador de la discusión respecto de la categoría de los tipos abiertos fue Welzel, quien destacó que, a diferencia de los tipos normales (o cerrados), indiciarios del injusto y que, unidos a la ausencia de causas de justificación, ya significaban que hay injusto, hay algunos tipos —los abiertos— que de modo excepcional exigen expresamente la antijuridicidad (con ese nombre o con otro nombre equivalente) de la conducta utilizando “elementos especiales de antijuridicidad” o “elementos del deber jurídico” y obligando con ello al juez a completar de ese modo la descripción típica, con lo cual remiten a la totalidad del ordenamiento jurídico.

<sup>51</sup> *Derecho penal...*, p. 198, y *El nuevo sistema...*, p. 180.

<sup>52</sup> *Teoría del...*, pp. 132, 212 y 214; en el origen de su planteamiento ya señalaba que los elementos del deber jurídico tenían una doble faz: por un lado, describían el hecho, y, por el otro, albergaban en sí el juicio de antijuridicidad. La propuesta que formulaba se basaba en la imposibilidad de incluir los “elementos del deber jurídico” sólo en el tipo, pues señalaba que con ello “tales elementos recargarían el tipo con elementos que le eran impropios”, pero también rechazaba incluirlos sólo en la antijuridicidad ya que “tratados sólo de esta manera privarían al tipo de circunstancias que le son propias”.



mal pasara a formar parte de la antijuridicidad; de esta manera, el error sobre un elemento del deber jurídico sería un error sobre el tipo siempre que la falsa representación se refiriera al elemento descriptivo y determinante de lo injusto; por el contrario, sería tratado como error de prohibición cuando el autor, con completo conocimiento de las circunstancias decisivas para lo injusto, yerra sobre la prohibición de la acción.

En su actual concepción, Roxin,<sup>53</sup> que refiere ya a los “elementos de valoración global del hecho” (antes elementos del deber jurídico) propone su descomposición, señalando que los presupuestos de la valoración global del hecho (tanto positivos como negativos) pertenecen al tipo, mientras que la propia valoración de conjunto corresponde al elemento “antijurídicamente”. Se trata de una postura que distingue el error sobre los presupuestos fundadores de la valoración de la conducta, y el error sobre la valoración global de la misma;<sup>54</sup> de esta manera, el tratamiento del error en razón a que lo que se cuestiona es el juicio de valor referido al supuesto de hecho,<sup>55</sup> es decir, en la medida de que lo que se cuestiona es el juicio de valor y no el contenido fáctico que le sirve de base, se está en presencia de un error de prohibición directo.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> *Derecho penal...*, pp. 300 y ss., como cita, en los tipos con elementos de valoración global del hecho todas las circunstancias materiales relevantes para enjuiciar la antijuridicidad (incluyendo la falta de requisitos para enjuiciar las causas de justificación) son elementos del “tipo global”; y sólo la valoración definitiva debe ubicarse en la antijuridicidad. En el mismo sentido, Jeschek, *op. cit.*, nota 40, p. 337, ha propuesto que dichos elementos se descompongan, por una parte, en las partes integrantes de los mismos (descriptivos y normativos) que afectan las bases del juicio de valor, y por otra parte, en el juicio de valor en sí mismo, con lo que la primera parte pertenece al tipo y la segunda a la antijuridicidad. Posteriormente, matizando esta postura Jeschek-Weigend, *op. cit.*, nota 18, p. 265, proponen que la solución en estos casos sólo puede residir en que las *circunstancias fácticas* que hacen aparecer al comportamiento del autor como reprochable pertenezcan al tipo, pero que su *valoración* como medida de su crecida reprobabilidad se emprenda en la fase de la antijuridicidad.

<sup>54</sup> Luzón Peña, *op. cit.*, nota 31, p. 353, la refiere como una posición intermedia entre las que, como la original atribuida en su construcción a Welzel sostiene el tratamiento del error de prohibición y aquellas que defienden el tratamiento del error de tipo tras de sostener que entre los requisitos de la descripción típica está la antijuridicidad, por lo que para el dolo resulta necesario el conocimiento de la antijuridicidad, de modo que su ignorancia, y no sólo la de sus circunstancias fundamentadoras, ha de tratarse como un error que excluye el dolo.

<sup>55</sup> Jescheck, *op. cit.*, nota 40, p. 627.

<sup>56</sup> Jescheck-Weigend, *op. cit.*, nota 18, p. 491.

Roxin,<sup>57</sup> acorde con el §17,<sup>58</sup> refiere que cuando un error concierne únicamente a la antijuridicidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición aun cuando se refiera a una circunstancia del hecho que bajo la apariencia de un elemento individual incluya en sí el juicio de antijuridicidad como tal, señalando que así sucede en los elementos de valoración global del hecho; no así si el error sobre la reprobabilidad<sup>59</sup> afecta no a la valoración global del hecho, sino a una circunstancia cuya concurrencia haría aparecer la actuación del sujeto como no reprobable, ya que aquí, señala, el error excluye el dolo sobre la reprobabilidad, pues no se refiere al propio juicio legal de antijuridicidad.

### III. EL ERROR DE PROHIBICIÓN Y DEFRAUDACIÓN FISCAL

El delito de defraudación fiscal en sus regulaciones mexicana y española que se analizan se inserta dentro del denominado derecho penal económico, en el cual la problemática del error cobra especial trascendencia, misma que, como cita Martínez-Bujan,<sup>60</sup> proviene de diversos aspectos

<sup>57</sup> *Derecho penal...*, pp. 463 y ss., Luzón Peña, *op. cit.*, nota 38, pp. 355 y ss., sustenta a la vez que también en los tipos abiertos debe distinguirse el conocimiento de los presupuestos de la valoración negativa global y consiguiente prohibición, que es siempre necesario para el dolo y cuya ausencia lo excluye como error de tipo... y conocimiento de la propia desvaloración global y prohibición jurídica de la conducta, que no es necesaria para el dolo, sino para la plena culpabilidad, por lo que el desconocimiento de la valoración misma no es sino un error de prohibición, que solo afecta la culpabilidad.

<sup>58</sup> Véase Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO. Emilio Eiranova Encinas (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2000, el texto del §17 dice: “Si al autor le falta, durante la comisión del hecho, la intención de cometer injusto, actuará sin culpa cuando no pudiese evitar ese error. Si pudiese evitar el error, la pena podrá ser atenuada según el § 49, apartado I”.

<sup>59</sup> Como cita Roxin, *Derecho penal...*, pp. 300 y ss., se trata de un elemento de valoración global del hecho que se encuentra en el delito de coacciones del § 240 II del Código Penal alemán, que refiere a que “deba considerarse reprobable la amenaza del mal para el fin perseguido”, señalando que el término reprobable” no es una descripción típica, sino que significa tanto como “de modo socialmente nocivo en grado intolerable”, o “materialmente antijurídico”, una valoración definitiva del injusto relativa a la totalidad del hecho, señalando que por eso la “reprobabilidad” como tal, exactamente igual que la “antijuridicidad”, no pertenece al tipo.

<sup>60</sup> Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 178-180.

que se pueden sintetizar en tres consideraciones particulares: 1) en el hecho de que, siendo este tipo de criminalidad que por regla general no se admite la comisión imprudente, cobra especial relevancia la distinción entre error de tipo y error de prohibición, ya que frente a la “vencibilidad” del primero se produce la impunidad, mientras que respecto del segundo la aplicación de una pena atenuada; 2) porque en la redacción de los tipos penales de este “derecho accesorio” se incluyen elementos normativos jurídicos o normas penales en blanco,<sup>61</sup> lo que conlleva a una complejidad mayor en el terreno del error, y 3) en razón a que la especificidad de la materia socioeconómica y la trascendencia del tratamiento del problema del error en la misma ha conllevado a un sector de la doctrina a proponer que el error vencible de prohibición en este ámbito reciba un trato diferente del que opera en el derecho penal nuclear, aduciendo razones dogmáticas y de políticacriminal; de ahí que se proponga que ese trato sea a la manera de un error de tipo vencible.

