

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**  
**ESPECIALIDAD Y MAESTRÍA DE DERECHO PENAL**

**“Error sobre los presupuesto facticos de una  
causa de justificación”**

**Director. Doctor. Esteban Segarra Coello**

**Alumno: Dr. Fausto Vásquez Reinoso.**

**Cuenca-Ecuador**

**2009- 2013**

# **Justificación y error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación.**

<b>I.- INTRODUCCIÓN</b>	<b>3</b>
1.- El problema del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación	4
2.- Diferencia con otros supuestos de error	
a) Diferencias con el error de tipo	9
b) Diferencias con el error directo de prohibición; y	13
c) Diferencias con el error sobre la existencia y límites de una causa de justificación	16
<b>II. La solución del caso en las viejas concepciones sobre el error</b>	
1.- Las posturas que diferencian al error de hecho y de derecho	20
2.- La teoría del dolo	22
<b>III. La Discusión dentro de la teoría de la culpabilidad</b>	
1.- Teoría estricta de la culpabilidad	28
2.- La teoría limitada de la culpabilidad: Conceptos generales	32
3.- Teoría de los elementos negativos del tipo	36
4.- Teoría de la aplicación analógica de las reglas del error de tipo	38
5.- Teoría de la aplicación analógica de las consecuencias del error de tipo	40
<b>IV. Toma de postura</b>	<b>41</b>
1.- Motivos para cerciorarse	46
2.- Evitabilidad o inevitabilidad del error	47
3.- Error de Subsunción	48
4.- Consecuencias jurídicas del error.	50



## RESUMEN:

No existe regulación sobre los “error sobre los presupuestos de justificación” lo cual genera serias dificultades, sin que se pueda establecer con exactitud si estamos frente a un “error de prohibición” o “error de tipo” o de lo contrario este tema debe ser tratado en forma separada, se creen que se debe otorgar “justificación y plena validez” es decir el juzgador debería ponerse en la posición del sospechoso antes del hecho, para luego valorar en el proceso, “el medio empleado, la defensa real o supuesta, la necesidad racional. El Juez entra en conflicto con el “conocimiento o desconocimiento” de quién actúa en esta situación, si los datos son mal percibidos o mal interpretados. Para que pueda operar la justificación, en el “momento del hecho” o en “el proceso”, se debe dar plena validez a la justificación realizando un examen -a priori- puesto que el juez tiene un conocimiento limitado, la justificación en legítima defensa o estado de necesidad, se reduce la pena. Y si el sospechoso incurren ciertos actos con el error invencible se excluye la culpabilidad, por lo tanto, no existe pena. Con qué criterios el juez gradúa la pena, en el caso de imponerla, para que el sujeto que actúa tenga una pena adecuada por su culpabilidad.

## ABSTRACT

There is no regulation on the "Error as regards to the justification requirements ", which creates serious difficulties, without being able to establish with certainty whether we are facing a "prohibition error" or a "type error" or else this issue should be treated separately. It is believed to be given "justification and complete validity", in other words, the judge should put himself in his/her position before the event occurred, and then evaluate it during the process "the means employed, the actual or supposed defense, and the rational necessity. The judge comes into conflict with "the knowledge or the lack of knowledge" of who acts in this situation if the data is "misperceived or misinterpreted". In order to activate the justification in the "time of the offense" or "in the process" full effect to the justification must be given by conducting cross-examination -ex ante-. Since the judge has limited knowledge, the penalty is reduced due to the justification of legitimate defense or state of necessity. And if the suspect commits certain acts with invincible error, guilt is excluded, therefore there is no penalty. Hence, with which criteria does the judge graduate the penalty, to impose it so that the subject who acts in error obtains an adequate penalty for his or her guilt?



  
Translated by,  
Lic. Lourdes Crespo

## I.- Introducción

Para poder realizar y desarrollar el presente trabajo debo manifestar que revisado el tema en algunas de las legislaciones, excepto en Alemania, no existe regulación sobre los “presupuestos de justificación” lo cual genera serias dificultades cuando aparece este tipo de situaciones, sin que se pueda establecer con exactitud si estamos frente a un “error de prohibición” o “error de tipo” o por el contrario este tema debería ser tratado en forma separada, investigaremos para ver qué tipo de soluciones se han adoptado y que tratamiento se lo ha dado y como lo han resuelto, algunos doctrinarios consideran que se debe otorgar “justificación y plena validez” es decir el juzgador debería ubicarse antes del hecho, para luego valorar en el proceso, el legislador debería dar una herramienta válida para medir la legitimidad o ilegitimidad de quienes se encuentran en esta situación, y si existió o no el error en determinada circunstancia cuando se ve amenazado el interés por una amenaza real a la que está expuesto el autor, existe una serie de factores que veremos en el desarrollo del trabajo y que serán analizados, “el medio empleado, la defensa real o supuesta, la necesidad racional, en este análisis la víctima juega un papel importante puesto entra en conflicto con el “conocimiento o desconocimiento” de quién actúa en esta situación pero que no debería ser utilizado en contra de él, el papel del autor es relevante en el análisis para que opere la justificación como eximente, pues su explicación debe ser fundamentada y razonada, si de los datos que tiene el autor fueron “mal percibidos o mal interpretados” para que pueda operar la justificación, se tocará el tema de la “defensa putativa” ya que el supuesto agredido se encuentra en situación de defensa, para establecer si la acción fue o no dolosa veremos si el autor realiza o no la conducta que le fuera exigible o cada uno de los casos, para poder aclarar el tema propuesto de investigación iremos citando ejemplos que aclararán los diferentes modos en los que puede existir un error, otro de los aspectos que deben ser tocados dentro de esta investigación como deben ser

constados por parte del juzgador los elementos de justificación en el momento que concurra una justificación en el “momento del hecho” o en el proceso tomando en cuenta los datos conocidos, según las circunstancias que se presente hay algunos doctrinarios que tratan el tema y consideran que se debe dar plena validez a la justificación realizando un examen ex ante, ya que tiene un conocimiento limitado, y una creencia racional y fundamentada por parte del autor que existen elementos objetivos para dar paso a la justificación quien examina con cuidado la situación ha actuado de forma justificada, ya sea en legítima defensa o estado de necesidad, pero de darse situaciones como los miedos y las reacciones inadecuadas deben ser considerados “inaceptables” a efectos de verificación correcta de la magnitud del mal o peligro o su mayor o menor inminencia debe efectuarse el juicio ex-ante, para ver si el autor ex-post obró en legítima defensa, es importante dentro del trabajo el análisis y exposición de cada una de las teorías sobre el error y revisar cuando el error es inevitable o evitable existen, ya que por un lado se reduce la pena y si incurren ciertas circunstancias con el error invencible se excluye la culpabilidad de quien así actuó y en consecuencia no existe pena, el aspecto resaltar en investigación es tratamiento que se dio al caso, cuando existe un presupuesto de justificación y como tipo de pena se impone con qué criterio el juez gradúa la pena en el caso de imponerla, es importante que esta institución exista dentro de las diferentes doctrinas de esta forma se establecerá una solución equitativa para que el sujeto que actuó en error tenga una pena adecuada por su culpabilidad, ya que esto puede abrir las puertas para que pueda quedar impugne cierto hecho que merecen una pena y se de sanciones adecuadas a los casos para de esta forma poner un límite al estado y sentar las bases para una pena justa adecuada y proporcional a la gravedad del hecho. En el Ecuador en el Código Penal no existe la regulación sobre el error de prohibición hoy en día se está discutiendo el tema en la Asamblea para que el nuevo Código Integral Penal se regule sobre el error de prohibición y se de herramientas válidas y contundentes a los jueces para regular correctamente sobre “el error” a fin de que no se comenten arbitrariedades.

## **1.- El problema del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.**

Los elementos objetivos de la culpabilidad independiente de la representación son las regulaciones, diferentes de la motivación, de la responsabilidad del autor por una situación de conflicto. Esta responsabilidad se puede crear o anular mediante un representación errónea, dependientes de la representación, quiere decir, en caso de ignorancia de los requisitos, decae la presión motivacional. Para el Dr. Alberto Dona el conocimiento de los elementos objetivos debe referirse a la totalidad de los elementos tanto normativos como descriptivos y aun que esto es discutible, es necesario que el autor haya comprendido los elementos del tipo correspondiente, no es necesario que el autor haya realizado una valoración jurídica exacta, sino que, tenga el mismo sentido. “la llamada valoración paralela en la esfera del lego o del profano” sabiendo que al profano no se le puede exigir una subsunción del hecho bajo la ley, pero si una valoración que marche dentro de la ley. Por ejemplo, en el tipo del hurto, que contiene el elemento normativo que es la cosa “mueble” como objeto de delito, no será necesario que el individuo conozca la regulación del Código Civil, sino no que entienda que la cosa puede ser transportada de un lugar a otro. En definitiva lo que se quiere es que autor haya captado el sentido de dicho elemento, que haya valorado en el sentido que la ley lo hace. Mir Puig dice: La calificación jurídica será necesaria para el dolo típico si condiciona la comprensión en la esfera del profano. Así por ejemplo “es necesario entender que la cosa que se toma es jurídicamente ajena”, creyendo erróneamente que el derecho le otorga la propiedad. (Donna, 2008)<sup>1</sup> Para Wolfgang Naucke, al igual que en las causas de extinción y de la exclusión de la punibilidad en los presupuesto procesales y en los impedimentos de la imposición de la pena, con la ayuda del sistema de hecho punible, se elabora una jerarquía de causas que conducen a la impunidad, entre ellas la existencia de una “causa de justificación”, son las causas más serias a favor de la impunidad. Un hecho,

---

<sup>1</sup> Edgardo Alberto Dona. Ob. Teoría General del Delito. Pag. 542, 543.

típico, antijurídico y culpable, para el cual se dan las condiciones objetivas de punibilidad, exigidas por las leyes penales, pero en el que se da una extinción de la punibilidad, para el mencionado autor existe una diferencia práctica importante entre los elementos sistemáticos tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad por un lado y las condiciones objetivas de punibilidad, causas de extinción y de exclusión de punibilidad. Mientras la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad deben discutirse en cada caso, los otros elementos tratan aspectos que únicamente aparecen en hechos punibles particulares y que solo deben discutirse en estos, debiendo analizarse que elementos funcionan como causas de extinción. (Naucke, 2006). El legislador ha creado una regulación específica para el error sobre los presupuestos objetivos o materiales, considerando que el mismo excluye la responsabilidad jurídico penal en caso de ser invencible, y en los casos de vencibilidad atenúa obligatoriamente la penalidad, dado que la presión psíquica bajo la que se halla el sujeto, es la misma que un estado de necesidad solamente imaginario que en uno real, la solución correcta hubiera sido equiparar lo real al estado de necesidad, pero esto no es adecuado ya que un estado de necesidad realmente existente excluye la culpabilidad, el legislador considera que no se le haga responsable del hecho por falta de “necesidad preventiva de punición”. No sería compatible con la misión jurídico-penal eficaz de bienes jurídicos el dejar impune, por una representación vencible errónea del sujeto, delitos dolosos y antijurídicos que no tienen su origen en una situación objetiva, por el contrario la responsabilidad solo puede ser excluida cuando el sujeto examinado cuidadosamente la situación que no se le puede hacer ningún reproche por el error. El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación (error de exculpación), no es un caso de estado de necesidad, sino una categoría autónoma del error junto al error de tipo, al de justificación y al de prohibición (Roxin, 2006)<sup>2</sup>. Es importante señalar que el problema de error guarda relación con la acción libre del hombre y solo podría hablar de acción cuando el sujeto actúa libremente ya que si el individuo no actúa con voluntad no puede hablarse de conducta libre y voluntaria y

---

<sup>2</sup> Claus Roxin. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito Pag. 922 y 923.

merecer una sanción si obra en desconocimiento, es decir si se yerra sobre los circunstancias fácticas está claro que su voluntad se encuentra viciada, ya que existe un dualismo entre el sujeto y el objeto, pero si esto es imposible al sujeto confunde la realidad con su conciencia, entonces este tiene una patología o por lo menos en reconocer que la posibilidad de conocer es imposible, tanto la percepción como la representación son contenidos de la conciencia lo cual tiene importancia básica para la orientación en el mundo ya que la percepción y representación tienen vida propia y abren un horizonte, si el individuo actúa en error y no actúa correctamente tiene problemas en la parte cognitiva inferior y superior en el juicio o en el yo y su relación con el mundo; es decir, que el defecto o la falla del entendimiento sean producto de una enfermedad psíquica, se deber distinguir si el error proviene de causas patológicas o cuando provienen de causas que afecta a una persona medio normal, ya que sería esencial al momento de resolver sobre la culpabilidad y la pena del mismo, en la culpabilidad el tema es el conocimiento de la prohibición, muy distinta a la del dolo. Con lo cual se habla de error de tipo o error de prohibición. El concepto de error comprende estas categorías, de modo que cada una de ellas responde a distinto tipo de fallas de la conciencia. Todo juzgador tiene la obligación de analizar el caso y establecer la situación fáctica de la cual se deriva que el hecho cuestionado es antijurídico, para en segundo lugar realizar el razonamiento posterior y emitir el juicio de antijuridicidad, en el primer juicio, constata y describe hechos de la realidad y el segundo es una valoración de los hechos, queda delimitado el problema entre las categorías del error y la repercusiones sin duda requiere un regulación distinta para que se pueda imponer la justa pena, cuando se incurre con error una pena racional y acorde al daño causado (Donna E. A., Derecho Penal Parte General Tomo Tomo IV , 2006)<sup>3</sup>.

