



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Carrera de Derecho**

**EL ERROR DE PROHIBICIÓN Y SU FALTA DE  
TRATAMIENTO NORMATIVO EN LOS CASOS DE  
DELITO COMETIDO POR UN ERRADO  
ASESORAMIENTO PROFESIONAL.**

**Autor:**

Eduardo Alberto Palacios Cárdenas

**Directora:**

Dra. Julia Elena Vázquez Moreno

**Cuenca – Ecuador**

**2022**

## **DEDICATORIA**

Este trabajo se lo dedico a mis padres, quienes me han permitido estudiar la carrera más apasionante y bonita de todas. También se lo dedico a mi hermano Tomás, por apoyarme en todo momento de mi carrera estudiantil.

Estoy seguro de que seré un excelente profesional del Derecho gracias a todo el apoyo y cariño que ellos me han brindado.

## AGRADECIMIENTO

A Dios por permitirme cumplir el sueño más grande de mi vida  
y por haberme dado la oportunidad de tener una bonita  
y responsable carrera estudiantil.

A mis padres, mi apoyo incondicional.

A mi hermano Tomás, porque su cariño incondicional  
estará siempre dándome fuerzas para cumplir mis metas.

A mis abuelos paternos, porque sé que hubieran  
estado muy felices por verme cumplir mis metas académicas,  
pues a pesar de que nunca pude conocerlos, sé que han estado  
cuidándome durante estos 23 años de vida.

A mis abuelos maternos, por enseñarme a ser mejor  
persona cada día de mi vida.

A mi tío Marcelo, por ser un segundo padre para mí, y  
por haberme ayudado a eliminar, con todo su cariño, las  
inseguridades que no me dejaban tener una vida académica  
plena.

A Julia Elena Vázquez, quien además de ser una  
excepcional directora y profesional del Derecho, es una  
increíble profesora que goza de un gran corazón.

## RESUMEN

El error de prohibición es una eximente de responsabilidad penal que se configura cuando el autor de un delito ejecuta su conducta sin conocimiento de que la misma es ilícita, es decir, sin conocimiento de antijuridicidad, o, sabiendo que su conducta es antijurídica, concluyó que su comportamiento era permitido en base a la presencia de una causa de justificación, la cual, en realidad no se presentaba. El presente trabajo tiene el objetivo de explicar a cabalidad los razonamientos establecidos por la dogmática jurídico-penal que se aplican para la figura legal descrita. Además, se intenta crear un espacio de análisis y reflexión en el campo social moderno, adecuando las teorías postuladas a las circunstancias que se presentan dentro de casos jurídicos concretos, sobre todo analizando supuestos respecto a individuos que, al haber sido asesorados por un experto en un área específica, ejecutan su actuar en conformidad a ese consejo profesional, sin conocer que dicha asesoría es incorrecta, produciendo que la persona asesorada, transgreda la norma penal.

Palabras clave: error de prohibición – culpabilidad – motivación – reflexión-asesoramiento profesional.



Solema Rojas  
0801100147

## ABSTRACT

The error of prohibition is an exoneration from criminal liability that occurs when the perpetrator of a crime executes his conduct without knowing that such conduct is unlawful. That is, without knowing the unlawfulness, or, knowing that his conduct is unlawful. The suspect concluded that his behavior was permitted based on the presence of a cause of justification that was not present. The objective of this work is to explain the reasoning established by the criminal-legal dogmatics that apply to this legal figure. In addition, it is intended to create a space for analysis and reflection in the modern social sphere by adapting the theories postulated to the circumstances that arise in specific legal cases. The study also intends to especially analyze the assumptions related to individuals who, having been advised by an expert in a particular matter, act in accordance with that professional advice, without knowing that such advice is incorrect, causing the advised to transgress the criminal law.

Key words: Prohibition Error – Culpability – Motivation – Reflection – Professional Advice

Translated by



A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized, overlapping loops and lines.

Eduardo Palacios

## INDICE

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTO .....	III
Introducción.....	1
CAPÍTULO 1. ....	3
CULPABILIDAD Y EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD .....	3
1. Introducción .....	3
2. La culpabilidad como elemento del injusto .....	3
2.1. Diferencia entre culpabilidad, culpa, principio de culpabilidad. ....	8
2.2. Conocimiento de antijuridicidad.....	12
CAPÍTULO 2. ....	25
EL ERROR DE PROHIBICIÓN Y SU DOGMÁTICA LEGAL .....	25
1. Introducción .....	25
2. Evolución histórica del error de prohibición .....	26
3. El error de prohibición conceptos doctrinarios .....	27
3.1. Teoría de la culpabilidad .....	32
3.2. Teoría del dolo .....	35
4. Clasificación del error de prohibición .....	40
4.1. Error de prohibición directo.....	41
4.2. Error de prohibición indirecto.....	46
4.3. Error de prohibición al revés .....	50
CAPÍTULO 3. ....	51
EL ERROR DE PROHIBICIÓN FRENTE AL ASESORAMIENTO PROFESIONAL	51
1. Introducción .....	51
2. Vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición.....	51
2.1. Los presupuestos de la vencibilidad.....	52
3. El asesoramiento profesional desde la perspectiva del error de prohibición.....	59
3.1. ¿Qué se entiende por asesoramiento profesional? .....	59
3.2. El tratamiento dogmático legal frente al consejo y asesoramiento errado del profesional .....	60
Conclusiones y recomendaciones .....	72
Referencias .....	75

## **Introducción**

El error de prohibición, es una eximente de responsabilidad penal que forma parte de la categoría dogmática de la culpabilidad del injusto, el cual opera cuando el autor de la infracción penal comete la misma sin conocimiento de la antijuridicidad de su comportamiento. Esta figura legal ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina penal, en especial análisis a través de exponentes como Claus Roxin, quien ha sido el tratadista que mayor número de estudios le prestó al tema en cuestión, no obstante, dentro de la legislación ecuatoriana, no se ha producido el tratamiento normativo necesario para regular a cabalidad dicha institución jurídica.

En el año 2014, con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal, el error de prohibición fue “excluido de este cuerpo normativo”, sin embargo, al realizar una interpretación completa del código, se podía colegir que el yerro sobre la prohibición se encontraba tácitamente incluido en la norma penal, pues dicho cuerpo normativo establecía que para que una persona sea sujeto de responsabilidad penal, necesita tener conciencia de que la conducta que ejecuta es ilícita.

Es así, que, en junio de 2020, entran en vigor las nuevas reformas al Código Orgánico Integral Penal, dentro de las cuales se incluye al error de prohibición en su modalidad vencible como invencible, subsanando en parte la falta de tratamiento normativo que merecía dicha figura legal.

Empero, la diversidad de circunstancias que se producen dentro de la sociedad, generan un sinnúmero de posibilidades de los individuos frente a la norma y su cumplimiento, pues es evidente que los seres humanos cumplen roles sociales que generan que cada persona antes de desenvolverse en determinada actividad social, decida asesorarse con un profesional experto en dicho campo de experticia a fin de realizar su conducta en conformidad a las reglas legales, no obstante, se debe plantear

el problema de ¿qué sucedería si un individuo se asesora con un profesional para ejercer una conducta legal pero el sujeto asesorado recibe un errado consejo por parte del profesional, cometiendo este individuo una transgresión a la norma penal?, se debe preguntar entonces, ¿si existe o no un error de prohibición en estos casos?, y en caso de que exista, ¿qué tratamiento normativo se debe aplicar en el caso de que se produzca dicha situación, puesto que Código Orgánico Integral Penal presenta un lineamiento más general que específico para el caso concreto?.

Este es el estudio central del presente trabajo, pues al buscar apoyo en la doctrina y la categoría dogmática de la culpabilidad del injusto, a través de la exposición de sus teorías, postulados y demás criterios dogmáticos, se pretende encontrar una solución a este tema que resulta ser común dentro de la sociedad legalmente organizada.

# **CAPÍTULO 1.**

## **CULPABILIDAD Y EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD**

### **1. Introducción**

A lo largo de los años, la dogmática jurídico penal ha estructurado la teoría general del delito con el fin de conceptualizar una definición de injusto que englobe la totalidad de elementos que son inherentes al mismo. Es por lo que, surge el concepto de delito como el acto, típico, antijurídico y culpable, determinando una cadena de elementos interrelacionados que deben cumplirse para que se materialice la infracción penal.

La culpabilidad como último elemento del delito, es una categoría dogmática que tiende a buscar un nexo causal entre el hecho punible y su autor, es decir, es el elemento del injusto que busca responsabilizar al victimario por el resultado lesivo causado por su acción. La doctrina penal ha elaborado diversos análisis acerca de esta categoría, y sus elementos, los cuales son la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta, generando teorías y postulados que serán analizados en el presente capítulo, sobre todo desde la perspectiva de la conciencia de la ilicitud de la conducta, su contenido y la conciencia eventual de la antijuridicidad, para así establecer ciertos parámetros a seguir para realizar un juicio de reproche sobre el autor de la infracción penal.

### **2. La culpabilidad como elemento del injusto**

En la estructura de la teoría general del delito, una vez que se analicen las categorías de tipicidad y antijuricidad, es necesario examinar la tercera categoría dogmática, la cual es la culpabilidad o atribuibilidad, y dentro de la misma se ejecuta un juicio de reproche sobre el autor, es decir, se practica el estudio de los presupuestos en virtud los cuales se puede responsabilizar el hecho punible a su titular, generando que el autor de la infracción penal sea imputable y dueño de esa acción típica y antijurídica que se le reprocha.

El concepto de culpabilidad se entiende como la posibilidad, del sujeto activo de la infracción, de tener conocimiento de la antijuridicidad penal de su conducta y también, de la facultad que tiene el autor para motivar su actuar en base a la norma, lo que genera que se realice un reproche al autor del hecho típico y antijurídico, en virtud de la motivación contraria del profano hacia a la norma.

La culpabilidad “significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como "responsable" una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho Penal, a una pena” (Roxin, 1997, p. 791).

Cierto sector doctrinario ha presentado dos conceptos de culpabilidad dentro del debate dogmático penal. Se trata del concepto de culpabilidad formal y otro de orden material:

En conformidad a Jescheck (2014), el concepto formal de culpabilidad vislumbra aquel conjunto de elementos de la conducta que en un sistema legal específico son requeridos positivamente como requisitos indispensables para el reproche del injusto a su autor. Es por lo que, siguiendo la óptica formal de la culpabilidad, ésta se encuentra regida por todos y cada uno de los elementos que son estimados como presupuestos para la configuración de la imputación subjetiva dentro

de un sistema penal histórico específico. En cambio, el concepto material de culpabilidad consiste en establecer bajo que supuestos se encuentra permitido arrogar la imputación subjetiva sobre una actitud interna específica. Pues el concepto material de culpabilidad, puede ser cimentado en base a aquel conjunto de requerimientos que establece la ética o la seguridad pública en armonía a la capacidad que tiene el individuo para controlar sus impulsos o inclusive a la finalidad que persigue la pena. Por eso Jescheck manifiesta que el concepto material de culpabilidad permite adoptar una decisión sobre en qué supuestos de la conducta del infractor, puede fundamentar el asambleísta el respectivo juicio de culpabilidad. Por tanto, en virtud de la idea defendida por Jescheck, el juicio de culpabilidad descansa, materialmente sobre el injusto de la exigencia de respeto y protección al bien jurídico que se encuentra protegido por la norma penal<sup>1</sup>.

Evidentemente, la legislación ecuatoriana ha escogido al concepto de culpabilidad material como cimiento dogmático de la norma, puesto que se atiende a este conjunto de peculiaridades éticas, psicológicas, normativas y punitivas para determinar el alcance del reproche del injusto al autor.

No obstante, para responsabilizar penalmente a un individuo, es necesario analizar tres elementos dentro de la categoría de la culpabilidad, dichos presupuestos son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta.

Pues el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 34, establece que:

*Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.*

---

<sup>1</sup> Heinrich Jescheck, H. (2014). *Tratado de Derecho Penal*. Instituto del Pacífico. P.621.

En conformidad a Claus Roxin (1997). La responsabilidad exige, después de analizar la antijuridicidad, que se realice una valoración final lo cual da lugar al apareamiento de la pena, en el contexto de la estructura del injusto. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se sanciona la conducta desde la visión que la acción transgrede la exigencia del deber ser legal penal y que se encuentra prohibido como un acto socialmente lesivo, a su vez, la responsabilidad penal consiste en un análisis desde el punto de vista de responsabilizar penalmente al autor de la infracción. Pues quien cumple los requisitos indispensables para subsumirse en el nexo causal entre infracción típica y el resultado, se hace merecedor, desde los presupuestos del Derecho Penal, a una sanción punitiva. Los elementos de la responsabilidad jurídico penal según Roxin son, la culpabilidad, la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta<sup>2</sup>.

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, consiste en la facultad que tiene el sujeto para entender y cumplir la norma penal, es decir, radica en “la capacidad de comprensión y de inhibición, como criterio decisivo para la asequibilidad normativa.” (Roxin, 1997, p. 791). Según Salazar (2021) a la capacidad de culpabilidad se le designa en la doctrina como imputabilidad, la cual exige que el autor del delito tenga aquel conjunto de facultades mentales mínimas de madurez para poder motivar la totalidad sus conductas en base a la norma penal en abstracto.

Es por lo que “el tema de la capacidad de culpabilidad, tiene que ver con la comprensión de la criminalidad del acto, del injusto, por parte del autor y, en consecuencia, con la posibilidad de la motivación en la norma. “ (Donna, 2009, p.

---

<sup>2</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.191.

133). Es decir, el autor en virtud de sus capacidades biopsiquiátricas-psicológicas debe tener la facultad de motivarse en la norma penal, conocerla y ejercer su conducta respetando esa norma, ya que el individuo tiene esa capacidad mental para entender y aceptar los mandatos normativos penales. La persona que, por una especie de patología mental o por ser menor de edad, no cuente con estos elementos intelectuales mínimos para encontrarse lúcido en persona, tiempo y espacio, no podrá ser objeto de efecto de motivación de la norma, generando que no pueda materializarse el concepto de prevención general, eliminando así el concepto material de culpabilidad.

Con respecto al conocimiento de antijuridicidad, hace referencia a la comprensión que tiene el individuo acerca de que determinada conducta se encuentra prohibida penalmente. Pues en virtud de este supuesto se genera la edificación de la responsabilidad penal con fundamento en elementos de carácter subjetivo que hacen referencia a la manera específica en cómo se desenvuelven las capacidades individuales del victimario o autor del injusto penal. “Bajo esta forma de construcción de la responsabilidad penal se evita que el ciudadano común y corriente se vea afectado por la inflación normativa y la hipertrofia del Derecho Penal”. (Fernández, 2004, p.157).

Y finalmente se analiza la no exigibilidad de otra conducta, como una especie de antípoda a las previsiones normativas que debe tener cada individuo frente a su deber jurídico penal, es decir, se hace referencia a un escenario en el que la “situación de hecho le hace imposible al sujeto una motivación adecuada a la medida del Derecho, que en caso contrario se le podría exigir”. (Donna, 2009, p. 373).

## **2.1. Diferencia entre culpabilidad, culpa, principio de culpabilidad.**

Dentro del mundo legal contemporáneo, suele confundirse a la categoría dogmática de culpabilidad con la imprudencia o culpa y con el principio de culpabilidad.

Como ya se estableció en líneas anteriores, la culpabilidad consiste en una categoría dogmático jurídico penal dentro de la teoría del delito que tiende a imputar el resultado lesivo del injusto a su autor. No obstante, la culpa se diferencia de la culpabilidad en el aspecto de que la primera hace referencia a un elemento de carácter subjetivo del tipo penal, que tiende a materializarse en un hecho típico que lesiona un bien jurídico en base que el autor de dicha acción ha vulnerado su deber objetivo de cuidado, incrementando su riesgo permitido y generando un resultado dañoso, configurando así lo que se denomina el delito culposo o imprudente. Es decir, la culpa es un elemento subjetivo del tipo penal, que se analiza en el elemento tipicidad, a diferencia de la culpabilidad que es el tercer y último elemento del injusto por delante de la tipicidad y la antijuridicidad.

