

**ESTUDIO SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN.  
JURISPRUDENCIA APLICABLE.**

**Daniel Sánchez Romero**

**Letrado del ICABJerez.**

## **SUMARIO**

**I.-INTRODUCCION.**

**II.-CONCEPTUALIZACIÓN Y DIFERENCIACION CON EL ERROR DE TIPO.**

**III.- EL ERROR DE DERECHO Y EL ERROR DE HECHO.**

**IV.- CLASIFICACION:**

**1.-EL ERROR VENCIBLE E INVENCIBLE.**

**2.- ERROR ESENCIAL Y NO ESENCIAL.**

**3.- ERROR DIRECTO E INDIRECTO.**

**V.- CONCLUSION.**

## I.-INTRODUCCION.-

El punto de partida del presente estudio versa sobre el principio jurídico que alude a que el desconocimiento de la tipicidad de una conducta, no exime de su cumplimiento, que deviene del derecho romano “ignorantia vel error iuris non excusat”, y partía de la premisa de que las leyes se presumían conocidas por todos los ciudadanos romanos.

Nuestro ordenamiento jurídico también adopta dicho principio, por lo que las leyes luego de publicadas y desde el día que ellas establezcan, son consideradas obligatorias, por lo cual se presumen que son conocidas por todos los ciudadanos.

Es por esta cuestión que no es posible alegar desconocimiento de la ley, para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades. Sin embargo, en el derecho penal, el tema del error tiene matices especiales y peculiares.

Dicho lo cual y partiendo de esa premisa, si el error impide comprender la criminalidad del acto, debe excluir la culpabilidad.

Para una mayor claridad y entendimiento, acudimos a la STS 816/14 de 24/11/14, donde al respecto del error de prohibición expone:

*Sobre error de prohibición tiene establecido esta Sala que al afectar a la conciencia de la antijuridicidad ha de entenderse como un elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible ( art. 14.3 C. Penal ). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho ( SSTS 1141/1997, de 14-11 ; 865/2005, de 24-6 ; 181/2007, de 7-3 ; 753/2007, de 2-10 ; y 353/2013, de 19 de abril ).*

El punto de partida del estudio del error de prohibición versa en el estudio de la categoría de la culpabilidad, la que, superado el análisis del tipo de injusto, relaciona la conducta a su autor. En ese sentido, el juicio de *culpabilidad*, es entendido por algunos como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico sobre su autor; en otras palabras, radica en la posibilidad de que el autor lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir conforme a derecho.

Doctrinalmente se sostiene por un sector mayoritario, que los elementos de la culpabilidad, son la *imputabilidad*, la *exigibilidad de la conducta* y el *conocimiento de la antijuridicidad*.

La última, es la exigencia de que el autor no sólo tenga la capacidad de entender lo lícito e ilícito de su conducta, sino también que tenga conciencia de la prohibición; de lo contrario, no tendría motivos para obedecer la norma prohibitiva y por lo tanto, al actuar, cometería un error de prohibición .

A su vez también es de suma importancia distinguir entre el error de prohibición y el error de tipo. El error de prohibición sería aquel que recae sobre normas que dan lugar a un hecho, el carácter de delito. El error de tipo sería aquel que recae sobre las circunstancias que dan contenido a la figura o tipo delictivo, es decir: sobre circunstancias de hecho.

## **II.- CONCEPTUALIZACIÓN Y DIFERENCIACIÓN CON EL ERROR DE TIPO.**

A efectos de ubicar el tema, distinguiré entre el error de prohibición y el de tipo.

En primer lugar, vamos a traer a colación la conferencia realizada por el Profesor **Miguel Díaz y García Conlledo en febrero de 2015, titulada “La relevancia y problemas del error de prohibición penal”**.