Como se ha señalado, la doctrina española acepta mayoritariamente la denominada “teoría estricta de la culpabilidad”, en tanto que, por lo que respecta a México, ello deriva de la regulación misma del error que se contiene en su legislación.<sup>62</sup> La consecuencia de esto es que en el ámbito del error de prohibición “vencible” se tiene por aceptada la conducta dolosa y se sanciona obligatoriamente en las dos regulaciones con una pena atenuada.

Por otro lado, la configuración de los tipos penales que se incrustan en el derecho penal económico, dada la especificidad de la materia socioeconómica respecto de la cual se construyen, opera bajo la técnica de remisión conocida como ley penal en blanco,<sup>63</sup> pues por tratarse de un delito de

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 126 y ss. Este autor, siguiendo a Silva Sánchez, identifica la ley penal en blanco con los elementos normativos jurídicos, al señalarlos como prácticamente coincidentes cuando se trata de elementos normativos jurídicos que remiten a auténticas proposiciones prescriptivas extrapenales (mandatos o prohibiciones) siempre que dichos elementos no puedan ser calificados como “elementos de valoración global del hecho”; no existiendo tal identificación o coincidencia si los elementos normativos jurídicos remiten a simples proposiciones descriptivas (definiciones ubicadas en una normativa extrapenal); con lo cual dicha identificación conlleva en consecuencia, desde el punto de vista dogmático, al mismo tratamiento en el ámbito del error.

<sup>62</sup> Véase *supra*, pp. 10-12 y nota 28.

<sup>63</sup> Desde la inicial concepción de ley penal en blanco, identificada como una noción o concepto estricto, o también denominado “leyes penales en blanco” “propias” se comprende el supuesto en que la ley penal hace remisión a una instancia legislativa inferior

omisión, su ilicitud se constituye por la infracción de un determinado deber que se recoge en la normativa tributaria no expresada en la ley penal,<sup>64</sup> por ello se hace necesario para la integración de sus elementos acudir a la intrincada y compleja normativa desarrollada por el legislador en el ámbito eminentemente fiscal; así, las referencias en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación a “contribución”; “beneficio indebido”; o en el artículo 305 del Código Penal español a “tributo” o a “beneficios fiscales”; lo relativo a su técnica en cuanto a qué actividad se encuentra por ellas gravada; el cómo y, quién es el obligado tributario respecto de las mismas; en qué momento se genera la obligación de tributar, etcétera, sólo puede ser conocido con la necesaria remisión que la ley penal en esta materia debe hacer al ámbito administrativo tributario con objeto de poder afirmar o no la presencia de los elementos típicos del delito.

En materia de error, la consideración de que se está en presencia de una ley penal en blanco, es decir, de un error que recae sobre la norma complementaria que es “integrante del tipo”, como refieren Jeschek-Wei-

(reglamento), o incluso a una disposición administrativa particular; mientras que, por otro lado, se pregona de una concepción más amplia, que se conoce como “ley penal en blanco” en sentido amplio o leyes penales en blanco “impropias” y que refiere a esta técnica ampliándola incluso a casos de remisión a otra ley extrapenal. Sobre esto véase Cury, Enrique, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988, pp. 38-50; Martínez-Buján, *op. cit.*, nota 60, pp. 122-124, con una referencia a las diversas clasificaciones ofrecidas en torno al concepto de ley penal en blanco.

<sup>64</sup> Esta tesis es la mayoritariamente suscrita. Así, Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, p. 97; Bacigalupo, “El delito fiscal en España”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, num. 56, 1979, p. 293, hace derivar esta conclusión del hecho de que el delito de defraudación fiscal se inserta dentro de los delitos de omisión, de ahí su naturaleza de *delitos de infracción de deber*, pues el contenido de su ilicitud está constituido por la infracción de un determinado deber de acción que es, al caso, el deber de cumplir con las “prestaciones patrimoniales de carácter público” (artículo 31.3, CE), en particular con los tributos, y como ese deber no lo expresa la ley penal, pues la conducta consiste en la infracción de una norma tributaria no expresa en el texto de la ley penal, para la aplicación del artículo 305 se precisa de acudir a la ley fiscal reguladora del tributo, pues en ella se define el *hecho imponible y obligación tributaria* que de él emerge. Bajo-Silvina Bacigalupo, *op. cit.*, nota 60, p. 223. En contra de considerar que se está en presencia de una ley penal en blanco, véase Joan J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte especial*, 4a. ed., Barcelona, Atelier, 2002, pp. 524 y ss., pues el que deba hacerse referencia a la legislación tributaria tomando conceptos de la misma, ya sea tomándolos, recreándolos, siguiendo o no sus pautas, *no quiere decir que se esté frente a una ley penal en blanco*, sino simplemente frente a *elementos normativos* del tipo.

gend<sup>65</sup> conlleva a sostener que rigen las reglas generales en materia de error; por lo cual, si la norma extrapenal complementa el tipo de injusto, el error que recae sobre dicha norma será un error de tipo,<sup>66</sup> dejando los supuestos de error de prohibición para verdaderos casos de excepción en la defraudación tributaria al ser difícil que el sujeto que realiza el tipo penal no conozca la antijuridicidad de su conducta;<sup>67</sup> pues como refiere Ro-

<sup>65</sup> *Op. cit.*, nota 18, p. 331, así señalan que el error sobre un elemento objetivo de la norma que complementa la ley penal en blanco será un error de tipo mientras que la equivocación acerca de la existencia de la norma de complemento es un error de prohibición. Welzel, *El nuevo sistema...*, p. 181, sostiene la aplicación de las reglas generales sobre el error; así, el que recae sobre una circunstancia del tipo (complementario) es un error sobre el tipo; y el error sobre la norma complementaria, como tal, es un error de prohibición. Del mismo, *Derecho penal...*, p. 198. Ranaño Martín, Ma. Asunción, *El delito de defraudación tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 96. Sobre la problemática que encierran la ley penal en blanco y su repercusión en el ámbito del derecho penal económico, véase Bacigalupo Zapater, Enrique, “La problemática de las leyes penales en blanco y su repercusión en el derecho penal económico”, *Curso de derecho penal económico*, Enrique Bacigalupo (dir.), Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 40 y ss.

<sup>66</sup> Véase Bajo-Silvina Bacigalupo, *op. cit.*, nota 23, p. 247, que así lo señalan destacando la opinión muy extendida en la doctrina respecto a que la normativa extrapenal que complementa a la ley penal en blanco se entiende que forma parte del tipo de injusto.

<sup>67</sup> Véase Ranaño Martín, *op. cit.*, nota 65, p. 103, pues incluso refiere que ello ha de ser así si se considera que a diferencia de otros tipos penales, en el delito de defraudación fiscal el conocimiento potencial de la antijuridicidad de la conducta consistente en el incumplimiento de obligaciones formales está inmerso en el mismo ordenamiento jurídico. Para Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, p. 995, es perfectamente posible pensar en el error de prohibición vencible, como cita en casos de desconocimiento negligente de determinados extremos que fundamentan la obligación de pagar, despreocupación por informarse adecuadamente etcétera. *Cfr.* Bajo-Silvina Bacigalupo, *op. cit.*, nota 23, pp. 246 y ss., que ven en los supuestos referidos por Muñoz Conde que sea dudoso que se esté en presencia de un error de prohibición, sino más bien que se trata de un error de tipo, por estar frente a elementos configuradores de la tipicidad; señalando, además, que ello no implica que no quede espacios al error de prohibición, que se producirá cuando el sujeto conocedor de la norma reguladora del deber de contribución desconoce que el incumplimiento de la misma está sancionado penalmente. Bacigalupo, *El delito fiscal en...*, p. 90, sostiene que en el caso del comportamiento omisivo en la defraudación tributaria, para el dolo del supuesto omisivo no es necesario que el autor conozca su deber de actuar, pues este aspecto se rige por las reglas del error de prohibición. Del mismo, “El delito fiscal”, *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Eduardo del Rosal Blasco (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 303, sustentando la tesis enunciada, en razón de que para este autor la *pretensión fiscal* es un elemento del deber (es decir, de la antijuridicidad) y no un elemento del tipo; luego, el error sobre la pretensión fiscal es un error de prohibición, pues señala que el dolo sólo requerirá conocer las circunstancias de los hechos imponibles, pero no el deber fiscal que de ellos se genera; fundamenta su tesis en que el conocimiento de

xin,<sup>68</sup> si bien es factible pensar en un error de esta naturaleza relacionado con las causas de justificación al suponer erróneamente que se actúa bajo el amparo de alguna de ellas, aun en esos supuestos le resulta discutible afirmar que el sujeto ha actuado queriendo eludir el deber jurídico tributario.