Ejemplos. El Señor A, que vive solo en su domicilio sin más compañía que su criada, acostumbra a salir todas las noches al café, del que regresa a altas horas de la noche, dando lugar a que durante su usencia la muchacha da

---

<sup>3</sup> Edgar Alberto Donna. Derecho Penal Parte General tomo IV Teoría General del Delito Pág., 220, al 228

entrada a su novio B. Una noche el Sr. A. se siente indispuerto y regresa a su casa antes de la hora acostumbrada. A poco de acostarse oye ruidos, por lo que, previsto de un revolver, sale al pasillo, en cuyo extremo ve a un hombre tratando de ocultarse. A creyendo que se trata de un ladrón hace fuego sobre él, matándola, cuando en la realidad es el amante de la criada. Ejemplo “la retención indebida, por parte del hotelero, de equipaje del turista, moroso en ignorancia de la supresión de este derecho”. Incurrir en un error de hecho “el que da muerte a otro en creencia justificada de que era víctima, a altas horas de la madrugada en una habitación que no tiene luz, de una agresión ilegítima” Ejemplo. El error sobre el carácter mueble o ajeno de la cosa sustraída en el hurto (error de derecho) Ejemplo quién detiene a otro por que se imagina perjudica por el o porque cree admisible detenerlo con el fin de cobrar una deuda. (Error sobre los límites de detención) Las Causas de Justificación, para Francisco Muñoz conde las causas de justificación tiene tanto elementos objetivo como subjetivos, es decir, para justificar una acción no basta que se dé la causa objetiva justificante, sino que conozca esa situación justificante, así por ejemplo “El que actúa en legítima defensa, quién sabe que se defiende de una agresión ilegítimo, es necesario que acoja en su voluntad la consecuencias del resultado. “ No actúa en legítima defensa, el que mata por venganza a otro que lo estaba esperando para matarlo”, ya que desconoce que se estaba defendiendo de la agresión de la víctima. Para que la justificación sea válida el autor debe saber que se trate de agresión ilegítima y la ley lo autorice, tiene que poder probar que, conoce la causa objetiva de justificación y que actúa dentro de los límites, si no concurren los elementos objetivos y subjetivos el acto sigue siendo antijurídico, y esto puede tener repercusiones tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad. El elemento objetivo es la creencia errónea en la existencia de una causa de justificación, el sujeto considera que su actuar está justificado por la ley. “ el sujeto dispara, porque cree que la víctima lo va a disparar” Es necesario dejar un cierto margen en la apreciación de la realidad, y realizar una valoración de las circunstancias y de considerar prudente y razonable de que va a ser víctima de una agresión y se defiende, es

correcto que se justifique, quién actúa ex- ante y aprecia la causa de justificación, actúa justificadamente, en definitiva en la justificación no existe un cliché entre la realidad objetiva y percepción subjetiva, no se puede decir con precisión “cuando un sujeto con una pistola es un atracador o es un bromista” parece que la situación se resolvería que a partir de las creencias subjetivas del sujeto, procede a valorarlas objetivamente conforme al criterio de lo “razonable” del estándar social admisible debido a diversos factores, como miedo, nerviosismo, precipitación. Si el error es imprudente se aplicará el tipo imprudente, si es invencible se aplicará la causa de justificación (Muñoz Conde y García Arán, 2000) Para Maurach toda causal de justificación concede un verdadero derecho al titular y puede incluso hacer efectivo mediante el uso adecuado de la fuerza, una acción justificada jamás puede constituir una “agresión antijurídica”, en todo caso el efecto debe distinguirse según el caso concreto de cada causa de justificación y el tipo de provocación, se puede discutir si el hecho está consumado o es una tentativa, basándose en que un situación como esta se encuentra cumplidos tanto el tipo objetivo como subjetivo y esta puede fracasar en el incongruencia de los elementos objetivos y subjetivos de la justificación, es preciso decir que el autor realiza el ilícito de acción, no así el ilícito de resultado. En la suposición errónea el autor cree que está justificado, sea que considera que existe un estado de cosas que, en caso de darse en la realidad eliminaría la ilicitud de la acción típica “error sobre los presupuestos de una causal de justificación error sobre las circunstancias de hecho” (error sobre la existencia o contenido de una causa de justificación, error sobre el contenido de la norma “error de valoración”) en tales supuesto no se puede dar una causa de justificación que exima de la responsabilidad penal de autor, dándose un decaimiento del reproche, que se le formula por su culpabilidad, y estaría dentro del error de prohibición (Maurach & Zipf, 1994)<sup>4</sup>, para este autor en la actualidad no existe un solución completamente satisfactoria, el tratamiento correcto de error sobre las circunstancias de hecho

---

1. Reinar Maurach Derecho penal parte General Pag. 432, 433 y 434.

2. En el delito imposible el autor supone erróneamente que una norma penal inexistente resulta aplicable a su conducta en cambio en una situación justificante el autor si conoce la norma penal.

llevan a una ponderación, y lo recomendable por el autor citado sería aplicar la teoría de la culpabilidad “restringida” para soluciones más adecuadas.

## 2.- Diferencia con otro supuesto de error

a) Diferencias con el error de tipo. Es el “erróneo desconocimiento” de una circunstancia de hecho perteneciente al tipo legal, sin importa que esta sea de naturaleza normativa o descriptiva. No actúa dolosamente quien al cometer un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo, “ no hay pena si el autor dispara sobre el vagabundo que se confunde con una pieza de caza” “ no hay pena si el autor daña una cosa ajena que por error creía propia” las calificaciones operan cuando no hay el correspondiente dolo, según la jurisprudencia alemana existe exclusión del dolo en los casos de errónea suposición de presupuesto fácticos de causales de justificación y exculpación y está regulado según la teoría restrictiva de la culpabilidad, si el auto incurre en un error respecto de tipo objetivo, se destruye la congruencia entre las partes objetiva y subjetiva del tipo, necesarios para configurar el delito doloso, un error referido a los elementos del delito básico tiene siempre por efecto la inaplicabilidad de la punibilidad prevista para el delito doloso, (Maurach & Zipf, 1994)<sup>5</sup> la eficacia aniquiladora del tipo que tiene el error opera sin considerar si el error fue o no evitable. La posibilidad de cargar al autor, su error se debe resolver según las reglas generales sobre la culpabilidad culposa, pero el dolo faltante no puede ser compensado por la culpa, por grande que esta sea. Roxin, con respecto a error de tipo ha dicho: Quien al cometer un hecho, desconoce una circunstancia que pertenece al tipo no actúa dolosamente, quién actúa y no ha incluido en absoluto un elemento de tipo, no actúa con dolo. “ el que dispara a un hombre creyendo que es un espantapájaros” ; pero si duda, y cree que es una persona y dispara, se le castiga por delito doloso, “ Quien seduce a una muchacha que aún no tiene dieciséis años, suponiendo erradamente una edad situada por encima de límite

---

<sup>5</sup> Reinart Maurach Ob. cit. Pag. 402,403,404

de protección y no ha realizado una reflexión sobre la edad de la chica, no conoce una circunstancia del tipo, es decir que la chica no tiene todavía los dieciséis años”, por esta circunstancia se excluye el dolo típico, el error de tipo no afecta al conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad, sino a las circunstancias del hecho, sabiendo que el conocimiento significa percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las normativas (Roxin, 2006) la comprensión intelectual que caracteriza al dolo en los elementos normativos no significa una subsunción exacta en los conceptos empleados por la ley<sup>6</sup> Para Welsel se excluye el dolo si el autor desconoce o se encuentra en un error a cerca de una circunstancia del hecho, que debe ser abarcada por el dolo y pertenezca al tipo penal Ejemplo “ El cazador que dispara sobre un objeto que en la noche creyendo que era un jabalí, cuando en realidad es una recolectora de choclos. Si el error se debe a culpa, subsiste la punibilidad por comisión culposa, siempre que exista el respectivo tipo culposo, con una pena atenuada, solo puede haber comisión culposa, si hay desconocimiento reprochable de las circunstancias del hecho, no de las características del auto. Por eso, la conciencia de la antijuridicidad de la acción no pertenece al dolo del tipo, sino que es un momento de la culpabilidad, de la reprochabilidad. (Welsel, 1887).<sup>7</sup> Es claro que tanto la “ignorancia” como el “error” pueden ser asimilados en cuanto al tratamiento dogmático, por que en ambos supuesto estamos frente a un error de tipo, que elimina el dolo, Roxin sobre el tema dice: “ el error de tipo no presupone ninguna falsa suposición, sino basta con la falta de correcta representación”. La ignorancia se da cuando se desconoce o ignora algún elemento exigido por el tipo penal objetivo, actúa sin percibir dicho elemento ejemplo. “El turista que sin darse cuenta trasporta sustancias estupefacientes porque alguien astutamente se las ha colocado, cuando estaba distraído”, “o la mujer que al usar medicamento abortivo, no sabe que está embarazada”, no tiene dolo de

---

<sup>6</sup> Claus Roxin. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito Pag. 458,459 y 460.

“Valoración paralela en la esfera del profano”, tal valoración paralela se corresponde con el significado social que tiene la comunidad sobre un hecho.

<sup>7</sup> Hans Welsel. Derecho Penal Alemán Pag. 112.113.

interrumpir el embarazo. En el error, el sujeto conoce el elemento previsto en el tipo objetivo pero tiene una falsa percepción o representación. Ejemplo. “El cazador que escucha un ruido y ve que se está moviendo los pastizales hace el disparo, sin darse cuenta que en realidad es su compañero de caza”. Quién desconoce tales circunstancias estaría imposibilitado de antemano para realizar el injusto, del correspondiente delito doloso; por lo tanto, estaría excluida la punición a título de dolo, por que falte este “Roxin citado por Donna”. El dolo se excluye cuando el autor ha obrado con un error de tipo sobre los elementos de tipo objetivo, es decir sobre, sobre la concurrencia de circunstancias y elementos que permiten conocer la existencia de un peligro de la realización del tipo, Ejemplo “ si el autor de un disparo al probar el funcionamiento de su arma, detrás de los matorrales hay un vagabundo durmiendo y la mata, no abra obrado con dolo de homicidio, solo podrá ser responsabilizado por homicidio imprudente, “Bacigalupo citado por Donna” el autor debe conocer, en qué relación se encuentran los hechos, circunstancias del hecho y supuestos de hecho respecto de los elementos del tipo (Donna E. A., 2006)<sup>8</sup>. Cuando se habla de error de tipo, incluimos en tal concepto dos supuestos diferentes. La Ignorancia, cuando se desconoce o ignora algún elemento exigido por el tipo penal objetivo, es decir no percibe algún elemento que es parte del tipo. Estratenwerth dice: no hace falta un verdadero error en el sentido de una representación positiva equivocada. Ejemplo “Una mujer que usa un abortivo, sin saber que se encuentra embarazada” no tiene dolo de interrumpir el embarazo, o si conoce su estado de embarazo, considera “inocuo el medicamento” El error, en este caso, conoce el elemento previsto en el tipo, pero tiene una equivocada o falsa percepción o representación, Ejemplo “el casado que efectúa el disparo pensando que había un animal, y termina matando al compañero”. En estos casos estamos frente al “error de tipo” que elimina el dolo. Roxin dice: Que el error de tipo no presupone una falsa suposición, sino que basta con la falta de la correcta representación, y esto encuentra respaldo en la ley penal que alude no solo al error sino a la

---

<sup>8</sup> Edgardo Alberto Donna Derecho Penal Parte General Tomo IV pág. ,234 y235

ignorancia. Los errores a cerca de la circunstancia del hecho que pertenecen al ámbito de los elementos del tipo, estaría imposibilitado de antemano para realizar el injusto específico de correspondiente tipo doloso. (Donna E. A., Derecho Penal Parte General Tomo Tomo IV , 2006)<sup>9</sup> Como hemos manifestado, que si existe error de tipo, no hay dolo, por que el individuo no conoce algún elemento exigido por el tipo penal objetivo ya que esta forma de imputación supone la concurrencia del elemento cognitivo, si es evitable, la conducta será atípica y no se puede imputar a título de dolo ni ha imprudencia, siendo imprevisible por lo que estaremos dentro de una “caso fortuito” excluyendo la responsabilidad ya que el sujeto no puede su voluntad de acuerdo a ningún criterio. Si el error es evitable, se elimina el dolo pero se le puede imputar al autor a título de imprudencia, habida cuenta de que pudo conocer, cuando el delito tenga previsto la forma imprudente. Ejemplo “el conductor que durante la noche no ve al ebrio que yace en la calzada y por ello lo atropella”, el conductor no tendrá el dolo de homicidio, pero su desconocimiento se podrá atribuir a una falta de cuidado, lo que se podría adecuar a su conducta como un homicidio imprudente, que pudo haberse exigido algo más. Cuando se trata de error en el objeto, el error recae sobre el objeto, el autor fija la idea en algo que quiere alcanzar con su conducta , pero por error recae en otra objeto, es preciso analizar la equivalencia, entre el objeto representado por el autor y el objeto que termino siendo alcanzado. Ejemplo. “ el cazador y el animal”. De este modo se puede afirmar que la equivalencia o no equivalencia de estos objetos será determinante para resolver la relevancia o irrelevancia del error, pero cuando estos son “equivalentes”, el error en el objeto es irrelevante- no excluye el dolo- siempre que los objeto sean “equivalentes” Ejemplo. “La mujer que durante la fiesta sustrae ilegítimamente la cartera creyendo que era de enemiga, cuando en realidad era de la homenajead”, la autora está consciente de que se está llevando una cosa ajena y eso es suficiente para el dolo exigido en el hurto. Distinta situación es cuando “no son equivalentes” no se puede afirmar la equivalencia entre lo querido por el autor y

---

<sup>9</sup> Edgardp Alberto Donna Derecho Penal Parte General tomo IV pag. 232 y 233

el objeto que termina siendo alcanzado. Ejemplo “El campesino que abofetea al maniquí confundiendo con un extraño pensando que le mira fijamente rompiéndolo”, en este caso solo podría haber “tentativa de lesiones y daños” En el caso de error en la persona, en este caso el autor se equivoca en cuanto a la identidad de la persona. Ejemplo “A quiere matar a B, sin embargo en la semioscuridad confunde a Y que se aproxima y lo mata” En estos casos siguiendo los lineamientos de Welzel se resuelven conforme a las reglas generales del error sobre el objeto cuando los objetos son equivalentes en función de las exigencias del tipo correspondiente. Para Roxin, la irrelevancia del error en la persona no puede ser absoluta y para todos los casos ya que el error en la persona implicaría el fracaso del plan de autor u debería apreciarse una punición por “tentativa”.

#### **b) Diferencia con el error directo de prohibición.**

Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que obra lícitamente, sino también cuando no se plantea la ilicitud de hecho y este puede ser directo cuando se refiere a la existencia de la norma prohibitiva, en este caso el autor desconoce la norma que prohíbe su actuar 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 conclusión si este es directo o indirecto no incide en la configuración típica dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad de autor y en estos casos para determinar la vencibilidad o invencibilidad del error son los mismos que los determinados para el error de tipo “ las circunstancias del hecho y las personales del autor” o se podrá también recurrir a la vida anterior del autor, para poder establecer el grado de vencibilidad que pudo tener el error, en casos normales bastará que el sujeto hubiere podido salir del error con una reflexión o con una información que cualquier sujeto podía adquirir, si el error es vencible se atenúa la culpabilidad . En el estado moderno

Constitucional de Derechos, se muestra dispuesto a negociar con el ciudadano los ámbitos de relevancia con sus prejuicios y hasta lo que comprende del derecho, más, allá de estos límites el Estado no puede conceder relevancia a las creencias y opiniones subjetivas individuales, ya que ello haría depender de la vigencia objetiva de las normas y de la aceptación por el individuo, (Muñoz Conde y García Arán, 2000) <sup>10</sup> En este caso como se dijo se trata de un error acerca de la existencia de la norma prohibitiva, ya sea porque, el autor considera que su actuar es irrelevante “falta la norma”, “no tiene tal extensión” o “porque carece de vigencia” un error de prohibición puede referirse a la validez material de una norma promulgada. En este caso el autor por convicción no actúa en un error de prohibición, su culpabilidad reside precisamente en que sustituye la ordenación valorativa de la sociedad por la propia y, a partir de esta valora erradamente en el caso concreto, Ejemplos “ El autor no sabe que está prohibido las relaciones sexuales con una enferma mental”; “ El autor considera una norma como inconstitucional una ley promulgada formalmente conforme a derecho” o puede también darse el caso que el individuo no conoce “ que la ley se encuentra derogada” (Maurach & Zipf, 1994) <sup>11</sup> Roxin afirma que el autor ignora la existencia, vigencia y alcance de la prohibición y dice que no es frecuente en el Derecho Penal nuclear, pero si, en del Derecho Penal accesorio, “hay que tener en cuenta que existe error de prohibición no solo cuando el sujeto, se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad” la persona no tiene la menor idea, no empleará ni un pensamiento en la cuestión de si actúa conforme a derecho o antijurídicamente; no es culpable, si tampoco en el caso de haber hecho examen interior habría podido tener conciencia de la antijuridicidad del hecho. De lo investigado el autor tiene el deber de informarse, es necesario que el sujeto pueda motivarse en la norma a los efectos de poder cumplir con el deber para poder evitar el hecho antijurídico, por ello, es difícil alegar la inevitabilidad

---

<sup>10</sup> Francisco Muñoz Conde Ob. Cit. pág. 442, 443 y 444.