*En dicha conferencia, procede en primer lugar a diferenciar entre el error de tipo, que si es invencible excluye el dolo y si es vencible se mantiene la culpa, se diferencia del*

*error de prohibición en que en el primero el sujeto, se equivoca sobre elementos objetivos del tipo penal, mientras que en el segundo el sujeto, no sabe si el hecho está prohibido o no, se estaría equivocando sobre la concurrencia en el hecho, de un elemento típico penal.*

*Sin embargo entiende el mismo que, lo anteriormente expuesto justifica el hecho de tener que respetarse esta distinción entre estos dos elementos, puesto que la esencia de dicha distinción radica en el hecho de saber o no lo que hace.*

*Pero además entiende que esa distinción debe de suavizarse a siguiendo las siguientes pautas:*

*En primer lugar, destaca la existencia de pugnas teóricas entre las teorías del dolo, que entienden que el error de prohibición excluye el dolo, manteniéndose la culpa si es vencible, además de establecer que el error de prohibición no es idéntico al de tipo, admitiendo sin embargo que este error afecte al dolo, porque si es vencible, es una “imprudencia iuris” (se condena siempre atenuadamente) y no una imprudencia “factis” (se castiga excepcionalmente) y las teorías de la culpabilidad, que entienden que el hecho doloso atenúa la culpabilidad si desconoce la prohibición.*

*En segundo lugar, propugna que para conocer la antijuridicidad, bastaría con que el sujeto conociera la prohibición del acto, bastando con que el sujeto conociera la prohibición penal ( error sobre los elementos normativos del tipo)*

Al estudiar el dolo, se sabe que el error que recae sobre los elementos que son exigidos en el tipo objetivo es el error de tipo, que invariablemente excluye la tipicidad dolosa de la conducta. Asimismo, cuando el error de tipo es invencible elimina cualquier tipicidad, en tanto que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, en caso de que los extremos de la misma estén dados.

El error de tipo, cuando falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo, determina según la corriente finalista, la ausencia de tipo. La expresión “falta o es falso” es equivalente a ignorancia o error, pero ambos se concilian en el error de tipo.

Sobre este respecto, se establece en la **Sentencia 62/18 de la Audiencia Provincial de Oviedo**:

*Respecto del error de tipo dice el Auto del TS de fecha 2 de diciembre del año 2.010 que es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el art. 14 se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal - núm. 1 - o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. - núm. 2 -. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide su apreciación. Por otra parte, el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente ( STS 123/2001 , 5 de febrero ), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea ( art. 14 del CP ) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme ( STS 767/2009 , de 16 de julio ).*

El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, ni la elimina siquiera, pero puede ocurrir que la conducta no sea reprochable porque el error de prohibición es un puro problema de exclusión de la culpabilidad en su aspecto negativo, así como la justificación era el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Sobre este respecto, se pronuncia nuestro **Tribunal Supremo en la Sentencia nº 496/95 de 02/02/95**, en los siguientes términos:

*El error de prohibición presupone que el autor, que obra con conocimiento de los elementos del tipo objetivo del delito (en este caso de la privación de la libertad de una persona) haya supuesto que el acto no está prohibido por una norma (error de prohibición directo), o bien que, estando, esté autorizado o se den las condiciones fácticas que lo autorizan (error indirecto de prohibición). Dicho de otra manera: la aplicación del art. 6 bis a) del Código Penal , requiere que el autor haya tenido una*

*representación, sobre la licitud del acto, que no coincide con la significación normativa del mismo.*

De esta manera, frente al error de tipo, que elimina siempre la tipicidad dolosa, pero que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, está el error de prohibición, que cuando es invencible elimina la culpabilidad.

Así como el “error de tipo” es lo contrario de la existencia de dolo, el “error de prohibición” lo es del actual conocimiento del injusto.

Entonces, se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza: hasta el mínimo legal conforme al art. 41 del Código Penal, o, en algunos casos, aplicando disposiciones especiales, como la del párrafo 2º del art. 80 del Código Penal (circunstancias extraordinarias de atenuación).<sup>1</sup>

Resumiendo, entonces, y dicho de otra manera: en el error de tipo el hombre no sabe lo que hace y en el error de prohibición, sabe lo que hace, pero cree que no es antijurídico. Si es invencible elimina también la culpabilidad; si es vencible puede dar lugar a culpa.

