

"[...] el error, lejos de ser un problema "sencillo", está erizado de dificultades tremendas. Sobre él pesan aún, con la gravedad de lo tradicional, las viejas máximas de que "el error de derecho no excusa" y de que "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento". En otro aspecto, gravitan sobre estas cuestiones del error [...] yerros de sistemática [...]"

Luis Jiménez De Asúa

Título: El error de prohibición en la legislación penal cubana.

Autores: MSc. Liuver Camilo Momblanc. Profesor Asistente. Universidad de Guantánamo. Cuba.

Dr. C. Ramón Yordanis Alarcón Borges. Profesor Auxiliar. Universidad de Oriente. Cuba.

liuver@cug.co.cu
ralarcon@fd.uo.edu.cu

1

RESUMEN: La posibilidad de error es inherente a la naturaleza del hombre y en su actividad (*errare humanum est*) pero no todos los errores se perdonan, sino aquellos excusables por la imperfecta naturaleza humana. Por ello, este artículo precisa como objetivo: identificar las particularidades del error de prohibición y sus modalidades en la doctrina, en la historia jurídico penal cubana y el derecho comparado, en aras de la realización de un diagnóstico de las deficiencias de su actual regulación en el Código Penal cubano, que avalan la necesidad del perfeccionamiento legislativo de tan importante eximente de la responsabilidad penal. En su consecución los autores se auxilian de los métodos generales de la ciencia: *análisis-síntesis*, *inductivo-deductivo*, *histórico-lógico*, *sociológicos*, *estadísticos* y de los particulares de las investigaciones jurídicas: *el exegético y comparado*.

PALABRAS CLAVE: Error de prohibición, eximente de la responsabilidad penal, Código Penal cubano.

SUMARIO: Introducción. 1.1. De las modalidades del error de prohibición. Una visión desde la dogmática penal. 1.2. Estudio diacrónico del error de prohibición en el ordenamiento jurídico penal cubano. 1.3 El error de prohibición en la legislación penal actual. Diagnóstico de los problemas en su configuración. 1.4 Consideraciones *ad finem*.

Noviembre, 2014

Guantánamo.

-----&-----

INTRODUCCIÓN

En la vida muchas veces se cometen errores irrelevantes desde el punto de vista jurídico-penal porque no ocasionan afectación a un bien jurídico. Según su significación y consecuencias pasan inadvertidos o se subsanan rápidamente pero existen otros que causan un daño irreparable difícil de olvidar como la muerte de una persona. Sin embargo, no siempre el error que produce un resultado dañoso tipificado en una figura de delito puede ser reprochado a su autor. Lo mismo ocurre cuando se realiza una conducta en la creencia de que se tenía derecho a ello, no solo por entender que un comportamiento está penalmente justificado (*error sobre la existencia de una causa de justificación*); también puede ser porque se interprete equivocadamente el alcance y sentido de un requisito exigido para la configuración de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico penal (*error sobre los límites de una causa de justificación*) o porque se supone la concurrencia, en el caso concreto, de una

circunstancia que de existir realmente hubiera determinado la integración de una causa de justificación (*error sobre la concurrencia de una causa de justificación*).

Para dar solución a esta problemática surgió en el Derecho Penal la teoría del error. Con ella se aportan herramientas teóricas para determinar cuáles comportamientos humanos, resultado de un conocimiento equívoco de la realidad objetiva, no deben ser reprochables a su autor. No obstante, este es un tema que a pesar de su antigüedad suscita numerosas y complejas cuestiones que reclaman exhaustivo esclarecimiento. Por ejemplo, no existe consenso en la doctrina sobre su naturaleza jurídica y modalidades del error como eximente de la responsabilidad penal, recogiéndose en las legislaciones nacionales de diferentes formas según la posición teórica que haya asumido el legislador. En general, las dificultades se concentran en torno a los elementos que la han de integrar para que pueda ser reconocida. Por lo que resulta indispensable precisar cuándo y en qué supuestos una conducta que reviste caracteres de delito no le es exigible a su autor, y por ende, reprochable al haber obrado bajo los presupuestos de una eximente.