<sup>11</sup> Maurach y Zipf, Ob. cit. Pag. 674 y 675

cuando se lesionan normas sociales elementales, porque la valoración jurídica surge directamente del sentimiento jurídico, y en consecuencia, será reconocible esforzando la conciencia, ya que constituye a la vez una vulneración insoportable del orden moral. Dentro del asunto de la penalidad la mayoría de los doctrinarios consideran que la pena debe atenuarse conforme parámetros establecidos en la ley, ya que el juez debe tener en cuenta el error y en función de su mayor o menor evitabilidad, graduar la pena que resulte adecuada dentro de la escala prevista en el tipo. Bacigalupo sostiene que la ley regula de manera expresa la “falta de conciencia de la antijuridicidad” dado que ello es posible por error o ignorancia de manera que: cuando el autor obra sabiendo de lo que hace, pero en creencia de que no es antijurídico, solo se debe “atenuar la pena”; si no sabe lo que hace se debe “excluir la punibilidad y concluye diciendo que la falta de conciencia de la antijuridicidad no es elemento de dolo. No está claro cómo se debe solucionar el problema si es evitable o inevitable el error pero si los más cerca que abarca a la solución del problema, no obstante la verdadera solución de este problema para por modificar la ley y establecer una regulación especial del error de prohibición, previniendo expresamente el mecanismo de atenuación de la pena para los casos de error evitable. En cuanto a la culpabilidad del autor, Xavier De la Fuente, tiene una solución distinta, ante la ausencia de regulación y dice: Que el juez en el caso concreto, debe aplicar una pena que refleje el verdadero contenido de la culpabilidad del autor y deberá imponer una pena que resulte más adecuada al caso de acuerdo a la naturaleza del error y a su menor o mayor evitabilidad, cuando el error es grosero y se demuestre un desprecio por la norma, pueda que ni siquiera resulte adecuado la reducción de la pena, fuera de estos casos la sanción debe atenuarse. En el fondo, toda la aplicación del instituto del error de prohibición implica cubrir una laguna legal recurriendo a la analogía a favor del imputado. Con esta apreciación se dejaría librado el problema a la discreción del Juez otorgándole demasiadas facultades, lo que sin duda, aumenta el riesgo de arbitrariedad. En los casos de error evitable la reducción de la pena debe ser obligatoria y debe ser la ley, o, falta de regulación la

interpretación dogmática la que establezca un mecanismo que permita atenuar la pena en todo los casos y en forma igualitaria, de esta manera se concede respeto al principio de culpabilidad. La culpabilidad es siempre menor, por lo que la atenuación debe ser obligatoria. (Donna E. A., Derecho Penal Parte General Tomo Tomo IV , 2006)<sup>12 13</sup>

### **c) Diferencias con el error sobre la existencia y límites de una causa de justificación.**

El autor de un hecho ilícito ha realizado objetiva y subjetivamente la conducta típica de un tipo prohibido. A las normas prohibitivas se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas que impiden que la norma general se convierta en deber jurídico concreto, las disposiciones permisivas se llaman “causas de justificación” y son la legítima defensa, la autoayuda y el consentimiento de ofendido, cuando estas aparecen, la realización típica no es antijurídica, las causas de justificación no excluyen la tipicidad de la conducta, sino la antijuridicidad o sea la materia de la prohibición. Es indiferente para la ley en que parte se encuentre regulada la causa de justificación, aunque la legítima defensa esté incluida en el mismo párrafo que legisla sobre el homicidio. A la materia de la prohibición pertenece exclusivamente el “dar muerte a una persona”; la legítima defensa no anula la materia de la prohibición, sino la antijuridicidad de la realización del hecho. Las causas de justificación tampoco son circunstancias del hecho, son circunstancias objetivas de la materia de la prohibición. En todas estas confusiones entra a jugar la idea desafortunada de poner, en lugar de la relación “norma prohibitiva- disposiciones permisivas” la relación “tipo – causal de justificación” “regla-excepción”; la regla (es decir, el tipo) es la excepción y la (causa de justificación) es la excepción, pasando esta a ser la regla. La doctrina de las circunstancias negativas del hecho desconoce

---

<sup>12</sup> Alberto Donna Ob. cit. Pag. 332 a 335

<sup>13</sup> En el Código Penal Argentino la regulación se encuentra en el art. 35, la pena prevista para el delito por imprudencia.

la significación autónoma de las normas permisivas (de las concesiones de derecho). La existencia de la legítima defensa tiene, según esa doctrina, la misma significación que la ausencia de una característica del tipo. (Welsel, 1887)<sup>14</sup> Las causas de justificación esta reguladas- si es que lo están- en disposiciones especiales, no en las disposiciones penales, pero también existen causas de justificación en la propia disposición penal. <sup>15</sup> Debemos decir que este tipo de error es frecuente de los tipos penales, por ejemplo, “cuando la persona cree poder corregir mediante castigo corporal a niños ajenos cuando hace travesuras” actúa en error de prohibición en cuanto a las lesiones, se imagina una causa de justificación que no existe. Se produce tales errores en la forma de que el sujeto extiende demasiado los límites de una causa de justificación en si existente, parte del supuesto de que “también las medidas defensivas que sobrepasan la medida de lo necesario o que se dirigen contra agresiones futuras, están amparadas por la legítima defensa, u opina que el estado de necesidad justificante, autoriza la injerencia en los derechos de personas no implicadas. “NO SE PUEDE DELIMITAR DE UN MODO LÓGICO EL ERROR SOBRE LOS LIMITES DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN”(error sobre los límites de permisión), quién fija los límites de una causa de justificación de manera distinta a la del legislador, también supone en esa mediada una causa de justificación que no existe, su representación es distinta respecto de la justificación (Roxin, 2006)<sup>16</sup> La causa de justificación son motivos jurídicos bien fundados para ejecutar en si un comportamiento prohibido, a diferencia de lo que ocurre el comportamiento atípico es un comportamiento anómalo, aceptado como socialmente soportable, en el que muestra falta de motivación jurídica dominante, el comportamiento antijurídico, pero no culpable, pudiendo realizar una clasificación de causas de justificación según las teorías pluralistas. En el primer grupo la justificación es consecuencia de un comportamiento de la organización de la víctima de la intervención. El motivo

---

<sup>14</sup> Hans Welsel Ob. Cit. Pag. 117,118.

<sup>15</sup> En la legítima Defensa. El autor deberá conocer los elementos objetivos de la justificación (La agresión actual o el peligro) pág. 121. Hans Welsel Ob. cit. Pág. 121.

Conclusiones de la lectura de las obras citadas.

<sup>16</sup> Claus Roxin Pag. Ob. Cit. Pag. 871,872.

bien fundado para el comportamiento justificado reside en que la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su comportamiento de organización, constituye ejemplos La legítima defensa, el estado de necesidad defensivo, el derecho de resistencia contra agresores, el auto auxilio y numerosos supuesto de ejercicio de cargo. El segundo grupo sigue “el principio de la definición de intereses por parte de la víctima de la intervención” el motivo fundado de casos en que la víctima define como beneficiosa o aceptable, administra sus intereses modificando la ordenación de estos ejemplos “el consentimiento justificante, la autorización justificante y consentimiento presunto, estado de necesidad”. Y esta se lleva a cabo situándose en la posición de la víctima. En el tercer grupo, es el “principio de solidaridad”, se recurre a la víctima de la intervención en interés de otras personas, que en el caso de sospecha se otorga el derecho de intervenir, Ejemplo los ejercicios de cargo, sobre esto se dice que quién ha puesto en marcha culpablemente un curso causal dañoso debe soportar los costes de la eliminación. En ocasiones se requiere para la justificación que la situación justificante haya sido indagada por el autor mediante una comprobación, conforme a deber, sin esta comprobación abría que castigar al autor por consumación a pesar de la situación justificante. (Jakobs, 1991)<sup>17</sup> El exceso en la legítima defensa, si se dan objetivamente los presupuesto, pero el autor, por miedo, susto, excede la medida requerida para la defensa, su hecho es antijurídico, actúa de manera culpable y punible pero si se equivoca por los afectos “asténicos” debe ser exculpado, no queda incluidos en esto efecto la ira, rabia, tampoco el exceso excesivo en legítima defensa. En cuanto a la “legítima defensa putativa”, el autor supone erróneamente que se dan presupuesto objetivos de la legítima defensa o antijuridicidad de la agresión, el hecho es antijurídico y es un error sobre la antijuridicidad, lo cual exculpa si es inevitable, si no es evitable disminuye la pena de acuerdo al grado de evitabilidad, si el autor supone erróneamente la existencia de presupuesto objetivos de agresión actual, el error es inevitable, puesto que no queda tiempo para un examen de

---

<sup>17</sup> Gunter Jacobs. Ob. cit. Pag. 419 y 427.

las circunstancias, en cambio en el error evitable en la agresión ilegítima. Otro de los aspectos controvertidos dentro del error es el “actuar en interés y con consentimiento presunto” es conforme a derecho actuar con el consentimiento del ofendido, esta causa de justificación constituye una subespecie de estado de necesidad supra legal ( empleo del medio justo para un fin justo), la razón primaria justificante no es la renuncia general del interés por parte del ofendido (es decir su consentimiento ) sino el actuar positivo en su interés, no habría lesión del derecho cuando se actúa en interés del afectado. Ejemplo “El gasfitero que entra a la fuerza en una casa para reparar una cañería dañada”, Comete formalmente el delito de daño y violación domicilio, si el autor supone erróneamente los presupuestos objetivos de una causal de justificación reconocida (legítima defensa, estado de necesidad o consentimientos putativos)<sup>18</sup>, el hecho permanece antijurídico, pero queda excluida la culpabilidad, sin embargo, si el error era evitable, deberá atenuarse la pena. (Welsel, Derecho Penal Aleman, 1887) Lo correcto será partir de la idea de cuándo se puede analizar la situación o evitar el peligro, no se puede actuar sobre una mera posibilidad, debe ser analizado el supuesto de hecho, si actúa a la buena de Dios, se le ha de castigar, no hay desvalor de resultado, pero subsiste la tentativa que puede ser punible, los mayores dificultades se da cuando alguien no esté seguro que si concurre una situación de justificación. Para la justificación es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación. Para Enrique Bacigalupo la soluciones son controvertidas, sostiene que debe excluirse el dolo, pues a él le pertenece la no suposición de circunstancias justificantes, el error es producto de un comportamiento descuidado, cabe la pena del delito culposo, si este es punible, desde otro punto de vista, la solución es correcta en sus resultados, pero no en la fundamentación, no se trata de un error de tipo, sino de prohibición, que excluye el dolo, esta forma de solución no excluye el dolo y tampoco la punibilidad, por tanto este tipo de inconvenientes

---

<sup>18</sup> “La tipicidad y anti normatividad, es un “indicio” de la antijuridicidad. La anti normatividad es la contradicción entre la realización típica y la norma prohibitiva. En cambio la antijuridicidad es, en cambio la violación del orden jurídico”.

debería ser tratado según las reglas de error de prohibición, ya que solo afecta a la conciencia de antijuridicidad, esto dentro de la teoría de la culpabilidad, para la teoría limitada de la culpabilidad se debería entender que falta el disvalor de acción, por lo que no corresponde aplicar la pena del delito doloso. Para la teoría “estricta de la culpabilidad considera al error sobre los presupuesto de la causa de justificación como error de prohibición, se debe excluir la pena solo en los casos de error inevitable, exigiendo mayor esfuerzo por parte de quienes creen obrar en situación de justificación, el autor dice que es preciso en el momento que el autor actúa, es decir la situación objetiva se debe juzgar ex –ante y no ex –post Ejemplo “ A ve aparecer a un encapuchado con una arma de fuego en una calle obscura y comprueba que se le acerca en forma amenazante habrá obrado justificadamente si se defiende con su arma y le causa la muerte, aunque posteriormente se compruebe que era una broma preparada por un grupo de amigos y que la víctima solo llevaba u revolver de juguete. En efecto como se deduce del ejemplo el autor ha actuado con la creencia errónea de estar obrando lícitamente y no cabe duda de quién supone erróneamente la concurrencia de justificación obra en la citada creencia (Bacigalupo, 2004)<sup>19</sup>

## **II. La solución del caso en las viejas concepciones sobre el error**

### **1.-Las posturas que diferenciaban al error de hecho y de derecho**

Al inicio los doctrinarios y la jurisprudencia fundamentaba el problema entre “error de hecho y de derecho” y consideraba que solo el “error de hecho” eximia de pena, es decir, que solo interesaba que el autor haya conocido las circunstancias descritas por la ley como acción o como omisión. Y no se tenía en cuenta ni la conciencia de ilícito ni de la antijuridicidad de conducta, pero esto resultaba injusto. Pero para evitar inconvenientes dentro del error de derecho se comienza a distinguir entre “error de derecho Penal y extrapenal” por considerar que se podía llegar a excluir la responsabilidad por la semejanza

---

<sup>19</sup> Enrique Bacigalupo Ob. cit. Pag. 365 a 367.

con el error sobre los hechos. Uno de los presupuestos de la culpabilidad es la conciencia del ilícito, el error sobre la antijuridicidad puede excluir el reproche, es decir debe haber tenido por lo menos la posibilidad de conocer la antijuridicidad. No se trata de fundar aquel principio en la presunción de que la Ley no es ignorada, sino en el concepto de que nadie puede substraerse al imperio de esta. En Alemania se siguió esta posición considerando irrelevante el error sobre la punibilidad, se argumenta en forma marcada y positiva, en el ámbito del error, la ley solo conocería como causas de exclusión de la pena el error sobre las circunstancias del hecho, como causa del injusto y como causa de la exclusión de la culpabilidad. En Alemania también se adoptó la diferencia entre el error de Derecho penal y Derecho extrapenal, En España el tribunal invocaba la teoría del Principio error iuris nocet, el tribunal hacía una excepción en los casos error de Derecho extrapenal, es decir cuando el error de derecho versa sobre preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico (De La Fuente, 2005)

Por obra de la teoría moderna de diferenciar el error de tipo y de prohibición, que excluye la conciencia del ilícito de dolo y colocó en la culpabilidad, con argumentos sólidos, que diferencia el error de hecho y de Derecho, el problema del error que solo podía afectar a la culpabilidad, si tenía algún efecto este se producía en el ámbito de la culpabilidad dolosa, o en ciertos casos atenuándola, la “cuestión central”, no era la ubicación sistemática en el ámbito del injusto y de la culpabilidad sino la delimitación de aquellos errores que excluyen la culpabilidad, según Frisch, en el ámbito de error la ley concedería como causa de exclusión de la pena el “error sobre las circunstancias del hecho”, de ellos se podría concluir, únicamente que el error del agente sobre el carácter prohibido y sobre la punibilidad de su acción no tendría ninguna importancia. En la práctica hoy se encuentra abandonada, habiendo quedado para la historia y como referencia. Según la concepción la conciencia del ilícito no era un elemento delictivo, no es parte del dolo, se agota en el conocimiento y voluntad respecto del tipo objetivo, ni tampoco un elemento delictivo de la culpabilidad, más allá de esto no se podía exigir que el autor fuere consciente de la antijuridicidad. Sin

embargo del Tribunal Imperial a diferencia de la concepción actual restringió el error, en lugar de someterlo a reglas (inexistencia de dolo) a toda representación errónea referida al tipo legal objetivo distinguía entre “ error de hecho” y “ error de facti” y error de derecho “ error de iuris” el primero podía salvar al acto de pena por delito doloso , en materia de error de derecho, se distinguía el error de derecho extrapenal, que era equiparado con las circunstancias de hecho, excluyendo siempre el dolo, si el error se basaba en la culpa, se aplicaba la pena para el delito culposo. Sin embargo en la realidad esa distinción es impracticable se aceptaba la existencia de un error de derecho penal considerando irrelevante en aquellos casos. Pero si al contraria se daba un error de derecho extrapenal, es decir, relevante cuando se trataba de conceptos de otras ramas del derecho, que el derecho penal hubiera acogido de manera no autónoma, como en el caso de la “ errónea suposición de que la cosa que él se había apropiado, no tenía dueño” , el ejemplo demuestra, que en realidad no existe la posibilidad de la división propuesta por el RG, dejan en claro que no se establece una solución; pero, además que, según las casualidades de las formulaciones técnico \_jurídicos , se llega a tratar de modo distinto, casos materialmente similares con lo que no se logra una completa “seguridad jurídica” la jurisprudencia posibilitó que se den injusticias, si se consideraba que el hecho era digno de castigo, se aceptaba el error de derecho penal (que no absuelve) pero si quería absolver afirmaba la existencia de un error de derecho extrapenal, por cierto seguía reinando la inseguridad jurídica en estos casos. Cuando el legislador falla, es obligación del juez ocupar su lugar. No solo la práctica le negó obediencia, la jurisprudencia también la doctrina se separó de él de tal modo que el Tribunal Imperial abandono progresivamente lo que constituye hitos históricos en esta institución de fuerte conflicto. (Maurach & Zipf, 1994)<sup>20</sup> De otro modo decidía el REICHSGRICHT, al tenor de la jurisprudencia distinguía el error de Derecho y el error de hecho, mientras que el error de hecho (no error sobre el tipo) siempre excluía el tipo, según la versión antigua, el error de derecho al principio se consideró como irrelevante.