Aún cuando, el resultado frecuente del error será el de transformar un hecho doloso en culposo, es una limitación incorrecta la de considerarlo solamente como destructivo del dolo, pues no dejar ningún remanente culposo, es decir, suele destruir toda forma posible de culpabilidad. Sería un error ante nuestra ley sistematizar este tema como si fuera la faz negativa del dolo. Esta cuestión no es posible entre nosotros, dado el

---

<sup>1</sup> Conf. E. R. Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Parte General, pág. 543. Edit. Ediar 1999.

carácter general con que está concebido el art. 34, inc. 1º que declara no punible al que por error o ignorancia de hecho no imputable, no haya podido comprender la criminalidad de su acto o dirigir sus acciones.<sup>2</sup>

### **III.- EL ERROR DE DERECHO Y EL ERROR DE HECHO.**

La doctrina distingue el error en error de derecho y error de hecho desde el Derecho Romano, y esta distinción ha sido receptada por no pocas legislaciones, entre ellas, nuestra ley que se refiere únicamente al error de hecho, para acordarle poder excusante. La ley promulgada se presume conocida y, su ignorancia no procede a los efectos exculpatorios.

La exclusión terminante del error de derecho en la ley penal suscita en la doctrina algunas dudas y dificultades porque, en general, comporta una excepción al principio *nulla poena sine culpa*.<sup>3</sup>

Si la culpabilidad se funda en una actitud psíquica del sujeto, no podrá negarse la relevancia del error, cualquiera sea su naturaleza, por causa del cual el individuo actúe sin tener conciencia de la criminalidad del acto, que es, como afirma Soler, lo que da contenido a la culpabilidad.

Asimismo Soler, citando a Finger, establece que “si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el derecho y comportarse en consonancia con éste, y que el derecho no puede requerir sino que todos obren conforme con los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cuál sea el elemento en que el error se funda. Agréguese a esto que es imposible una distinción suficiente entre error de derecho y error de hecho, por cuanto el derecho, en sus disposiciones, se refiere a hechos y con ello transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de derecho”.

La previsión de la ley argentina admite la posibilidad de dar valor excusante al error de derecho en determinados casos, no por aplicación de la referencia al error hecha en la ley, sino por ausencia de un elemento del dolo.

---

<sup>2</sup> Conf. Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 67-68. Edit. Tea 1983

<sup>3</sup> Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 68. Edit. Tea 1983.

Entendiendo el error de derecho como el desconocimiento de lo ilícito, puede ser situado en un terreno que participa del hecho y del derecho, y es más acorde con la realidad que la posición clásica, que distingue, de modo tajante, entre error de hecho y error de derecho. La conciencia se resiste a negar hoy toda significación al error de derecho, particularmente en esos casos en que el autor ha hecho todo lo que la diligencia y el buen sentido indican para conocer la naturaleza jurídica del acto que realiza y la consecuencia de su indagación ha sido mantener o crear en él el error en que actúa.<sup>4</sup>

Lo decisivo para la inculpabilidad no es la situación de inocencia que el error, sea de hecho o de derecho, acarrea, sino que el poder excusante proviene de la cosa ignorada, y por ello sólo excusa la ignorancia de hechos y no de normas. De ahí el principio de que la ignorancia del derecho sólo a la propia torpeza puede imputarse, pues la ley se presume conocida y es un deber conocerla, de donde se deduce, que en derecho penal la ignorancia juris no excusa.<sup>5</sup>

La doctrina alemana moderna (Mayer, Finger, Binding, Beling, Litz, Schmidt, Oetker, etc.), niega validez y utilidad a la clásica distinción entre error de hecho y de derecho, como así también el principio de que el error de derecho no excusa.

Así, por ejemplo, Mayer sostiene que es indiferente que el error recaiga sobre hechos o sobre el derecho; lo que interesa, es la consecuencia que el error deba producir: imposibilidad de comprender la criminalidad del acto. Si el error produce efectivamente esa consecuencia (impide comprender la criminalidad del acto), sea error de hecho o de derecho, debe excluir la culpabilidad.