2

El nacimiento del error se fundamenta en la existencia de supuestos donde un sujeto (*imputable*) con capacidad para motivarse por la norma puede encontrarse en una condición que no le permita alcanzar esa motivación por la existencia de una *situación en la que no le puede ser exigible que actúe de otra forma*; en consecuencia, su comportamiento no debe ser objeto de reproche penal aunque haya puesto en peligro o lesionado uno de sus bienes jurídicos quedando exento de responsabilidad. Pero, entre sus modalidades se quiere destacar en este trabajo la del *error de prohibición* cuya regulación en el Código Penal es defectuosa por omitir algunas de sus variantes.

En la literatura jurídica extranjera, cualquier manual de Derecho Penal Parte General cuando se ocupa de las eximentes explica la del error y sus diferentes modalidades. Pero lo que no suele encontrarse en esas obras es un análisis exhaustivo de las variantes del error de prohibición y meno la sistematización de los presupuestos teóricos prácticos que han de darse para que puedan reconocerse como causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal. A lo que se suma la inexistencia de una opinión unánime en cuanto a muchos de sus aspectos, entre los que se destacan los recurrentes debates sobre si afecta al dolo ubicando a este en la tipicidad o a la culpabilidad como elemento del delito.

El panorama cambia bruscamente al revisar el estado del arte de esta temática en Cuba, donde han estudiado el tema: El profesor Ulises BAQUERO VERNIER en su libro “Derecho Penal General”, Tomo II en el que desarrolla sus nociones sobre esta institución, pero la principal clasificación que explica es la de error de hecho y error de derecho, distinción que ya no es utilizada por la mayor parte de la doctrina. La profesora Guadalupe RAMOS SMITH en el Tomo II de su texto “Derecho Penal Parte General” que coincide con el autor que le precede. Y el profesor Renén QUIRÓS PÍREZ en su “Manual de Derecho Penal III” en el que trata el error de prohibición pero no profundiza en cada una de sus expresiones, aunque su obra constituye en Cuba un referente de obligada consulta y punto de partida para toda investigación teórica en sede penal. Como característica común, las tres obras citadas, al tratarse de bibliografía docente dirigida fundamentalmente al nivel de pregrado, solo abordan los aspectos puntuales de las diferentes instituciones del Derecho Penal General, sin profundizar en los aspectos más controvertidos que muchas de estas poseen. También existen tres Tesis en opción al Título de Especialista en Derecho Penal pero no abordan el tema desde la arista que se desarrolla en este trabajo.¹

¹ La primera Tesis del Lic. Juan Carlos SARIOL MARTÍNEZ titulada “El error como eximente de la responsabilidad penal”, de octubre del año 2003, cuyo objetivo general fue valorar la regulación del error como eximente en el ordenamiento penal cubano, limitándose a ofrecer una visión general de la institución y a analizar la redacción del artículo 23 del Código Penal sin profundizar en los presupuestos de la culpabilidad. Y precisamente por abordar el tema desde una perspectiva más general que la que se propone en esta investigación, no realizó un estudio pormenorizado de la modalidad del error de prohibición en la doctrina ni en la legislación penal de Cuba y de otros países. La segunda Tesis con fecha de septiembre de 2012, de la Lic. Idalmis LÓPEZ CELEIRO, intitulada “El error de tipo en la legislación penal cubana”, utilizada no solo como

Debido a este limitado tratamiento doctrinal del tema en Cuba, es necesario profundizar en el estudio de las particularidades del error de prohibición y sus modalidades, para luego realizar el análisis de la calidad de su regulación técnico-jurídica. En consecuencia, resulta curioso que esta eximente aparece en el país en la forma en que hoy se conoce con la promulgación de la Ley No. 21 de 1979, que constituye el antecedente único para este tema del actual Código Penal (Ley No. 62 de 1988) que en iguales artículos² reproduce su letra. Sin embargo, a pesar de sus sucesivas modificaciones y la omisión de las diferentes modalidades del error de prohibición, en ninguna de esas oportunidades ha sido objeto de la ingeniería jurídica su perfeccionamiento, desconociéndose la necesidad imperante de atemperar la regulación de esta institución al desarrollo que posee en la dogmática jurídico-penal internacional por la ocurrencia de situaciones fácticas que hoy no encuentran solución en la ley. Por lo que, se considera que su deficiente configuración normativa está teniendo como consecuencia el juzgamiento en sede penal de comportamientos que no deberían ser alcanzados por el brazo punitivo del Estado, lo que implica una afectación a la culpabilidad como principio limitativo del *ius puniendi*. Particular este que se traduce en la reducción de garantías al ciudadano que se verá afectado en unos de sus bienes jurídicos fundamentales, ya sea la libertad o el patrimonio.