Por tanto, la ubicación de la imprudencia o culpa en la teoría del delito se encuentra en la tipicidad subjetiva y únicamente es punible cuando el legislador ha determinado específicamente una determinada conducta como un delito culposo, por lo que se debe colegir que, si el tipo penal no establece cierta conducta con el carácter de imprudente o culposa, ésta no puede ser imputada a su autor.

Un ejemplo se puede encontrar en el delito de manipulación genética contemplado en artículo 214 del Código Orgánico Integral Penal<sup>3</sup>, pues esta norma

---

<sup>3</sup> Art. 214: *La persona que manipule genes humanos alterando el genotipo, con finalidad diferente a la de prevenir o combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.*

no determina una sanción por la conducta culposa que provenga del delito de manipulación genética, por el mero hecho de que este delito no es de carácter culposo sino doloso, generando la atipicidad del hecho imprudente.

Por todo lo expuesto la culpa es distinta a la culpabilidad, es ineludible afirmar que estas dos figuras jurídico penales son dos elementos cuyo examen y estudio le pertenece a categorías dogmáticas diferentes, siendo así que como ya se señaló con anterioridad, la culpabilidad es la tercera categoría dogmática del injusto, la cual únicamente se examina después de analizar la tipicidad y la antijuridicidad, mientras que la culpa o imprudencia, se la estudia en la categoría dogmática de la tipicidad y dentro de ella en la tipicidad subjetiva, conjuntamente con el dolo y la preterintención.

Ruiz (2012) explica de manera sencilla que la culpa o imprudencia es una especie de modalidad de la acción típica, en virtud de la cual el autor del delito inobserva y vulnera su deber objetivo de cuidado actuando sin la correcta diligencia y cuidado, generando que se aumente el riesgo que deriva en una lesión al bien jurídico protegido o tutelado, por fuera de aquel conjunto de fronteras de lo que está jurídicamente permitido. Manifestando el autor, que el riesgo creado en base a la lesión del deber objetivo de cuidado no es más que un riesgo que era tanto previsible como evitable<sup>4</sup>.

---

*La persona que realice terapia génica en células germinales, con finalidad diferente a la de combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*La persona que genere seres humanos por clonación, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.*

<sup>4</sup> Ruiz, C. (2012). *La graduación del delito imprudente*. Universidad Externado de Colombia.

Por otra parte, la culpabilidad no ostenta un reconocimiento a nivel de Derecho humano, garantía o principio a nivel constitucional, sino que se trata de una categoría dogmática dentro del concepto que conforma la teoría general del delito. Empero, se debe aceptar que, a diferencia de la culpabilidad como elemento del delito, también existe una especie de principio de culpabilidad, en base a que esta categoría dogmático penal tiene una interrelación con los principios constitucionales de autodeterminación del ser humano y la facultad estatal para imponer una pena privativa de libertad, siendo una especie de sistema de limitación del ius puniendi.

Zaffaroni (2006) establece que a ninguna persona se le puede imputar un delito si la infracción no se ha generado en virtud de la libre determinación del sujeto, peor aún si es que ha sido superado el espectro de autodeterminación del individuo que desemboca en un requisito mínimo de racionalidad.<sup>5</sup>

En conformidad a Jescheck (1995) el sentimiento de libertad de decisión y la conciencia de la responsabilidad por los propios actos, se encuentra dentro del fuero interno de cada individuo y, por tanto, engloba a todos los miembros de la sociedad cuando se los imputa un injusto en virtud del principio de culpabilidad, generando a su vez que este axioma sea una protección para cada una de las personas, puesto que ningún individuo puede ser responsabilizado penalmente sin previa determinación de su culpabilidad, lo cual solo es posible desde el marco de la atribuibilidad.<sup>6</sup> (Jescheck, 1995, p.30).

---

<sup>5</sup> Zaffaroni, E. (2006). *Manual De Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Ediar. p. 508.

<sup>6</sup> Heinrich Jescheck, H. (1995). *El principio de culpabilidad como fundamento y límite en la punibilidad del derecho alemán y español*. Cuadernos Del Instituto Vasco De Criminología En San Sebastián. p.30.

Es así, que la culpabilidad es sin duda una especie de antecedente para el establecimiento de la pena, una vez que se haya transitado por las categorías anteriores de la teoría general del delito (tipicidad y antijuridicidad). A su vez, el principio de culpabilidad es una falta de autodeterminación en base al aspecto de que, una persona no tiene la facultad de dirigir su actuar para romper el orden legal establecido y vigente, es decir, no tiene la potestad de ejecutar una acción antijurídica, porque al momento que exista una transgresión a la norma penal vigente, se sanciona al autor del injusto con la pena, en virtud del principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad viene a ser el fundamento iusnaturalista en virtud del cual existe la culpabilidad como elemento del delito, pero a pesar de que tengan una relación intrínseca, se trata de figuras distintas. Esta es la razón por la cual suelen confundirse dichos elementos, puesto que, el principio de culpabilidad busca limitar y regular la potestad punitiva del Estado, ya que el mismo es un fundamento y requisito necesario para otorgarle legitimación a la pena.

En conformidad a Zambrano (2006) el principio de culpabilidad busca eliminar lo que se denomina la responsabilidad objetiva por el resultado, la cual se manifiesta en el aforismo contemporáneo “no hay pena sin culpabilidad”. La legalidad de la pena no es más que una simple consecuencia del juicio de reproche del resultado al autor, juicio que se realiza en la categoría dogmática de la culpabilidad, pues para el autor, dicha imputación no es más que un antecedente sine qua non para la imposición de la penalidad<sup>7</sup>.

Por tanto, la culpabilidad es un elemento del injusto, mientras que el principio de culpabilidad consiste en un precepto iusnaturalista que permite la producción de

---

<sup>7</sup> Zambrano, A. (2006). *Derecho penal, parte general*. 3ra Edición. E.I.R.L. p. 321.

las leyes penales, generando un ordenamiento jurídico en el cual no es posible la existencia de la pena sin culpabilidad, debido a que, solo se puede responsabilizar a una persona que haya transgredido los valores sociales a través de su libre decisión y autodeterminación, por lo que, el principio de culpabilidad es el fundamento de creación de leyes punitivas que excluyan la imputación por el resultado, generando juicios de reproche que responsabilicen al autor en base a sus actos libres y conscientes, observando así las particularidades individuales del sujeto, a fin de guardar armonía con el Derecho Penal Mínimo.

## **2.2. Conocimiento de antijuridicidad**

Para que la norma penal pueda generar efectos sobre los individuos y así poder responsabilizarlos por la comisión de delitos, es menester que los miembros de la sociedad conozcan que ciertas conductas se encuentran prohibidas. Se debe dejar en claro, que no se hace referencia a que el ciudadano debe tener conocimiento de los elementos objetivos que caracterizan una conducta como típica penalmente, sino, a la debida comprensión que debe tener el sujeto de que la conducta que está ejecutando es ilícita, es decir, el autor de la infracción penal debe estar al tanto de que su actuar no se encuentra tolerado por el Derecho, y como consecuencia, el sujeto conoce que su hacer está prohibido. Es por lo que el conocimiento de la antijuridicidad es sin duda un elemento principal de la culpabilidad, puesto que únicamente se puede reprochar al autor de la infracción, si este conoce que su hacer está prohibido.

En la teoría del delito se suele pensar que el conocimiento de la antijuridicidad se estudia en dos categorías dogmáticas fundamentales. Se dice que primero se lo analiza en el elemento tipicidad, en especial a lo referente al tipo subjetivo, y, en segundo lugar, se lo estudia en la categoría de la culpabilidad, Empero, es necesario establecer que “la tipicidad del delito (doloso o culposo) no se afecta por la falta de

conocimiento de la antijuridicidad''. (Muñoz Conde, 1989, p. 33), sino por la falta de conocimiento en los elementos que caracterizan a la conducta como típica. Esto genera que tanto el dolo como la conciencia de la antijuridicidad son estructuras conceptuales distintas a la luz de analizar la culpabilidad como categoría dogmática del injusto.

La conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las leyes, sin mayores concreciones, y sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: "Creencia errónea de estar obrando lícitamente". (Tribunal Supremo Español Sala Penal, 2019, p. 5).

Ahora, es indispensable diferenciar entre mero conocimiento y comprensión de la antijuridicidad. El primero consiste en que el profano ostente conciencia de que las leyes que determinan la convivencia social prohíben la conducta que el autor del delito ejecuta, generando un conocimiento acerca de que un específico comportamiento desvalorizado, tiende a producir un desvalor de resultado que afecte directamente a bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Ejemplo: Un ciudadano común entiende que, por simples normas de convivencia social, hurtar los materiales de jardinería de su vecino está prohibido porque afecta directamente la propiedad privada de su compañero. Es decir, existe un mero conocimiento por parte

del profano de que determinada conducta está prohibida, sin la necesidad de que conozca a la perfección la norma penal. Es por lo que, cuando el assembleísta utiliza la palabra “conocimiento”, se refiere únicamente a la conciencia del resultado lesivo que produce esa conducta delictiva a determinados bienes jurídicos, es decir, se habla de un daño real en concreto que provoca el sujeto activo de la infracción quien es individualizado como profano.

A diferencia del párrafo precedente, la comprensión de la antijuricidad hace referencia a la no existencia de un conocimiento indiciario, sino a una total y completa comprensión de la ley de prohibida, al igual que su contenido, lo que produce una comprensión y asimilación verdadera de la ley penal.

Zaffaroni (2006) también reflexiona y manifiesta que la comprensión viene después del conocimiento de la antijuricidad, pero en adición, el tratadista manifiesta que, ‘para colectivos sociales conocidos como minorías en virtud de sus creencias y costumbres, se necesita no solo de un conocimiento de la antijuricidad, sino también de la comprensión total de la norma, manifestando el autor que existe un error directo de comprensión’’. (Zaffaroni, 2006, p.736).

Dentro de este supuesto se subsumen determinados “casos en que el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigirse la comprensión de la misma, es decir sus supuestos tiene lugar especialmente cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles (la llamada socialización exótica)”. (Zaffaroni, 2006, p.736).

Lo que quiere decir Zaffaroni, es que el conocimiento y hasta la comprensión misma de la antijuricidad se complican más cuando la introyección de la antijuricidad del actuar se debe a asuntos que hacen referencia a la existencia de un sistema normativo distinto, el cual es diverso tanto a nivel formal como material,

diferenciándose totalmente de la legislación que se entiende mayoritariamente comprendida. Esto genera que el conocimiento de una legislación específica, se confronte con la comprensión de lo que generalmente se entiende por aprobado, produciendo un daño a la comprensión de la antijuridicidad según el sistema penal del Estado. El presente caso “trataría de una concurrencia de ordenamientos específicos en los cuales el Derecho Penal debe reaccionar disculpando total o parcialmente la conducta lesiva.” (Jakobs, 2007, p. 48). Salazar (2021), establece el ejemplo del turista que, viaja hacia la India, decide matar una vaca y se alimenta de la misma<sup>8</sup>. Es así entonces, que tenemos un ordenamiento jurídico vigente (India) en el cual es un delito utilizar a la vaca-un animal sagrado en India- como alimento, empero, el turista que llega a visitar el país, desconoce la existencia de esa norma prohibitiva, puesto que la legislación de donde proviene el turista, es impensado que sea catalogado como delito alimentarse de una vaca, generando que la introyección de la antijuridicidad del turista se encuentre afectada por el ordenamiento jurídico vigente del lugar que visita.

Empero, puede surgir un conflicto de criterios normativos, pues a prima facie el Código Civil Ecuatoriano establece en su artículo 6 que “*la ley obliga a todos los habitantes de la república con inclusión a los extranjeros, y su ignorancia no excusa a persona alguna.*” Es decir, surge el principio Ignorantiam Legis Non Excusat, sin embargo, se debe manifestar que este principio también rige en materia penal puesto que sería un atentado a la seguridad jurídica establecer que toda persona que no conozca la norma sería eximida de su responsabilidad, no obstante, no se puede prescindir del análisis de casos específicos y excepcionales en los que, es notorio que el sujeto tiene una falta total de conocimiento de antijuridicidad de la conducta por

---

<sup>8</sup> Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Edino. p.231.

una causa justa de desconocimiento de la ley penal, pues es evidente que las infracciones penales más comunes son conocidas en gran parte por la mayoría de los miembros de la sociedad, no obstante, ello no sucede con otra clase de infracciones de carácter más especial, es el caso de la manipulación genética que ya se expuso en el presente trabajo, puesto que este tipo de delitos generan mayor dificultad de comprensión para las personas que han ejecutado un esfuerzo para intentar asimilar y conocer las leyes penales, lo que genera que el sujeto común no tenga un conocimiento acerca del requerimiento penal abstracto, y como consecuencia, la antijuridicidad o ilicitud del acto que se está realizando.

Por tanto, es menester determinar ¿qué clase de conocimiento o conciencia de antijuridicidad exige la dogmática penal para hacer penalmente responsable al sujeto? Claramente sería antitécnico e ilógico obligar a los ciudadanos a tener un conocimiento perfecto del contenido específico de la norma que describe materialmente una conducta prohibida para proteger un bien jurídico protegido, no obstante, los miembros del conglomerado social, por el mero hecho de pertenecer al mismo, tienen medios, herramientas y mecanismos suficientes para conocer si determinado hecho, acto o conducta se encuentran permitidos o prohibidos, ya que se entiende que dichos actos son contrarios a aquel conjunto de normas de básica correlación social.

Un ejemplo que nos acerca un poco al estudio central del presente trabajo es el que nos trae Salazar (2021) en el cual manifiesta ¿Qué sucede cuando el director de una entidad pública, que tiene profesión de ingeniero, al tratar un manejo especial de contratación pública, decide adoptar el consejo del procurador síndico confiando

en la experticia de este profesional por la dificultad del tema legal, no obstante, el criterio del abogado es equivocado?<sup>9</sup>

Se puede colegir por tanto, que no es indispensable que el sujeto activo de la infracción penal ostente un conocimiento específico, exacto y perfecto, al momento de consumar el injusto, de que su conducta se encuentra prohibida en virtud de una legislación determinada, pues lo correcto es que el profano tenga únicamente un conocimiento de carácter potencial o promedio que cualquier individuo del conglomerado social a partir de su nivel de cultura y educación sea capaz de entender como un acto ilícito.

Empero, tanto el conocimiento como la comprensión de la antijuridicidad, son elementos y conceptos centrales que el legislador ha establecido dentro el sistema penal ecuatoriano, el cual rige a partir del año 2014 en virtud de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, lo que genera que el conocimiento de la antijuridicidad, es un requisito imprescindible de analizar, en la categoría dogmática de la culpabilidad, al momento de responsabilizar al autor de la infracción por el delito cometido.

### **2.2.1. El contenido de la comprensión de la antijuridicidad**

El contenido de la comprensión de la antijuridicidad hace referencia a que el sujeto activo de la infracción debe ostentar la facultad de conocer la ilegalidad de la conducta punible, es decir, hace referencia al conocimiento que debe tener el autor de que su hacer transgrede una prohibición normativa que, ubicado al campo cognitivo del profano, se sujetaría a la conciencia de una antijuridicidad material de la conducta. No obstante, cierto sector doctrinario manifiesta que el contenido del conocimiento del actuar ilícito, se fundamenta en que el sujeto activo de la infracción

---

<sup>9</sup> Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Edino. p.231.

penal conozca dos supuestos, primero que su conducta es contraria al ordenamiento legal vigente, y segundo, que tenga plena conciencia de cual es la sanción que se le impondría a ese hacer prohibido, permitiendo que se pueda analizar también la capacidad que tiene el infractor para motivarse en la norma penal.

Según esta postura, el ciudadano puede entonces tener conocimiento de dos temas específicos, el primero, es tener conciencia acerca de la prohibición, y el segundo, es conocer la punibilidad de la conducta prohibida. Ahora la pregunta que se debe traer a discusión es la siguiente, ¿el contenido de la antijuridicidad lleva implícito que el sujeto tenga plena conciencia tanto de la prohibición como de su sanción?, ¿o basta que el individuo tenga únicamente conocimiento de la prohibición?