Finger, por su parte, agrega que el derecho, al referirse a los hechos, los transforma en cuestiones de derecho, con lo cual aparecería sumamente confuso el límite entre las cuestiones de hecho y las de derecho (Binding, sostiene un criterio similar).

Finger apoya su opinión con el siguiente ejemplo: supongamos que, siendo delito la tenencia de estupefacientes sin autorización, yo tengo cocaína sin estar autorizado. Ahora bien: puede ser que yo ignore la disposición que prohíbe la tenencia

---

<sup>4</sup> C. Fontán Balestra, tomo II, parte general. Edit. Abeledo-Perrot 1980

<sup>5</sup> Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 71. Edit. Tea 1983

sin autorización, o bien, que ignore que la sustancia que tengo es cocaína. En el primer caso, habría error de derecho; en el segundo, de hecho. Pero “en ambos casos –dice Soler, refiriéndose al ejemplo de Finger- ignoro que la sustancia que tengo, está jurídicamente considerada y sometida a determinada reglamentación”; con lo cual, la distinción entre error de hecho y de derecho, no aparece suficientemente clara.

La jurisprudencia alemana, no adopta tal posición, siendo fiel a las fuentes romanas, en el sentido de distinguir entre error de hecho y el de derecho. Lo que sí aceptó aquella jurisprudencia, fue la opinión –ya sostenida por Carrara- que distingue entre error de Derecho Penal, y error de Derecho no Penal (o extrapenal), entendiéndolo a este, como equiparable al error de hecho y que, por tanto, excluía la culpabilidad.

Para concluir, Zaffaroni expresa que “no puede identificarse al error de prohibición con el error de derecho. La clasificación del error en error de derecho y error de hecho (error juris y error facti) está desprestigiada y, si queremos compararla con la de error de tipo y de prohibición, así como el error de tipo no es lo mismo que el error de hecho, el error de prohibición tampoco es igual al error de derecho, porque la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada, es decir, la llamada “justificación putativa”, es un error de hecho (el sujeto cree que lo agraden y le están jugando una broma, cree que el incendio le amenaza porque está encerrado y no está encerrado) y, no obstante, es un error de prohibición”. [11]

#### **IV.- CLASIFICACIÓN.**

##### **1.- El error vencible e invencible.**

En primer lugar, vamos a introducir un fragmento de la Conferencia realizada por el Profesor **Miguel Díaz y García Conlledo en febrero de 2015, titulada “La relevancia y problemas del error de prohibición penal”.**

*Sobre este respecto, llega a concluir que hasta no hace mucho tiempo, los tribunales de justicia, han negado la invencibilidad del error, porque entienden que el ordenamiento jurídico es público y por tanto, el error puede vencerse siempre.*

*Sin embargo entiende el profesor que, hay que suavizarse dicha exigencia en la apreciación de los errores invencibles atendiendo a concepciones de ROXIN, que entienden que “hay que pedirle menos al sujeto”.*

*Dicho lo cual se entenderá que el error es invencible cuando no hay motivos para saber que el acto estará prohibido, pero ¿cuándo existen motivos?, varias posturas:*

*Primera, cuando surgen serias dudas en el sujeto.*

*Segunda, cuando nos encontramos ante sectores especialmente normativizados.*

*Tercera, cuando haya realizado un acto que pueda ocasionar daño a tercero sin saber si está o no prohibido.*

*En consonancia con lo anterior, ¿Qué tendrá que hacer el sujeto para aclarar la situación?:*

*Primera, acudir a una fuente fiable para saber si está permitido o no. (si tiene motivos y no acude a una fuente fiable, estaremos ante un error vencible).*

*Segunda, realizando un estudio jurídico propio sobre alguna corriente doctrinal.*

*Tercera, en consonancia con el Profesor Luzón, cuando las condiciones personales del sujeto le impidiesen acceder al conocimiento de la prohibición.*

Hablar de evitabilidad o inevitabilidad del error es lo que en doctrina se conoce como vencibilidad o invencibilidad del error.