de las obligaciones fiscales en una sociedad moderna, en la que todos tienen el deber de contribuir al gasto público, 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. También Bacigalupo Zapater, Enrique, “El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición”, *Comentarios a la legislación penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal, coord. Miguel Bajo Fernández. *La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 1 (libro I del Código Penal), *Revista de Derecho Público*, Madrid, 1983, p. 69, por lo que opta en poner acento a la valoración en la solución que permite una mejor distribución de riesgos de la vida social, que señala como la posición minoritaria (que es la propuesta por Welzel y seguida por Armin Kauffman de considerar el error sobre los especiales elementos de la antijuridicidad como error de prohibición), porque exige al autor un mayor cuidado frente a las consecuencias de su acción respecto de otras personas o de los bienes jurídicos de otras personas. Cfr. Martínez Pérez, Carlos, *El delito fiscal*, Editorial Montecorvo, 1981, p. 304, refiriendo al anterior adjetivo “ilícito” sustituido hoy por el diverso «indebido», señala que se trata de una especial característica de la antijuridicidad, de ahí que no pertenezca al tipo, por lo que el error sobre del mismo es un error de prohibición. En el mismo sentido, Rodríguez Mourullo, Gonzalo, “El nuevo delito fiscal”, *Revista Española de Derecho Fiscal*, Madrid, núm. 15/16, 1977, p. 721, también respecto del anterior artículo 319 del CPE en cuanto a la referencia que se hacía al disfrute “ilícito” (cabe la misma observación a la referencia actual a lo “indebido”) que la refiere como una especial característica de la antijuridicidad que si bien incrustada en la descripción del hecho típico, no pertenece al tipo, al tratarse de una característica que se *identifica* ya con el juicio mismo de antijuridicidad, por lo cual el error sobre la misma es un error de prohibición.

<sup>68</sup> *Derecho penal*, pp. 464 y ss., y nota 150, pues para el mismo, en delitos como el fraude fiscal, §370 AO, es difícilmente posible un error de prohibición, porque el conocimiento de la deuda tributaria implica necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad en aquel que no cumple sus obligaciones, pues como sostiene; en aquellos casos en que, para comprender el sentido social de la conducta, se ha de haber efectuado la valoración jurídica, tal valoración pertenece también al dolo aun y cuando sea prácticamente idéntica al juicio de antijuridicidad, tal y como ocurre en el delito de fraude fiscal, en el que 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. También, Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 188. Conocimiento de la deuda tributaria implica necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad en aquel que no cumple sus obligaciones, pues como sostiene: en aquellos casos en que, para comprender el sentido social de la conducta, se ha de haber efectuado la valoración jurídica, tal valoración pertenece también al dolo aun y cuando sea prácticamente idéntica al juicio de antijuridicidad, tal y como ocurre en el delito de fraude fiscal, en el que 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. También, Martínez-Buján, *op. cit.*, nota 60, p. 188.

Es común encontrar en los tipos penales del derecho penal “accesorio”, elementos normativos jurídicos<sup>69</sup> que no hacen referencia a la antijuridicidad, como cuando se alude a “engaños”; “aprovechamiento de errores”; “pago provisional”; “pago definitivo” en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación; pero pueden existir también elementos normativos jurídicos que refieren ya a la antijuridicidad del comportamiento,<sup>70</sup> como es el caso del elemento “indebidamente” del artículo 305 del Código Penal español, que en opinión de Muñoz Conde,<sup>71</sup> no obstante mencionarse expresamente en el tipo con relación al “disfrute indebido de beneficios fiscales” es un elemento común tanto para el “disfrute indebido de beneficios fiscales” como para la “elusión de pago de tributos”, al resultar evidente que sólo la elusión indebida puede ser objeto de sanción penal.<sup>72</sup> Por su parte, en el tipo penal de defraudación fiscal en México<sup>73</sup> la referencia a lo “indebido” pareciera no serlo respecto de la conducta prohibida, es decir, de la “obtención”, sino con relación al “beneficio” que el legislador señala ha de ser “indebido”, con lo cual supondría considerar que éste no guarde relación con el comportamiento del activo del cual tan sólo se precisa que medien “engaños” o “aprovechamiento de errores”, sino con el objeto material.

Se trata, a nuestro entender, de un problema de técnica legislativa en el cual acontece que el legislador penal, en lugar de haber calificado al “bene-

<sup>69</sup> Que son conceptos jurídicos, pero que no son elementos del deber jurídico, al no guardar relación con la antijuridicidad.

<sup>70</sup> Denominados anteriormente como elementos del deber jurídico o elementos especiales de la antijuridicidad o momentos de la antijuridicidad y que hoy se denominan como elementos de valoración global del hecho.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, nota 2, p. 98.

<sup>72</sup> El artículo 305.1 del Código Penal español dispone: “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 de retribuciones en especie *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 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”. Como se aprecia del texto transcrito, el mismo hace referencia a la *obtención indebida* de devoluciones, pero también al disfrute de beneficios fiscales que se hubieren *obtenido indebidamente* (el agregado es mío).

<sup>73</sup> El artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, en su primer párrafo, dice: “Comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un *beneficio indebido* con perjuicio del fisco federal”.



ficio” de “indebido”, debió utilizar esa referencia respecto de la conducta, y aludir así a la “obtención indebida” de un “beneficio”, con lo cual “lo indebido” se constituiría como un referente a la antijuridicidad de aquélla, pudiéndose así resolver al caso concreto sobre el carácter antijurídico del comportamiento, consistente en obtener un beneficio conforme a la prohibición del tipo.

A pesar de ello, una correcta interpretación del tipo penal permite desterrar la idea de que no se está en presencia de un elemento que refiera a la antijuridicidad del comportamiento,<sup>74</sup> pues de ser así, habría que entender que lo “indebido” se estaría refiriendo a la “obtención del beneficio” y no a este último, ya que ciertamente todo “beneficio” es en principio “debido” al sustentarse en ley; ello conduciría a sostener que la defraudación fiscal que aquí alude el legislador sería de imposible realización, pues si lo que se sanciona es la obtención de un “beneficio” que se califica como “indebido”, no sólo la falta de previsión legal acerca de cuáles beneficios así han de ser considerados, sino el hecho de que todos los beneficios previstos en ley son precisamente lo contrario (...son debidos...), imposibilitaría la comisión del delito en cuestión.

Sin embargo, repito, una adecuada interpretación del precepto —no obstante la deficiente técnica legislativa empleada en el mismo— conduce a considerar que la referencia del legislador mexicano a lo “indebido” debe tenerse dirigida al comportamiento desplegado para obtener un beneficio en perjuicio del fisco federal, por lo que el elemento “indebido” del artículo 108 del CFF es también una referencia a la antijuridicidad del comportamiento.

A su vez, en la construcción típica de las figuras delictivas del derecho penal económico se presentan las llamadas cláusulas de autorización.<sup>75</sup>

Lo anteriormente expresado obliga a mantener una posición de alerta frente al contenido y alcance de la amplia e intrincada normativa extrapeenal, muchas veces mal interpretada y aun hasta ignorada o divergente entre la opinión de “los expertos”, de ahí que esa exigencia cobre una magnitud

<sup>74</sup> Véase González-Salas Campos, Raúl, *Los delitos fiscales*, México, Pereznieto Editores, 1995, pp. 77 y ss., a quien le resulta más atinado utilizar la expresión “ilícito” en lugar de “indebido”, lo que en su opinión llevaría a una especial referencia de la antijuridicidad. Véase Torres López, Mario Alberto, *Teoría y práctica de los delitos fiscales*, México, Porrúa, 2001, p. 149, nota 293, que sostiene que la figura delictiva analizada fue creada para abarcar el comportamiento fraudulento de las personas en la devolución de contribuciones, al serle difícil encontrar otra hipótesis diversa de la que consiste en la devolución de impuestos.