---

<sup>20</sup> Maurach y Zipf Ob. cit. Pag. 645 y 646

Más tarde se distinguió dentro del error de derecho, el error sobre el “derecho penal” debía ser irrelevante “error iuris nocet”, el desconocimiento no escuda de la pena, mientras por el contrario, el error sobre el derecho “extrapenal”, se debía equiparar al error de hecho, no el resultado sino el origen debía decidir sobre la catalogación del error como “jurídico penal o extra penal” Ejemplo “ si los padres permite a su hija mantener relaciones sexuales con su prometido en la creencia de que, de conformidad con los usos del país, ello está permitido, este error no impide, según la jurisprudencia del Reichsgericht, la punición por proxenetismo grave( en la regulación anterior) pero si los padres creen que el prometido tiene, por la promesa de matrimonio derecho de prueba prematrimonial, este error será de (derecho civil), según la jurisprudencia del Reichsgericht, decaerá el dolo, equiparándose al error de Derecho Penal. Esta jurisprudencia del Reichsgericht ha encontrado el rechazo unánime de la doctrina, por no ser comprensible en cuanto a la delimitación de error de hecho y error de derecho ni la delimitación de error de derecho penal y extrapenal. La Jurisprudencia<sup>21</sup> que sigue el Reichsgericht ha roto en seguida con esta doctrina del error, después de varias leyes penales especiales han reconocido la relevancia para la culpabilidad del error del error de prohibición inevitable en 1952 se reconoció la teoría de la culpabilidad. (Jakobs, 1991)

## **2.-La teoría del dolo.**

Esta teoría para Reinhart Maurach y Heinz Zipf. Considera que hoy los postulados de esta teoría están sostenida por una minoría, por un lado llegó a resultados claros y por otro lado su rigidez y sus lagunas no es capaz de evitar injusticias, ya que consideran que la “ conciencia de ilicitud” es un elemento delictivo vinculante, toda renuncia a la conciencia de antijuridicidad despojará al Derecho Penal de su justificación ética y hará imperar una pena sin culpabilidad, se precisa de la “ culpabilidad un querer maligno” es decir el autor

---

<sup>21</sup> “De esta situación, es evidente la suposición de que el Reichsgericht decidía con arreglo al sentimiento jurídico considerado extrapenal”.

debe haber actuado “ con conciencia del ilícito, comprobable y actual”. Para el dolo, es necesaria la conciencia actual del ilícito, quién lleva a cabo los elementos del ilícito, solo con saber y querer, sin darse cuenta del alcance jurídico de su conducta. “actúa ciegamente, mas no dolosamente”, es decir el dolo desaparece en todos los casos en los que actúa el actor sin la conciencia actual de ilícito, operando no solo en el error de tipo, especialmente cuando ha supuesto erróneamente una causal de justificación o exclusión de la responsabilidad o ignorado la responsabilidad general, visto así las cosas el error de prohibición es igual al de tipo, no opera la pena por comisión dolosa; si el desconocimiento de derecho era evitable, opera el tipo culposo y no se aplica pena si el error era evitable, o si tratándose de un tipo culposo falta la conminación de pena. En resumen la utilización de un dolo enriquecido mediante un elemento normativo de la conciencia de ilicitud se encontraba absolutamente vedado. Por consiguiente los puntos de partida de la teoría del dolo son inconcebibles, ya que lleva a lagunas legales e injusticias materiales. (Zipf y Maurach, 1994) No parece adecuado castigar al sujeto que actúa sin culpa en un error sobre la antijuridicidad, no se exigía únicamente el conocimiento de los hechos, sino también el conocimiento de ilícito. Para obrar dolosamente en autor debía actuar conociendo los elementos del tipo y además debía saber que su conducta era antijurídica y una conciencia del ilícito actual y efectiva, es decir si se actuaba dolosamente se debía excluir la punición por error en su comportamiento, subsistiendo una eventual responsabilidad por imprudencia en el caso de error evitable, en esta parte el autor consultado coincide plenamente en su postura que el error de tipo se equipara al error de prohibición, conforme se cito anteriormente, ya que cualquier error excluía al dolo y resulta indiferente el conocimiento de los elementos del tipo o la conciencia de ilícito, fácil resulta advertir dice el autor que esta posición genera lagunas de punibilidad, ya que si no está prevista la forma culposa, todos los casos de error quedaría en la impunidad. Welsel ha dicho que el dolo requiere “percepción o representación real o actual de los elementos del tipo y rara vez conciencia de antijuridicidad” .Roxin considera “que basta con no tomar

conciencia del tipo para quedar a salvo de la amenaza penal” La pena se retribuye por la conciencia de la prohibición y la del hecho. Esta teoría parte de la presunción de que el error es inexcusable sin analizar la culpabilidad en cada caso, imponiendo una penalidad a título de dolo de una manera sumamente severa y grave. En definitiva cuando un sujeto cree que realiza un acto justo que obra justificadamente no puede afirmarse que sea culpable, no pretende la realización de un acto antijurídico, ni puede hablarse de culpa, porque no hay un acto por falta de cautela; por lo tanto. No hay culpabilidad no hay delito. (De La Fuente, 2005) <sup>22</sup> . En la Argentina es suficiente que el autor haya podido comprender la criminalidad del acto, para aplicar la figura dolosa. <sup>23</sup>. Un hecho es reprochable si el autor ha conocido o podido conocer las circunstancias que pertenecen al tipo, en los delitos doloso, el dolo es el elemento subjetivo del tipo, y por ellos queda constatado una vez que se conoce la tipicidad de la acción, en la culpabilidad se analiza la reprochabilidad personal de dolo y de los elementos subjetivos del tipo (intenciones), todas las circunstancias internas y externas que han influido en una decisión concreta. Solo cuando se advierte que no es dolo como tal, sino la reprochabilidad del dolo el que plantea el problema decisivo de la culpabilidad. Ejemplo, “una cajero se apropia del dinero de la caja para realizar un viaje de placer”, la reprochabilidad de dolo es diferente “si el cajero se apropia del dinero para cancelar la cuenta de la clínica de su esposa que se encuentra enferma”.

Es de citar que el autor además de conocer estas circunstancias conocía o podía conocer la antijuridicidad de su actuar. Ejemplo. “ El extranjero en cuya patria la homosexualidad simple es impune” la verdad es que solo cabe hacer responsable al autor de culpabilidad ya que si conocía la antijuridicidad hubiera actuado conforme a derecho, nunca se puede reprochar al autor la resolución de voluntad antijurídica sino no podía tener conocimiento de la antijuridicidad. El dolo requiere una conciencia (percepción o representación) real, actual, de los elementos del tipo en el momento de hecho. (Welsel, Nuevo Sistema del

---

<sup>22</sup> De la Fuente Javier Ob. Cit. Pag. 424 a 429

<sup>23</sup> Hans Welsel “La fórmula propuesta infringe el principio de culpabilidad, pues “priva al autor de una causal de exculpación, al establecer la ficción irrefutable de que su error no es excusable”.

Derecho Penal, 2001) <sup>24</sup> En su forma rígida la Teoría del Dolo concibe la conciencia actual de la antijuridicidad como presupuesto del dolo “dolus malus” y esta es solo adecuada cuando el autor se ha situado conscientemente al margen del Derecho, los partidarios de esta teoría argumental que solo tiene sentido atender al conocimiento de tipo, es decir al dolo, cuando este es la base del juicio de antijuridicidad; quién no completa el dolo del tipo con la conciencia del injusto se queda a la mitad del camino, lo que es correcto, sin embargo, no afecta a la segunda etapa del camino, a la culpabilidad, sino a la primera “al dolo”, según el derecho vigente se ha ligado al hecho psíquico del conocimiento sólo por razones de seguridad jurídica para el autor que ciego ante los hechos y tratarlo como autor imprudente se constituye en beneficio que se concede en aras de la seguridad jurídica<sup>25</sup>, sabiendo que la teoría rígida del dolo no es la más justa, sino la más sólida. Los resultados de la teoría elástica de la culpabilidad se puede alcanzar mediante la teoría “elástica del dolo” siendo la principal característica de esta teoría que la conciencia de la antijuridicidad ausente por indiferencia ante el Derecho no excluiría al dolo, pero sí la ausencia de conciencia debida a motivos aceptables, el derecho vigente no compagina con esta teoría ni terminológicamente ni por efectos de la regulación de la participación (Jakobs, 1991) Está claro que la “teoría del dolo” el error sobre los presupuesto objetivos de justificación, en cualquier caso debe excluir el dolo y eventualmente debe subsistir la forma culposa, cuando esté prevista, ya que la “equivocación” recae sobre los hechos y no sobre la ilicitud, por lo que la exclusión del dolo es una consecuencia evidente y debe analizarse solo la posible responsabilidad imprudente.

### **III.-La discusión dentro de la teoría de la culpabilidad**

---

<sup>24</sup> Hans Welsel. El Nuevo Sistema del Derecho Penal Pag. 161,162 y163

<sup>25</sup> Xavier de la Fuente, Pág. 425. Se puede advertir que actuar en genera importantes lagunas de punibilidad, si para el delito no se prevé la forma culposa, todos los casos de error de prohibición “evitable” se resuelven con impunidad” temado textualmente de la obra del “error sobre las causas de justificación” del autor citado.

En el derecho vigente la comisión de un hecho delictivo, típico y antijurídico, no acarrea de una manera automática la imposición de una pena, existen casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad, a la tipicidad y antijuridicidad debe concurrir una tercera categoría que es la culpabilidad que son características propias del autor para la imposición de la pena, es decir “tener la culpa” y esto alude a la responsabilidad, “conjunto de condiciones que permitan a alguien declara culpable”, el término culpa se ha empleado tradicionalmente como equivalente a la imprudencia o negligencia en el derecho moderno y en especial en el español para evitar confusiones con la culpabilidad. En el principio de culpabilidad no puede existir pena si no existe dolo o culpa, en la tipicidad es la parte subjetiva del delito doloso o imprudente, o faz negativa como dice el Maestro Marco Antonio Terragni, en sus aulas virtuales. Actúa culpablemente quién comete un acto antijurídico tipificado en la ley como delito “pudiendo actuar de modo distinto”, para evitar el reproche. Esto era insuficiente, en la relación psicología entre el autor y su acto, dolosa o imprudente, surge la concepción normativa que ve en la culpabilidad el reproche que se hacía al autor por haber actuado como actúo, pudiendo actuar en forma distinta, obrar de otra manera, esta concepción es insostenible ya que se basa en elemento indemostrables, “capacidad de obrar de manera distinta” no habría como demostrar si al momento de la ejecución del acto uso o no esta capacidad, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actúo abría siempre otros datos, que lo haría distinta. Este presupuesto es puramente descriptivo e insuficiente para fundamentar el concepto de culpabilidad que sirve para fundamentar la pena, no se puede fundamentar la pena en algo que no se conoce suficientemente. Para la imposición de la pena se requiere otros elementos subjetivos, y que el acto sea controlado por la voluntad, elemento conceptual de la acción y omisión, es necesario además que el sujeto haya actuado respecto del tipo objetivo del delito cometido con dolo o imprudencia. La culpabilidad no es individual es social, no es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye a alguien como autor, tiene un fundamento

social y psicológico. Roxin prefiere el término responsabilidad, las finalidades preventivas no forman parte del concepto de culpabilidad sino que lo complementan, comprobada la culpabilidad, procede averiguar si desde el punto de vista preventivo del derecho penal, es o no necesaria la pena. A decir del autor el fundamento materia de culpabilidad habría que buscar en la “función motivadora de la norma penal” ya que la norma está dirigida a individuos capaces de motivarse por los mandatos y prohibiciones y con una amenaza de la pena. (Muñoz Conde y García Arán, 2000)<sup>26</sup> Para Hans Welzel la teoría de la culpabilidad se basa en la responsabilidad según el cual el sujeto es responsable de la juridicidad de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad social, es la resolución de voluntad antijurídica. Cuando más fácil es para el autor la autodeterminación conforme a la razón es cuando conoce la antijuridicidad, es decir es consciente de ella en el momento de hecho ya que se vuelve difícil si no conoce la antijuridicidad, pero podía conocer con un poco más de cuidado, para este autor el error de prohibición vencible atenúan la reprochabilidad y la pena y tendría que regir también si como consecuencia del desconocimiento vencible de la prohibición había disminuido la posibilidad de actuar conforme a derecho, el desconocimiento de la prohibición era disculpante, por tanto queda excluidas la reprochabilidad y la pena. La teoría de la culpabilidad define de un modo unitario como reprochabilidad y no como “evitabilidad”, según que se refiera a una realización dolosa o no dolosa del tipo. Carece de reproche que él se haya actuado con culpa o dolo. Por el hecho de que el finalismo, adelante al tipo la diferencia entre el dolo y la falta de dolo y le atribuya ya relevancia para lo injusto, no nivela para la culpabilidad, sino que lo ahonda aún más. La combinación de dolo y culpa es diferente, ya que se da dentro de los delitos dolosos o culposos, y esto sería insostenible dentro del aspecto dogmático y práctico. Solo el error disculpante exime de pena; por lo tanto, solo un error de tipo, excluye el dolo y el error de prohibición excluye la culpabilidad. La distinción de error de tipo y de prohibición siempre fue confundida (Welzel, Nuevo Sistema del Derecho Penal, 2001) . Jacobs. La

---

<sup>26</sup> Francisco Muñoz conde Ob. Cit. Pág. 397 a 406

teoría de la culpabilidad conduce a resultados adecuados en que no hay que tratar al indiferente jurídicamente con mayor indulgencia que a la persona cuidadosa con el Derecho. Por lo demás, hay que sustraerse a la idea de que, en caso de que se dé el dolo del tipo, la llamada que parte de este dolo hable siempre a favor de la capacidad del autor de comprender el injusto, o más exactamente; a favor de su responsabilidad por el error, y que en la imprudencia falta siempre esa llamada, en el caso concreto el desconocimiento de la antijuridicidad puede ser más perdonable que el desconocimiento del tipo. Que el baremo del error de prohibición tenga que ser en general más estricto que el de la imprudencia es, pues incorrecto. Un hecho doloso en error de prohibición no importa nada en la culpabilidad, y por tanto menos que el hecho imprudente más leve, dándose la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad se aplica, las reglas de la teoría de la culpabilidad en su forma elástica pudiendo de todos modos la ley establecer en el caso concreto la limitación de la punibilidad del supuesto en que se dé la conciencia de la antijuridicidad (Jakobs, 1991)<sup>27</sup>