El que un error sea evitable o inevitable, se basa en el poder conocer la antijuricidad de la conducta desplegada, o sea, que el estudio está en la conciencia del autor, pero cabe destacar que esta conciencia sobre la antijuricidad es diferente a la conciencia general exigida por la culpabilidad, ya que esta última, se analiza una vez confirmada la capacidad del sujeto de comprender la mentada antijuricidad.[14]

El error de prohibición invencible es aquel en el cual no se puede evitar la comisión del delito, empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las circunstancias en que actuó.[15]

En líneas generales, el error será *vencible* cuando el sujeto tenía la posibilidad de superarlo, esto es, podía haber conocido la antijuridicidad de su conducta. Como límite mínimo, se requiere que el sujeto, al menos, *dudara* sobre la ilicitud de su conducta, así como la posibilidad de informarse de una manera adecuada sobre aquélla. Conforme con esto, para poder reprochar a un sujeto su error es preciso que "tenga dudas, tenues o inespecíficas, acerca de si el comportamiento que va a realizar está prohibido o no. Sólo quien duda tiene la capacidad de realizar un comportamiento destinado a salir de su ignorancia y, por tanto, sólo a quien duda puede exigírsele dicho comportamiento y reprocharle el que no lo haya emprendido"<sup>6</sup>.

Es importante la referencia a este respecto que hace la STS nº 571/16 de 29/06/16, que establece:

*la evitabilidad del error de prohibición tiene una función decisiva en el régimen establecido en el art. 14 del CP . De acuerdo con éste, el error sobre la antijuridicidad excluirá la punibilidad, cuando haya sido invencible. Invencible es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario determina la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, con la pena del delito doloso, aunque atenuada, según el art 14.3 CP . Dogmáticamente se entiende que la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad: Sea porque, cuando el error es inevitable, el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o sea, finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello.*

*En relación con esta inevitabilidad el legislador ha tenido que optar entre dos principios: el principio del "conocimiento", que derivaría de la teoría del dolo , es decir del conocimiento de la antijuridicidad; y el principio de la "responsabilidad ", o de la posibilidad de ese conocimiento, "es decir de la teoría de la culpabilidad" . Así, conforme al principio de la responsabilidad las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético- social. De esta manera la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor pudo haber tenido*

---

<sup>6</sup> La tesis de la "**necesidad de duda**" fue elaborada por Horn, Véase Verbotsirrtum, pp.106 y ss; asimismo, Nieto Martín, El conocimiento del derecho, op.cit., pp.124-125, n.183

*la conciencia de la antijuricidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir porque pudo obrar de otra manera.*

*La evitabilidad del error, según la opinión generalizada en la doctrina alemana y en la seguida por parte de la española, presupone que el autor haya tenido, en primer lugar "razones" para pensar en la antijuricidad, es decir preguntarse por la infracción de la norma, partiendo de circunstancias del hecho que proporcionen al autor un indicio de posible antijuricidad; y en segundo lugar la "posibilidad" de obtener una correcta información sobre el derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento. A este respecto, los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita son la autorreflexión y la información en una fuente jurídica confiable, como el asesoramiento en un experto jurídico y la Jurisprudencia. Y teniendo en cuenta que el ciudadano no puede cargar con la tarea de realizar una cadena interminable de comprobaciones, para verificar la corrección del consejo jurídico, lo que prácticamente impediría todo comportamiento y resultaría incompatible con el derecho genérico a la libertad de acción que se deduce de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le es inherente ( art 10.1 CE ).*

En el mismo orden de ideas, Fontán Balestra, hace referencia al error invencible denominándolo error inculpable; estableciendo que será tal cuando no obstante haber puesto en la acción la normal diligencia requerida por la naturaleza de los hechos, se ha incurrido en él<sup>7</sup>.

