

**Título:** Error de Prohibición  
**Autor:** Calvo Suárez, Diego G.  
**Fecha:** 04-08-2010  
**Publicación:** IJ Editores  
**Cita:** IJ-XXXIX-497

### ***ERROR DE PROHIBICIÓN***

**Por el Dr. Diego Germán Calvo Suárez**

#### **1. Introducción.**

El principio "ignorantia vel error iuris non excusat" (es decir: la ignorancia o el error de derecho, no excusan) viene del Derecho Romano, ya que en aquel ordenamiento jurídico las leyes se enseñaban a todos, y de aquí partía 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 habitantes de la Nación.

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.

En principio, si el error impide comprender la criminalidad del acto, debe excluir la culpabilidad.

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.

### **2. Concepto: diferenciación con el error del tipo.**

A efectos de ubicar el tema, distinguiré entre el error de prohibición y el de 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. [\[1\]](#)

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. [2]

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). [3]

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 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. [4]

### 3. Ignorancia y error.

Los autores en general distinguen entre error e ignorancia. La diferencia atiende a la distinción entre falso conocimiento y falta de conocimiento. La ignorancia es puro no saber y el error es saber mal, es decir, que “implica un conocimiento que se tiene por verdadero o exacto, siendo falso” [5]. Siendo, en realidad, difícil un caso de ignorancia pura, ya que casi siempre se dará la hipótesis de obrar equivocadamente. Verdad es que la falta de conocimiento implica, en última instancia, un conocimiento falso. Pero ello es así en la medida en que se atiende al contenido general del conocimiento del sujeto en un momento dado; si se circunscribe, en cambio, al concreto saber en relación a los aspectos del hecho, la distinción es viable.

Los autores prefieren designar la materia genéricamente como error, por ser lo más común, o por comprender éste todos los elementos de la ignorancia más un estado de ánimo, lo que permite, bajo su denominación, el estudio de las diversas formas de error e ignorancia.

Para SAVIGNY el error es siempre una forma de la ignorancia, puesto que el error existe como consecuencia de ignorar alguna cosa; BINDING dice que “todo conocimiento falso supone, precisamente, un no conocimiento, en tanto que todo lo no conocido es un conocimiento erróneo” [6]

También es uniforme el criterio que la duda, o la incertidumbre, están fuera del error, asimilándose, en cambio, al saber: el cazador que duda si lo que ve es un animal o un hombre y, a pesar de esa duda, dispara, no obra por error.

La diferenciación carece de interés en la práctica, tanto porque es difícil imaginar un puro no saber en el que obra, como porque las legislaciones en general suelen equiparar los efectos jurídicos del error y la ignorancia.

### 4. Error de derecho y 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 exculpativos.

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*. [7]

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.

No obstante, la más elemental inteligencia bastará para informar al sujeto más rústico de la ilicitud de sus acciones: nadie que sea hombre normal podrá decir que no sabe que está prohibido matar al padre o robar. [8]

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.

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. [9]

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 ignorantia juris no excusa. [10]

La doctrina alemana moderna (Mayer, Finger, Binding, Beling, Lutz, 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 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), entendiendo 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”. [\[11\]](#)

### **5. Error de derecho penal y de derecho no penal.**

La doctrina distinguió según que la ignorancia o el error se refieran a la ley penal o a otra ley (civil, comercial, administrativa). Según esa doctrina, sostenida en Alemania por Reichsgericht [\[12\]](#), la ignorancia de derecho debe ser distinguida en ignorancia de derecho penal y de derecho extrapenal. La ignorancia del derecho penal no excusa; la ignorancia de derecho no penal equivale a ignorancia de hecho.

Así, por ejemplo, diversos artículos del Código Penal, describen normas penales en blanco. Es decir que, dichas leyes, a la vez que establecen la sanción a imponer, complementan su precepto mediante un reenvío a otra disposición. Describen parcialmente el tipo penal, delegando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica, a la cual remiten en forma expresa o tácita. Ejemplo de ello, sería el artículo 206 del Código Penal Argentino que castiga a “el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal”. Es decir, una ley de carácter administrativo, que es la que viene a dar contenido a la ley penal en el caso concreto supuesto.

La ignorancia de una ley de esa naturaleza es ignorancia de hecho, con respecto a la ley penal, a la cual, es lo ordinario que el contenido de ilicitud se lo den las demás leyes del Estado, en la valoración que de los hechos contienen.

Esta teoría parte aceptando la distinción entre error de hecho y de derecho; pero, considerando el carácter específico del derecho penal estima que a los preceptos penales el restante derecho les da contenido.

Carnelutti, en su Teoría generale del reato (pág. 173) expone un ejemplo con el que concluye que no es necesaria la remisión a otras leyes: “no sabría qué diferencia exista entre el caso del que yace con una mujer, por error de derecho civil, cree núbil, y el de quien no denuncia un hecho que, por error de derecho penal, no sabe que es un delito”.