Primero es necesario seguir las palabras del tratadista Saborit (1997) el cual expone que el contenido del conocimiento del antijuridicidad sin duda debe ser un punto de inicio en virtud del cual no es posible recaer en error, y a pesar de que el sujeto tenga conocimiento de consecuencia lesiva e inmoral del acto, un individuo puede tener suficientes razones para pensar de que esa conducta no se encuentra prohibida legalmente, por tanto, Saborit manifiesta que los indicios del contenido del conocimiento de la antijuridicidad no pueden convertirse en elementos substitutivos<sup>10</sup>.

Saborit manifiesta entonces, que:

conocer que se está infringiendo una norma del ordenamiento jurídico debe traducirse en que el autor sepa que el hecho que va a realizar puede provocar la

---

<sup>10</sup> Saborit, F. (1997). La delimitación del conocimiento de la antijuridicidad, una aportación al estudio del error de prohibición. Fabra Universidad Pompeu. p.124.

intervención del poder coactivo del Estado, sea mediante una decisión judicial, una intervención policial u otras medidas adoptadas por la autoridad. (Saborit, 1997, p. 128).

Es decir, no es necesario que el autor tenga conocimiento exacto del número de años de privación de libertad que se le impondría por realizar una conducta penalmente prohibida, sino que basta con que el individuo tenga plena conciencia de que la consecuencia de su actuar genera un merecimiento abstracto de una pena.

Saborit (1997) siguiendo la teoría de Neuman manifiesta que no es suficiente que el individuo tenga conocimiento de que transgrede una norma de derecho civil, administrativo o disciplinario, sino que es indispensable que el sujeto tenga el conocimiento de que la conducta que ejecuta inobserva y lesiona una norma que desapueba su hacer y lo determina como un individuo merecedor de pena. Pues para el autor, es menester, que el sujeto tenga pleno conocimiento de que está vulnerado una norma de Derecho Penal<sup>11</sup>.

Según esta teoría, es necesario que el autor tenga conciencia de que el hacer que está ejecutando traiga como consecuencia la imposición de una pena privativa de libertad, si bien no es obligatorio que conozca con exactitud la misma (número de años de privación de libertad), basta con que sepa que el hacer que el sujeto va a ejecutar es de naturaleza penal.

Empero, la doctrina mayoritaria se contrapone a las teorías expuestas y manifiestan que no es necesario que el sujeto activo de la infracción tenga

- 
- <sup>11</sup> Saborit, F. (1997). La delimitación del conocimiento de la antijuridicidad, una aportación al estudio del error de prohibición. Fabra Universidad Pompeu. p.130.

conocimiento de la pena en abstracto, sino que el contenido de la antijuridicidad se agota con el simple conocimiento de que su hacer es ilícito.

El rechazo mayoritario a la noción de conocimiento de lo injusto como sancionabilidad genérica o específicamente penal puede resumirse en dos argumentos expresados por Roxin. En primer lugar, uno de índole básicamente práctica: la distinción tendría muy poca incidencia puesto que el ciudadano corriente identifica casi siempre prohibición con prohibición penal, es decir, suele tener una representación de lo jurídico-penalmente prohibido muy superior al real. En segundo lugar, un argumento de fondo: el conocimiento de que un determinado hecho está prohibido debe ser suficiente para motivar un comportamiento conforme a Derecho; si ello es conocido, el resto sólo son especulaciones sobre la mera impunidad que no merecen ninguna atenuación. (Saborit, 1997, p. 134).

La premisa expuesta en la presente cita, a criterio personal, es correcta, puesto que se fundamenta en dos ideas puntuales. La primera hace referencia a que el contenido material específico de la infracción ha sido verdaderamente asimilada por el profano. La segunda premisa consiste en que, dentro de los límites conceptuales de las demás materias jurídicas, la distinción entre un injusto penal y una transgresión a la norma civil, laboral o administrativa, es únicamente de carácter cuantitativa, es decir, no hay elementos especiales o plenamente determinados que distingan en un caso concreto un delito frente a cualquier acto ilícito. Dentro de este contexto, un error sobre la naturaleza penal de la prohibición no tendría por qué afectar al reproche que se le debe realizar al autor del injusto. Esto se debe a que el contenido de la antijuridicidad, es decir, el objeto mismo de la norma penal ha sido correctamente asimilados por el profano, con lo que este individuo conoce la totalidad de la información que permitirá que tenga la facultad y posibilidad de motivar su hacer en

la norma penal. Es así, que, en la situación planteada, todo mínimo intento de error no sería más que una simple fe ciega de que la ejecución de la conducta asimilada como prohibida no sería objeto de una sanción penal. Por tanto, no existe un error sobre el delito, generando que sea imposible aplicar la figura del error de prohibición, tema central de este trabajo que será profundizado en capítulos posteriores.

Por tanto, el contenido de la antijuridicidad se agota con el simple hecho de que el autor sepa que su actuar es antijurídico.

### **2.2.2. La conciencia eventual de la antijuridicidad**

Concorre una conciencia eventual de la antijuridicidad en aquellos casos en los que el individuo tiene incertidumbre, vacilaciones, inseguridad o duda con relación a la ilegalidad delictual de su conducta, siempre que el mismo sujeto, disponga en su dominio de la posibilidad de ejercer conducta en observancia al ordenamiento legal vigente. A manera de ejemplo, se instituye que una persona posee conocimiento de su antijuridicidad, cuando antes de realizar una conducta, prefiere acudir ante cualquier mecanismo o agente para comprobar si el actuar que va a realizar es legal o no. Es el caso de: el funcionario público que previo a recibir dinero público en un acto de corrupción, toma la decisión de informarse para determinar si tiene el Derecho de recibir la dicha suma monetaria o caso contrario su hacer configuraría un infracción en contra de la administración pública y el erario nacional<sup>12</sup>.

No obstante, se debe determinar el alcance del conocimiento eventual de la antijuridicidad, y el tratadista Silva Sánchez (1987) expone que un primer sector

---

<sup>12</sup> Palacios Cárdenas, E. (2021). *Error de prohibición y asesoramiento profesional-caso Leo Messi*. UDA LAW REVIEW. Tercera edición. 121-130. Imprenta de la Universidad del Azuay. p. 125.

doctrinario manifiesta que la simple representación de una posibilidad de que determinada conducta consiste en un acción penal típica, es suficiente para que exista un conocimiento eventual de la antijuridicidad, pues en conformidad al autor, ya no se necesita la presencia de un elemento emocional o voluntario de aceptación o conformidad que el campo doctrinario lo ve como indispensable para determinar el dolo eventual, y lo transfiere al conocimiento de la antijuridicidad. Mientras que, con el segundo postulado, el autor expone que independientemente de su posición frente a los requisitos en los que se configura el conocimiento eventual de la antijuridicidad coincidas con los presupuestos mayoritarios, expone que el conocimiento eventual, a pesar de que descarta el error de prohibición, no debería quedar sin un análisis específico y especial con relación al conocimiento total del injusto<sup>13</sup>.

Es por lo que a pesar de que el sujeto tenga vacilaciones acerca de la criminalidad de su conducta, el mismo recae ya en una conciencia eventual de su antijuridicidad, dejando a un lado el elemento volitivo o emocional que suele analizarse en la tipicidad subjetiva para determinar la existencia del dolo. No obstante, no es menos cierto que la conciencia de la antijuridicidad no se agota solo con simples vacilaciones y dudas, debiendo observar cada caso concreto y diferenciar el mismo de supuestos en los cuales el profano tiene conocimiento total de que la conducta está prohibida.

La culpabilidad exige que el autor haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho. Horn ha hecho algunas reflexiones sobre este tema. El conocimiento es un concepto que puede regir en dos direcciones. En una primera, se

---

<sup>13</sup>Silva Sánchez, J. (1987). *Observaciones Sobre El Conocimiento “Eventual” De La Antijuridicidad*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. p. 650.

debe examinar si el concepto abarca también los casos de duda, en el sentido de que se podría decir que se conoce el injusto cuando se tiene conciencia de él; en la realización del injusto, a través de su proyecto de acción el sujeto sólo lo tiene como posible. Y una segunda, será cuando se exige que ese conocimiento sea actual. Y Horn siguiendo a Kaufmann, contesta que cuando se habla de culpabilidad, de capacidad de observancia de deber, de comprensión de deber, entonces, esto significa que sólo es posible, en general, el conocimiento actual del deber en el momento del hecho. (Donna, 2009, p. 300).

Así, la cuestión consiste en establecer si puede ser tomado el conocimiento actual del injusto. Y, entonces, se debe decir, en primer lugar, que sí, cuando el autor en la ejecución de su acción acepta la conciencia del injusto, que posteriormente se realizará. Y, en segundo lugar, cuando el autor hubiera tenido dudas de si su proyecto de acción sería prohibido, esta duda se elimina, al igual que si ha olvidado el sujeto su previo conocimiento al momento del hecho. Entonces no hay discusión de que la incerteza en este punto es suficiente, en el sentido de que alcanza a los efectos de la imputación. Es que la conciencia del injusto lleva la exigencia de cerciorarse. EL BGH lo ha dicho de manera más que clara: Quien se ha representado la posibilidad del injusto en su acción y esa posibilidad ha sido tomada por la voluntad, tiene pues conciencia del injusto (Donna, 2009, p. 301).

Es así, que toda duda que tenga el profano acerca de que, si su actuar es legal, elimina inmediatamente toda incerteza que pueda afectar al juicio de reproche del injusto sobre el autor, puesto que toda vacilación que tenga el individuo puede ser subsanada a través de cualquier medio de información al cual el sujeto puede acceder para solventar de una vez por todas si la conducta que desea realizar corresponde o no a un delito. Este es el fundamento por el cual, hasta el mismo Tribunal Federal de

Justicia Alemán (BGH) ha establecido que toda persona que tenga una duda sobre si determinada conducta constituye una infracción penal, genera que el sujeto tenga plena conciencia del delito, puesto que la posibilidad mencionada fue tomada enteramente con su voluntad, eludiendo su obligación de acceder a medios informativos que eliminen esa duda de su fuero interno.

Por tanto, aquí radica la importancia por la cual se analiza el conocimiento de la antijuridicidad y la conciencia eventual de la misma, puesto que dicha teoría tiene su fundamento en que en virtud del análisis de esa comprensión que tenga el individuo con el injusto, se podrá determinar si el sujeto activo de la infracción puede o no ser objeto de un reproche penal y por tanto de la pena, situación que será analizada en capítulos posteriores.

## **CAPÍTULO 2.**

### **EL ERROR DE PROHIBICIÓN Y SU DOGMÁTICA**

#### **LEGAL**

##### **1. Introducción**

Los seres humanos no somos perfectos, pues cometer errores por parte de los individuos que conforman la sociedad, resulta ser una situación cotidiana dentro del desarrollo de la especie humana, es por lo que, el Derecho, al ser una ciencia que determina normas de convivencia social, no puede ser ajena a esta situación, y, por tanto, ha determinado soluciones y consecuencias para cuando las personas yerren sobre los preceptos que la norma determina. Es correcto que uno de los principios básicos sobre los cuales se levanta el ordenamiento jurídico romano germánico, es que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna, es decir, existe una especie de acuerdo en virtud del cual, se presume que todos los individuos que forman parte del Estado conocen las leyes que regulan dicha sociedad, empero, en el Derecho Penal, esta presunción resultó no ser del todo justa, generando así que la doctrina penal establezca una teoría para poder entender si el autor de infracción es o no susceptible de ser conminado con una pena cuando el mismo actuó sin conocimiento de que su conducta se encontraba prohibida, existiendo un error evidente sobre la prohibición de la norma. Este capítulo está destinado a estudiar dicha figura jurídica, es decir, el error de prohibición, el cual se lo analiza en la categoría dogmática de la culpabilidad del delito, específicamente cuando se estudia el conocimiento de la antijuridicidad, analizando así sus conceptos, teorías que lo fundamentan, y su clasificación.

## 2. Evolución histórica del error de prohibición

Tradicionalmente la doctrina penal solía diferenciar al error de Derecho y al error de hecho al momento de analizar la teoría del delito, aseverando que el error fáctico, a pesar de no ser materia del presente trabajo, se caracterizaba por ser un error sobre los elementos que caracterizan a la acción como típica. Por su parte, el error de Derecho carecía de total importancia para el Derecho Penal, pues el principio ignorantia legis non excusat regía para todas las ramas del Derecho, pues se presumía en todo momento que la ley era conocida por todos los habitantes que conformaban la sociedad jurídicamente organizada, es decir, el Estado.

Jakobs (1997), manifiesta que dicho principio tuvo sus inicios en el Derecho romano, específicamente con el nacimiento del Digesto, haciendo referencia a un error sobre las derivaciones legales del derecho civil<sup>14</sup>. El principio de presunción del conocimiento de la norma penal<sup>15</sup> ostentaba alta aprobación y respaldo por parte de la dogmática mayoritaria de ese tiempo, específicamente hasta inicios del siglo XX. Dentro de esta época, Karl Binding fue uno de los opositores a este principio en materia penal, pues Binding manifestaba que los casos de error sobre situaciones fácticas y normas, debían tener un tratamiento legal específico puesto que se trataba de errores legalmente relevantes. Es así, que tiempo después fue Alexander Graf Zu Dohna<sup>16</sup> quien manifestó que es necesario sustituir las palabras de error de hecho y

---

<sup>14</sup> Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Marcial Pons. p. 657 en adelante.

<sup>15</sup> En latín se denominaba “error juris criminalis nocet”.

<sup>16</sup> Welzel, H. (1970). *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile. p. 234.

error de derecho por las de error de tipo y error de prohibición, estableciendo un cambio y giro radical en la dogmática penal, determinado así por primera vez los presupuestos que se analizan dentro de las categorías dogmáticas del injusto. Es por lo que, el profesor Hans Welzel toma dichas denominaciones y las mantiene, y en virtud de su teoría finalista de la acción, transformó las palabras error de tipo y error de prohibición en terminología dominante dentro de la dogmática jurídico-penal contemporánea. El concepto de error de prohibición actual no ostenta ninguna relación con los ya superados errores de hecho y de derecho, ya que, como se profundizará posteriormente, el error de prohibición se examina en virtud del estudio del conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, siguiendo sus propias reglas y matices a seguir para determinar la existencia del mismo.

### **3. El error de prohibición conceptos doctrinarios**

El error de prohibición es un elemento que se estudia y analiza dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad del injusto, especialmente cuando se examina el conocimiento de antijuridicidad de la conducta realizada por el autor de la infracción. Es así, que se configura un error de prohibición en el momento en el cual el sujeto realiza su hacer sin conocimiento de que dicho acto es contrario a la norma penal, generando como consecuencia una lesión a un bien jurídico protegido por el tipo de injusto. La doctrina establece que:

“Concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida” (Roxin, 1997, p.861).

“Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho” (Muñoz Conde; García Arán, 2010, p.382).

Pues para Donna (2006), se configura el error de prohibición cuando el sujeto activo de la infracción tiene total desconocimiento de la prohibición de la norma y, a su vez, también desconoce la antijuridicidad de su conducta. Es decir, Donna manifiesta que recae en este tipo de error quien ostentando una total conciencia de los elementos objetivos que caracterizan a una acción como típica, erróneamente piensa que su hacer es conforme a Derecho<sup>17</sup>.

Hans Welzel (2004) por su parte, determina que el error de prohibición no es más que una expresión reducida y abreviada del error que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta real. Y que este error no permite al autor observar que su hacer típico transgrede el ordenamiento legal penal<sup>18</sup>.

Eugenio Zaffaroni (2006), considera al error de prohibición como una falta total de comprensión del delito, lo cual genera que el sujeto activo de la infracción no sea responsable, y, en caso de que el error sea vencible, se reduzca la pena, observando el grado de responsabilidad del sujeto. Es por lo que el tratadista considera que se llama error sobre la prohibición aquel que no permite la comprensión exclusiva del carácter y entidad del hecho punible. Es por lo que el error de prohibición impide tener comprensión de la ilicitud de la conducta, sin afectar en ningún momento a aquel conjunto de elementos objetivos que caracterizan a un hecho como típico. Zaffaroni manifiesta que es correcto manifestar que el error de tipo también elimina la posibilidad de tener conocimiento de la antijuridicidad, por lo que es menester determinar que el error de prohibición procede únicamente cuando el

---

<sup>17</sup> Donna, E. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni. p. 297.