### **1.-Teoría estricta de la culpabilidad**

Se desarrolla dentro de la teoría del finalismo, trata de la suposición errónea de circunstancias justificantes como error de prohibición. Por tanto el error no excluye el dolo, sino únicamente la culpabilidad, en casos de ser invencible, si es vencible la pena puede atenuarse, esta teoría contempla todos los errores conducentes a la suposición de una conducta conforme a derecho en tanto no se refiera a elementos del tipo de delito sin excepción “estrictamente” como problemas de culpabilidad. El sujeto que actúa en error sobre la verdadera suposición fáctica es en sí fiel al derecho, quiere observar los mandatos jurídicos y yerra este objetivo solo a causa de la situación material, aproximándose a una legítima defensa putativa, a la teoría de los elementos

---

<sup>27</sup> Gunther Jacobs Ob. cit. Pág. 665 al 667.  
Conclusiones de la obra citada con reflexiones de autor

negativos del tipo y si esa equivocación es invencible excluye la punibilidad y si es vencible conduce a la pena por imprudencia, hay que valorar el error como un error sobre las circunstancias del hecho excluyente del dolo la teoría estricta de la culpabilidad, en caso de estado de necesidad justificante, solo concede al sujeto que supone una situación justificante un error de prohibición. Quién supone circunstanciar cuya concurrencia justificaría el hecho, si al sujeto se le reprocha un delito doloso, como lo hace la teoría estricta de la culpabilidad, se le somete al marco penal para delincuentes dolosos, se borra la diferencia básica entre dolo he imprudencia, actúa dolosamente quien se decide por una conducta que está prohibida (aun cuando no conozca de la prohibición) ya que se dirige a algo que jurídicamente considera permitido y produce un resultado indeseado por falta de cuidado y atención, la teoría de la culpabilidad desconoce esta diferencia valorativa, cuando juzga al error de tipo como, error de prohibición, y el que actúa de esta manera posee una concepción falsa del derecho, los que defiende esta teoría, tratan de explicar a los que defiende la teoría restringida de la culpabilidad, que con la aplicación analógica equipararían a errores que hay que distinguir. “Quien realiza una maniobra arriesgada en el adelantamiento en el tráfico. Quien entra en un pajar con una vela encendida. Quién maneja un arma de fuego cargada cerca de donde hay personas, cuando se produce la desgracia obra imprudentemente. No puede decirse que quién supone una situación justificante este sujeto de modo general a llamadas más enérgicas, que quién de manera general en los demás casos crea riesgos no permitidos, quién hace algo injusto porque no ha examinado con suficiente cuidado la situación actúa solo imprudentemente. Advierten los partidarios de esta teoría estricta de la culpabilidad que existen lagunas en la punibilidad para los delitos imprudentes. No se puede demostrar la necesidad político-criminal de castigar el error de tipo permisivo también en los casos en que es impune la imprudencia típica. (Roxin, 2006).<sup>28</sup>No para la suposición

---

<sup>28</sup> Claus Roxin Ob. Cit. Pág. 581 a 585

errónea vencible de supuesto de hechos justificantes.<sup>29</sup> Para Welsel, si el auto se equivoca sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites de la causa de justificación o cree erróneamente que concurre una causa de justificación, que no está reconocida por el derecho en estos casos incurre en error sobre la antijuridicidad, es decir para la teoría estricta de la culpabilidad, el error de prohibición sobre presupuesto objetivos es un error de prohibición, ya que el error sobre un elemento del tipo es un error de hecho y si es un error sobre un elemento normativo será un error de derecho, ejemplo un error sobre “ el carácter mueble o ajeno de la cosa sustraída en el hurto” está claro que el auto obra dolosamente tiene el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, no se trata de ausencia de dolo, sino de conciencia del ilícito. Es decir el error sobre los presupuesto objetivos de justificación deben resolverse conforme a las normas de error de prohibición, si es inevitable elimina la culpabilidad y la pena, si es evitable atenúa la pena. (De La Fuente, 2005)<sup>30</sup> El dolo pertenece al tipo, en cuanto parte subjetivamente de este y en cuanto factor de la dirección de la acción, no puede ser recargado con elementos valorativos, (conciencia potencial de la ilicitud) o con aquella representación psicológica, que como la conciencia actual de la ilicitud, solo pueden ser propias de dolo normativo, dolus malus. En consecuencia la conciencia de ilicitud es presupuesto o (componente) de la culpabilidad y representa un simple juicio a cerca de la posibilidad que el auto tiene de conocer, obra con culpabilidad el autor que actúa en forma dolosa y que se capaz de imputabilidad, cuando ha tenido semejante posibilidad. A los expuesto corresponde también el error de prohibición, que difiere fuertemente de error de tipo, el error de prohibición no es capaz de excluir el dolo, pero si en determinadas circunstancias de eliminar la culpabilidad, si el error era evitable, dadas las condiciones del autor y las situaciones de hecho, excluye la culpabilidad, si es evitable subsiste la responsabilidad por el actuar doloso, no

---

<sup>29</sup> Jacobs Si para la protección frente a los daños imprudentes es suficiente la indemnización de daños derivada de aquellos, esta también debería valer para la protección frente daños producidos en la suposición errónea en el estado de necesidad.

<sup>30</sup> Javier de la Fuente. Ob. Cit. Pag. 431 y 432.  
Lectura y conclusiones de la obra que se cita.

obstante cabe la atenuación de la pena. Esta teoría tendría en relación con la restringida de la culpabilidad, con aquella se evita las lagunas legales que en cierto casos afloran con la teoría restringida. Solo la teoría estricta de la culpabilidad es capaz de restringir el tipo al tipo legal y el error de prohibición al ámbito de la antijuridicidad. En años recientes ha perdido peso en forma considerable el argumento de que solo la teoría estricta de la culpabilidad podría limitar ambas formas de error tipo y prohibición. (Zipf y Maurach, 1994) En definitiva después de analizar las posiciones argumentadas por los autores que se ha citado en la teoría estricta la culpabilidad cuando ocurren estas situaciones el hecho no queda impune. La teoría de la culpabilidad, se mueve en una idea de una forma especial de retribución, Mediante la pena por un hecho doloso, se atribuye el hecho que fue cometido con conciencia de la prohibición, pero también se atribuye el hecho que hubiera podido evitarse, que el autor se hubiera preocupado por conocer la existencia de la prohibición, también se lo puede fundamentar en la idea de resocialización, mediante una pena elevada por el hecho doloso, también debería ser resocializado el que infringe un prohibición jurídico-penal sin conocimiento. Actualmente la teoría de la resocialización tiene interés, la retribución mediante pena, casi se menciona de mala gana, pero que no es difícil rescatar, la prevención se practica con diferentes nombres como la “defensa del orden jurídico” razón por la que la teoría de la culpabilidad es preferida dentro de la práctica. La teoría de la culpabilidad tiene preparado, una solución diferente para el ámbito de la punibilidad por un hecho doloso. En situaciones oscuras la teoría de la culpabilidad puede investigar el marco del examen de los hechos dolosos, cuando obscura era la situación jurídica, si lo que el autor creía aún integraba el marco de una argumentación aceptable o no. De esta forma la teoría de la culpabilidad puede dividir el riesgo que se origina en situaciones jurídicas oscuras, sin tener que desviarse hacia los delitos imprudentes, esta capacidad, de poder armonizar los argumentos del autor y los de los juristas en situaciones oscuras en el ámbito de la punibilidad por una acción dolosa, es seguramente una recomendación más a favor de esta teoría. Esta teoría también tiene la

capacidad de diferenciar los requisitos con los cuales los errores de derecho en un hecho doloso conducen hacia la impunidad, según la gravedad del hecho, la teoría de la culpabilidad posibilita el principio, lo cual también debe ser considerado una ventaja. Con la teoría de la culpabilidad, solo se adoptan la experiencia político- jurídico- penal concreta de que esta teoría y sus consecuencias sistemáticas a los sumo son apropiadas para solucionar cuestiones de fondo actuales. Con el título ubicación de la conciencia de los ilícito con ayuda de la teoría de la culpabilidad” puede suceder entonces, vacilaciones relevantes y diferenciaciones trascendentales. No se podría conceptualizar ni manejar sistemáticamente estos fenómenos, si se los quiere discutir, hay que regresar a las cuestiones de fondo que han fomentado la carreta de la teoría de la culpabilidad, de esta forma la problemática se ve con mayor claridad. El esquema práctico para el examen de la culpabilidad en los hechos punibles dolosos se ve así:

- a) Capacidad de culpabilidad
- b) Forma de culpabilidad (dolo)
- c) Conciencia de lo ilícito
- d) Intenciones y otros elementos subjetivos especiales
- e) Causas de exculpación (<sup>31</sup>error de prohibición invencible). (Naucke, 2006) ejemplo “ Quien lesiona corporalmente a otro por que se imagina agredido por él” (legítima defensa putativa) o porque cree admisible herirlo con el fin de detenerlo (error sobre los límites del derecho de detención) o porque piensa que se puede corregir corporalmente al que injuria ( suposición errónea de una causa de justificación no reconocida penalmente), comete en todos estos casos una lesión corporal dolosa en la creencia de estar autorizado por ello “ (De La Fuente, 2005)<sup>32</sup> en conclusiones la teoría de la estricta de la culpabilidad hace relación a que el autor extiende demasiado los

---

<sup>31</sup> Wolfgang Naucke. Ob. cit. pág. 242 a 347.

Análisis y conclusiones de la lectura de la obra que se cita en las páginas que se indica.

<sup>32</sup> Xavier de la Fuente Ob. cit. pág. 431 y 432

Lectura y conclusiones de la obra citada que es la base de la exposición

límites de una causa de justificación en si inexistente, parte de la suposición de que las medidas defensivas que sobrepasan la medida de los necesario o que se dirigen contra agresiones futuras esta amparadas por “legítima defensa” u opinan que el estado de necesidad justificante autoriza la injerencia en los derechos de personas NO SE PUEDE DE MODO LOGICO EL ERROR SOBRE LOS LIMITES DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN INEXISTENTE. La distinción admite a los sumo extraer conclusiones sobre cuánto se han alejado las representaciones del sujeto respecto de una situación real de justificación.

## **2.-Teoría limitada de la culpabilidad: conceptos generales**

Esta postura encuentra su origen en formulación del error de prohibición, y tiene su fundamento en la conciencia potencial de ilícito como componente del dolo obviar las inevitables absoluciones infundadas y las condenas injustificadas por “culpa del derecho” sin exigir una presencia efectiva de este, con la finalidad de evitar que la culpa se equipare al dolo o sea la conciencia de ilicitud efectiva, solo un alto debe equivaler a dolo y esto fue reconocido por Mezger en la “enemistad frente al derecho” una actitud falsa del derecho y del ilícito es incompatible con una visión sana, si se aprecia en el autor una un alto grado de indiferencia social, este debe ser castigado en con las reglas de dolo, la conciencia del ilícito no excluye la pena por dolo, pero esta teoría sido fuertemente criticada por su inestabilidad para su aplicación, que posteriormente el propio Mezger reconoció su limitaciones. Los puntos de partida básicos de la teoría restringida de la culpabilidad, coinciden con la teoría estricta de la culpabilidad, también se distingue el error de tipo destructor, error de prohibición habiendo que distinguir si el error de prohibición consiste en el desconocimiento de la existencia de la norma prohibitiva general, ejemplo “el autor no sabe que la exportación de

cierta mercancía está prohibida” la evitabilidad del error hace desaparecer la culpabilidad, en tanto en el caso de su evitabilidad subsiste tanto el dolo como la culpabilidad atenuada, por lo que se da una rebaja de la pena. Sin embargo cuando el autor que conoce la existencia de la norma, supone erróneamente en el caso concreto que ella no resulta aplicable o que ella renuncia al efecto (es decir en la práctica un error a cerca de los causales de justificación o de exclusión de la responsabilidad por el hecho) esta concepción obliga a realiza un nueva distinción. Si el error del autor (error sobre las circunstancias del hecho) consistió en que supuso un circunstancia de hecho inexistente, que en el caso de haber existido pudo haber excluido el ilícito o al menos la responsabilidad por el hecho, tal error debe ser tratado<sup>9</sup> del mismo modo que el error de tipo en todo caso queda excluido el dolo, para que aparezca una pena por culpa, depende de si el error fue evitable y de la existencia del tipo culposo, pero si el autor captó circunstancia del hecho en forma correcta , pero extrajo de ella conclusiones equivocadas acerca de sus facultades para actuar, en otros términos , si el erró acerca de la naturaleza y ámbito de una causa de justificación” o ( también a cerca de la exclusión de responsabilidad por el hecho ), vale como error de prohibición con las consecuencias previstas para este, falta de culpabilidad en los casos de evitabilidad, culpabilidad por dolo atenuada en el caso de evitabilidad de la representación equivocada. La necesidad de semejante diferencia en la práctica es vista en el error, en las circunstancias del hecho, el autor sería fiel al derecho, desea respetar la ley, si ello no ocurre, es solo debido a que desconoce los datos de hecho; por ello, debe también afectarse “ la idea fundamental”. Al contrario en el caso de error de valoración, el autor infringe lo correcto, por un error de conocimiento en el plano del deber jurídico. Con el fin de evitar una última dificultad, se recurre con mayor frecuencia a una aplicación de las consecuencias jurídicas. En el error a cerca de los presupuesto de hecho de una causa de justificación se ve como un error

de naturaleza especial, con ello subsiste una conexión muy tenue en el fondo se trata de una solución independiente de la problemática de error presentada. En la más reciente literatura esta concepción ha logrado una gran fuerza y representa a no dudarlo la opinión dominante, no se ve una diferencia objetiva sino terminológica. (Zipf y Maurach, 1994)<sup>33</sup> La teoría restringida llega al mismo resultado de excluir el dolo aplicando al error de tipo permisivo, por analogía, parte de la idea de que el tipo legal solo se refiere a tipo de delito comprendido en las descripciones de hecho de la parte especial, pero pretende tratar la suposición errónea de una situación justificante como error de tipo. La denominada teoría restringida no es de fácil comprensión, un error que oculta al sujeto el carácter prohibido de la conducta es un problema de atenuación o exclusión, según las circunstancias de la de la culpabilidad, pero que no afecta al dolo, a menos que concierna, en aplicación inmediata a una circunstancia de hecho, la teoría expuesta se aparta de este principio en cuanto que concede efectos excluyentes del dolo también al error de tipo permisivo, o sea no reconoce influencia sobre la culpabilidad, por tanto la teoría de la culpabilidad se restringe porque se considera excluyente del dolo sino también en el error de tipo permisivo (Roxin, 2006)<sup>34</sup> Para un parte importante de los doctrinarios los fundamentos básicos de la teoría de la culpabilidad reconoce que el dolo NO INCLUYE LA CONCIENCIA DE ILICITO, pues este constituye un elemento propio de la CULPABILIDAD aceptando la diferenciación entre el error de tipo y de prohibición, pero en lo que hace referencia a al tratamiento del error sobre los presupuesto objetivos de justificación, no están de acuerdo con la solución de la teoría estricta de la culpabilidad dice que el error es desde el punto de vista de los hechos idéntico o al menos similar al de tipo, el auto incurre en la percepción de los hechos, no sobre la valoración jurídica como en el caso del ejemplo de “ Manuel” traído por el

---

<sup>33</sup> Reinhart Maurach y Heinz Zipf ob. cit. pág. 651, 652 y 653.