“Si bien desde el punto de vista de la estructura delictiva del hecho sigue siendo doloso, ello no afecta al autor, por cuanto el dolo libre de valoraciones nada predice por sí solo acerca de la enemistad o indiferencia del autor frente al derecho. Pero también desaparece toda posibilidad de atribuir responsabilidad por culpa: este realizó el tipo dolosamente (...). El error de prohibición inevitable trae como consecuencia forzosa la absolución”<sup>8</sup>.

En cuanto al evitabilidad del error, denominada por Fontán Balestra error culpable (culposo), es aquel que procede de las mismas fuentes que la culpa: es decir, la imprudencia y la negligencia.

En consecuencia, el error vencible o culpable, lo que hace es eliminar el dolo dejando subsistente la responsabilidad culposa, o bien disminuye la reprochabilidad del autor,

---

<sup>7</sup> Fontán Balestra, C. Tratado de Derecho Penal, parte general, tomo II. Edit. Abeledo-Perrot. 1980

<sup>8</sup> Maurach. Derecho Penal, parte general, tomo I. Edit. Astrea. 1994

reflejándose esta en la cuantía de la pena. En tanto que respecto del error invencible o inculpable, lo que se elimina es la culpabilidad, es decir, no hay reprochabilidad del injusto.

“El error de prohibición evitable deja subsistente el cuadro global de un hecho delictivo doloso, pero crea la posibilidad de aplicar una pena atenuada debido a una culpabilidad disminuida”<sup>9</sup>.

Por su parte, Zaffaroni entiende que el concepto de culpabilidad, es decir la evitabilidad o inevitabilidad del error, debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades<sup>10</sup>.

## **2.- El error esencial y no esencial.**

El error será esencial cuando recaiga sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo penal, o bien, sobre una circunstancia agravante o sobre la antijuridicidad del hecho. Será no esencial, también denominado accidental, cuando el mismo recaiga sobre circunstancias que acompañan al hecho, pero que las mismas no alteran la esencia de la figura delictiva, o bien, su calificación<sup>11</sup>.

Para que el error sea excluyente de toda culpabilidad, el mismo debe ser esencial e inculpable o invencible. La exigencia de que el error sea esencial, corresponde a la circunstancia de que es esa la única forma que impide comprender la criminalidad del acto; y, la exigencia de que sea inculpable o invencible se deriva de que esta es la única forma que elimina el dolo y la culpa.

Dentro del error accidental o no esencial se distinguen tres clases.

El primero de ellos, *Aberratio ictus*, es aquel en el cual el resultado producido no es el mismo que se perseguía pero sin embargo es idéntico en su significación jurídica.

---

<sup>9</sup> Idem nota anterior

<sup>10</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *Manuel de Derecho Penal, parte general*. Edit. Ediar. 1999

<sup>11</sup> Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino, tomo II*, pág. 74. Edit. Tea. 1983

Error in persona, segunda clasificación, es un caso de error en el objeto, es decir, que recaer sobre el sujeto objeto de padecer la acción del delito, o mejor dicho en aquellos tipos enumerados en los delitos contra las personas, como la libertad, el honor o la integridad sexual.

Y, por último, el error en los medios empleados, es decir, cuando sean distintos de los propuestos pero idénticos para causar el mismo resultado.

### **3.- Error directo e indirecto.**

En la doctrina se ha distinguido tradicionalmente entre diversas modalidades de error. En primer término, una primera clasificación distingue entre errores de prohibición que recaen sobre el carácter antijurídico en sí mismo, esto es, conllevan una "inexigibilidad de comprensión del *estar prohibido* mismo". Y a su vez, el error de prohibición que impide la comprensión del carácter antijurídico del acto en razón de su desconocimiento, que puede ser un *error directo* o un *error indirecto de prohibición*. Por lo tanto, el ***error directo de prohibición*** es el que recae sobre la norma misma, es decir, sobre la *representación de la valoración jurídica del acto* conforme a la norma prohibitiva<sup>12</sup>.