<sup>18</sup> Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal, parte general. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Editorial B de F. Montevideo. p.179

yerro sobre la ilicitud del hecho no es más que un efecto de un error sobre las circunstancias de la conducta ya excluyente del tipo subjetivo dolo. Concluye Zaffaroni, que se trata entonces de un error que no permite tener una comprensión de la antijuridicidad y que esta oposición del hecho con el Derecho, no puede ser sustituida por el lesivo resultado social, los valores de la sociedad ni por cualquier otro nublado concepto de carácter sustitutivo, ya que esto sería violatorio al principio de culpabilidad<sup>19</sup>.

Juan Carlos Salazar (2021) manifiesta que si uno de los elementos que conforman la culpabilidad es el conocimiento de la ilicitud del injusto, es más que evidente que el error que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad del delito, excluye la potestad que tiene el Estado para reprochar el hecho punible a su autor, y, por tanto, se excluye la culpabilidad al individuo que cometió la infracción, puesto que el mismo, no pudo motivarse en la norma<sup>20</sup>.

Edgardo Donna (2006) establece que al error de prohibición se lo suele conocer también como error de mandato o error sobre la antijuridicidad, ya que se configura el yerro de prohibición en el momento en el que existe una ausencia de conocimiento de ilicitud material de la conducta típica, ya sea de manera condicionada o certera, o al menos para ejecutar dicho acto, el autor debe realizar una actualización de ese determinado conocimiento<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Zaffaroni, E. (2006). *Manual De Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Ediar. p.532 y 533.

<sup>20</sup> Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. EDINO.

<sup>21</sup> Donna, E. (1995). *Teoría del delito y de la pena imputación delictiva 2*. ASTREA. p. 266.

Alfonso Zambrano (2006) otorga un concepto más simple, y determina que el error de prohibición se configura cuando el autor de la infracción desconoce o interpreta mal una norma, o simplemente supone que se encuentra amparado bajo la existencia de una causa de justificación<sup>22</sup>.

Luis Cañar (2005) manifiesta acerca del error de prohibición, que toda persona que se cree asistida por el Derecho a tomarse la justicia como suya (mano propia), y decide tomar una cosa ajena (a manera de ejemplo, el individuo decide hurtar bienes de su deudor insolvente), se encuentra errando sobre la antijuridicidad de su conducta. Pues quien no tiene conocimiento de que la cosa de la cual está disponiendo se encuentra embargada, evidentemente está errando sobre un elemento objetivo del tipo, empero quien sabiendo que dicha cosa no está embargada, y cree equivocadamente estar facultado para tomar la misma, recae en lo que se llama error de prohibición<sup>23</sup>.

Por tanto de la doctrina precedente se colige que, el error de prohibición se configura en el momento en el que el sujeto activo de la infracción, que ejerce un hacer ilícito, no ostenta conocimiento de que su conducta es antijurídica, o en palabras más sencillas, el individuo no se encuentra mentalmente facultado para comprender que su acto transgrede la norma penal y por tanto lesiona un bien jurídico protegido, puesto que el individuo cree que su conducta está aprobada y permitida por la legislación vigente o dicho actuar se entiende aceptado en virtud de la existencia de una causa de justificación.

---

<sup>22</sup> Zambrano, A. (2006). *Derecho penal, parte general*. 3ra Edición. E.I.R.L. p.85.

<sup>23</sup> Cañar, L. (2005). *Comentario al código penal de la república del Ecuador*. Tercera Sección. Sin Edición. p. 184.

A manera de ejemplo, Juana viaja en estado de gestación a un país en el cual el aborto se encuentra penado por la ley, y ella, creyendo que no lo está y que se trata de una conducta permitida, piensa que tiene la facultad y el Derecho de realizarlo, por lo que se practica un aborto dentro de la nación en la cual ese hacer está prohibido por la norma punitiva.

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 35.1 establece que:

*Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, **no puede prever la ilicitud de la conducta.***

*Si el error es invencible no hay responsabilidad penal.*

*Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio*

Es evidente que el Código Orgánico Integral Penal no establece con claridad si el error de prohibición opera cuando existe una falta de conocimiento acerca de los elementos objetivos inherentes a una causa de justificación, lo que genera un evidente vacío legal que debe ser subsanado por parte de la Asamblea Nacional del Ecuador, pues a la luz de la dogmática jurídico-penal existe un debate con sus respectivas diferencias cuando se analiza el error de prohibición frente a los presupuestos de la causa de justificación, empero, eso no significa que su tratamiento legal deba omitirse del código punitivo.

Ahora bien, surge una interrogante, ¿cuál es el fundamento mismo de esta figura jurídico penal? El fundamento legal lo expone Jakobs (1996), quien determina que solo quienes tienen la voluntad de acatar órdenes, pueden cumplirlas y obedecerlas, empero, el autor va más allá y determina que además de lo expuesto, quien recibe la orden debe tener la capacidad de reconocer que dicho precepto legal se encuentra dirigido hacia su persona, sin olvidar que debe tener conocimiento de

que acciones debe ejecutar para poder cumplir con dicho deber legal <sup>24</sup>. Por tanto, es un presupuesto necesario de imputación, el que un individuo tenga la facultad de conocer y entender la norma penal, caso contrario, el autor del injusto estaría recayendo en un error de prohibición, debido a que, si el sujeto activo de la infracción, a pesar de ser plenamente consciente y lúcido a nivel cognitivo, no pudo prever la existencia de un deber penal, se materializa un concepto perfecto de lo que se entiende como error de prohibición.

### **3.1. Teoría de la culpabilidad**

Dentro de la dogmática jurídico penal, se han postulados dos teorías de la culpabilidad con relación al error de prohibición: la teoría estricta y la limitada o restringida.

La teoría estricta de la culpabilidad tiende a ubicar el conocimiento de la antijuridicidad en la categoría dogmática de la culpabilidad, y prescinde de ubicar a la conciencia del injusto en el análisis del dolo como elemento subjetivo del tipo penal, debido a que, dicho conocimiento es de carácter potencial y recae sobre la prohibición de la norma, a diferencia del conocimiento que se debe tener sobre los elementos objetivos que caracterizan a una conducta como típica. Roxin (1997) establece que la teoría estricta de la culpabilidad se desarrolló a partir del postulado finalista de la acción penal<sup>25</sup>, lo que permite colegir, que el error de prohibición jamás excluirá el dolo, sino únicamente elimina a la culpabilidad en caso de que el error sobre la prohibición sea invencible, empero, si el error de prohibición es de carácter

---

<sup>24</sup> Jakobs, G. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal*. Ad Hoc. p.19.

<sup>25</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p. 87.

invencible, la punición que trae como consecuencia el injusto doloso debe atenuarse. En ambos supuestos, tanto el dolo y la culpa del individuo que realiza el tipo de injusto, se los examina y estudia dentro de la categoría dogmática de la tipicidad del injusto, esto se produce debido a que la diversa clasificación de error de prohibición queda, para la teoría estricta de la atribuibilidad, vinculada a la culpabilidad, con la única excepción del error de tipo, la cual pertenece su respectivo análisis a la categoría dogmática de la tipicidad de la infracción penal.

Velepucha (2021) para entender la teoría estricta de la culpabilidad, trae a colación el ejemplo del extranjero que ingresa con bicarbonato a otra nación, desconociendo el extranjero, la prohibición legal que existe de llevar dicha sustancia a una nación extranjera. En este caso, el tratadista manifiesta que la conducta del extranjero es típica, ya que el dolo de la tipicidad subjetiva del injusto está intacto, además determina que dicha conducta es antijurídica por ser contraria a todo el ordenamiento jurídico, no obstante, el hacer del extranjero ya no sería culpable si es que se lograra de demostrar que este individuo actuó sin tener conciencia de la antijuridicidad, configurando un error de prohibición<sup>26</sup> que dependiendo su vencibilidad o no, traería como consecuencia los efectos jurídicos establecidos en el párrafo anterior.

A diferencia del párrafo precedente, se encuentra la teoría restringida o limitada de la culpabilidad, no obstante, para comprender dicho postulado, es necesario hacer referencia que ésta impone una solución a la regulación que se debe tener al momento de analizar un error que recae sobre los elementos que configuran una causa de justificación, pues aquí, el punto central del debate es determinar si el

---

<sup>26</sup> Velepucha, M. (2021). *Culpabilidad y error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal*. Lex Et Litterae. p.127.

hecho fáctico, o la equivocada creencia de presupuestos justificantes (como la legítima defensa), se lo examinará de forma similar al error de tipo, o, como un error de prohibición.

Es así, que la teoría limitada de la culpabilidad sostiene que solo se configura el error de prohibición cuando por parte del sujeto activo de la infracción existe una total falta de conocimiento de aquel conjunto de elementos objetivos referentes a una causa de justificación, produciendo consecuencias similares a los que genera el error de tipo, es decir, la falta de conocimiento de los elementos objetivos que caracterizan a la acción como típica. En términos simples, si se produce el error sobre una causa de justificación establecida o sobre cualquiera de los presupuestos objetivos de la misma, se origina lo que en doctrina se llama “la atipicidad de la conducta”. Velepucha (2021), establece el ejemplo del delincuente que decide amenazar con un arma de juguete a un policía<sup>27</sup>, pues si se observa la teoría limitada de la culpabilidad Alberto Sandhagen (2020) manifiesta que se debe efectuar una remisión de los efectos legales del error de tipo, porque si bien la conducta en un inicio es dolosa porque el autor lo quiere cometer, tiene similitudes con el error de tipo al existir un error sobre los elementos objetivos que caracterizan a esa situación fáctica como una causa de justificación, generando que se deba aplicar la pena del delito culposo<sup>28</sup>.

Empero, se debe dejar en claro que dicha teoría no es aceptada por la dogmática penal mayoritaria, puesto que, esta hipótesis defiende que el error de prohibición debe ser reglado de manera similar, tanto en tratamiento y efectos

---

<sup>27</sup> Velepucha, M. (2021). *Culpabilidad y error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal*. Lex Et Litterae. p.128.

<sup>28</sup> Sandhagen, A. (2020). El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (la ausencia de predictibilidad de la teoría del hecho punible. Id SAJJ: DACF200238. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, <http://www.saij.gob.ar/DACF200238>.

jurídicos, como al error de tipo. Ahora, ¿por qué esta teoría no es aceptada por la doctrina dominante penal?, pues porque este postulado permite que dentro de un proceso penal, el procesado tenga mayor probabilidad de tener resultados favorables, ya que si el error de tipo sería vencible, y si se siguen los supuestos que reglan al mismo, la conducta punible sería de carácter culposa, y al no existir una forma culposa de ejecución de ese acto, incluyendo también, a la omisión, se generaría la imposibilidad de imponerle una sanción al justiciable, esta es la razón por la cual, la teoría restringida de la culpabilidad no es aceptada por la doctrina penal mayoritaria. Se comparte esta crítica, pues la teoría limitada de la culpabilidad tiende a entorpecer la imputación del injusto cuando se examina el caso de un error de prohibición indirecto, pues al regularse el mismo con las reglas que gobiernan al error de tipo, se deja un amplio margen de impunidad.

### **3.2. Teoría del dolo**

La teoría del dolo se subdivide en el postulado estricto, y el postulado limitado.

La teoría estricta del dolo la explica Claus Roxin (1997), quien manifiesta que dicho postulado contempla el núcleo del injusto en la oposición dolosa del sujeto frente a la norma y en consecuencia, sólo se observa una culpabilidad dolosa en el momento que el individuo ejecuta su hacer con conciencia de la antijuridicidad; esto conlleva que, si un sujeto comete una infracción penal sin tener conocimiento de que dicho hacer es antijurídico, se elimina el dolo, y como consecuencia la culpabilidad, puesto que según esta teoría, el dolo es un elemento de la atribuibilidad del injusto<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p. 863.

Muñoz Conde (2003) manifiesta que, en la teoría estricta del dolo, el conocimiento de la antijuridicidad debe ostentar, psicológicamente, un carácter e intensidad igual que el conocimiento de cualquier otra información configuradora de la conducta punible. Y que la ausencia de dicho conocimiento, cualquiera sea su origen o causa, produce como consecuencia la falta del dolo, lo que genera que sea imposible la imposición de la respectiva pena por la ejecución de la conducta dolosa del tipo en cuestión<sup>30</sup>.

Es así, que para esta teoría, la falta de conocimiento de la antijuridicidad viene a ser una figura dolosa, es por lo que, se debe afirmar que con el fin de evitar la impunidad de los delitos, frente a ideas o teorías en las cuales un individuo ejecuta su hacer sin dolo, por tener un desconocimiento de la ley penal, se institucionaliza la figura del error iuris nocet, determinando una defensa casi irrevocable que permitiera realizar una valoración de situaciones externas como internas del autor del injusto sobre la potencial conciencia de la antijuridicidad. No obstante, con la evolución de la teoría de la culpabilidad, el *dolus malus*<sup>31</sup> que englobaba a la ausencia de conocimiento de la antijuridicidad, se transformó en un dolo de carácter natural; puesto que el saber de la conducta antijurídica, se la ubicó en la categoría dogmática de la culpabilidad como uno de sus principales elementos a analizar.

Es términos más simples, esta teoría confunde en un mismo elemento al conocimiento de los elementos objetivos que conforman la conducta típica, con el conocimiento de la ilicitud de la conducta, cuestión que ya fue superada por la

---

<sup>30</sup> Muñoz Conde, F. (2003). *El error en el derecho penal*. p.25.

<sup>31</sup> El *dolus malus* es aquel que englobaba no solo al conocimiento de los elementos objetivos que caracterizan a la acción como típica, sino también al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

doctrina mayoritaria, puesto que al ser ambas situaciones dos conocimientos distintos, se genera una desnaturalización de la teoría general del delito. A manera de ejemplo Velepucha (2021) determina que el victimario que ingresa al país con una determinada sustancia de bicarbonato, sin tener conocimiento de que las leyes penales (LOPIFSED<sup>32</sup> Y RLAPIFED<sup>33</sup>) determinan la prohibición de ingresar al estado dicha sustancia sin una autorización específica, cabe la posibilidad de la existencia de un error de prohibición que excluya la culpabilidad si el error es invencible, pues esto sucedería si se sigue la teoría de la culpabilidad. Empero, en conformidad a la teoría del dolo, el sujeto activo de la infracción actuó con ausencia de conocimiento de antijuridicidad, y, por tanto, su hacer no estaría impregnado de dolo, por lo que, en conformidad con dicha teoría, el actuar del individuo quedaría en la impunidad. No obstante, si se encuentra determinado el error iuris noncet, la situación de haber ejecutado conducta sin conocimiento de la ilicitud de la misma no tendría relevancia alguna, puesto que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna.

Es así, que esta teoría presenta dos clases de dolo, el primero referente a los elementos objetivos que caracterizan a la conducta como típica, y el segundo que hace referencia a la falta de conocimiento de la ilicitud del hecho delictivo.

Muñoz Conde (2003) manifiesta que es inadmisibles darle un tratamiento normativo similar con las mismas exigencias legales y consecuencias jurídico-penales a los dos tipos de error, y que en ello radica la principal crítica a la teoría

---

<sup>32</sup> Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de regulación y control del uso de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. Dentro de los precursores y sustancias químicas específicas consta el bicarbonato de sodio.