<sup>75</sup> Que son actos de naturaleza administrativa en los que consta la autorización.

tal que el conocimiento de lo prohibido, como refieren Bajo-Silvina Bacigalupo,<sup>76</sup> se haga depender de las reglas ético-sociales que rigen el comportamiento en la comunidad, lo que sin duda se traduce en una excesiva intromisión del poder penal del Estado frente a los derechos fundamentales del individuo.

Esta innegable realidad ha propiciado la consideración de que el tratamiento del error de prohibición “vencible” que se efectúa en el ámbito de la delincuencia tradicional no deba ser el mismo que debe asignarse a las figuras delictivas del derecho penal económico; por el contrario, se propugna atemperar la severidad a que conduce aquí la “teoría de la culpabilidad”.<sup>77</sup> Esta postura, más acorde con la actualidad, se aparta de aquella que considera que todo error sobre un elemento normativo del tipo es error de tipo, por encontrarse precisamente dicho elemento dentro del tipo.<sup>78</sup>

En una propuesta de *lege lata*, Martínez-Buján<sup>79</sup> refiere a la postura que califica de mayoritaria en la doctrina alemana que gana adeptos en la española que, más allá de pretender incidir sobre la vencibilidad o no del error,

<sup>76</sup> *Op. cit.*, nota 23, p. 185. Sosteniendo igual postura, véase Bajo-Suárez, “Delitos contra la Hacienda pública”, en Bajo Fernández, Miguel *et al.*, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 585. Al respecto, *cf.* la opinión de Terradillos, *op. cit.*, nota 256, p. 103.

<sup>77</sup> Así, Cerezo Mir, José, “La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, serie 1, núm. 3, mayo-agosto de MCMLXXXV, p. 284, desde la regulación anterior del error de prohibición del artículo 6 bis a), tercer párrafo del Código Penal español, señalaba la posibilidad de su reforma para que en el ámbito de los delitos monetarios y en general del llamado derecho penal administrativo, en casos en que el error vencible de prohibición fuera difícilmente evitable se admitiera la exención de la responsabilidad criminal. En el mismo sentido, Romeo Casabona, Carlos María, “El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, serie 1, núm. 3, enero-abril de MCMLXXXI, p. 759, señalaba lo excesivamente riguroso que resultaba aplicar estrictamente la teoría de la culpabilidad en el error de prohibición que afecta a sectores jurídico-penales como el derecho penal administrativo o económico, de ahí que propusiera como una solución; hasta aceptar la impunidad en casos de error difícilmente vencible. Por otro lado, de *lege lata* se ha propuesto interpretar en caso de este tipo de delincuencia en la que los tipos penales contienen elementos normativos jurídicos, que los tribunales estimen el error siempre como invencible, sobre la base de que en tales delitos la conciencia de la antijuridicidad depende del conocimiento de la norma; esta tesis ha sido propuesta por Bajo-Silvina Bacigalupo, *op. cit.*, nota 23, p. 185, y por Bajo-Suárez, *op. cit.*, nota 76, p. 585.

<sup>78</sup> Que se corresponde sin más con una postura simplista y de una rebasada tradición.

<sup>79</sup> *Op. cit.*, nota 60, pp. 183 y ss.

persigue reducir la órbita de aplicación del error de prohibición en favor del error de tipo en estos delitos, postulando que el error que recae sobre elementos normativos jurídicos del tipo, como el que versa sobre la normativa extrapenal en leyes penales en blanco, se considere como un error sobre el tipo.

Ha sido modelo de la discusión el delito de defraudación tributaria, respecto del cual Welzel<sup>80</sup> desde el punto de vista dogmático fue el primero en ofrecer un enfoque distinto de la problemática. En el tipo correspondiente él veía un delito de resultado, en el cual el resultado se traduce en un elemento del tipo —evasión de la pretensión tributaria—; así, el autor de la defraudación tributaria faltaría a la *pretensión* tributaria dirigida contra él. Decía, siempre sería la pretensión tributaria del Estado, objetivamente existente, “el verdadero objeto del hecho de la defraudación tributaria”.

El criterio se centraba en considerar que, como la punibilidad de la defraudación tributaria está dada recién con la producción así descrita del resultado; dado que el resultado residiría en el menoscabo de la pretensión tributaria del Estado, este resultado tendría que se abarcado por el dolo del autor, por lo que, sostenía, la existencia del deber tributario era un componente necesario del dolo, de ahí que se consideraba que quien desconocía el deber tributario no actuaba con dolo. Por ello, para Welzel, quien evadía objetivamente los impuestos, pero no sabía que estaba obligado a pagar, le faltaba el dolo de la defraudación tributaria, con lo cual el problema se reconducía al error de tipo.

A la tesis de Welzel, fundamentalmente se ha opuesto la formulación de Maiwald,<sup>81</sup> que se presenta como una posición minoritaria, y que sostiene que el desconocimiento del deber tributario es un error de prohibición, con lo cual, según postula, ha de entenderse que el error que recae sobre elementos normativos jurídicos en el derecho penal “accesorio” es un error de prohibición.

<sup>80</sup> Welzel, Hans Njw, 1953, pp. 486 y ss., citado por Maiwald, Manfred, *Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 32-35; Martínez-Buján, *op. cit.*, nota 60, p. 185, refiere a la formulación de Welzel como la tesis de la “pretensión tributaria”, señalando que de acuerdo con ella el error sobre los elementos normativos del delito de defraudación tributaria excluye necesariamente el dolo, toda vez que el objeto material de este delito es la pretensión tributaria estatal; y, si esto es así, el error sobre el deber jurídico tributario habrá de ser conceptualizado como un error sobre el tipo.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 37, 40, 49, 54, 55 y 68-72.

Este autor sostiene que la configuración de la defraudación tributaria como ley penal en blanco obedece a una cuestión de conveniencia, de la que no puede derivarse si el desconocimiento del deber tributario excluye el dolo, ya que no le parece acertado sostener que en las leyes penales en blanco el dolo exija también la conciencia de la existencia de la norma que integra el espacio en blanco, de ahí que para el mismo, el que exista error de tipo o de prohibición no pueda ser prejuzgado, porque se emplee en la defraudación tributaria la técnica legislativa mencionada. Para el mismo, quien sabe que está obligado al pago de un determinado tributo y produce su evasión, tiene a la vez también la conciencia del ilícito. Si el autor, quien no paga los tributos debidos, no es consciente de que debe impuestos en absoluto, yerra sobre el estar prohibido de su hecho en conjunto; tampoco a la inversa, el conocimiento del deber tributario no se puede separar del conocimiento de la prohibición, de modo que el desconocimiento de un elemento, el deber impuesto, siempre incluye también, forzosamente, la suposición de no cometer ningún ilícito (tributariamente relevante) “en absoluto”. Situación que destaca ser la del error de prohibición, ya que el autor no sabe, en este caso, que su conducta en total contradice una norma jurídica.

La tesis de Maiwald<sup>82</sup> ha sido criticada en tanto su base parte de la concepción originaria de Roxin,<sup>83</sup> al considerar que el error sobre el deber de

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 50-52, pues para el mismo apoyado en la primitiva postura de Roxin, el error sobre el deber jurídico, que al caso debe ser entendido como el error sobre el deber de tributar, debía ser considerado siempre como un error de prohibición, ya que quien con pleno conocimiento de los presupuestos que fundamentan el deber tributario cree que no tendría que pagar el tributo (o que no tendrían que pagar tanto) se halla en un mero error sobre el deber que debe ser tratado según las reglas del error de prohibición.