Conclusiones y reflexión de la obra que se cita.

<sup>34</sup> Claus Roxin Ob. cit. Pag. 580 y 581.

Tribunal Supremo Español, en los supuesto de error sobre la justificación, la idea del autor de ilícito coincide con el derecho, por este razón se dice que el caso se debe resolver conforme las normas del error de prohibición. La diferencia practica entre la teoría restringida y estricta se ve en la materia del error evitable. Mientras para la teoría estricta el autor, aun cuando se le impone una pena atenuada, debe ser castigado, mientras que para la restringida el hecho quedaría impune. (De La Fuente, 2005)<sup>35</sup>, Lerker el error de prohibición existe solo en casos de error de la norma permisiva que se configura cuando el autor considera legítima excepcionalmente su conducta porque parte equivocadamente de una causa de justificación que no es reconocida por el derecho. Silva Sánchez a dicho sobre el tema que el “error sobre los presupuesto objetivos de las causas de justificación de las causas de justificación es un error que no se refiere a la valoración jurídico penal global del hecho (lo penalmente prohibido y lo permitido) <sup>36</sup>. Un sector importante de la doctrina, en lo que hace relación a los presupuesto objetivos de justificación, en este caso de error, es desde el punto de vista fáctico, similar al error de tipo, el autor incurre en una percepción equivocada de los hechos, no sobre la valoración jurídica, de modo que al tratar de dar un tratamiento jurídico distinto, conduce a resultado incompatibles con el sentido de justicia. Por tal motivo, no debe resolverse aplicando el régimen del error de prohibición, sin las reglas del error de tipo. La diferencia fundamental entre las teorías estricta y restringida, se ve claramente en el error “evitable” en especial cuando el delito no tiene previsto la forma imprudente, para la teoría estricta el autor, aun cuando se le imponga una pena atenuada, debe ser castigado, para la teoría restringida el hecho queda impugne. Roxin, afirma que la teoría restringida de la culpabilidad está generalizada, pero no es de fácil

---

<sup>35</sup> De la Fuente Xavier, Ob. cit. Pag. 432,433 y 434.  
Reflexiones sobre la lectura de los libros que se cita.

<sup>36</sup> Huruschka sostiene que en el caso de erro sobre presupuesto objetivos de justificación no hay dolo y solo puede haber una imputación imprudente.

comprensión, el problema de atenuación o exclusión, según las circunstancias de su culpabilidad, no afecta al dolo. (Donna E. A., 2008)<sup>37</sup> Ejemplo. “ alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental y no sabe en absoluto que ello está prohibido, se debe tener en cuenta que existe un error de prohibición, no solo cuando el sujeto se representa positivamente que actúa de modo antijurídico, sino cuando le falta la conciencia de antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre la posibilidad, solo habría pretendido apreciar solo el error de prohibición en quién erróneamente supone no hacer algo injusto no debería descargar de responsabilidad, quién no hace examen en modo alguno de su hecho, por ello no se percata de que hace algo injusto, la sola falta de que se hace algo injusto no debería descargar de responsabilidad ya que no hace examen del hecho, no actúa aún por ello sin culpabilidad o con culpabilidad disminuida. Pero esto es falso, porque precisamente la persona que no tiene ni la menor idea no empleará ni un pasamiento en la cuestión de si actúa conforme a derecho o antijurídicamente; no es culpable, si tampoco en el caso de haber “hecho el examen” habría podido tener conciencia de la antijuridicidad . La teoría restringida de la culpabilidad llega al mismo resultado de excluir el dolo aplicando el tipo permisivo, no de forma inmediata, sino por analogía, parte de la idea del que tipo legal, solo se refiere al tipo del delito comprendido en las descripciones del hecho de la parte especial, pero trata la suposición errónea de una situación justificante como error de tipo, esta teoría está generalizada pero no es de fácil comprensión, un error que oculta al sujeto el carácter prohibido de su conducta es un problema de atenuación o exclusión, según las circunstancias, de la culpabilidad, pero que no afecta al dolo a menor que concierna, en aplicación inmediata a una circunstancia de hecho la teoría tratada aquí se aparta de este principio en cuanto concede efectos excluyentes al

---

<sup>37</sup> Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal. parte General Tomo IV. Pag. 338,339 y 340 .Conclusiones de la obra citada luego de su lectura.

dolo también al tipo permisivo, o sea no le reconoce influencia solo sobre la culpabilidad, por tanto la teoría de la culpabilidad se “restringe” porque se considera excluyente del dolo , pero también en tipo de erro permisivo.

### **3.- Teoría de los elementos negativos del tipo.**

Para esta posición el error no debe ser entendido como mero indicio de antijuridicidad sino en el tipo penal debe completarse todo el juicio de antijuridicidad de la conducta. De ahí que se afirma corresponde distinguir un “tipo positivo” integrado por el conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto (descripción de la acción contraria al bien jurídico”, y un tipo negativo configurado por la ausencia de causas de justificación, la creencia errónea de que concurren los presupuesto objetivos, sean elementos descriptivos o normativos, de una causa de justificación es un error de tipo con todas sus consecuencias. La presunción errónea de un hecho que daría como resultado una causa de justificación no constituye un error sobre las reglas generales del comportamiento, no hay dolo malo, la voluntad no afecta al orden jurídico. Por el contrario un error sobre la prohibición existe cuando el autor ha reconocido correctamente el hecho pero erróneamente considera que no está permitido por una norma jurídica. Desde este punto de vista, se ha sostenido que el error sobre los requisitos de justificación es “ un error sobre los elementos de la infracción” , que puede denominarse como un error de tipo, con esta expresión se abarca “ tanto el error de tipo positivo( o tipo en el sentido estricto) como el error sobre el tipo negativo, ( que comprende la ausencia de los presupuesto de la justificación) , en esta clase de error no se desconoce directamente la antijuridicidad, sino que se yerra sobre la presencia de elementos o hechos de la infracción. Para Enrique Bacigalupo, las circunstancias que de concurrir justifican la realización del tipo formarían parte del supuesto de hecho típico del delito, como elementos negativos del mismo, consecuentemente la suposición errónea de los elementos negativos darían

lugar a un error de tipo, que como es lógico excluye el dolo, pero no recomienda su adopción. Por una parte considera que la teoría de los elementos negativos del tipo suele ser justificada con base en el excesivo rigor, sin embargo, no parece necesaria en un sistema en el que el error evitable de prohibición se debe atenuar obligatoriamente “ uno o dos grados” ya que los resultados no sería justos ni de mayor efecto preventivo. Por otra parte, la teoría de los elementos negativos del tipo, excluiría al dolo en los casos de error sobre las circunstancias de una causa de justificación, tiene el efecto no deseado, de impedir la punibilidad del partícipe que hubiera obrado sin error, ya que no se permitirá la sanción a los cómplices ni a los inductores (Bacigalupo, 2004)<sup>38</sup> Si se reconoce que el tipo supone una valoración desde el punto de vista del injusto, surge una pregunta de por qué el mismo solo contiene un parte de las circunstancia determinantes para el injusto y en cambio otra parte queda reservada para la categoría de la antijuridicidad, dado que los elementos del tipo fundadores del injusto y los elementos de las causas de justificación, excluyentes del injusto tienen la misma función en cuanto que solo la conjunción complementadora de unos a continuación de otros permite un juicio definitivo sobre el injusto del hecho. Para Merkel las causas de justificación se ha sacado de los tipos de la parte especial y se les antepuesto en la parte general, por razones de técnica legislativa para no tener que repetirlos en cada concepto penal, pero no cambia el hecho de que hay que incluirlos en los tipos concretos según su sentido de tal manera que habría que leer por ejemplo “el que matare físicamente a otro o le cause daño en su salud. Será castigado..., a no ser que la acción sea necesaria para repeler un acción antijurídica o un peligro de menoscabo de interés preponderante, que afecte a la vida, integridad, libertad, honor, propiedad, u otro bien jurídico, tal formulación que en el ejemplo propuesto incluye en su seno las causas de justificación de la legítima defensa o estado de necesidad justificante, que habría que contemplar con todas las restantes situaciones, convierte a los elementos de justificación en elementos negativos del tipo en cuanto que su no concurrencia es

---

<sup>38</sup> Enrique Bacigalupo Derecho Penal Parte General Pag. 410 y 411.

presupuesto de cumplimiento de tipo, mientras que los elementos contenidos en las descripciones en la parte especial, por regla general han de comprobarse positivamente. Esta teoría llega a la conclusión de que las causas de justificación excluyen no solo la antijuridicidad, sino ya el propio tipo y la antijuridicidad se funden en un tipo global del injusto. (Roxin, 2006)<sup>39</sup>. La teoría de los elementos de tipo no se trata, de elementos de tipo de injusto concebidos negativamente, tales elementos no caracterizan del injusto concebidas negativamente no caracterizan el contexto especial en el que una acción socialmente anómala es tolerable (como ocurre en un tipo de justificación), sino que solo su ausencia convierte a la acción en socialmente anómala, todos los elementos del tipo concebido negativamente se pueden reformular como elementos positivos; especialmente, en los casos de ausencia de acuerdo ejemplo “ en el allanamiento, la entrada en la morada sin el consentimiento del titular”. La teoría de los elementos negativos del tipo, referida al tipo de justificación, hay que concederle que, efectivamente, sobre el juicio de antijuridicidad decide únicamente el tipo del injusto total. El hecho el que tipo del injusto y los presupuesto de la justificación, frente a lo mantenido por la teoría de los elementos negativos del tipo han de desaparecer. En la caso de comisión de hecho, el dolo ha de extenderse con arreglo a todas las circunstancias pertenecientes al tipo legal, requiere en el hecho un conocimiento de la ausencia de todas la causas de justificación “es decir de la parte negativa del tipo del injusto total”. La doctrina considera, en ocasiones, suficiente la falta de apreciación de un tipo de justificación, es decir en contra del proceso psíquico, pretende hacer valer para los elementos del tipo del injusto, concebidos negativamente. Esta teoría llega a la conclusión de que las causas de justificación excluye no solo la antijuridicidad, sino ya el propio tipo. Tipo y antijuridicidad se funde en un tipo global (o total) del injusto que incluyen dentro de sí la totalidad de los elementos sustanciales para el juicio del injusto. (Elementos positivos y negativos, escrito y no escritos relevantes para la comisión y la omisión, esta teoría considera un sistema bipartito del delito, solo

---

<sup>39</sup> Claus Roxin Ob. cit. Pag. 283 y 284.

distingue además entre el injusto típico y la culpabilidad y a lo sumo se diferencia, dentro de la amplia categoría delictiva del injusto entre tipos positivos, fundamentadores del injusto y “contratipos” negativos excluyentes del injusto. De la negación del tipo como tipo clase de delito, como compendio de toda la prohibición abstracta, se deriva que un elemento aún no pertenece al tipo por el hecho de estar contenido en el tenor de una disposición penal. Así, por ejemplo las expresiones antijurídica mente o ilícita mente no son elementos del tipo sino una alusión superflua a la antijuridicidad como elemento general del delito o a lo sumo a la posibilidad de conocimiento del titular del bien jurídico, que ciertamente excluye ya la realización del tipo, en cambio allí donde la palabra antijurídica caracterice de un modo más concreto un elemento del tipo por ejemplo la antijuridicidad de la apropiación o del enriquecimiento, los presupuestos del juicio de antijuridicidad son componentes de la clase del injusto y pertenecen al tipo, de igual forma la palabra ilegítimamente deben entenderse por regla general como “antijurídica mente” o sea que no tiene el significado de un elemento del tipo, pero en cambio “ilegítimamente” si estar legitimado para desempeñar el cargo público, en este caso se trata de un elemento negativo del autor, y pertenece al tipo, del ejemplo citado se deduce que los elementos negativos del tipo cuya no concurrencia debe constatarse no pertenece necesariamente a la antijuridicidad. Es cierto que por regla general sucede que el tipo contiene los elementos positivos fundamentadores del injusto, mientras que la no concurrencia de determinadas situaciones permisivas solo afecta a la antijuridicidad, pero también hay “elementos del tipo formulados negativamente”. (Jakobs, 1991) Corresponde distinguir un “tipo positivo” integrado por el conjunto de elementos que fundamentan el injusto, (descripción de la acción contraria al bien jurídico), y un tipo negativo, configurado por la ausencia de causa de justificación, LUZON PEÑA señala “si las causas de justificación, son elementos negativos del tipo (global o completo) por que al igual que los elementos positivos, son presupuestos ahora negativos de la prohibición, la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos, sean elementos descriptivos o normativos, de una causa de

justificación es un error de tipo con todas sus consecuencias. En esta clase de error no se desconoce directamente la antijuridicidad, sino que se yerra sobre la presencia de los elementos o hechos de la infracción (Donna E. A., Derecho Penal Parte General Tomo Tomo IV , 2006)<sup>40</sup>

#### **4.- Teoría de la aplicación analógica de las reglas del error de tipo**

Otro sector sin defender la tesis de los elementos del tipo entiende que estamos en presencia de un supuesto esencial de error, que no constituye ni error de tipo ni error de prohibición. Sin embargo, en cuanto a las semejanzas que existen, lo más adecuado es resolver el caso aplicando “analógicamente” las reglas sobre el error sobre el tipo. La consecuencia que genera esta posición es que al aplicar la solución de error de tipo, llega al mismo resultado que la teoría de los elementos negativos del tipo, en el sentido de que en el caso analizado se debe excluir el dolo de autor, de este modo, si el error es invencible se excluye la tipicidad, mientras que si es vencible el autor debe responder por imprudencia. Como se ve la diferencia con la tesis de la culpabilidad es muy grande. En los casos de error sobre los elementos objetivos de justificación, ya que no estamos en un problema de culpabilidad sino de tipicidad, existen autores que dicen que el autor obra dolosamente, por lo que no es correcto considerar que existe error de tipo, como hace la tesis de los elementos negativos, ni tampoco resulta satisfactorio afirmar la existencia de un error de tipo “ por analogía en los supuestos analizados, el autor conoce los elementos objetivos del tipo penal, de modo que no resulta por ello es acertado sostener que deba excluirse el dolo No obstante, tampoco coincide con los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad en el sentido de que el caso debe resolverse con las reglas de error de prohibición. Al igual que la opinión generalizada dentro de la teoría restringida de la culpabilidad, considera que esa solución conduce a resultados sumamente injustos desde este punto de vista Dreher considera que

---

<sup>40</sup> Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal Parte General Tomo IV Ob. cit. Pag. 340 y341. Conclusiones de la obra que se cita

es falso que este supuesto debe ser necesariamente error de tipo o error de prohibición más bien estamos dentro de un error "PROPIO" como ocurre con una causa de inculpabilidad, de modo que no resulta adecuado reducirlo al error de tipo o de prohibición, es decir se trata de un supuesto especial de error, que no excluye el dolo, pero que al no estar regulado legalmente, debe ser resuelto aplicando las reglas del error de tipo, dicho de otra forma en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación, el autor obra dolosamente, pero únicamente a los efectos de la pena, se debe aplicar las disposiciones del error