<sup>33</sup> El reglamento para el control de sustancias sujetas a fiscalización. Art 50.

estricta del dolo<sup>34</sup>. Puesto que se confunden el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal con los de la antijuridicidad del hecho punible, los cuales no solo que son figuras distintas, sino que siempre dentro de la estructura general del delito, el primer elemento a analizar es el dolo dentro de la categoría dogmática de la tipicidad, mientras que en un último momento, dentro de la categoría culpabilidad, se analiza el conocimiento de la antijuridicidad para determinar la responsabilidad penal al momento de realizar el juicio de reproche sobre el autor. Es así, que inclusive nace la distinción entre error de tipo y error de prohibición, pues el sujeto que tiene relaciones sexuales con una mujer menor de edad, pero el individuo cree que la víctima es mayor de edad porque físicamente lo aparenta, no tiene conocimiento que está cometiendo el delito de estupro, puesto que yerra sobre los elementos objetivos del tipo penal (relaciones sexuales con una persona mayor de 14 pero menor de 18), mientras que, en un segundo supuesto nace el error de prohibición en el caso de que un individuo tiene relaciones con una persona que sabe que es menor de edad, pero que piensa que el consentimiento de la víctima vuelve a esa conducta permitida, recayendo entonces en un error en el conocimiento de la antijuridicidad del hecho delictivo. Es por lo que, con los respectivos efectos legales y tratamiento jurídico que tiene cada uno de estos errores, es imposible utilizar la teoría del dolo como fundamento para analizar un injusto penal, puesto que solo generaría lagunas y vacíos legales que recaerían en la impunidad.

Por su parte, la teoría limitada del dolo lleva un seudónimo llamativo, pues a este postulado también se lo conoce como enemistad o ceguera frente al Derecho. Esta teoría consiste en que tanto la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la

---

<sup>34</sup> Muñoz Conde, F. (2003). *El error en el derecho penal*. p.27.

conducta como el dolo y la culpa, forman parte de la culpabilidad, y, por tanto, realizar un acto con dolo y enemistad legal, cuando la persona ejecuta un hecho con ausencia de conocimiento de antijuridicidad, no elimina la culpabilidad.

Edmund Mezger (1958) presenta la interrogante de si es necesario analizar el otro dolo del injusto, respondiendo el autor, de que en el Derecho vigente se necesita, en un inicio, del dolo de la conducta ( y de manera muy especial, por tanto, también es menester ostentar la conciencia del injusto), no obstante, este presupuesto está sometido a específicas limitantes en base a consideraciones de carácter general, en virtud de las cuales ninguna persona puede alegar un comportamiento hostil al Derecho, ya que este es una actuar que es totalmente incompatible con la sana idea de lo que se entiende por justicia<sup>35</sup>.

Lucio Herrera (1971) cita parte del Proyecto Gurtner de 1936 el cual asevera sobre esta teoría que el error es de carácter irrelevante si se fundamenta en un comportamiento que no tiene compatibilidad con una concepción correcta de Derecho y delito<sup>36</sup>. Se debe manifestar que esta teoría no tiene un fundamento legal fuerte dentro de la ciencia jurídico-penal, debido a que considera que, basta con que exista una actuación contraria a la norma penal prohibida, ya sea dolosa en sentido estricto, o, con ausencia de conocimiento de ilicitud, para que el sujeto activo de la infracción sea imputado penalmente, prescindiendo dicho postulado, del análisis profundo de ambas instituciones, es por lo que existe “ceguera del Derecho”.

No obstante, Mezger (1958) manifiesta que dentro de la fundamentación de la teoría limitada del dolo se ha determinado que el carácter hostil del Derecho es similar

---

<sup>35</sup> Mezger, E. (1958). Derecho Penal, parte general. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. P. 248.

<sup>36</sup> Herrera, L. (1971). *El error en materia penal*. ABELEDO-PERROT. p. 87.

al dolo en sus efectos legales, pero no dentro de su concepto per se. Pues si existe ausencia de conocimiento de la antijuridicidad del hecho punible, el dolo no podría existir; al existir ausencia de dicho conocimiento, cualquiera que sea su causa, no se materializa el dolo. Empero, las situaciones determinadas de la "hostilidad al Derecho" son similares, en cuanto a consecuencias legales, a la conducta dolosa y, por tanto, se encuentran sujetos a la misma penalidad. Es por lo que se presenta, por regla general, una especie de "responsabilidad por la conducta de vida" del sujeto activo de la infracción penal, y en adición el principio general, que es dominante en el Derecho Penal, el cual consiste en que ninguna persona puede alegar para su beneficio, el haber ejercido su hacer en conformidad a un criterio incompatible con un postulado justo de lo que es el Derecho y el delito<sup>37</sup>.

Se debe alegar que la postura de Mezger no tuvo apoyo por parte de la doctrina, peor aún un apoyo dogmático, pues esta teoría se vio opacada por el desarrollo de nuevas ideas que tendían a separar el dolo de la culpabilidad y ubicarlo en el tipo penal, dejando al conocimiento de la antijuridicidad como un elemento de la categoría dogmática de la culpabilidad del injusto.

#### **4. Clasificación del error de prohibición**

El error de prohibición se entiende como una falta de conocimiento o una indebida interpretación de la norma. Es así, que, de tan simple afirmación, se deriva la clasificación del error.

No obstante, primero se debe establecer cuál es el criterio de clasificación del error de prohibición, pues dicha categorización responde al discernimiento que tenga

---

<sup>37</sup> Mezger, E. (1958). Derecho Penal, parte general. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. P. 251.

el individuo frente al modo en como asimila y comprende que su actuar es conforme a Derecho, ya sea porque el sujeto asimila que su conducta está justificada en base a la existencia de una causa de justificación o únicamente porque piensa que su hacer es legal y, por tanto, dicho hecho punible no tiene relevancia jurídico-penal

Es así, que el error de prohibición se clasifica en:

a. Error de prohibición directo. - que a su vez se subclasifica en:

a.1 Error de subsunción

a.2. Error sobre la validez de la norma

a.3. Error sobre la presencia de una prohibición

b. Error de prohibición indirecto. - que a su vez se subclasifica en:

b.1. Error acerca de la presencia de una causa de justificación

b.2. Error hacer de los límites que determinan una causa de justificación

b.3. Error acerca de los presupuestos fácticos que componen una causa de justificación.

Una vez expuesto el esqueleto sobre el cual se edifica la clasificación del error de prohibición, es momento de analizar cada uno de los yerros que recaen sobre una norma prohibida.

#### **4.1. Error de prohibición directo**

Esta clase de error comprende tres supuestos, que radican en un yerro sobre la existencia, vigencia y ámbito de aplicación de la ley penal. El primero hace referencia a un error que recae sobre la existencia, de la norma prohibida, es decir, como manifiesta Donna (2009), el sujeto activo de la infracción ignora en su totalidad la existencia de la norma penal, es decir, no ostenta conocimiento de la prohibición

penal<sup>38</sup>. Ahora bien, pareciera ser que esta clase de error entra en conflicto con el principio “la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna”, no obstante Roxin (1997) resuelve el problema y determina que no se afecta a dicho principio, manifestando que el individuo que no tiene idea de que existe una norma vigente que prohíba su conducta, jamás realizará pensamientos dirigidos a determinar si su actuar es conforme a Derecho; por lo que según Roxin, ni siquiera es culpable el individuo, que a pesar de haber hecho un análisis sobre la ilicitud de su conducta, este no habría podido tener conciencia sobre la antijuridicidad de su hacer<sup>39</sup>.

A manera de ejemplo, se expone el caso de un individuo con nacionalidad estadounidense, que reside en el estado de Florida, es detenido en Ecuador por el delito de tenencia y porte de armas tipificado en el artículo 360 del Código Orgánico Integral Penal. No obstante, se produce la situación de que en el estado de Florida es totalmente permitido el libre porte y tenencia de armas, pues dicha conducta no se encuentra sometida a reglas de licencia administrativa, generando que el individuo no tenga conocimiento de que en Ecuador exista una norma que prohibía dicha conducta, configurando así el error de prohibición directo sobre la existencia de la norma penal.

El segundo supuesto de error directo se produce cuando el autor cree que la norma que prohíbe su hacer no se encuentra vigente, ya sea porque el autor piensa que dicha norma ha sido declarada inconstitucional o derogada por la Asamblea Nacional. Ejemplo, una mujer embarazada cree que el delito de aborto ha sido declarado inconstitucional por la Corte Constitucional, por lo que decide abortar,

---

<sup>38</sup> Donna, E. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni. p. 316.

<sup>39</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.285.

empero, el órgano constitucional solo estaba conociendo el caso más no había emitido un pronunciamiento sobre la ilicitud de ese tipo de injusto.

El tercer y último supuesto, se produce cuando existe un yerro sobre el ámbito de aplicación de la norma, es decir, el individuo piensa que la norma prohibida no engloba sus circunstancias. El ejemplo para exponer es el de un individuo que se asesora con un contador para determinar si su giro de negocio se encuentra gravada por determinado impuesto, manifestándole el contador que no lo está, cuando en realidad la norma si prevé dicho impuesto para esa actividad comercial. Realizando así el empresario, determinadas conductas que recaen en el tipo penal de defraudación fiscal.

Por tanto, a manera de síntesis, el error de prohibición directo se trata un yerro clásico y tradicional, el cual se configura cuando el individuo tiene la errónea convicción de que el hacer que ejecuta no tiene relevancia penal, puesto que dentro de su psiquis cree que el ordenamiento legal no contiene una disposición normativa que determina su conducta como prohibida o que, en el caso de que si exista una norma al respecto, ésta no tenga un alcance de aplicación ni vigor dentro de la realidad material. En palabras simples, el individuo que realiza el hecho punible, tiene ausencia completa de conocimiento sobre la ilicitud de su hacer. Inclusive, esta clase de yerro abarca aquel conjunto de situaciones en las que el sujeto conoce la norma penal, empero, la interpretación que posee de la misma es errada, produciendo que sea imposible determinar que su hacer es antijurídico, o simplemente el agente piensa que la norma, que tachaba de ilegal a su hacer, no posee de un ámbito de aplicación o simplemente no se encuentra vigente.

#### **4.1.1. Error de subsunción**

En conformidad a Roxin (1997) el error de subsunción es aquel en el cual el individuo recae en un error de interpretación, pues el sujeto activo de la infracción interpreta erróneamente un elemento típico, a tal punto que el sujeto colige de que el injusto no se configurará por su conducta. Roxin establece que dicho yerro puede ser un error de prohibición o un error de tipo, o inclusive un error sin relevancia sobre la penalidad de la conducta, según cuanto se le engañe al individuo el contenido de importancia social de un elemento, o únicamente la prohibición determinada del tipo, o sólo la penalidad de su hacer<sup>40</sup>.

A manera de ejemplo se establece que, quien elimina la raya del posavasos de cerveza, a través de la cual el mesero pretende determinar el número de litros consumidos, genera dolo de falsificación de documento, porque el sujeto tiene conocimiento de la trascendencia probatoria que tiene la raya eliminada. No obstante, se produce un error de prohibición vencible si el individuo cree que únicamente puede ser objeto material de la infracción de falsificación los documentos o escritos de papel. Por tanto, para Roxin (1997) un error de prohibición no es exclusivamente un yerro sobre el conocimiento de la antijuridicidad del injusto, empero, si puede serlo en la mayoría de las circunstancias, puesto que se genera este error en presupuestos de conceptos legales complejos, en los cuales la hermenéutica de la norma determina el carácter permitido o prohibido de una conducta<sup>41</sup>.

Así Roxin (1997) manifiesta que inclusive, el error de subsunción en limitadas ocasiones, llega a ser un error de prohibición invencible, por ejemplo,

---

<sup>40</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.872.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

cuando determinado individuo se confía en un consejo de un abogado o de una decisión judicial equivocada, en esos supuestos, el error es invencible<sup>42</sup>.

Es así, que el error de subsunción resulta ser, por tanto, aquel que se genera cuando el individuo, a pesar de tener conocimiento de la conducta y de los elementos objetivos que caracterizan a ese hacer como típico, interpreta equivocadamente y a su conveniencia el elemento típico normativo aplicable a su actuar.

#### **4.1.2. Error sobre la validez legal de una norma**

Este tipo de error es aquel en el cual el individuo tiene conocimiento de que la norma penal prohíbe determinada conducta, no obstante, también considera que dicha norma no tiene validez. El individuo recae en este error, porque cree que el órgano que dictó la norma prohibida no era el competente para hacerlo, o simplemente porque esa disposición penal prohibitiva transgrede un Derecho fundamental o el principio de autodeterminación.

Roxin (1997) establece que este tipo de error se puede producir por las causales de nulidad que se encuentran reconocidas en el ordenamiento legal, pero también deja en claro que la cuestión cambia en aquellos supuestos en los cuales el sujeto no cree que la norma es obligatoria por temas políticos, de conciencia o ideológicas, ya que dichos fundamentos no cambian la convivencia prohibitiva de la norma<sup>43</sup>.

#### **4.1.3. Error sobre la presencia de una prohibición**

Este es el clásico de error de prohibición, se configura cuando el individuo cree que el hacer que ejecuta no se encuentra prohibido, es decir, el agente actúa sin conocimiento de dicha prohibición o mandato existe, y, además, este error también

---

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Ibidem.

se refiere los casos en los que el agente piensa que su conducta no es ilegítima ni tampoco injusta producto de su notorio desconocimiento de la norma prohibitiva.

El ejemplo que establece Roxin (1997) se produce cuando el sujeto tiene relaciones sexuales con una persona que adolece de una enferma mental, y este individuo no sabe en absoluto que dicho hacer se encuentra prohibido por la norma<sup>44</sup>.

#### **4.2. Error de prohibición indirecto**

Este tipo de error se produce cuando el sujeto, a pesar de conocer la prohibición, piensa equivocadamente que su hacer se encuentra amparado en la existencia de una causa de justificación.

Roxin establece que dicho error no es poco frecuente, inclusive, el tratadista manifiesta que este yerro es común de producirse en el Derecho Penal Nuclear<sup>45</sup>. Pues este yerro se genera cuando el individuo estira demasiado los límites que engloban a la existencia de una causa de justificación, es así que Donna (2009) manifiesta que, suele pasar que el sujeto supone que se encuentran amparadas por la norma aquel conjunto de medidas que superan lo necesario o que se encuentran encaminadas a agresiones futuras y no inminentes como en el caso de la legítima defensa. O dentro del estado de necesidad justificante, el individuo permite que exista intervención en los derechos de aquellas personas que no se encuentra inmersas en situaciones de equivalencia dentro de los intereses en colisión, que, en el Derecho de detención, autoriza a los particulares el uso de armas de fuego<sup>46</sup>.

##### **4.2.1. Error acerca de la presencia de una causa de justificación**

---

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.871.

<sup>46</sup> Donna, E. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni.

Este error se produce cuando el sujeto tiene el pensamiento de que existe, dentro de una conducta relevante en el ámbito penal, una causa de justificación que no se encuentra determinada dentro del ordenamiento legal. En estos casos el sujeto activo de la infracción tiene conocimiento de la prohibición, empero cuando ejecuta su hacer ilícito, piensa que lo realiza en base a la protección de una causa que justificación que vuelve legal la conducta punible.

Un ejemplo se presenta cuando el individuo que observó como violaban a su hija, decide asesinar al victimario del injusto al día siguiente del delito sexual, pensando que la figura de la legítima defensa le faculta para repeler de esa manera al violador de su hija.

La jurisprudencia española determina que:

Tampoco tiene trascendencia el hecho de que no se haya concretado el número de cabezas de ganado del denunciado que se han introducido en los terrenos del denunciante, pues, a los efectos de esta resolución, basta con saber que el ganado ha sido dejado suelto y ha pastado en dichos terrenos. Al folio 3 del atestado se describen las diligencias llevadas a cabo por la Guardia Civil ante el denunciado, se relata que el mismo, como justificación de su conducta, explicó que era debida a que le habían "quitado" los pastos que pagaba todos los años, refiriéndose a que habían sido adjudicados en la subasta anual a otra persona. Así pues, el comportamiento del denunciado no fue meramente culposo o negligente, sino que fue doloso, amparado en una supuesta causa de justificación existente solo en el peculiar entendimiento del recurrente. En cuanto a que no se ha probado que el ganado pastara en los terrenos, esa circunstancia ha de presumirse necesariamente, pues el ganado vacuno pasa la mayor parte del tiempo haciéndolo, y, además, el motivo confesado por el denunciado

para dejar suelto el ganado era el aprovechamiento de los pastos que le habían "quitado" en la subasta. (Tribunal Provincial de Albacete, 2004, p.2.)<sup>47</sup>.