<sup>83</sup> En su posición originaria sostenía Roxin, *Teoría del...*, p. 225, que, quien respecto del error sobre el deber de evitar el resultado señalaba que cuando éste no es consecuencia de una apreciación incorrecta de las circunstancias fundamentadoras de lo injusto, sino de una falsa valoración total del hecho, *existe únicamente un desconocimiento del deber jurídico y, por tanto, un error de prohibición*. Martínez-Buján, *op. cit.*, nota 60, pp. 186 y ss., crítico desde el punto de vista dogmático en contra de la posición de Maiwald, señala que la comprobación de la existencia de una obligación tributaria no se identifica con la valoración global del hecho de eludir fraudulentamente los impuestos debidos, toda vez que aquella comprobación es precisamente el presupuesto necesario de esta valoración, por lo que aunque “el examen paralelo en la esfera del profano” presuponga en este caso una determinada valoración jurídica de las circunstancias que fundamentan la pretensión tributaria estatal, ello no convierte un elemento del tipo en un elemento de valoración global del hecho; por lo que para el mismo, el error sobre un elemento de esta naturaleza es siempre un error de tipo y no error de prohibición. Del mismo, véase al respecto, *Los*

tributar debe ser considerado como error de prohibición, en razón a que quien conoce los presupuestos que fundamentan dicho deber y considera que no debe tributar, se encuentra inmerso en un error sobre el deber mismo; sin embargo, tal inoperancia ha sido incluso abandonada por el propio Roxin,<sup>84</sup> quien variando su primitiva postura sostiene hoy que en los casos en los que, para comprender el sentido social de la conducta se ha de haber efectuado la valoración jurídica, *tal valoración pertenece también al dolo aun cuando sea prácticamente idéntica al juicio de antijuridicidad*. En este sentido, cabe afirmar que concebir el deber de tributar en el sentido de Welzel y, con ello, que el error sobre el mismo afecta el dolo, se mantiene como una postura mayoritaria en Alemania.<sup>85</sup>

En la doctrina española, el problema ha sido abordado principalmente por Muñoz Conde,<sup>86</sup> al estudiar el error en el delito de defraudación tributaria, partiendo de la consideración de que en el tipo penal del entonces artículo 349, CPE, se hace referencia al elemento “indebidamente”, que es un elemento que alude claramente a la antijuridicidad del comportamiento, con lo cual es un elemento del tipo penal, pero a la vez es un elemento que caracteriza la antijuridicidad. La cuestión es, frente al error respecto del mismo, si ha de ser tenido como un error de tipo o como un error de prohibición.<sup>87</sup> En su opinión, la tesis de Welzel no es admisible, en tanto que res-

delitos contra la Hacienda pública y la seguridad social, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 34 y ss., sosteniendo que el error sobre la pretensión tributaria es un error sobre el tipo y, en el tipo omisivo de defraudación tributaria al igual que sucede en los deberes jurídico-penales generales de garante, el dolo debe limitarse a comprender el conocimiento de las circunstancias fácticas que fundamentan el deber de informar a las autoridades financieras, sin que dicho conocimiento deba extenderse al deber en sí mismo considerado, de ahí que el error sobre ellas es error de tipo; pero si dichas circunstancias son conocidas y aun así se considera que no se está obligado a presentar las declaraciones el error aquí será error de prohibición. Del mismo véase *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 344 y ss.

<sup>84</sup> *Derecho penal...*, p. 464, así, utilizando específicamente el ejemplo de la defraudación fiscal, sostiene hoy que el *error sobre la existencia de una deuda tributaria excluye el dolo* del delito de fraude fiscal, pues el dolo de quien —aunque sea debido a consideraciones jurídico 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.

<sup>85</sup> Así lo reconoce el propio Maiwald, *op. cit.*, nota 80, pp. 19-24.

<sup>86</sup> *Op. cit.*, nota 2, pp. 59 y ss.

<sup>87</sup> Como refiere Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, pp. 60 y ss., las tesis expuestas por Welzel (considerando un error de prohibición); por Roxin y por Jeschek sobre los elementos de valoración global del hecho proponiendo un tratamiento en dos niveles, no son

pecto de los deberes tributarios, es irrenunciable una identificación del individuo con el Estado, por lo que no la considera compatible con el derecho vigente ni deseable como postulado; pero tampoco lo es la tesis de Maiwald, por suponer un endurecimiento de la represión penal no aceptable desde el punto de vista dogmático, ni político-criminal.<sup>88</sup>

Como se ve, la distinción entre error de tipo y error de prohibición en este ámbito no resulta en ocasiones clara, sobre todo, como se ha señalado, cuando el tipo penal de defraudación fiscal recoge elementos normativos jurídicos o de naturaleza social, caso en el cual, en una tesis simplista, antiguamente defendida, como refiere Martínez-Buján,<sup>89</sup> se tiene que todo

convincientes en tanto que resulta difícil distinguir entre las bases fácticas del juicio de valor y el juicio de valor mismo, sobre todo en aquellos casos en los que la constatación de los hechos implica ya su valoración jurídica.

<sup>88</sup> *Op. cit.*, nota 80, pp. 106 y ss.

<sup>89</sup> *Derecho penal económico...*, PG, p. 184. *Cfr.* Rancaño-Martín, *op. cit.*, nota 65, p. 96, para quien todo error sobre un elemento del tipo penal de defraudación es error de tipo, incluyendo aquí los casos en que el sujeto tiene una falsa representación sobre la norma jurídica que determina la existencia o la cuantía de una deuda tributaria; y en caso de que el error verse en una falsa representación sobre la cuantía misma la solución dependerá de la consideración que se tenga de estimar el límite cuantitativo como elemento del tipo, pues en tal caso el error será relevante, mas al ser vencible y por no sancionarse la imprudencia, la conducta quedará impune; o como condición objetiva de punibilidad, en cuyo caso el error es irrelevante. En igual sentido, Pérez Royo, Fernando, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, 15a. ed., Madrid, Thomson Civitas, 2005, p. 401. Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, pp. 62, 64, 65, 66 y 103, como señala incluso, hasta el error material burdo en la autoliquidación, es reconducible al error de tipo... del mismo *Derecho penal*, p. 992, no constituirá defraudación tributaria ni el mero olvido ni la omisión de datos tributarios debida a desorden contable o al desconocimiento de los deberes fiscales, que, señala, en todo caso, al deberse a error podría dar lugar a una imputación por imprudencia, no punible en este delito. Ferré Olivé, Juan Carlos, "La omisión de declaración tributaria, ¿configura un delito fiscal?", *Poder Judicial*, Madrid Consejo General del Poder Judicial, 2a. época, núm. 10, junio de 1983, p. 138, siguiendo a Muñoz Conde sostiene que el desconocimiento de la obligación fiscal, parece que se trata de un error de tipo, que exige el conocimiento real, por parte del sujeto activo. Bajo-Silvina Bacigalupo, *op. cit.*, nota 23, pp. 246 y ss. Así se desprende cuando sostienen que el error sobre la normativa que complementa la ley penal en blanco, como es el caso del delito de defraudación tributaria, pertenece al injusto y, por ello, el error sobre la misma es error de tipo; incluso, para estos autores es error de tipo, contrariamente a lo que sostiene Muñoz Conde, para quien el desconocimiento negligente de determinados extremos que fundamentan la obligación de pagar, despreocupación por informarse adecuadamente, etcétera, es un error de prohibición. A este respecto *cfr.* Muñoz Conde-García Arán, *op. cit.*, nota 8, pp. 995, que así lo sostiene; no obstante, soslaya que *hay que reconocer que en estos delitos las diferencias entre error de tipo y error de prohibición son difíciles de marcar*. *Cursivas añadidas.*

error sobre los elementos normativos del tipo es error de tipo. Sin embargo, y particularmente frente al adverbio “indebidamente”, referido en el tipo penal de defraudación tributaria español, existe división de criterios, pues parte de la doctrina lo considera como error de prohibición, por entender que su existencia apunta a una característica de la antijuridicidad de la conducta,<sup>90</sup> mientras que otro sector, al considerar que se trata de un elemento normativo del tipo, lo trata como error de tipo,<sup>91</sup> pues como refiere Pérez Royo,<sup>92</sup> el dolo en el delito de defraudación requiere el conocimiento de la existencia de una deuda tributaria, de tal forma que el incorrecto conocimiento de la misma afecta a la producción del tipo, que no se verá realizado por ausencia de dolo, pues *quien no conoce la existencia de una deuda tributaria no puede tener intención de eludir su pago*.

Esta posición, incluso, la asume la doctrina que se considera más moderna, y que asigna a estos supuestos —error sobre un elemento del deber jurídico— un doble tratamiento, pues ocurre que en el caso particular del delito de defraudación tributaria de cuyo ejemplo se parte en el análisis, el error que recae sobre el deber jurídico de pagar impuestos, que no es sino la órbita alrededor de la cual gravita el delito de defraudación fiscal o tributaria, debe ser tratado como un error de tipo.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Véase *supra*, pp. 23-25 y notas 67 y 68.