### **5.-Teoría de la aplicación analógica de las consecuencias de error de tipo.**

Lo que se aplica no es no el régimen del error de tipo sino solo sus "consecuencias" o "resultados. El autor se exime de sanción, excepto que el error sea evitable, en cuyo caso recibe la pena correspondiente a la actuación por imprudencia, pues aquí se le reprocha la equivocada suposición de la situación que daría lugar a una causa de justificación. ESTRATENWERTH considera que en los casos de error, sobre las circunstancias de hecho, es decir, la presunción errónea de circunstancias que de existir justificación el hecho, se excluye el dolo y por lo tanto el ilícito de la acción, se debe considerar que únicamente hubo negligencia, aunque el ilícito imprudente se excluye si el autor se ha conducido objetivamente con cautela, el derecho no puede pedir sino el actuar con deber de cuidado objetivo, existiendo una contradicción cuando la teoría estricta de la culpabilidad recién trata en la culpabilidad los casos de error inevitable. Silva Sánchez citado por el maestro Donna dice: No nos hallamos ante un error de tipo en sentido estricto, lo que queda claro es que si el sujeto desconoce el carácter prohibido de su conducta en estos casos, ello responde a error de tipo (todo error de tipo en esa medida es un error de prohibición) Desde este punto de vista sostiene que la afirmación de que los casos de justificación putativa, (error sobre los presupuestos de justificación) constituyen un error de

tipo y esto es posible si se ciñe a la doctrina de los elementos negativos del tipo (Donna E. A., Derecho Penal Parte General Tomo Tomo IV , 2006) <sup>41</sup>

#### IV

#### Toma de postura.

Existen una serie de teorías que han abordado el tema sobre el “error sobre los presupuesto objetivos en las causas de justificación” que en esta parte resaltaremos lo más importante para tomar posición y argumentar la que a mi parecer sería la más adecuada para el tratamiento de error más aún que dentro de la mayoría de las legislaciones no se ha tratado sobre el tema pero existe algunos avances para el tratamiento de tan controvertida situación, por lo que existe una urgencia de que este tema sea abordado en las parlamentos o asambleas de los diferentes países a fin de que ciertas conductas no queden un tratamiento adecuado y no quede en la impunidad, es tarea de los legisladores emitir una normas concretas a fin de que se aborden con propiedad el tema de error sobre la causa de justificación, existen algunos doctrinarios consideran que el tema debería ser tratado conforme con la solución que se da para el error de tipo y otros que el asunto debe ser resultado conforme el error de prohibición al existir diversidad de posiciones

Luego de lo investigado el tema y analizado las diferentes teorías, vemos que no se da soluciones concretas ni acertadas así la Teoría del Dolo” en su parte medular, requería que el individuo tenga conocimiento de los hechos, sino también la conciencia del ilícito, es decir que el auto conociera que su conducta es antijurídica y anotaba un elemento adicional que la conciencia del ilícito debía ser actual y efectiva, cualquier clase de error para este teoría excluía el dolo, se equipara el error de tipo y no importaba que este recaiga sobre los elementos del tipo o sobre la conciencia de ilicitud lo cual daba como resultado la IMPUNIDAD, la mayoría de los doctrinarios. Welsel, Roxin, Naucke en sus

---

<sup>41</sup> Donna E. A. ob. cit. Pág. 342 y 343 conclusiones de la lectura de la obra citada, y de la obra de Welsel “ El nuevo Sistema de Derecho Penal”

reflexiones sobre esta teoría dicen que esta teoría no aportaría con una solución adecuada a los casos y por este motivo sufrió varios reparos y advirtieron una serie de problemas, y realizaron varias sugerencias para ver si esta teoría podría adoptarse en la solución de casos, en cuanto al error sobre los presupuestos objetivos de justificación, en cualquier caso se debe excluir el dolo y dejar subsistente la forma culposa. En cuanto a la teoría "Elementos negativos del tipo" trae un análisis distinto y considera que existe un tipo positivo y tipo negativo, el positivo integrado por descripción de la acción y el negativo sería "la ausencia de causas de justificación" si las causas de justificación son elementos negativos del tipo y que esta debía ser tratada como un "error de tipo" es decir sobre los elementos de la infracción, esta teoría no aporta una forma clara a la solución de problemas me parece un tanto abstracta y de difícil aplicación, existen algunos aspectos que se deben indicarse para coincidir con la "teoría de la culpabilidad" que a mi parece da una solución práctica cuando abordada la solución de este tema justificación y error sobre los presupuestos objetivos de justificación hace una diferenciación entre dolo y la conciencia de lo ilícito son distintos, marcando que el dolo es por antonomasia a la parte subjetiva del tipo y la conciencia de la ilicitud pertenecer a la culpabilidad y que es necesario que el individuo cuando comete un ilícito no solo debe conocer los elementos del tipo, sino también si conoce o pudiera conocer la antijuridicidad de su actuar y se tiene, en cuenta que para que la culpabilidad se excluya el error de prohibición debe ser inevitable y si es evitable se puede disminuir la pena de esta forma se logra superar esa vieja concepción de error de hecho y derecho y darse un tratamiento diferente en sentido jurídico, esta forma de análisis técnica y científica aportaría con soluciones más justas cuando se resuelven los procesos penales, es acertado el tratamiento que la teoría estricta de la culpabilidad hace al delito culposos que para esta posición no quedaría en la impunidad quien así actúa. Resulta importante destacar que cuando una persona obra sabiendo que realiza los elementos objetivos del tipo, y esta conducta es subsumida por el tipo penal actuara de manera antijurídica, salvo que concurren causas de justificación,

este obrar debe en contra de la ley debe producir efectos jurídicos, lo que no puede asimilarse al actuar de manera imprudente, ya que no conoce los elementos de la tipicidad, es decir se debe dar un tratamiento distinto a situaciones diversas distintas .El error sobre los presupuesto objetivos de una causa de justificación debe estar prevista, el autor en forma errónea supone la presencia de sus requisitos objetivos es decir el error no recae sobre la existencia o sobre los límites de una causa de justificación, sino sobre los hechos y este debe analizado conforme a los error de prohibición indirecto, como en el Ejemplo del médico” que considera que realiza un aborto eugenésico en la creencia de que existe una grave enfermedad sobre el feto , pero creyendo erróneamente que ordenamiento jurídico lo justifica, pero este no contempla, si el error es inevitable debe excluirse la culpabilidad aunque equivocadamente se considere que la conducta es ilícita, porque no sabe que el orden jurídico contempla la justificación, en estos casos la culpabilidad debe afirmarse, porque se representa equivocadamente una causa de justificación, y además de ello actúa con conciencia de ilicitud. En definitiva los tribunales a efectos de la pena deben aplicar una pena que esté de acuerdo con la culpabilidad de delincuente, de acuerdo a la menor o mayor grosería del error y si fue o no fue evitable la sanción más justa considerando las singulares características de quién así ha obrado, de esta forma el juez que efectúa concienzudamente una análisis de instituto del error de prohibición tendrá mejores argumentos para decidir de una mejor manera la pena justa que le corresponda al autor para no violar sus derechos humanos que cada vez son maltratados en nuestros países. Como dice el maestro Alberto Donna en su libro Derecho Penal en la parte general, este tema no tiene una solución unánime, ya que es un asunto muy complejo y se continúa discutiendo, más allá de que se haya llegado a algún acercamiento ya que dentro de esta teoría de la Culpabilidad existen algunas posiciones, que traen cierta complejidad y que cada uno de los doctrinarios le ven desde su óptica y tratan de dar soluciones de lo más variado, así la teoría dominante para su análisis tiene algunas posiciones como son: La teoría restringida, la teoría estricta, la culpabilidad

independiente de las consecuencias jurídicas, y la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas. Cada una de las posiciones anunciadas han sido tratadas a lo largo de la investigación, la que se ha ilustrado con los ejemplos más conocidos para poder explicar en forma clara de esta teoría que a mi parece podría ser la más acertada, pero ni siquiera los más estudiosos han llegado a una conformidad tal que pueda ser sugerida en forma definitiva para la solución de los casos, ya que para citar un inconveniente, en la teoría restringida y estricta, cuando aparece un error evitable en especial cuando el delito no tiene previsto la forma imprudente, para algunos debe ser castigado y para otros quedará en la impunidad. Lo que se debe decir es que cuando ocurre un delito debe realizarse un examen a fondo de las situaciones de hecho, para de esta forma cuando se vaya a imponer una pena sea la más justa de acuerdo a su culpabilidad, dicho de otra forma el juez que tiene en sus manos el caso al establecer la pena se ha de fijar pormenorizadamente en circunstancias particulares de los hechos, y también las características del autor, un individuo, de ahí que cuando se tenga estos tipos de situaciones de error, la idea esencial en estos casos es que si el autor se pudo motivar en la norma, en el fondo del problema está la cuestión de si el autor se representó como posible la antijuridicidad de la acción, es decir si el autor duda acerca de la prohibición de su comportamiento lo que debe hacer, antes de llevar a cabo, verificar antes de ello si realmente es lícita o ilícita.

Estas situaciones se debe juzgado de acuerdo al error de prohibición y si este es vencible, disminuye la culpabilidad y la pena, pero por el contrario si esta es invencible debe excluir la culpabilidad y la pena, a la falta de regulación legal se debe hallar el mecanismo legal de atenuación de la pena que refleje el verdadero contenido de la culpabilidad del autor, el tema es muy amplio y controvertido, he tratado de consultar en el ámbito local a profesionales y jueces y buscar en sentencia en el ámbito local como han resuelto el caso existe muy poca doctrinarios en el Ecuador que se han atrevido a abordar el tema, es más conocido que esta situación se resuelve como en los casos de error de hecho o error de derecho. Hoy en día en la Asamblea del Ecuador se está analizando el

tema en el Código Integral penal y de lo visto se conoce que si se está implementando, queda ver como lo van a incorporar y el desarrollo que puede tener, necesita mucho tiempo para ver como lo jueces lo aplican y lo ponen en práctica, analizar de esta forma los temas penales sería en realidad un avance significativo en la legislación ecuatoriana, a efectos de que no únicamente no se juzguen los hechos sino realizando una mayor argumentación para una mayor seguridad jurídica, y podamos tener sentencia en donde se resuelvan los caos en un uno forma técnica, queda esperar que la escuela de la Función Judicial recién implementada capacite a los jueces, están establecidos los parámetros en la Constitución Ecuatoriana sobre la JUSTICIA en la que se pregona el Estado Constitucional de derecho, y sobre todo el respeto a los Derechos Humanos, todas las instituciones del Estado tiene el obligación de capacitar a los empleados del sector público, Maestros, profesores, gremios de Abogados, y sobre todo estudiantes a fin de que, entren en este nuevo proceso de formación en lo que se refiere a Derecho Penal, se hacen grandes esfuerzos para lograr que la institución que controlan la educación en el país renueven completamente su pensum de estudios. En cuanto a esta materia, se ha implementado institutos de criminalística, protección a víctimas, se ha creado una defensoría pública adecuada, se instruye a fiscales, se contrata nuevos profesionales para que ejerzan las judicatura, el vuelco que se ha dado es importante en el país.

### **1.- Motivo para Cerciorarse.**

La persona tendría que “tomar conciencia” en todo lo que esté por hacer de acuerdo al deber jurídico, pero esto es complicado, ya que el individuo en la vida social, antes de dar cada paso se requeriría que reflexione, lo cual es poco probable he imposible de cumplir, de manera que no es posible el hecho de cerciorarse, por otro lado quién no tiene como mínimo conciencia actual, de que la acción posiblemente esté prohibida, es incapaz de informarse de la norma que regula la acción, en el caso de duda sobre el injusto, existe ya una conciencia eventual de la antijuridicidad, que en la mayoría de los casos ni

siquiera fundamenta un error de prohibición, pero si se considera invencible el error, el sujeto no tiene dudas sobre el injusto. La capacidad de examinar la situación jurídica no la posee tan solo quién duda de la conformidad a derecho de su actuación, sino también, quién solo que se allá en un sector de la vida regulado jurídicamente por normas específicas. (Roxin, 2006) en las que se puede dar diferentes situaciones, solo existe un auténtico error de prohibición, cuando el sujeto reprime, y no se toma en serio sobre sus dudas sobre el injusto, de modo que confía negligentemente en el derecho, también será invencible un error cuando el sujeto no se esfuerza en alcanzar los conocimientos jurídicos necesarios, pese a que sabe que vive dentro de normas jurídicas, quién establece un local comercial, un hotel, o conduce un vehículo, conoce que para el ejercicio de esta actividad existe preceptos que regulan cada comercio, lo que le debería preocupar por cumplir los requisitos de funcionamiento que cada actividad exige, finalmente el sujeto es consciente que perjudica a la colectividad, y que son normas sociales elementales en el perjuicio o daño social y no en una infracción moral, pero si, el sujeto no conoce el injusto de su conducta, como en el caso del Derecho Penal especial o accesorio, cuando el sujeto no conoce cuando está regulado por normas específicas, su error será invencible, o en las omisiones, será invencible, cuando se trate de elementales, o deberes de actividades profesionales propias de una profesión, médicos abogados etc., podrá ser exculpados. Ejemplo “ los carpinteros que tiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental, no se les había ocurrido en absoluto, que las relaciones sexuales con el consentimiento con dicha mujer están prohibidas” error invencible, por el asentimiento de la mujer enferma, ya que los sujetos no tiene dudas de lo prohibido de su conducta, no tiene conciencia del perjuicio que causan, ya que no se les dio un motivo para reflexionar sobre la antijuridicidad, por lo tanto no sería necesario una pena, personas no instruidas como los albañiles pueden incurrir en tales errores. (Roxin, 2006)<sup>42</sup> Lo decisivo para incorporar los problemas de la comprobación de delito en el sistema del hecho punible dice,

---

<sup>42</sup> Claus Roxin Ob. Cit. Pág.- 886,887 1

que el jurista comprende y utiliza este sistema como instrucción de trabajo, el sistema del hecho punible ayuda a ordenar el materia factico y jurídico en los casos prácticos y canalizar la forma de proceder de los penalistas, el trabajo consiste en tratar los problemas de la renuncia a la pena de la determinación de la pena y de la medida de seguridad, de ahí que el trabajo de los penalistas el sistema del hecho punible debiera remarcar la diferencia entre el engranaje compacto de las preguntas por el “si “ de la punibilidad y las preguntas por el “como” de la pena, para lograr esta meta se debe convertir el sistema del hecho punible en un sistema de trabajo del penalista. (Naucke, 2006)<sup>43</sup>

## **2.- La evitabilidad o inevitabilidad del error.**

El reproche de la culpabilidad no solo afecta al autor cuando le es conocida la antijuridicidad, sin cuando actúa en error evitable. En primer término debe descartarse la hipótesis de que el autor procede con conciencia que su obrar posiblemente sea ilícito, en tal situación en la medida que el autor acoja en su voluntad tal posibilidad en forma análoga al dolo eventual como “ conciencia de ilícito del ilícito eventual” se tratará de una conciencia actual del ilícito, para lo cual no se requiere previamente un examen de evitabilidad, la decisión fundamental se da con afirmar que el autor, a fin de acreditar la inevitabilidad del error, debía concentrar su conciencia en una medida que le fuera exigible, o en su caso, está obligado a eliminar eventuales dudas mediante el razonamiento o la investigación. La medida de lo exigible debía ser deducida de las circunstancias del caso, y del circulo de vida y profesión de cada cual. Este vacío, la concentración de la conciencia, se entiende la concentración de la conciencia. Obligación del autor de aplicar todas sus fuerzas espirituales cognitivas y todas sus representaciones valorativas éticas, cuando se trata de formarse un juicio a cerca de la adecuación a derecho de su comportamiento, tarea en la cual es exigible al autor que aún contra su convicción afirme aquellas representaciones valorativas en su entorno, el deber de cuidado en su

---

<sup>43</sup> Wolfgang Naucke Derecho Ob. cit. Pág. 375 y 376

individualización correcta, en sentido de que un juicio acerca de la medida procedente de la concentración de la conciencia y del conocimiento solo se puede formar con consideración de los datos, aptitudes y apreciaciones precisamente del autor, de este modo, las exigencias se equipararon a las que son necesarias para el enjuiciamiento de la culpa penal, quien se arriesga, a una acción, cuyo alcance jurídico no puede reconocer, está ya sujeto, por haber asumido el riesgo, que no puede dominar el juicio, las exigencias del autor derivadas de la tensión de conciencia sobrepasan incluso las condiciones que se pueden imponer al autor para excluir la culpa, ello se justifica, porque este cumple dolosamente con el tipo, y realiza una acción que está marcada como antijurídica; así, por regla general el error de prohibición es inevitable cuando el autor, por equivocación tiene una norma jurídica como inconstitucional, siempre que está este por autoridad de cosa juzgada, también debe ser considerado el error inevitable el error de prohibición, cuando el autor haya omitido indebidamente informarse de la situación jurídica, si aún el deber de informarse no hubiera logrado producir la claridad jurídica requerida <sup>44</sup>, si se da una mirada a la jurisprudencia son estrictas las exigencias para hacer admisible el error de prohibición, la mezquina práctica considera, más allá de lo debido, al error de prohibición como instituto excepcional, motivo por el cual el acusado se ve enfrentado a una serie situaciones relativas cuando se invoca este instituto. (Maurach & Zipf, 1994)<sup>45</sup>

### **3.- Error de Subsunción**

Este error consiste en la interpretación, el sujeto interpreta equivocadamente un elemento de tipo de modo que llega a la conclusión, de que no se realizará mediante su conducta, tal error puede ser de tipo o de prohibición, o incluso un error irrelevante de punibilidad, según que oculte el sujeto el contenido de

---

<sup>44</sup> El error de prohibición constituye un fenómeno complementario ineludible de la actividad legislativa a habida cuenta de la casi inexistencia, educación jurídica en el Ecuador es de esperar que en el Código Integra Penal que se encuentra en proyecto se concrete este instituto que serviría de mucho en la legislación moderna.