De la presente cita se colige que el individuo pensó que dentro de su contexto fáctico existía una causa de justificación que le permitía la ejecución de su hacer, es decir, el error al que estaba sujeto el agente se subsumía en la antijuricidad, no obstante, el tribunal determinó que esto en realidad no consiste en un error, debido a que, dicho error solo existía en la psiquis del infractor, más no en el ordenamiento legal penal, es por lo que se necesita en este supuesto es que se reconozca que la causa de justificación goza de validez y existencia normativa.

#### **4.2.2. Error acerca de los límites que determinan una causa de justificación**

El error sobre los límites de una causa de justificación, se presenta cuando el individuo yerra sobre el alcance de una causa de justificación plenamente determinada por el ordenamiento legal penal.

A manera de ejemplo, el sujeto que se encuentra en una riña, logra en virtud de la legítima defensa neutralizar a su rival, no obstante, creyendo que se encuentra amparado en la legítima defensa, decide asesinarlo a golpes. Es decir, el error se configura porque el infractor erra en el alcance de una causa de justificación determinada por el ordenamiento jurídico, en base a que el individuo se ha extralimitado en la ejecución de dicha figura legal.

#### **4.2.3. Error acerca de los presupuestos fácticos u objetivos que componen una causa de justificación.**

---

<sup>47</sup> España Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1, "Sentencia", en Caso Nro. 74/2004, 27 de abril de 2004,2.

Dentro de esta clase de error, una vez más se presenta la disyuntiva entre aplicar la teoría estricta o la teoría limitada de la culpabilidad, pues se debe resolver si el error que existe en este supuesto es un error sobre el tipo penal o sobre la prohibición.

Ya se determinó que, si se opta por aplicar la teoría estricta de la culpabilidad, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación genera que se configure un error de prohibición. No obstante, si se aplica la teoría restringida de la culpabilidad se configura un error de tipo.

Para resolver este problema se debe recurrir a dos postulados fundamentales, primero, es la teoría de los elementos negativos del tipo penal, y segundo, la teoría de la aplicación analógica del error de tipo. Luzón Peña (1996), establece que la primera teoría hace referencia que el tipo positivo está estructurado por aquel conjunto de elementos con los cuales se cimienta positivamente el delito y que se encuentran en la descripción material de la acción que se entiende como opuesta al bien jurídico protegido; mientras que el tipo negativo hace referencia a la falta de existencia de causas de justificación<sup>48</sup>. Por su parte el segundo postulado, lo explica Olaizola Nogales (2007), y manifiesta que asimilar el error que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un caso especial de error que no llega a subsumirse tanto en el error de tipo como en el de prohibición, empero, el tratadista determina que dicha situación, por analogía, se debe resolver con una aplicación del error de tipo en base a las similares que engloban el caso concreto<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Luzón Peña, D. (1996). *Curso de Derecho penal*. Edición COMARES. p.464.

<sup>49</sup> Olaizola Nogales, I. (2007) *El Error De Prohibición, Especial Atención A Los Criterios Para Su Apreciación Y Para La Determinación De Su Vencibilidad E Invencibilidad*. La Ley. p.72.

A criterio personal, no se comparte esta teoría, pues como se mencionó al tratar la teoría del restringida o limitada de la culpabilidad, no existe la figura de delito culposo en el caso de que el error sea vencible, por lo que aplicar esta teoría solo generaría más impunidad y menos seguridad jurídica al momento de juzgar delitos dolosos. Esta es la razón por la cual, la doctrina mayoritaria establece que esta clase de error debe ser analizado como un error de prohibición, más no como un error de tipo.

#### **4.3. Error de prohibición al revés**

Este error se presenta cuando el individuo que ejecuta el delito, considera erróneamente que su hacer se encuentra prohibido por la norma penal, cuando realidad, la norma punitiva no describe materialmente dicha conducta como prohibida, generando que el sujeto no transgreda el ordenamiento legal y por tanto, no lesione bienes jurídicos, pues de ahí nace la expresión error de prohibición “al revés”. Díaz y García (2008) denominan a este caso como delito putativo, puesto que al no lesionarse ningún bien jurídico protegido, se trata de una infracción que carece de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad<sup>50</sup>. Un ejemplo se presenta cuando una mujer que tiene relaciones sexuales de carácter lésbico con otra mujer, considera que ese tipo de conductas son de carácter delictuales, cuando en realidad no existe dicha prohibición en el ordenamiento legal ecuatoriano.

---

<sup>50</sup> Díaz, Mi. y García. (2008). *El Error sobre Elementos Normativos del Tipo Penal*. La Ley.

## **CAPÍTULO 3.**

# **EL ERROR DE PROHIBICIÓN FRENTE AL ASESORAMIENTO PROFESIONAL**

### **1. Introducción**

El error de prohibición, al ser el desconocimiento que tiene el individuo sobre la existencia del injusto, tiene un análisis propio que debe ser efectuado a fin de determinar si el transgresor de la norma penal merece una pena atenuada o simplemente no es responsable de su hacer. Es así como dentro de este capítulo, se tiende a estudiar aquel conjunto de parámetros a seguir para determinar si el error de prohibición es vencible o invencible. Además, se debe establecer que sucede en el caso del individuo que ha cometido un delito amparado en el consejo de un profesional, para determinar cuál es el análisis dogmático legal que la doctrina obliga a seguir para resolver estos casos, intentando a través de un caso práctico, encontrar una solución a la cuestión planteada que brinde una respuesta eficaz al caso en cuestión frente al ambiguo tratamiento normativo presente en la legislación ecuatoriana.

### **2. Vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición**

El error de prohibición se puede caracterizar por ser vencible o invencible, pues al observar la teoría estricta de culpabilidad; si el error es vencible, se produce la imposición de la pena al justiciable, pero dicha penalidad será atenuada, puesto que se reduce el nivel de responsabilidad penal. Empero, si el error es invencible, se genera la total eliminación de la responsabilidad penal, debido a que, se excluye la culpabilidad como último elemento del injusto y por tanto no hay cabida para la existencia del delito.

## **2.1. Los presupuestos de la vencibilidad**

Claus Roxin determinó que los parámetros a seguir para establecer si un error de prohibición es vencible o invencible se fundamentan en la reflexión e información del sujeto, manifestando el doctrinario que para analizar la vencibilidad del error es indispensable estudiar tres requisitos esenciales:

- a. Motivation
- b. Medios necesarios por los esfuerzos para cerciorarse
- c. La posibilidad de acceder al conocimiento de la antijuridicidad en caso de realizar esfuerzos insuficientes

### **2.1.1. Motivación**

El primer requisito por analizar es la motivación, es decir, aquello que lleva al sujeto a tomar conciencia de si es que tiene el deber jurídico de indagar información previa sobre la conducta que pretende ejecutar, para así determinar si su actuar es o no contrario al ordenamiento jurídico. Es decir, lo importante es determinar si el sujeto al menos en su mente se representó la posibilidad de la antijuridicidad de su conducta. Donna (2009) establece que si el sujeto tuvo razones para dudar sobre la legalidad de su comportamiento aparecen diversas formas de analizar la situación. Pues Donna afirma que el BGH (Tribunal Federal Alemán) determina que el sujeto tiene la obligación de tomar conciencia, en toda conducta que esté yendo a ejecutar, para así determinar si ésta se encuentra en armonía con las leyes del deber legal <sup>51</sup>.

Es así, que cuando el individuo no realiza la investigación acerca de su hacer en base a la incertidumbre que tiene sobre la ilicitud de su actuar, no existirá error de prohibición, puesto que, por regla general, el sujeto tendría una conciencia eventual

---

<sup>51</sup> Donna, E. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni. p.328.

de su antijuridicidad, por lo que estaría obligado a buscar mecanismos informativos que le permitan determinar si la conducta que pretende realizar es lícita. No obstante, Roxin (1997) manifiesta que el agente que reprime y no se toma conciencia seria de sus vacilaciones sobre el delito, de modo que confía ciegamente de que su conducta es conforme a Derecho, configura un error vencible de prohibición<sup>52</sup>. Por su parte, también se configura un error de prohibición vencible cuando el individuo no ejecuta ninguna clase de actividad destinada a obtener la información necesaria, sin relevancia de si el sujeto tiene o no conocimiento de que el campo en el cual pretende realizar su hacer, se encuentra sujeto a una regulación legal determinada. A manera de ejemplo se establece el caso de toda persona que decida abrir una tienda de comida, banco o quien tenga la idea de explotar un negocio de hotel o simplemente conducir un camión por la carretera nacional sabe que para poder ejercer dichas actividades tiene que cumplir con determinados supuestos y requisitos legales que tienen la finalidad de reducir en mayor medida posible aquel conjunto de riesgos inherentes a cada una de esas actividades. Roxin (1997) manifiesta que el simple hecho de conocer que existen dichos requisitos normativos a seguir, ya es un motivo para que el individuo tenga conciencia eventual de su antijuridicidad y así tome la decisión de informarse sobre el tema para cumplir a cabalidad con el ordenamiento jurídico vigente que se le impone<sup>53</sup>.

Cerezo Mir (2001) se acerca a lo que establece Roxin, y determina que el error de prohibición sería invencible si el individuo tenía la facultad de tener conocimiento de la antijuridicidad de su comportamiento y así superar dicho error sobre la norma prohibida. El tratadista establece que para ello es indispensable que

---

<sup>52</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.886.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

sujeto tuviera vacilaciones o dudas sobre la legalidad de su hacer para así tener la oportunidad de acudir a medios de información que le permitan rellenar dicha incertidumbre. No obstante, Cerezo Mir determina que el sujeto tendrá motivos para dudar sobre la legalidad de su actuar en varios supuestos. El primero cuando la conducta del sujeto transgrede las normas ético-sociales que se encuentran vigentes dentro de una sociedad organizada, el segundo, cuando a pesar de ser normas sociales irrelevantes, el sujeto genere daño con su comportamiento a la sociedad o a los individuos que la conforman, y tercero cuando la actuación del sujeto se desempeñará en una esfera que el individuo sabe que tiene una regulación jurídica específica<sup>54</sup>.

Por su parte Stratenwerth (2005), concuerda con Roxin y Cerezo Mir, determinando que existe motivo suficiente para buscar información sobre la legalidad de la conducta, cuando el agente de manera consciente cree o sabe que existe la probabilidad de que su comportamiento se desarrolla en un campo regulado por prescripciones legales específicas<sup>55</sup>.

### **2.1.2. La medida necesaria de los esfuerzos para cerciorarse**

Este requisito hace referencia al mecanismo de información que, en base a su motivación, el individuo adopta para informarse sobre si el comportamiento que desea realizar está o no prohibido por la norma penal. Es así, que, en conformidad a la doctrina penal citada en el título anterior, si el sujeto tuvo un motivo para dudar sobre la licitud de su conducta, tiene la obligación de abstenerse a realizar dicho comportamiento y cumplir con su deber de buscar información o acercarse a conversar sobre el asunto con un tercero que haga el papel de aconsejador referente a la conducta en cuestión. No obstante, ¿Qué sucede en el caso de que el individuo

---

<sup>54</sup> Cerezo Mir. J. (2001). *Curso de derecho penal español*. Tomo III. Tecnos. p.127.

<sup>55</sup> Stratenwerth (2005). *Derecho penal parte general*. Hammurabi. p. 185.

se asesora con un experto en el tema, y dicho asesoramiento resulta errado en su totalidad generando que el individuo transgreda la norma penal y vulnere un bien jurídico protegido?

Para resolver esta interrogante, es indispensable manifestar que dentro de la sociedad existe un principio de confianza, y este se traduce en que todo profesional que ostente un título universitario en determinada carrera, se encuentra plenamente facultado para brindar asesoramiento en su área de experticia y ejercer así su profesión, puesto que se presume que dicho profesional ha superado los diversos procesos de académicos que se encuentran adecuadamente autorizados y acreditados por el Estado y las demás establecimientos universitarios, ya sean públicos o privados, en los cuales el profesional ha cursado sus estudios.

Es así, que Donna (2009) manifiesta que una vez que el individuo ha decidido, en virtud de su vacilación, buscar información, se agota en su totalidad la medida necesaria de los esfuerzos del sujeto para cerciorarse si el actuar que pretende realizar es conforme a Derecho, puesto que para el común ciudadano, no se le puede obligar a elegir al sujeto más capacitado para que le brinde la asesoría, pues al Derecho Penal le es suficiente que el individuo se haya asesorado con una persona que tiene título, y que se encuentra plenamente habilitado por la vía legal para ejercer su profesión, por lo que Donna concluye que dentro de estos casos el error de prohibición sería invencible<sup>56</sup>, justamente porque existe ese principio de confianza en el que se sobrentiende que todo profesional se encuentra facultado para emitir un consejo sobre el área de su experticia.

---

<sup>56</sup> Donna, E. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni. p.329.

Roxin (1997) por su parte, plantea el caso de una manera más práctica, estableciendo que sucedería con el consejo de un abogado, manifestando el autor que una "información improvisada" concreta, sencilla y clara de un jurisconsulto es suficiente también para convertir al error de prohibición en invencible; debido a que el ciudadano común no tiene la obligación de juzgar y dudar si la información proporcionada se fundamenta en la competencia especial del abogado, la lucidez de la circunstancia legal o dentro de una imprudente sobrevaloración de sí misma del individuo por él consultado<sup>57</sup>.

Roxin (1997) también manifiesta que es totalmente válido, que el individuo adopte su comportamiento en base a una jurisprudencia uniforme dictada por el tribunal de justicia más alto del Estado, debido a que se entiende, que las decisiones emitidas por dicho órgano son de carácter obligatorio.

Es así, que de los autores citados se pueden fijar distintas conclusiones: Primero, si el sujeto activo de la infracción, ha ejecutado su actuar en virtud de resoluciones jurisprudenciales obligatorios emitidos por el máximo órgano de justicia del Estado, el error de prohibición es invencible, a no ser que se justifique que el individuo tenía conocimiento de que existían decisiones judiciales (sobre el mismo tema) que eran adversas o contradictorias a su creer, por lo que en dicho caso surge una vez más duda, conciencia eventual de antijuricidad, generando que el individuo se encuentre obligado a buscar información para superar dicha incertidumbre, pues si el sujeto no buscaba luces en el tema, el error de prohibición es vencible. Empero, el caso es distinto cuando las resoluciones judiciales provienen de órganos de justicia de distinta jerarquía, pues en tal caso, el error de prohibición solo será invencible si

---

<sup>57</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.889.

el individuo ejecutó su conducta en conformidad al órgano de justicia que ostente la mayor jerarquía. Segundo, también es indispensable que todos los criterios de carácter jurisprudencial que se han expuesto superen a los postulados doctrinarios, es así como Roxin (1997) manifiesta que existe un error invencible de prohibición, cuando el individuo a ejecutado su actuar en base a una resolución jurisprudencial que permite su comportamiento, aún en el caso de que la doctrina penal científica establezca postulados que sean contrarios a dicha jurisprudencia<sup>58</sup>. Esto se produce debido a que en virtud de la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 167 determina que:

*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.*

Por lo que el máximo cuerpo normativo del Estado establece que las cuestiones legales se resolverán a través de los órganos de justicia del país, determinando que las resoluciones judiciales vinculantes tendrán siempre mayor relevancia legal que la doctrina. Y tercero, si el agente se fundamenta en el consejo o informe de un profesional o experto, en un inicio evidentemente no existe responsabilidad penal, puesto que la invencibilidad del error es evidente. Esto sucede porque en dichas situaciones el individuo ha realizado todos los esfuerzos necesarios para superar la duda e incertidumbre que tiene frente a la prohibición, por lo que resultaría totalmente incongruente obligarle al sujeto a que verifique, subsane y corrija los errores del especialista. No obstante, el panorama cambia cuando se presentan diversos informes contradictorios sobre el asunto planteado, o cuando del mismo informe o dictamen se deriva una posible ilicitud, en esta circunstancia el

---

<sup>58</sup> Ibidem.

sujeto tiene el deber legal de abstenerse de ejecutar conducta, ya que, en este caso, el error de prohibición existe, pero es vencible, generando que el sujeto sea acreedor a una pena atenuada.