El error de prohibición será directo, según Zaffaroni, cuando recaiga sobre el conocimiento de la norma prohibitiva y será indirecto cuando recaiga sobre la permisión de la conducta; la cual puede consistir en la falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga o bien en la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada.

En el error de prohibición directo, también llamado abstracto, el autor considera que su actuar es jurídicamente irrelevante, sea porque supone la falta de una norma o porque cree que ella no tiene tal extensión, o bien porque cree que la norma como tal carece de vigencia material.

---

<sup>12</sup> En este sentido, véase *Jescheck/Weigend*, p.456 (BGH 2, 194, 197; BGH VRS 65, 127; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2001); *Zaffaroni*, Derecho Penal, op.cit., p.734.

En cambio, el error de prohibición indirecto, también llamado concreto, consiste en que, a pesar de conocer el mandato normativa, el autor supone, una retirada de la norma frente a su autorización para actuar.

Donna <sup>13</sup>, haciendo una interpretación que formula Zipft, enumera tres tipos de error de prohibición:

El primero de ellos es el error directo, abstracto o sobre la existencia de la norma, según el cual el autor no sabe la existencia de la norma propiamente dicha.

De otro lado, en segundo lugar, se distingue también un ***error indirecto de prohibición***, que se configura como la falsa creencia acerca de la operatividad de un precepto permisivo en el caso concreto, esto es, el que *determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación*. Esto es, el autor conoce la desvalorización que el Derecho atribuye a su conducta y, no obstante, cree erróneamente que se haya desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación<sup>14</sup>.

Es el error concreto o indirecto, en el cual el autor sabe de la existencia de la norma, pero supone que su obrar está permitido. Según opina un sector de la doctrina, se entiende por ***error indirecto de prohibición*** "el que recae sobre la tipicidad permisiva de la conducta típica de un tipo prohibitivo"<sup>15</sup>.

En estos casos, el sujeto *conoce* la tipicidad prohibitiva pero considera que su conducta está justificada, pudiendo reconducirse la figura a dos modalidades. En primer lugar, la falsa suposición de la existencia de una causa de justificación que la ley no reconoce (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo) y, en segundo lugar, la falsa suposición de circunstancias que conllevan la aplicación de una causa de justificación

---

<sup>13</sup> Donna, Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena, tomo II, pág. 285/6. Ed. Astrea. 1995.

<sup>14</sup> Cobo/Vives, PG, op.cit., p.672

<sup>15</sup> Véase Zaffaroni, Derecho Penal, op.cit., p.739. Más detalladamente sobre un estudio de esta figura en las doctrinas germana e italiana véase *De Vero*, "Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina", en RIDPP, 1998. pp.773 ss.

((falsa creencia en la existencia de una tipicidad permisiva objetiva -denominada erróneamente por la doctrina como *justificación putativa*)<sup>16</sup>.

## **V.- Conclusión.**

Como bien pude demostrar, el error de prohibición dentro de la teoría del delito, se encuentra en la estructura de la culpabilidad, ya que de ser esencial e invencible la elimina.

La culpabilidad como característica del delito es la reprochabilidad: es decir que se le reprocha al autor de un delito, la conducta típica y antijurídica porque le era exigible un comportamiento adecuado a derecho tomando en cuenta elementos objetivos y subjetivos.

Por lo expresado es que cuando se produzca un error de prohibición esencial e invencible habrá ausencia de culpabilidad del autor de la conducta, y aquella no podrá reprochársele, ya que aún cuando se hubiera tenido la debida diligencia, el sujeto no habría podido comprender la antijuridicidad de su injusto, es decir de su conducta.

De forma contraria, si resultara que el error fuera vencible, lo cual implica que se hubiera podido vencer aquel error si se hubiera puesto la debida diligencia, el mismo no tendrá el efecto de eliminar la culpabilidad; por lo que la conducta podrá serle reprochada a su autor pero solamente a título culposo.

---

<sup>16</sup> En este sentido véase *Zaffaroni*, Derecho Penal, op.cit., p.740.