<sup>91</sup> Como error de tipo se pronuncian Bajo-Silvina Bacigalupo, *loc. cit.*, al ser el adverbio “indebidamente” un elemento normativo del tipo. Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, pp. 62, 65 y 66. Martínez-Buján, *Derecho penal económico PG...*, p. 188, coincidente con la opinión dominante en el sentido de que los elementos normativos jurídicos que se incluyen en los delitos socioeconómicos *debe ser caracterizada por regla general de modo similar como se ha conceptualizado el elemento del deber jurídico de pagar impuestos en el delito de defraudación tributaria*, un elemento como lo “indebido” o lo “ilícito” privan totalmente al autor de la capacidad de valorar el significado social negativo de su conducta, *por lo que dará lugar a un error sobre el tipo...*, cursivo añadido.

<sup>92</sup> Pérez Royo, Fernando, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986, citado por Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, p. 99, señala además que el error sobre la existencia de la deuda tributaria, como de determinados deberes fiscales, ya sea sobre cualquier punto o datos relativos a éstos o bien por estar relacionados con las normas jurídicas que determinan la existencia y cuantía de la deuda tributaria o del derecho a la devolución; o si recae sobre los presupuestos de hecho o normativos de los deberes formales cuya violación da lugar a la deslealtad tributaria, por ser todos ellos elementos normativos del tipo, debe ser tratado como error de tipo.

<sup>93</sup> Véase Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 2, p. 62. *Cfr.* Martínez-Buján, *Derecho penal económico PG...*, p. 188, coincidiendo con la doctrina dominante respecto de los elementos normativos jurídicos que se incluyen en los delitos socioeconómicos, sostiene que *debe ser caracterizada por regla general de modo similar a como se ha conceptualizado el*



El problema no se presenta entonces de fácil solución, pues cierto es que un elemento como lo “indebido”, que por un lado se inserta en el tipo penal, y, por el otro refiere ya a la antijuridicidad, no clarifica su tratamiento en torno al error, lo que lleva a Muñoz Conde<sup>94</sup> a sostener que el deber tri-

elemento *del deber jurídico de pagar impuestos en el delito de defraudación tributaria* (es decir, el tratamiento ha de ser como un error de tipo). Del mismo, *Los delitos contra...*, p. 34, sostiene que, en tanto que el dolo del autor debe abarcar el conocimiento de que mediante la comunicación de datos inexactos o incompletos impide el logro de la pretensión tributaria legalmente existente; de ahí que el error acerca de la pretensión tributaria constituya un error sobre el tipo. Cuello Contreras, Joaquín, *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito/1*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 437, sostiene igualmente que el contribuyente *que ignora la existencia de una deuda tributaria* no puede cometer un delito fiscal (por lo que sustenta igualmente la tesis del error de tipo). *Subrayado, paréntesis y escritura en el mismo añadidos*. Martínez Pérez, *op. cit.*, nota 67, p. 337, sosteniendo la aplicación de las reglas generales en materia de error, sobre la base de la teoría estricta del dolo que sustenta, por ser la conciencia de la antijuridicidad parte del dolo, el error de prohibición se equipara al error de tipo produciendo los mismos efectos al ser evitable, pues quedará así excluido el dolo al sancionarse la comisión imprudente en este delito. Rancaño Martín, *op. cit.*, nota 65, pp. 94-97 y 102-104, sobre la base de la aplicación de la teoría general del error, acepta que se está en presencia de un error de tipo cuando éste recae sobre elementos normativos que conforman el tipo, igual que si se tratara de otro tipo de normas tributarias que complementen asimismo jurídicamente el tipo penal; incluso sobre el elemento “indebidamente” que apunta a una característica expresa de la antijuridicidad, parece que se inclina por considerar el error sobre la ilicitud de la conducta como un error de tipo, por ser dicho término un elemento más del tipo; y en cuanto al error de prohibición, que califica en este delito de poca virtualidad práctica, al ser difícil imaginar que el sujeto que actúa no conozca la antijuridicidad de su conducta, sobre todo, dice, si el contenido de la antijuridicidad se encuentra inmerso en el tipo; sin embargo, acepta la posibilidad que opere sobre la causa de justificación. También véase *supra* nota 40 con referencia a Luzón Peña, para quien aceptando los denominados elementos de valoración global; el error que recae sobre los presupuestos fundamentadores de la valoración de la conducta; al caso, sobre los presupuestos mismos de la prohibición (que tratándose de la defraudación tributaria se centra en el deber tributario) es error de tipo. En realidad, la respuesta a este complejo problema se vincula, como refiere Bacigalupo Zapater, *El delito fiscal en...*, p. 90, con el tratamiento que se dé a los especiales elementos del deber jurídico, lo que a su vez depende de la teoría del dolo o de las variedades de la teoría de la culpabilidad que se siga respecto al lugar sistemático de la conciencia de la antijuridicidad.

<sup>94</sup> *Op. cit.*, nota 3, pp. 102 y ss., no obstante asume la tesis de que la mayor parte de los casos de error del contribuyente que se refieren a la deuda tributaria o a los deberes de información deben ser tratados como error de tipo y conducir a la impunidad. Véase *supra*, pp. 17-21 y notas 52-59, acerca de la posición de Roxin, de Jeschek y Jeschek-Weigend, que asumen que en estos casos el error bien puede ser de tipo o bien de prohibición, dependiendo en si recae sobre los presupuestos fácticos del ilícito (caso

butario tan presupuesto del tipo es como de la antijuridicidad, no pudiendo asignarse separadamente a una u otra categoría, por lo que quien actúa desconociendo la existencia de la relación obligacional para con el fisco actúa, por consiguiente, en error de tipo, como en error de prohibición, al ser dicha relación presupuesto tanto del tipo como de la antijuridicidad, y como el conocimiento de los deberes tributarios es, por tanto, presupuesto tanto del dolo del tipo como del conocimiento de la antijuridicidad, ese conocimiento sobre los mismos es, al mismo tiempo que error de tipo, error de prohibición. Bacigalupo,<sup>95</sup> respecto del error sobre los elementos que contiene una referencia a la antijuridicidad (que denomina como elementos referidos al deber), destaca la misma problemática, al sostener que un error sobre estos elementos no es siempre un error de tipo, ni siempre un error de prohibición, sino que tan pronto es lo uno como lo otro, según se refiera a las circunstancias determinantes de lo ilícito o, interpretando estos elementos correctamente, que se refiera sólo a la antijuridicidad de la acción.

Se tiene así, que al menos para el caso español, no existe acuerdo en considerar cuál de las teorías expresadas resulta aplicable o más conveniente en el caso del artículo 14.3, aun y cuando sea cierto que la doctrina mayoritaria se inclina por la “teoría estricta de la culpabilidad”. En razón a ello, Muñoz Conde<sup>96</sup> se pronuncia a favor de una teoría del error orientada

que señalan será error de tipo) o sobre la valoración misma (caso que será error de prohibición).

<sup>95</sup> *El error sobre los*, pp. 66 y ss., señalando que la opinión dominante parte de que los especiales elementos de la antijuridicidad son «todos los elementos que directamente dan a conocer al autor su deber jurídico»... «Estos elementos se podrían designar como circunstancias “valoradoras totales” o “incluyentes de la antijuridicidad”, por lo que, junto a su función descriptiva en el caso normal, *agregan la valoración total del hecho que, de lo contrario, estaría reservada al juicio sobre la antijuridicidad*», cursivas nuestras.

<sup>96</sup> *Op. cit.*, nota 2, pp. 43, 108 y 109. Esto quiere decir que separada del tratamiento sistemático que viene siendo ofrecido, bien por los partidarios de la “teoría del dolo”, bien por los de la “teoría de la culpabilidad” en el tratamiento del error, sobre todo tratándose de error de prohibición conforme a la “teoría de la culpabilidad” que, siendo vencible, le asigna como consecuencia obligatoria una pena atenuada, con lo que de cualquier manera habrá sanción, no obstante que en la mayoría de los casos, dada la compleja normativa que circunda este delito político-criminalmente no lo estima los más acertado (salvo casos evidentes), de ahí que propugne que esos casos deban ser tratados como error de tipo, con lo que de esta manera y frente a la vencibilidad del error no habría que sancionar al no perverse para el mismo la forma de comisión imprudente. Véase Jescheck-Weigend, *op. cit.*, nota 18, p. 499, que señalan que bajo esta teoría (teoría de la culpabilidad orientada a las consecuencias jurídicas) el error sobre los presupuestos de una causa de justificación reconocida se somete únicamente

preventivamente y no prejuzgada por criterios sistemáticos, que se justifique por las consecuencias político-criminales a que conduce.