Finalmente, se debe establecer que si bien existen diversos medios en virtud de los cuales se puede acceder para obtener información sobre una conducta prohibida, no hay cabida al error de prohibición en los casos en los cuales el agente le pide al profesional experto que le otorgue una estrategia con la cual pueda burlar la norma jurídica penal, puesto que se trata de una situación distinta que no se subsume en lo que se entiende por error de prohibición.

### **2.1.2. La posibilidad de acceder al conocimiento de la antijuridicidad en caso de realizar esfuerzos insuficientes**

El último requisito hace referencia a la invencibilidad del error aún en casos en los cuales el sujeto haya realizado esfuerzos insuficientes para conocer si su conducta se encontraba prohibida o no por el ordenamiento jurídico. Es decir, si el sujeto, a pesar de haber tenido un motivo en base al cual buscar información, decidió no buscar, sino que optó por ejecutar directamente su conducta, se deberá establecer, no obstante, como invencible su error de prohibición, en el caso en el que cualquier profesional hubiera afirmado que el actuar que el sujeto realizó era correcta y conforme a Derecho. Es por lo que Roxin (1997) manifiesta que si los esfuerzos del agente para superar su duda no son los suficientes, ello no significa que el error de prohibición sea de carácter vencible, puesto cuando el individuo, a pesar de tener una duda que lo debe llevar a asesorarse y no lo hizo, se debe determinar cómo invencible al error de prohibición en el supuesto de que el profesional de confianza (abogado) hubiera emitido y confirmado que el comportamiento efectuado por el sujeto es

acorde a la norma penal<sup>59</sup>. “Lo más importante aquí no es la constatación de un curso causal hipotético. No es decisivo lo que un determinado abogado realmente habría dicho, sino cómo habría sido una información de la que el sujeto se habría podido fiar”. (Roxin, 1997, p.892).

### **3. El asesoramiento profesional desde la perspectiva del error de prohibición**

Como ya lo expusieron diversos tratadistas dentro del título precedente, es necesario determinar el alcance del error de prohibición en supuesto concreto de que un individuo cometa un delito en virtud del errado asesoramiento de un profesional, no obstante, primero se deberá determinar qué se entiende por asesoramiento profesional y las debidas modalidades del error de prohibición, pues se deberá determinar si este es vencible o invencible.

#### **3.1. ¿Qué se entiende por asesoramiento profesional?**

Pérez y Merino (2009) determinan que al asesoramiento se lo entiende como la acción y resultado de asesorar o asesorarse. Pues los autores manifiestan que ambos verbos asesorar significan dar o recibir un consejo o dictamen. Es por lo que, se debe manifestar que la idea de asesoramiento se encuentra estrechamente relacionada a la de consultoría, debido a que, el latín *consultus* hace referencia a “asesoramiento”<sup>60</sup>.

Es así, que un consultor se define como un especialista en un tema específico que brinda consejos y asistencia acerca de su espacio de experticia y experiencia.

---

<sup>59</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.892.

<sup>60</sup> Pérez Porto, J y Merino, María (2009). *Definición de asesoramiento*. Recuperado de: <https://definicion.de/asesoramiento/>.

De la definición precedente se deriva lo que se entiende como asesoramiento financiero. Este es aquel que lo ejercen los profesionales que, una vez examinado el historial económico características y necesidades de su cliente, le recomienda y aconseja la realización de diversas las inversiones que lo ayudarán a cumplir con sus finalidades, objetivos y aspiraciones económicas

Por otro lado, surge también el concepto de asesoramiento laboral, el cual es el que lo ejerce un profesional que se encuentra especializado en una específica área de trabajo. Es decir, el asesor tiene como función aconsejar y dirigir a sus usuarios en todo lo que tiene que lleve implícito el espacio laboral, ya sea en subvenciones, derechos y deberes o caminos a perseguir para hallar un empleo, o ayuda misma.

Y finalmente, surge el concepto más cercano al estudio de este trabajo, es decir, asesoramiento legal. Pues de debe afirmar que tanto en la esfera pública como privada, existen profesionales del Derecho, los cuales están ampliamente especializados en guiar, aconsejar y encauzar a sus clientes en todo tipo regulación normativa existente y válida dentro del ordenamiento jurídico, utilizando a la justicia como un medio para la dirimir conflictos legales.

Finalmente, se debe afirmar que Pérez y Merino (2009), determinan que para que exista una relación fluida entre cliente y asesor, es indispensable e imprescindible que entre ambos agentes exista una relación tanto de cercanía como de confianza, puesto que solo bajo esta circunstancia se podrá conseguir una eficaz relación profesional entre asesor y asesorado.

### **3.2. El tratamiento dogmático legal frente al consejo y asesoramiento errado del profesional**

Antes de analizar con un caso práctico el asesoramiento profesional frente al error de prohibición, es necesario explicar las consecuencias jurídicas del yerro sobre

la prohibición, es decir, se debe determinar que se entiende por error de prohibición vencible e invencible, así como su respectivo tratamiento dogmático y efectos jurídicos.

### **3.2.1. Error de prohibición vencible**

El error invencible, se configura cuando el sujeto que ejecutó el hecho punible tuvo la posibilidad de prever que su conducta era antijurídica y así desviar el curso causal de su conducta hacia lo que se entiende como conforme a Derecho. Ejemplo: Un sujeto A al regresar a las tres de la madrugada a su casa, observa que a cincuenta metros en la oscuridad un individuo B se mete la mano al bolsillo para sacar lo que parece ser un arma, no obstante, de manera inmediata el sujeto A saca un arma dispara al sujeto B. En este caso el error de prohibición es vencible porque A pudo haber esperado un periodo de tiempo para determinar si el individuo B iba o no a atentar contra su integridad.

Es por lo que, si el error es vencible, se genera la reducción del grado de culpabilidad del sujeto activo de la infracción, puesto que el individuo no ha podido motivar de manera correcta su conducta en observancia a la norma penal, generando que la pena deba ser disminuida. Dentro de este postulado no existe ningún tipo de debate o discusión, sin embargo, el conflicto radica en determinar cuál es la medida exacta o el criterio legal que se debe utilizar para ejecutar la respectiva disminución de la pena.

Edgardo Donna (2009) manifiesta que se han planteados dos soluciones por parte de la doctrina. Primero, Donna expone el postulado doctrinario de que la disminución de la pena se puede generar en conformidad a la respectiva escala penal. Pues en este supuesto, el juez tendría una certeza más segura y completa dentro de la propia norma al realizar la disminución de la sanción privativa de libertad. Como

segunda solución, el tratadista expone que no se debería producir la disminución de la pena, a pesar de que el error sea vencible<sup>61</sup>.

Así mismo Donna (2009) afirma que ambas soluciones adolecen de fallas, puesto que el error tiene importancia dentro del ordenamiento jurídico, ya sea que se lo analice desde la estructura dogmática de la culpabilidad o desde el principio de legalidad. Además, se debe dejar en claro que la segunda solución es insostenible, puesto que se generaría un retroceso en la teoría del delito buscando una responsabilidad penal de carácter objetiva. Por su parte, la primera solución, la de volver a la escala del delito en concreto, para Donna también debe ser descartada, puesto que dicho supuesto permite una pena establecida por el legislador para una culpabilidad aceptada de manera total por el sujeto activo de la infracción. Posteriormente, cuando se disminuya la pena, y el sujeto tiene complejos déficit de comprensión y motivación, debe el juzgador en su hermenéutica, salirse de esa escala exacta hacia límites inferiores para encontrar, dentro de los rangos que la norma le ofrece, alguna medida de penalidad que tenga coherencia con el caso concreto<sup>62</sup>.

Por su parte, De La Fuente (2008), expone que al existir una laguna legal en el ordenamiento legal que regule la medida dentro de la cual debe disminuirse la pena, sería idóneo establecer que el juez en cada caso concreto aplique la pena que se desprenda del verdadero contenido de culpabilidad del sujeto activo de la infracción. Es decir, el tratadista plantea que, en conformidad a la naturaleza del error,

---

<sup>61</sup> Donna, E. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni. p. 332.

<sup>62</sup> Ibidem.

ya su menor o mayor alcance de vencibilidad, el juez tendrá que, en base a su sana crítica, graduar e imponer la pena que más se acerque al caso concreto<sup>63</sup>.

Pues De La Fuente, manifiesta que cuando el yerro sobre la prohibición es grosero, demostrando un total repudio hacia el ordenamiento legal penal, pueda que ni siquiera sea correcta la disminución de la pena. No obstante, el tratadista establece que, al margen de estos casos, el juez en virtud de su sana crítica, podría acudir a cualquier tipo de escala penal del código que le parezca adecuada para disminuir la pena de la manera más justa con relación al caso específico. Es así, que el tratadista afirma, que toda la figura jurídica del error de prohibición junto con su aplicación, tienden a rellenar una anomia normativa recurriendo a la analogía del principio in dubio pro-reo, al ser el procesado la parte más débil dentro de la relación jurídico penal. Es así, que el error de prohibición consiste en una consecuencia misma del principio de legalidad, por lo que, en nuestro sistema legal, el juzgador no se encontraría obligado a utilizar alguno de los criterios estrictos para reducir la pena en los casos de un yerro de prohibición vencible, sino que el único deber constitucional del juez sería la de imponer una pena proporcional, adecuada y justa en relación a la gravedad del hecho punible y a la mayor o menor culpabilidad del sujeto activo de la infracción<sup>64</sup>.

Empero, Donna (2009) no cree que esta solución sea la más adecuada, puesto que se deja la solución al criterio subjetivo del juez, otorgándole demasiadas libertades al momento de realizar la disminución de la pena, lo que, sin duda, deja un amplio margen para una justicia arbitraria. El tratadista manifiesta que someter la

---

<sup>63</sup> De La Fuente, J. (2008). El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Rubinzal-Culzoni. p.463.

<sup>64</sup> De La Fuente, J. (2008). El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Rubinzal-Culzoni. p.463-464.

reducción de la pena a la discreción del juzgador, generaría abrir un espacio para que los jueces prescindan de manera directa de la figura jurídica del error de prohibición, transgrediendo como consecuencia el principio constitucional de culpabilidad. Ya que aún en los supuestos de error vencible, la reducción de la pena tiene que ser vinculante y ley, o, en ausencia de una regulación normativa, debe existir una hermenéutica legal que determine un medio que abra las puertas a una atenuación de la pena igualitaria para todos los casos concretos<sup>65</sup>.

Para el caso ecuatoriano se ha intentado resolver el problema determinando una escala taxativa a seguir por parte del juez para los casos de error de prohibición vencible. Pues el tercer inciso del artículo 35.1 del Código Orgánico Integral Penal, establece que, si el error de prohibición es vencible, se aplica la mínima pena prevista para el injusto pero reducida en un tercio<sup>66</sup>. A criterio personal se afirma que la solución establecida por los assembleístas no es del todo correcta, puesto que dicha escala no se acopla a todos los casos concretos de error de prohibición vencible, pues como manifestaba De La Fuente, existen errores de prohibición tan groseros que demuestran un total repudio hacia el ordenamiento legal penal, por lo que en estos supuestos no debería ni siquiera existir la reducción de la pena. Empero, el Código Orgánico Integral Penal ha establecido una escala a seguir, reduciendo en parte la discrecionalidad del juez frente a estos casos.

### **3.2.2. Error de prohibición invencible**

En caso de que el error de prohibición se invencible, en conformidad a Donna (2009) no será posible realizar el respectivo juicio de reproche sobre el autor del

---

<sup>65</sup> Donna, E. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni. p. 336.

<sup>66</sup> Art 35.1.- Inciso tercer: Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio.

hecho punible, puesto que el sujeto no sabe que es el ejecutor del injusto, por lo que debe eliminarse su responsabilidad penal, y como efecto más importante, la pena misma, empero, se debe establecer que la conducta del agente sigue siendo típica y antijurídica, mas no culpable, no obstante, Donna establece que por este motivo es totalmente viable la imposición de una indemnización por daños y perjuicios al autor del hecho punible<sup>67</sup>.

Roxin (1997) comparte el mismo criterio que Donna, pues el tratadista manifiesta que cuando el error de prohibición es invencible, se genera como consecuencia la impunidad. Dejando claro Roxin, que, frente a un yerro invencible sobre la prohibición, es decir, cuando el autor no tenía la posibilidad de prever que su conducta era típica y, por tanto, desviar su actuar en observancia a la norma, se genera la imposibilidad de la imposición de la pena<sup>68</sup>.

Así mismo el Código Orgánico Integral Penal, tanto en su artículo 35 como en el 35.1 inciso segundo, determina que no existe error de prohibición en los casos en los cuales exista un error de prohibición invencible, demostrando así que éste es el criterio dominante tanto nivel legal como doctrinario<sup>69</sup>.

### **3.2.3. Análisis de caso (legislación española)**

A continuación, se utilizará, para fines de análisis, la sentencia del Tribunal Supremo de Barcelona emitida el 24 de mayo de 2017 (Caso de Lionel Messi).

---

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.892.

<sup>69</sup> Art. 35.- No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental, debidamente comprobados.

Art. 35.1.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta.  
Si el error es invencible no hay responsabilidad penal.

Lionel Messi residió en España desde el año 2000 hasta el año 2021, se trata de un deportista de élite en el área del fútbol, el cual ostenta, además de la nacionalidad argentina, la española desde el año 2005. Al jugador se lo determinó responsable de tres delitos fiscales presentes en el artículo 305 del Código Penal español acerca del impuesto de la Renta de Personas Físicas de los años 2007, 2008 y 2009, en base a que el jugador generó la omisión de realizar la debida declaración de sus ingresos logrados por concepto de derechos de imagen durante dichos tres años. Sucede que esta situación se produjo porque el jugador, amparado en el consejo de sus abogados, decidió realizar la cesión de sus derechos de imagen a distintas sociedades que ostentaban su domicilio en países caracterizados como paraísos fiscales, los cuales se caracterizan por no suministrar a otros estados los datos acerca de las personas jurídicas o naturales, aprovechándose éstos de ese secretismo y ausencia de transparencia en el manejo de sus finanzas. Es así, que, a su vez, estas entidades societarias, conjuntamente con otras sociedades domiciliadas en países con acuerdo de doble imposición y permisividad con paraísos fiscales, legalizaban y suscribían negocios jurídicos de agencia, licencia o prestación de servicios.

Estos contratos tenían la finalidad evadir el pago impuesto a la renta a la Agencia Tributaria española, debido a que las rentas conseguidas por los derechos de imagen se movilizaban desde España hacia los paraísos fiscales. Dicha conducta fue realizada por los padres de Lionel Messi, ya que el jugador aún no lograba completar la edad suficiente para ser considerado adulto legalmente, y fueron sus padres quienes suscribieron la cesión de los derechos de imagen de Lionel. Sucede que, cuando el Lionel Messi alcanzó la mayoría de edad, ratificó el negocio jurídico suscrito anteriormente por sus padres. Es así, como posteriormente se creó un diverso y oscuro esqueleto de entidades societarias que recibían, en concepto de cesión de derechos,

toda la explotación económica de la imagen del futbolista, sociedades ubicadas tanto en Uruguay como en Belice. La operación se producía de la siguiente manera, primero se contrataba con sociedades domiciliadas en Suiza y Reino Unido, para posteriormente contratar con entidades societarias domiciliadas en Uruguay y Reino Unido. Pues todas las operaciones económicas que se realizaban por esas sociedades con terceros países, tenían el deber legal de tributar en España en todos aquellos supuestos en los que los casos en los que los ingresos obtenidos se hayan producido en España. Esta es la razón por la cual diversos países participaban en esta operación, ya que se trataba de estados que se caracterizaban por evadir la doble tributación (Reino Unido y Suiza) y por ser flexibles con los ingresos transferidos a paraísos fiscales, con el único deber legal de tributar en ellos por una mínima cantidad monetaria derivada de los servicios que dichas entidades prestaban. Se debe mencionar que tanto Uruguay como Belice, si bien tenían características de ser paraísos fiscales, no eran considerados como tal para ese tiempo de la historia, además de que no exigían tributación por ingresos económicos obtenidos lejos de su territorio. A su vez, Suiza y Reino Unido se caracterizaban por ser flexibles u permisivos con aquellas zonas que eran estimados como paraísos fiscales.