<sup>45</sup> Reinar Maurach y Heinz Zipf Ob. cit. Pag. 682,683

significado social de un elemento o solo la prohibición específica del tipo o solo la punibilidad de su actuación. Ejemplo. Quién borra la raya del posavasos de cerveza, mediante el cual el camarero pretende probar el número de "medios litros" consumidos, tiene dolo de falsificación de documento, si conoce la trascendencia probatoria de la raya, se halla sin embargo en un error de prohibición "vencible" si cree que solo los escritos formalizados son documentos y solo ellos gozan de protección del ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de la estafa, no es suficiente para la conciencia del injusto, si por el contrario considera prohibida, si bien no punible, la falsificación de la prueba como tal, concurre solo en un error irrelevante de punibilidad. También quien opina que los animales no se les ha de tratar como cosas y por ello no califica de daño, el envenenamiento de perro ajeno, se halla en un error de punibilidad, por que estará enterado de la lesión jurídico civil de la propiedad por el cometida y así del injusto específico del tipo de su conducta, por tanto este, no es necesariamente un error de prohibición, si embargo si lo es la mayoría de las veces, porque se produce en supuesto de normativos complicados, en los que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta, ejemplo el Abogado que por error, patrocina a las dos partes en un proceso, será víctima de un error de prohibición, lo que también rige para una gestión desleal, los errores de prohibición no pocas veces son errores invencibles, cuando alguien se fía de informaciones de abogados o de decisiones judiciales que posteriormente resultan equivocada (Roxin, 2006)<sup>46</sup> Para Maurach-Zipf, existe el error de subsunción, cuando el autor conociendo los hechos y el significado objetivo de las circunstancias del hecho, interpreta incorrectamente y a su favor el elemento típico normativo aplicable en este caso; por ejemplo, cuando el estima que el "rapto" implica atraer a la mujer fuera de la casa en un sentido prolongado, en estos casos no se excluye el dolo, para que exista basta con que el autor haya podido estar en condiciones de apreciar la significación objetiva del contenido de los hechos por el conocida, por la vía de la "valoración paralela en la esfera de los legos", excepcionalmente puede cobrar importancia

---

<sup>46</sup> Claus Roxin. Ob. cit. Pag. 872 y 873

la incorrecta subsunción de un elemento típico, en aquellos casos de que este error ofrezca el presupuesto para que el autor considere su accionar como permitido. Cuando es así, un error irrelevante que considerado su accionar como permitido, un error irrelevante que considerado así mismo pudiera apreciarse como error de subsunción, puede llegar a constituir la base de un error de prohibición. (Donna E. A., Derecho Penal Parte General Tomo Tomo IV , 2006)<sup>47</sup>

#### **4.- Las consecuencias jurídicas del error.**

Siempre que el autor no sea responsable del error, no responde, por falta de culpabilidad, ello es aplicable a la conciencia del injusto, en lo que se refiere a la responsabilidad por la duda, mientras que el autor se comporte conforme a las reglas del conflicto de deberes, si el autor responsable del error, o consiente del injusto, la culpabilidad depende de la medida de la responsabilidad, esta medida a su vez depende: 1.- que con claridad el autor se haya separado del ámbito de lo lícito o de que con claridad su comportamiento posibilita o excluya el desplazamiento del conflicto o explicarlo como fortuito 2.- Si tiene en cuenta la razón motivacional, que incluso decae la responsabilidad en di dada, por eso en eso en este ámbito la culpabilidad suele estar disminuida. Ejemplo, la preferencia de paso o la preferencia de peatones, depende la vida y la integridad física, de modo que la persona leal al derecho, realiza un ajuste consiente de la nueva regulación, aquí al menor aquel que, por indiferencia, no se preocupa de una posible modificación, tiene plena culpabilidad, desciende la culpabilidad si el autor pasa por alto indicaciones menores de la escasa fiabilidad de la fuente a la que ha recurrido para procurarse instrucción, aquí el ajuste del autor a su vez llega a ser relevante solo si de la norma depende la existencia de bienes importantes, si el desacato al derecho positivo es equivocado, decae la posibilidad de que disminuya la culpabilidad cuando el autor observa una actitud de indiferencia o incluso de hostilidad al derecho, en

---

<sup>47</sup> Edgardo Dona Ob. cit. pág. 318 y 319.-

otro caso la culpabilidad puede estar disminuida o incluso anulada, y tanto antes cuando con mayor fuerza el autor no puede sino cumplir la norma por razones motivacionales, el autor se equivoca, de un estado de necesidad, por confusión o por miedo, en tales casos, el autor muestra un estado psíquico que se puede definir como razón de la inobservancia de la norma, el estado psíquico en el error de prohibición a diferencia de los preceptos mencionados, solo tiene que explicar el error de prohibición. Ejemplo, el miedo –no culpable- a la pérdida de importantes bienes materiales puede disminuir o anular la responsabilidad por el error de prohibición condicionado por el miedo, cualquier atenuación de la responsabilidad conduce a una atenuación de la culpabilidad y por tanto a una atenuación de la pena, pudiendo atender únicamente a motivos referidos al error; la consideración global de todas las causas de determinación de la pena no puede justificar la modificación del marco penal, dado que la responsabilidad es cualificante, en los casos de prohibición indirecto, es admisible descender los límites superiores de la pena, es incorrecto restringir el límite inferior de la pena para el hecho doloso en el error de prohibición evitable, en la práctica tampoco existe límite inferior para el hecho imprudente, la imprudencia en conocimiento de la prohibición puede ser más grave que el dolo en el error de prohibición, dándose responsabilidad solo insignificante del autor por el error (Jakobs, 1991)<sup>48</sup>. Para el profesor Roxin la consecuencia se manifiesta cuando el error es invencible, conduce a la impunidad, el sujeto actúa sin culpabilidad, en tal caso, sin embargo, también en el supuesto de que exista escasa culpabilidad, la responsabilidad será ya excluida, cuando ello es tolerable desde el punto de vista preventivo, el concepto de la culpabilidad, ha de entenderse en el sentido más amplio, de modo que abarque todo el ámbito de la responsabilidad jurídico penal, si el error fue vencible, tiene lugar a una reducción facultativa del marco penal correspondiente al dolo, esta resulta problemática, en un caso normal se reduciría por su buena fe, pero existe una excepción, cuando el sujeto se basa en hostilidad al derecho, pero es poco frecuente. En los supuestos de culpabilidad escasa de quién actúa en error de

---

<sup>48</sup> Gunter Jacobs. Ob. cit. Pág. 681,682 y 683.Sobre la subsunción.

prohibición la pena mínima establecida, puede estar por encima de la medida de la culpabilidad realmente existente, para estos caso se recomienda una reducción de la pena, no prevista en la ley, y otro sector recomendaría el sobreseimiento, lo correcto sería disculpar el error, es decir excluir la responsabilidad y absolver al sujeto, es incorrecta la apreciación de que en caso de error vencible la pena nunca podría bajar de la pena mínima para la imprudencia, la culpabilidad para el error difícilmente vencible, puede ser absolutamente menor que en una imprudencia de hecho. (Roxin, 2006)<sup>49</sup> El error de prohibición será invencible aun cuando el sujeto en un supuesto literal ambiguo, escoja una entre varias posibilidades de interpretación.<sup>50</sup> Para Bacigalupo, se trata de la imposición de la atenuación exagerada de uno a dos grados de la pena, esto es grave en la legislación vigente donde el error vencible de prohibición es considerado como una eximente incompleta, en el nuevo Código Penal se da una situación en la que es difícil saber qué idea ha tenido el legislador, ya que ha modificado las consecuencias jurídicas de la eximente incompleta, convirtiendo la atenuación en meramente facultativa, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, mientras a tenido la misma atenuación para el error vencible de prohibición, pero con carácter de obligatorio, no se entiende que razones existen para no haber adoptado el mismo criterio respecto del error evitable, en todo caso lo que sería recomendable es reducir los efectos de la obligatoriedad de la atenuación establecida para estos supuesto, con una atenuación ordinaria hubiera cumplido acabadamente con los objetivos político-criminales que se postulan en esta materia (Bacigalupo, 2004) De alguna manera la nueva situación legal permite paliar en alguna medida las equivocaciones de legislador, era dominante la jurisprudencia que entendía que cuando la ley autorizaba la

---

<sup>49</sup> Claus Roxin Ob. cita. Pág. 892,893.

<sup>50</sup> Neumann Con la fundamentación de un caos normativo, del que debe responder la justicia, no debería conducir a una restricción jurídico penal del margen de acción del individuo.

atenuación de la pena en uno o dos grados , <sup>51</sup>si se descendía uno en este era aplicable la reglas que debía ser aplicadas si se rebaja la pena<sup>52</sup>

## V. Conclusión

Llegado al final mi estudio sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación, considero que en todas las ramas del derecho se encuentra evolucionando día tras días, y este instituto no es una excepción, se consideraría una herramienta para la defensa de los derechos humanos y defensa de las garantías constitucionales establecidas en la Constitución del Ecuador, basándome principalmente en el principio de legalidad , claro está, que es para todos aquellos individuos que sean capaces de comprender y entender las conductas delictivas, estas conductas repudiadas en razón de la normativa penal, por la cual los ciudadano estamos dispuestos a someternos a dichas normas, por ese respeto que deben tener todos los ciudadanos que esta sujetos a las leyes que impone el Estado, de alguna manera cedemos poderes y derecho al Estado con el fin de que se protejan bienes jurídicos, en razón del interés de la comunidad. Por ello el error no se agota en un mero análisis de la teoría del delito sino tiene que ver con los principios constitucionales fundamentales en un estado Constitucional de Derecho. Por lo que hay que acoger lo que dice el Doctor Raúl Safaroni “Que el principio de culpabilidad es la consecuencia lógica del principio de principio de legalidad”, como freno a una punición injusta, así que el que no es capaz de comprender no puede estar sujeto a una pena. De los libros consultados del Dr. Dona y Javier de la Fuente consideran que tanto el error de prohibición como la capacidad de culpabilidad tiene su razón de ser en este principio, el error era conocido como un motivo de exclusión de la culpabilidad dolosa, pero además es muy controvertido el tratamiento del error cuando el autor valora en forma inexacta los hechos, ya

---

<sup>51</sup> Enrique Bacigalupo. Ob. cit. pág. 421

<sup>52</sup> En el Código Español regula, con sus propias particularidades la llamada determinación o individualización de la pena. En el Código Ecuatoriano, son los artículos 45 y 46 los que establecen los criterios de determinación de la pena

sea porque se valora defectuosamente elementos del tipo, ya sea porque se erra sobre el carácter prohibido de los hechos, hay doctrinarios que consideran que la culpabilidad a título de dolo quedaría excluida si existe una valoración defectuosa, si hubiese errado sobre el carácter prohibido o permitido de su comportamiento, en el caso del error evitable se discutía sobre la adecuación del castigo de una culpabilidad reducida en el marco de los delitos doloso o imprudentes. En mi opinión la exclusividad del injusto en la culpabilidad y la consecuente separación del dolo más allá de las divergencias suscitadas en las teorías, creo que este polémico instituto radica en los movimientos sociales y culturales, así es como en las corrientes liberales se busca un límite al poder del estado y en los extractos del Derecho Penal propugnando la defensa del principio de culpabilidad, la libertad y la justa sanción. Así las cosas, el abanico de los bienes tutelados por el estado, cada vez es más amplio. Por último debo decir, que en cuanto al error sobre las causas fácticas de justificación según se presenta en las diferentes legislaciones y opiniones doctrinarias existe una gran controversia en cuanto a los efectos que ese debe producir, como en la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador se está tratando el tema del Código Integral Penal, deberíamos esperar que se incremente y que se dé una REDUCCIÓN NECESARIA DE LA PENA CON EL FIEL RESPETO AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. LA CULPABILIDAD SIEMPRE ES MENOR POR LO QUE LA ATENUACIÓN DEBE SER OBLIGATORIA. Debo indicar en honor a la verdad que lo anotado en este trabajo son investigación y conclusiones de los autores citados, por la complejidad de la institución analizada, poco aporte se ha realizado por parte del autor ya que es un tema muy técnico que requiere de un mayor conocimiento e investigación. Fin...



Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal Parte General*. LIMA : ARA EDITORES.

De La Fuente, J. E. (2005). *Error Sobre lo Presupuesto Objetivos de Justificación*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Donna, E. A. (2006). *Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni. TOMO III

Donna, E. A. (2006). *Derecho Penal Parte General Tomo Tomo IV* . Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni.

Donna, E. A. (2008). *Teoría General del Delito I* . Buenos Aires : Rubinzal Culzoni.

Jakobs, G. (1991). *Derecho Penal* . Bonn : Marcial Pons.

Maurach, & Zipf, R. H. (1994). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editoria Astrea.

Muñoz Conde y García Arán, F. y. (2000). *Derecho Penal Parte General* . Sevilla Barceloa: Tirant Lo Blanch.

Naucke, W. (2006). *Derecho Penal*. Buenos Aires : Astrea.

Roxin, C. (2006). *Fundamento. De la Estructura de la Teoría del Delito* . Madrid España : Thomson Civitas.

Welsel, H. (1887). *Derecho Penal Aleman*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Welsel, H. (2001). *Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: IB de IF.

Zipf y Maurach, R. y. (1994). *Derecho Penal Parte General* . Buenos Aires: Astrea.