Como se ha referido, los problemas en materia de error en el fraude tributario o fiscal se reconducen mayoritariamente al error de tipo, lo que no quiere decir que no quede espacio para el error de prohibición,<sup>97</sup> pues como refieren Bajo-Silvina Bacigalupo,<sup>98</sup> este error se producirá cuando el sujeto conecedor de la normativa reguladora del deber de contribución al sostenimiento del gasto público desconoce que el incumplimiento de la misma está sancionado penalmente.

Ciertamente, es difícil distinguir en casos como la figura que se analiza, si el error en que se encontraba el sujeto al actuar debe ser considerado de tipo o de prohibición, y para ello baste un ejemplo del derecho penal mexicano, que ha provocado revuelo en las instituciones crediticias del país.

Se tiene que el SAT (Servicio de Administración Tributaria), que es un órgano federal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, publicó en su página de Internet que utiliza para lanzar avisos a los contribuyentes, una serie de señalamientos que dice se han venido detectando en la opera-

al régimen del §16, de modo que, a pesar de que se realiza el injusto doloso de acción, el autor sólo es castigado por imprudencia, con lo cual el tratamiento privilegiado que se da al error de tipo permisivo sobre los supuestos de error de prohibición indirecto reside, por un lado, en su menor (que no inexistente) desvalor de acción, porque el autor cree estar obrando justificadamente, y se refiere a una causa de justificación reconocida por el derecho y, además, porque el contenido de la culpabilidad del hecho es diverso al de los delitos dolosos, pues la motivación que ha conducido a la formación de dolo del hecho no reside en la ausencia de una actitud jurídica interna, sino en un análisis poco cuidadoso de la situación. *Cfr.* Terradillos, *op. cit.*, nota 18, p. 104.

<sup>97</sup> Ranaño Martín, *op. cit.*, nota 65, p. 103, atribuye el hecho a lo difícil que resulta imaginar que quien realiza el tipo de defraudación tributaria no conozca la antijuridicidad de su acto si sobre todo se considera que en este delito el contenido de la antijuridicidad está inmerso en el precepto penal, pues el conocimiento potencial de la antijuridicidad de la conducta que es incumplir las obligaciones formales se encuentra inmerso en el propio ordenamiento jurídico; aceptando que este error puede entrar en el fraude tributario por vía de las causas de justificación, aunque aduce su escasa aplicabilidad al mismo. El propio Roxin, *Derecho penal...*, pp. 464 y ss., particularmente la nota 150, destaca que *a lo sumo es concebible el error de prohibición* en la forma de que alguien se imagine una causa de justificación inexistente; pero que incluso difícilmente se puede decir que aquí el sujeto ha querido eludir un deber tributario..., cursivas nuestras.

<sup>98</sup> *Op. cit.*, nota 23, p. 247. En México, Orellana Wiarco, *op. cit.*, nota 9, pp. 166 y ss., que este tipo de error se deberá al error en cuanto la procedencia o aplicación de preceptos fiscales, cuando se tiene la convicción que se está cumpliendo con la ley, pero por error esencial e invencible no sucede así.

ción de ciertos contribuyentes, pues se trata de supuestos normativos distintos, y a los que calificó de *prácticas fiscales indebidas*, con lo que invitó a los contribuyentes a corregirlas, pues les señala que procederá a su vista y, en su caso, a iniciar acciones penales.

El supuesto que plantea el SAT y que dirige a las instituciones de crédito se recoge de su publicación, que dice:

“Instituciones de Crédito. Créditos Incobrables”

Las pérdidas de las instituciones de crédito que se derivan de la imposibilidad de los clientes para pagar los créditos que les fueron concedidos, no son deducibles como quebrantos, sino conforme se crean o incrementen las reservas preventivas para cubrir dichas pérdidas, en los términos del artículo 53 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y 76 de la Ley de Instituciones de Crédito.

El argumento del SAT va dirigido a evitar aplicar un doble efecto de deducción sobre lo mismo, es decir, llevar a cabo una doble deducción sobre el mismo concepto, pues las instituciones de crédito deducen primero la incobrabilidad de su cartera vía reserva preventiva global, pero también lo hacen después cuando enajenan la cartera a menor precio en razón a la pérdida fiscal que sufren, luego sobre la cartera se aplica un doble efecto de deducción.

Desde años atrás a esa publicación, las instituciones de crédito vienen operando en contra de lo que ahora el SAT califica de prácticas fiscales indebidas, y ello lo han venido haciendo invocando ciertos preceptos de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Así se presenta el caso particular siguiente:

Las Instituciones de Crédito acorde con la Ley del Impuesto Sobre la Renta se encuentran autorizadas para deducir la incobrabilidad de su cartera vía reserva preventiva global, sin que ello exceda de un 2.5% del saldo promedio anual de la cartera de crédito del ejercicio fiscal correspondiente. Esa reserva preventiva global que se crea sobre la cartera crediticia, se determina considerando la totalidad de los créditos y no sobre alguno en lo particular; de esta manera se permite por ley efectuar una deducción que no puede exceder de ese 2.5% del saldo promedio anual de la cartera de créditos del ejercicio fiscal en que se constituya o incrementen las reservas de la Institución. Ha ocurrido que una importante Institución de Crédito en el ejercicio fiscal de 2001 aplicó el precepto de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (art. 52 D) que le permitía efectuar dicha deducción.

Pero a su vez, la Institución de Crédito en el ejercicio correspondiente al 2001, celebró contratos de cesión de crédito cuyo objeto fue la enajenación de cartera, recibiendo a cambio como contraprestación un pago cuyo valor les representó una pérdida neta (la cartera valía “x” y se vendió a menor valor) así, como el precio por la venta fue inferior al valor nominal de la cartera, entonces dicha Institución Crediticia monetizó una pérdida financiera, y en consecuencia una pérdida fiscal, la cual dedujo.

Esta deducción se llevó a cabo aplicando el artículo 22 fracción VI de la LISR que decía:

Art. 22. Los contribuyentes podrán efectuar las deducciones siguientes:

VI. Los créditos incobrables y las pérdidas por caso fortuito, fuerza mayor o por enajenación de bienes distintos a los que se refiere la fracción II de este artículo.

La cartera es un bien, y por ello susceptible de enajenación; además, no está en la excepción de la fracción II; por ello, sí se podía enajenar, pero al hacerlo conlleva a aplicar un doble efecto de deducción o una doble deducción sobre lo mismo (pues se deduce primero por la reserva global constituida y después por la enajenación de la cartera a menor valor, en razón a la pérdida que se sufre). Ello es considerado defraudación fiscal bajo el argumento de que, habiendo sido aplicada ya la deducción sobre un concepto no se puede aplicar una segunda deducción sobre lo mismo, pues hacerlo lleva a dejar de contribuir precisamente por el efecto de esa doble deducción.

El problema es: 1) el artículo 22-VI LISR es expreso al posibilitar esa doble deducción, en este sentido habrá que considerar una causa de justificación por ejercicio de un derecho; 2) pero esa disposición es del todo contraria a la técnica fiscal y quizá obedezca a una norma o que ha de interpretarse de otra manera o bien, que cuando surgió correspondió a otra realidad, pues lo cierto es que no es admisible conceder un doble efecto de deducción por el mismo objeto; luego, quien atendiendo al texto de la norma deduce otra vez porque supone que su conducta es justificada estaría bajo el supuesto de error de prohibición, sobre todo que en el caso han existido opiniones de firmas prestigiadas especializadas en materia tributaria que avalan la aplicación de esa doble deducción, pero porque simplemente la Ley la autoriza; la consecuencia será aplicar una pena atenuada de aceptar un error vencible, pero al fin y al cabo, sancionar penalmente; 3) hay opiniones de especialistas fiscales que, con mayor cautela y ante lo evidente que resulta que efectiva-

mente se está deduciendo dos veces por el mismo concepto, se han manifestado en el sentido de buscar obtener mejor opinión de la autoridad, la que seguramente será adversa a la institución y, además será contraria al texto de la ley; o bien se acepta que según el texto de la norma persistiría error de prohibición, o bien, no lo habría, en cuyo caso se estaría ante un hecho consumado penado con 3 a 9 años de prisión sin derecho a ningún beneficio; 4) pero ¿cómo sostener en el caso que el sujeto ha querido eludir un deber tributario?, entonces el problema debería reconducirse a nivel de error de tipo, que siendo vencible no sería sancionado.