En realidad, con aquella distinción, se alude a la diferencia que va entre la norma que manda o prohíbe y las normas que dan contenidos a ese mandato o a esa prohibición y que hacen que el sujeto crea o no crea obrar en contra de la norma. En un caso, el sujeto puede manifestar que no sabía que una norma prohibiese tal acción y en el otro caso que no sabía que con su acción violase la norma que prohíbe tal cosa. En el segundo caso, no se discute la validez y vigencia de la norma misma, y como ese error recae sobre el sentido de la propia acción, por eso se asimila a ignorancia de hecho. [\[13\]](#)

## 6. Clasificación.

### 6.1 El error vencible e invencible.

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 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. [16]

“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 absolucón” [17]

En cuanto a la 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, 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” [18]

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. [\[19\]](#)

### 6.2 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. [\[20\]](#)

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. [\[21\]](#)

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.

Error in persona, segunda clasificación, es un caso de error en el objeto, es decir, que recae

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. [\[22\]](#)

### 6.3. Error directo e indirecto.

El error de prohibición será directo, según Zaffaroni, cuando recaiga sobre el conocimiento de la norma prohibitiva y será indirecto cuando recaiga sobre la permisón 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. [\[23\]](#)

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.

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. [\[24\]](#)

Donna [\[25\]](#) , 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.

El segundo, 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.

Y, finalmente, el tercero de ellos es el error sobre una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho, en el cual el autor cree que la norma no le es exigible.

## **7. Error de comprensión, error de conocimiento**

**y error de subsunción.**

El error que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad, es el error de prohibición, pero no obstante puede haber casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no le sea exigible la internalización de la pauta que conoce: este es el error de comprensión.

Se menciona como un caso especial del error de comprensión al error culturalmente condicionado. [26] Así, los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente ecuatoriano, en que tienen el convencimiento de que el hombre blanco siempre les matará en cuanto les vea, de modo que deben adelantarse a esta acción, entendiendo que es un acto de defensa. En este caso nos hallamos con un error de prohibición culturalmente condicionado.

El error de comprensión culturalmente condicionado, por regla general, será un error invencible de comprensión que eliminará la culpabilidad de la conducta.

En cambio, el error de subsunción se trata de un error de interpretación, es decir que el sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico, de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta.

## 8. 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.

### 9. Bibliografía consultada.

- ▣ Breglia Arias-Gauna. Código Penal. Editorial Astrea 1985.
  
- ▣ Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino, tomo II, Edit. Tea. 1983.
  
- ▣ Zaffaroni Eugenio R.. Manual de Derecho Penal. Parte General, Edit. Ediar 1999.
  
- ▣ Fontán Balestra C., tomo II, Parte General. Edit. Abeledo-Perrot 1980.
  
- ▣ Creus Carlos, Derecho Penal, parte general, Edit. Astrea. 1999.
  
- ▣ Maurach. Derecho Penal, parte general, tomo I. Edit. Astrea. 1994.
  
- ▣ Donna, Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena, tomo II, Ed. Astrea. 1995.

- 
- [1] Conf. Breglia Arias-Gauna. Código Penal. Editorial Astrea 1985. Pág. 116-117.
- [2] Conf. Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 67. Edit. Editea. 1983.
- [3] Conf. E. R. Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Parte General, pág. 543. Edit. Ediar 1999.
- [4] Conf. Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 67-68. Edit. Tea 1983.
- [5] Conf. C. Fontán Balestra, tomo II Parte General. Edit. Abeledo-Perrot 1980, pág. 310
- [6] C. Fontán Balestra, tomo II Parte General. Edit. Abeledo-Perrot. Pág. 310.
- [7] Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 68. Edit. Tea 1983.
- [8] Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 69. Edit. Tea 1983.
- [9] C. Fontán Balestra, tomo II, parte general. Edit. Abeledo-Perrot 1980.
- [10] Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 71. Edit. Tea 1983.
- [11] E. R. Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Parte General, pág. 545. Edit. Ediar 1999.

[12] Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 71. Edit. Tea 1983.

[13] Soler. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 73. Edit. Tea 1983.

[14] Zaffaroni, Eugenio R., Manuel de Derecho Penal, parte general. Edit. Ediar. 1999.

[15] Creus, Carlos, Derecho Penal, parte general, Edit. Astrea. 1999.

[16] Fontán Balestra, C. Tratado de Derecho Penal, parte general, tomo II. Edit. Abeledo-Perrot. 1980

[17] Maurach. Derecho Penal, parte general, tomo I. Edit. Astrea. 1994.

[18] Idem nota anterior.

[19] Zaffaroni, Eugenio R., Manuel de Derecho Penal, parte general. Edit. Ediar. 1999.

[20] Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 74. Edit. Tea. 1983.

[21] Fontán Balestra, obra citada.

[22] Idem anterior.

[23] Zaffaroni, Eugenio. Obra citada.

[24] Maurach. Obra citada.

[25] Donna, Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena, tomo II, pág. 285/6. Ed. Astrea. 1995.

[26] Zaffaroni, Eugenio. Idem.