Es así, como todos los ingresos del jugador no fueron declarados a la Administración Tributaria Española tributación alguna. Jorge Horacio Messi, padre del jugador de fútbol, fue quien desde un inicio se encargó de la explotación de los intereses económicos de Lionel Messi, ya que fue Jorge el encargado de firmar diversos contratos de esta naturaleza, siendo el progenitor del futbolista quien conocía en todo momento que dichas conductas estaban encaminadas a eludir las obligaciones tributarias del estado español. Por todo lo expuesto, la Audiencia Provincial de Barcelona terminó considerando que evidentemente existía intención

de no cumplir con obligaciones tributarias por parte de los procesados, puesto que los mismos dolosamente accedieron a crear la compleja estructura societaria destinada a la evasión del impuesto a la renta, obteniendo así, un mayor número de ganancias por parte de los procesados.

Ahora bien ¿cuál fue la defensa del futbolista?, el jugador de fútbol manifestó que las acciones económicas realizadas eran consecuencia de la consulta, consejo y asesoramiento de expertos, y que él se “limitaba a jugar al fútbol” sin tener conocimiento exacto de que sus conductas eran antijurídicas y estaban destinadas a la evasión de los deberes tributarios que tenía que observar y cumplir. Además, manifestó que jamás dudó de las actividades elaboradas por sus asesores, ni del contenido ilícito que englobaban los contratos que suscribía. Parece ser, que de la defensa del jugador se deriva lo que en concepto se conoce como error de prohibición, pues el jugador al ser menor de edad, y además confiar en el consejo de sus asesores y su padre, no podía prever que su conducta era antijurídica, agotando con dicho asesoramiento la totalidad de medios necesarios para cerciorarse sobre si la conducta es o no contraria a la norma penal. Empero, antes de analizar la situación, es necesario exponer el fundamento por el cual el Tribunal Supremo Español decidió sentenciar a Lionel Messi y su Padre, Jorge Horacio Messi.

Leo Messi había confiado sus obligaciones con Hacienda a su padre y este a sus asesores. “Yo me dedicaba a jugar al fútbol. Confiaba en mi papá y en los abogados que habíamos decidido que nos llevaran las cosas. En ningún momento se me pasó por la cabeza que me iban a engañar”, declaró entonces el jugador. (Rincón, 2017)

Es así como los procesados fueron sentenciados, pues los jueces españoles se fundamentaron en que:

Lionel Messi actuó con “ignorancia deliberada” cuando evitó informarse sobre lo que estaba a su alcance a través de “medios fiables, rápidos y ordinarios”. El Supremo ratifica este argumento y tumba uno a uno todos los motivos alegados por el delantero para recurrir su condena. (Rincón, 2017).

Siendo el argumento final de los jueces que:

Los magistrados del Supremo tampoco admiten que, como alegó el jugador, él fuera ajeno a las maniobras fiscales de sus asesores para eludir impuestos y entiende que Leo Messi conocía inequívocamente su obligación de tributar los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen. En este sentido, afirma que “no resulta acomodado a lógica admitir que quien percibe importantes ingresos ignore el deber de tributar por ello. Ni se acomoda a lógica que quien constata que no abona nada en absoluto a Hacienda como tributo, pese a la elevada percepción de concretos ingresos (los derechos de imagen), sabe que está defraudando ilícitamente”. Advierten que el delantero empezó a firmar contratos de cesión de derechos de imagen cuando era menor, pero siguió firmándolos cuando cumplió la mayoría de edad y aseguran que el futbolista “interviene personalmente en muchos de los contratos que se iban sucediendo”. “Si alguna duda pudiera alcanzar a quien eso percibe, cualquiera que fuera su ingenuidad, las actuaciones que indican que interviene en persona, y no solamente estampando su firma en documentos, revelan su plena consciencia de que ese camino llevaba inexorablemente al insolidario resultado de la defraudación fiscal”, sostiene el tribunal. (Rincón, 2017).

Concretamente, el tribunal determina que Lionel Messi ejerció su conducta con dolo eventual, entendido este en palabras de Salazar (2021) como el supuesto en el que el sujeto activo de la infracción se representa el resultado de su actuar, no desea

ese resultado en estricto sentido, es decir, desea que este no se produzca, no obstante, si dicha situación se presenta, éste la ejecuta<sup>70</sup>. Es así como el tribunal establece que el jugador no descarta que se pueda originar un menoscabo derivado de la conducta que está ejecutando, empero, aun siendo consciente, decide continuar elaborando estas acciones.

Si bien la postura del tribunal limita su análisis a la tipicidad del injusto, se olvida de analizar la situación en el elemento dogmático culpabilidad, puesto que personalmente se cree que en el presente caso existe un error de prohibición, por lo menos vencible, ya que el jugador acudió hacia juristas y contadores expertos en materia tributaria, siendo menor de edad, para ser asesorado de la mejor manera antes de proceder a la declaración de sus finanzas. Pues como se expuso a Roxin (1997) en capítulos precedentes, la sola situación de que el procesado haya decidido asesorarse y confiar la declaración de impuestos a sus abogados y a su padre ya configura lo que en doctrina Roxin denomina el presupuesto del motivo y de los medios idóneos de información para determinar si el error de prohibición es vencible o invencible<sup>71</sup>.

Además, el referido jurista establece que una información improvisada y clara de un abogado hacia un individuo asesorado es más que suficiente para que el error de prohibición sea invencible. Es por lo que Roxin (1997), establece que en condiciones normales un profano no se encuentra capacitado para de tomar una decisión personal sin asesorarse con un experto en el campo en el cual el individuo desea ejercer su conducta<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. EDINO. p. 140.

<sup>71</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.889.

<sup>72</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.888.

Pues Roxin así mismo manifiesta (1997) que si el sujeto tiene un motivo para dudar de su conducta y no decide buscar información que subsane su incertidumbre, sino que prefiere ejecutar dicha conducta, en caso de que comera un injusto, no existe error de prohibición, empero, si el sujeto tiene un motivo para dudar y por tanto, acude a un profesional para que lo asesore sobre si su actuar es antijurídico, y recibe un mal asesoramiento que lo lleva a ejecutar una conducta prohibida penalmente, se genera lo que se denomina error de prohibición<sup>73</sup>.

Es así, que no es un deber legal del procesado refutar o dudar los argumentos de su abogado. Puesto que, en virtud del principio de confianza, tratado ya dentro de este trabajo, se entiende que los profesionales han pasado por instituciones acreditadas por el estado para producir profesionales que puedan emitir asesoramiento dentro el área de su experticia. Empero, se debe afirmar que en el presente trabajo no busca defender la inocencia de los procesados, pues sería necesario analizar diversos elementos existentes en el proceso penal que necesitan un examen más profundo, pues el caso del jugador argentino solo se expone ejemplificativamente para hacer un intento de aplicación de la doctrina a un caso real, ya que dentro del mundo contemporáneo no se ha suscitado aún jurisprudencia ni normativa vigente que busque resolver el problema plantado.

---

<sup>73</sup> Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. CIVITAS. p.886.

## Conclusiones y recomendaciones

El delito, entendido como el acto típico antijurídico culpable, ha sido una estructura dogmática penal que lleva siglos de estudio, siendo la culpabilidad el último elemento del injusto, dentro del cual se debe determinar un nexo causal que permitir reprochar el hecho punible a su autor. Dentro de los elementos de la culpabilidad, se encuentra el conocimiento de la antijuridicidad, el cual consiste en la efectiva conciencia que debe tener el autor de la infracción, de que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico, empero, el momento que el sujeto no tiene conocimiento de que su conducta es contraria a Derecho, surge lo que se denomina error de prohibición.

El error de prohibición es una eximente de responsabilidad penal que puede ser de carácter vencible o invencible, pues si el error es vencible, la responsabilidad penal subsiste de manera atenuada, sin embargo, si el error de prohibición es invencible, no existe responsabilidad penal y, por tanto, se elimina la imposición de la pena.

Ahora, en el presente trabajo se ha estudiado el caso para determinar cuál es la vía legal por seguir en el supuesto que exista un error de prohibición derivado del errado consejo profesional que un experto le emitió al sujeto activo de la infracción, puesto que el autor del injusto ejecutó conducta punible amparado en dicho consejo equivocado. Es así, que germina el análisis de diversos tratadistas como Roxin, Donna, Cerezo Mir, e inclusive el Tribunal Federal Alemán, quienes permiten colegir tres supuestos importantes a seguir al momento de analizar el presente caso de estudio, los cuales son motivación, información y medida de los esfuerzos para cerciorarse, emergiendo diversas conclusiones a tomar en cuenta.

Primero, es necesario que el sujeto tenga no solo información, sino que exista algo que lo motive a ser informado sobre la licitud de la conducta punible, es decir,

el primer requisito por analizar es la motivación ya que, lo importante es determinar si el sujeto al menos en su mente se representó la posibilidad de la antijuricidad de su conducta, debido a que si el individuo tuvo razones para dudar sobre la legalidad de su comportamiento aparecen diversas formas de analizar la situación.

Segundo, si el sujeto activo de la infracción, ha ejecutado su actuar en virtud de resoluciones jurisprudenciales obligatorios emitidos por el máximo órgano de justicia del Estado, el error de prohibición es invencible, a no ser que se justifique que el individuo tenía conocimiento de que existían decisiones judiciales (sobre el mismo tema) que eran adversas o contradictorias a su creer, por lo que en dicho caso surge una vez más duda, conciencia eventual de antijuricidad, generando que el individuo se encuentre obligado a buscar información para superar dicha incertidumbre, pues si el sujeto no buscaba luces en el tema, el error de prohibición es vencible. Empero, el caso es distinto cuando las resoluciones judiciales provienen de órganos de justicia de distinta jerarquía, pues en tal caso, el error de prohibición solo será invencible si el individuo ejecutó su conducta en conformidad al órgano de justicia que ostente la mayor jerarquía.

Tercero, también es indispensable que todos los criterios de carácter jurisprudencial que se han expuesto superen a los postulados doctrinarios, es así que existe un error invencible de prohibición, cuando el individuo ha ejecutado su actuar en base a una resolución jurisprudencial que permite su comportamiento, aún en el caso de que la doctrina penal científica establezca postulados que sean contrarios a dicha jurisprudencia. Esto se produce en base al artículo 167 del Constitución de la República del Ecuador en el cual se establece que las cuestiones legales se resolverán a través de los órganos de justicia del país, determinando que las resoluciones judiciales vinculantes tendrán siempre mayor relevancia legal que la doctrina.

Tercero, si el agente se fundamenta en el consejo o informe de un profesional o experto, en un inicio evidentemente no existe responsabilidad penal, puesto que la invencibilidad del error es clara. Esto sucede porque en dichas situaciones el individuo ha realizado todos los esfuerzos necesarios para superar la duda e incertidumbre que tiene frente a la prohibición, por lo que resultaría totalmente incongruente obligarle al sujeto a que verifique, subsane y corrija los errores del especialista. No obstante, el panorama cambia cuando se presentan diversos informes contradictorios sobre el asunto planteado, o cuando del mismo informe o dictamen se deriva una posible ilicitud, en esta circunstancia el sujeto tiene el deber legal de abstenerse de ejecutar conducta, ya que, en este caso, el error de prohibición existe, pero es vencible, generando que el sujeto sea acreedor a una pena atenuada.

Finalmente, si el sujeto, a pesar de haber tenido un motivo en base al cual buscar información, decidió no buscar, sino que optó por ejecutar directamente su conducta, se deberá establecer, no obstante, como invencible su error de prohibición, en el caso en el que cualquier profesional hubiera afirmado que el actuar que el sujeto realizó era correcta y conforme a Derecho. Pues a la conclusión final que nos lleva el presente trabajo, es al de determinar y recordar que basta el simple consejo de un abogado, para que el error de prohibición sea invencible, eliminando así la responsabilidad penal y en consecuencia, la imposición de la pena privativa de libertad.

## Referencias

### Doctrina:

- Cañar, L. (2005). *Comentario al código penal de la república del Ecuador*. Tercera Sección. Sin Edición.
- Cerezo Mir. J. (2001). *Curso de derecho penal español*. Tomo III. Tecnos.
- Córdoba, F. (1994). *Lecciones y ensayos, el error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación ¿Error de tipo, de tipo permisivo o de prohibición?*. Abeledo.
- De La Fuente, J. (2008). El aspecto subjetivo de las causas de justificación. Rubinzal-Culzoni.
- Díaz, Mi. y García. (2008). *El Error sobre Elementos Normativos del Tipo Penal*. La Ley.
- Donna, E. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. (1995). Teoría del delito y de la pena imputación delictiva 2. Astrea.
- Fernández, G. (2004). *Bien jurídico y sistema de delito*. B de F.
- Freudenthal, B. (2006). *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Editorial de B de F.
- Heinrich Jescheck, H. (2014). *Tratado de Derecho Penal*. Instituto del Pacífico.
- Heinrich Jescheck, H. (1995). *El principio de culpabilidad como fundamento y límite en la punibilidad del derecho alemán y español*. Cuadernos Del Instituto Vasco De Criminología En San Sebastián.

- Herrera, L. (1971). *El error en materia penal*. Abeledo-Perrot.
- Hormazabal Malarée, H. (2005). *Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad*. Revista Derecho. Volumen 18 n.2. Valdivia.
- Jakobs, G. (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal*. Ad Hoc.
- Jakobs, G. (1992). *El principio de Culpabilidad*. Tomo XLV. Marcial Pons.
- Luzón Peña, D. (1996). *Curso de Derecho penal*. Edición COMARES.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal, parte general*. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.
- Muñoz Conde, F y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal General*. Octava edición. Tirant lo Blanch libros.
- Muñoz Conde, F. (1989). *El error en el Derecho penal*. Tirant lo Blanch libros.
- Muñoz Conde, F. (2003). *El error en el derecho penal*. Culzoni.
- Olaizola Nogales, I. (2007) *El Error De Prohibición, Especial Atención A Los Criterios Para Su Apreciación Y Para La Determinación De Su Vencibilidad E Invencibilidad*. La Ley.
- Palacios Cárdenas, E. (2021). *Error de prohibición y asesoramiento profesional-caso Leo Messi*. UDA LAW REVIEW. Tercera edición. 121-130. Imprenta de la Universidad del Azuay.

- Pérez Porto, J y Merino, María (2009). *Definición de asesoramiento*.

Recuperado de: <https://definicion.de/asesoramiento/>.

- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Civitas.
- Ruiz, C. (2012). *La graduación del delito imprudente*. Universidad Externado de Colombia.

- Saborit, F. (1997). *La delimitación del conocimiento de la antijuridicidad, una aportación al estudio del error de prohibición*. Fabra Universidad Pompeu.

- Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Edino.
- Sandhagen. A. (2020). El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (la ausencia de predictibilidad de la teoría del hecho punible. Id SAJJ: DACF200238. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, <http://www.sajj.gob.ar/DACF200238>.

- Stratenwerth, N. (2005). *Derecho penal parte general*. Hammurabi.
- Silva Sánchez, J. (1987). *Observaciones Sobre El Conocimiento “Eventual” De La Antijuridicidad*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

- Velepucha, M. (2021). *Culpabilidad y error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal*. Lex Et Litterae.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile.
- Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal, parte general. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Editorial B de F. Montevideo.
- Zaffaroni, E. (2006). *Manual De Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Ediar.

- Zambrano, A. (2006). *Derecho penal, parte general*. 3ra Edición.

E.I.R.L.

**Jurisprudencia:**

- Tribunal Supremo Sala de lo Penal. (2019, 14 de febrero). “Sentencia” C 748-2018.

- Tribunal Provincial de Albacete. (2004, 27 de abril). “Sentencia” C 74-2004.

- Tribunal Supremo de Barcelona Sala de lo Penal. (2017, 24 de mayo) “Sentencia” C 1885-2017.

**Normas Legales:**

- Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial 46 (Asamblea Nacional 24 de Junio de 2005).

- Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180 (Asamblea Nacional 10 de Febrero de 2014).

- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449. (Asamblea Nacional 20 de Octubre de 2008).