En mi opinión, el problema debe reconducirse a una ausencia de dolo.

#### IV. CONCLUSIONES

*Primera.* El Código Penal español, como el mexicano en materia federal, contemplan un sistema de *numerus clausus* bajo el cual no cabe considerar a la defraudación fiscal como delito imprudente o culposo, siendo éste siempre un delito doloso.

*Segunda.* El Código Penal español, como el mexicano en materia federal, contemplan la figura del error de prohibición, adoptando ambas regulaciones un sistema de atenuación obligatoria de la pena en caso de que el mismo sea vencible. En España, la disposición que lo regula no permite con claridad una afiliación a la teoría estricta o a la teoría limitada de la culpabilidad tratándose del error que recae sobre los presupuestos de una causa de justificación, aunque la doctrina mayoritaria se afilia a la primera de ellas; cuestión distinta ocurre en la legislación mexicana, en que, por considerar sin distingo el legislador que se está frente a un error de esta naturaleza cuando recae sobre las causas de justificación, al no establecerse en la ley distinción alguna, vale sostener que existe aquí una afiliación a la teoría estricta de la culpabilidad.

*Tercera.* El Código Penal español, como el Código Fiscal de la Federación mexicano, acuden a la técnica de la ley penal en blanco para lo cual remiten a los ordenamientos administrativos de la materia a fin de complementar la descripción típica. En ambos tipos se prevén elementos normativos jurídicos que refieren ya a la antijuridicidad, como es la alusión a lo “indebido”, con lo cual la discusión en materia de error se torna más compleja, pues respecto del error que recae sobre este elemento se discute

si el mismo ha de ser tenido como un error de tipo o como un error de prohibición, lo que resulta de importancia por las consecuencias asignadas, según sea el caso, de ser vencible. Esto es, absolución en el primer caso y aplicación obligatoria de pena atenuada en el segundo. No obstante, es también sostenida por un sector de la doctrina la posibilidad de que el error sea considerado tan de tipo como de prohibición.

*Cuarta.* La posibilidad de apreciar un error de prohibición respecto del delito de defraudación fiscal o tributaria es mínima, pues generalmente todo se reconduce al desconocimiento del deber tributario que guarda relación con el dolo y, por lo mismo, con un problema de error de tipo.

Sin embargo, sí es factible apreciar un error de prohibición tratándose del que recae sobre la existencia de una causa de justificación.

*Quinta.* La problemática que encierra del error de prohibición en casos como el delito de fraude tributario o fiscal, propia del derecho accesorio, ha llevado a la doctrina a proponer que en los casos de error de prohibición vencible que sea difícilmente evitable se admita eximir de responsabilidad; incluso, de *lege lata*, se ha propuesto que el error en este tipo de delitos en que los tipos contienen elementos normativos jurídicos y en que ciertamente el sujeto se ve inmerso en una complicada y extensa regulación para cumplir sus deberes tributarios, se considere por los tribunales siempre como invencible, por estimar que la conciencia de antijuridicidad depende del conocimiento de la norma.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 2002.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “El delito fiscal en España”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid núm. 56, 1979.

———, “El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición” (dir. Manuel Cobo del Rosal) (coord. Miguel Bajo Fernández), *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983*, t. V, vol. 1 (libro I del Código Penal), *Revista de Derecho Público*, Madrid, Edersa, 1983.



- , “El delito fiscal”, en ROSAL BLASCO, Eduardo del (dir.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- , “La problemática de las leyes penales en blanco y su repercusión en el derecho penal económico”, BACIGALUPO, Enrique (dir.), *Curso de derecho penal económico*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- , *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, Akal/iure, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “Delitos contra la Hacienda pública”, en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.
- y BACIGALUPO, Silvina, *Derecho penal económico*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, Madrid, Trotta, 1999, vol. II.
- CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 5a. ed., México, Antigua Librería Robredo, 1960, t. I.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 16a. ed., México, Porrúa, 1983.
- CEREZO MIR, José, “La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal español”, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982.
- , “La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid serie 1, núm. 3, mayo-agosto de MCMLXXXV.
- , “La regulación del error de prohibición en el Código Penal español”, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, Tecnos, 1993.
- , *Curso de derecho penal español. Parte general*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, t. II.
- , *Curso de derecho penal español. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2001, t. III.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito/1*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1996.
- , *El derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3a. ed., Madrid, Dykinson, 2002.
- CURY, Enrique, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, México, UNAM-Porrúa, 2003.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel *et al.*, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- DONNA EDGARDO, Alberto, *Teoría del delito y de la pena. 2*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.
- FELIP I SABORIT, David, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 el Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2000.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “La omisión de declaración tributaria, ¿configura un delito fiscal?”, en *Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2a. época, núm. 10 junio de 1983.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1979.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, “La teoría finalista de la conducta”, en *Reflexiones sobre el derecho mexicano. Estudios jurídicos*, México, UNAM, 1988.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 1997.
- GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, *Los delitos fiscales*, México, Perz-nieto Editores, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, volumen primero.
- y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Introducción a la teoría general del delito*, México, Ángel Editor, 2003.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid, Editorial Universitas, 1996.
- MADRAZO, Carlos, “Error de tipo y error de prohibición”, *Estudios Jurídicos*, México, núm. 19, 1985.
- MAIWALD, Manfred, *Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México Porrúa, 1997.
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, *Teoría legalista del delito. Propuesta de método de estudio*, México, Porrúa, 1989.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, *El delito fiscal*, Editorial Montecorvo, 1981.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *Los delitos contra la Hacienda pública y la seguridad social*, Madrid, Tecnos, 1995.
- , *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia Tirant lo Blanch, 1998.
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, trad. de la 6a. ed. alemana (1955) por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Barcelona, Reppertor, 1999.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “La regulación del error en la legislación penal mexicana”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, México, núm. especial, agosto de 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en el derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del delito. Sistemas causalista y finalista*, 2a. ed., México, Porrúa, 1995.
- PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, 15a. ed., Madrid, Thomson Civitas, 2005.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, “Reforma penal de 1984”, *Hacia una reforma del sistema penal*, México, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 21, 1985.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 4a. ed., Barcelona, Atelier, 2002.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de derecho penal (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut, Barcelona, Cedecs, 1997.
- RANCAÑO MARTIN, Ma. Asunción, *El delito de defraudación tributaria*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte general*, 10a. ed., Madrid, Dykinson, 1986.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “El nuevo delito fiscal”, *Revista Española de Derecho Fiscal*, Madrid, núm. 15/16, 1977.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, “El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, serie 1, núm. 3, enero-abril de MCMLXXXI.
- ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- , *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 2a. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t. I.
- STRATENWERTH, Gunther, *Derecho penal. Parte general, I*, trad. de la 2a. ed. alemana por Gladys Nancy Romero, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 1999.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *La culpabilidad*, México, INDEPAC, 2002.
- TORRES LÓPEZ, Mario Alberto, *Teoría y práctica de los delitos fiscales*, México, Porrúa, 2001.
- VELA TREVIÑO, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*, México, Trillas, 1977.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, trad. del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. (11a. ed., 4a. ed. castellana, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1977).
- , *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas por José Cerezo Mir, Ariel, 1964, B de F, Montevideo, 2001.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973.
- , *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, Ediar, 2000.

*Legislación consultada*

*Código Penal español* (CP abreviado).

*Código Penal Federal mexicano* (CPF abreviado).

*Código Fiscal de la Federación* (CFF abreviado).

*Otras*

*Semanario Judicial de la Federación*, séptima época.