Por ello, es imprescindible en Cuba la realización de un estudio sobre la configuración del error de prohibición como causa de inculpabilidad en nuestra legislación penal y su nivel de aplicación por los operadores del derecho, que permita la identificación de las deficiencias presentes en su regulación jurídica para demostrar la necesidad de su perfeccionamiento e inclusión de todas sus modalidades en una futura modificación legislativa, lo que tendría una gran relevancia jurídica porque permitiría un efectivo empleo de esta institución en la praxis jurídica y dotaría de mayor garantía al ordenamiento penal cubano.

Finalmente, si bien la eximente a diferencia de otras como la legítima defensa, no es una de las más conocidas por la ciudadanía y con certeza tampoco una de las más invocada por la defensa en los tribunales, no existe duda de que es una de las que amerita su revisión en aras de fundamentar la necesidad de su perfeccionamiento legislativo en Cuba para que se alcance su efectiva aplicación a todos los hechos que lo requieren. Además, el error de prohibición es, conforme a la opinión predominante, la más importante causa de exclusión de la culpabilidad que por haber sido prácticamente preterida en la legislación penal, suscita numerosas y complejas cuestiones que reclaman un exhaustivo esclarecimiento. También es un tema de permanente actualidad si se tiene en cuenta los desafíos que impone la nueva sociedad al conocimiento del hombre de su propia realidad, a la correcta percepción que de los procesos y fenómenos que en ella acontecen este se forma y además porque de la correcta adopción en los códigos penales de esta institución, así como de su interpretación y aplicación por los operadores del derecho depende que un sujeto no vaya a prisión, con los costos que ello implica no solo en el orden social para dicho justiciable y su familia, sino en el orden material al propio Estado.

1.1 De las modalidades del error de prohibición. Una visión desde la dogmática penal

La antigua discusión del error *iuris nocet* que se planteaba en tiempos en que la legislación penal era un catálogo restringido de conductas más o menos conocidas por todos pierde virtualidad en el presente.

fuentes de consulta, sino como precedente investigativo y de referencia, al acogerse, por coincidir con nuestros propósitos, algunas de las recomendaciones que la misma fórmula. No obstante, se dedica a un objeto de investigación diferente, el error de tipo, aunque la eximente del error constituya el eje central de ambos esfuerzos. Por último la Tesis del Lic. Mariano RODRÍGUEZ GARCÍA “*El error de prohibición como causa de inculpación en el Derecho Penal Cubano*” esta última utilizada no solo como fuente de consulta, sino como precedente investigativo y de referencia, al acogerse, por coincidir con nuestros propósitos, algunas de las recomendaciones que la misma fórmula.

² Artículos 23 y 24 de ambas legislaciones.

Es un hecho de elemental notoriedad que el Derecho Penal de la actual sociedad de riesgos³ ha extendido sus barreras punitivas hasta el campo del Derecho Administrativo generando la llamada administrativización de la ley penal. Con este fenómeno de insólita multiplicación de figuras de delito las legislaciones penales han ganado una cuota inmensa de escasa transparencia frente a las exigencias del principio de legalidad y de *ultima ratio*.⁴

Por ello, la vieja ilusión iluminista -coincidiendo con ZAFFARONI⁵- de una ley penal tan clara que cualquiera pudiese conocerla, ha pasado a una realidad en la que el derecho -como texto- no solo no es conocido por los actores en escena, sino que incluso quienes lo interpretan técnicamente tienen grandes dificultades para hacerlo. Lo que se agudiza cuando el derecho logra una capacidad de abstracción, formalización y racionalización que impide cualquier criterio diferenciador, unido al extraordinario volumen y variedad de disposiciones normativas que cada vez más convencen acerca de la imposibilidad de un real conocimiento de la ley.

En este escenario resulta justo que la persona que no puede saber o a la que no puede exigírsele que comprenda la antijuridicidad de su comportamiento no sea sujeto del *ius puniendi*. Lo contrario significaría violar reglas elementales de racionalidad que afectarían al principio de legalidad. Pero, si las exigencias de este devienen en garantía para que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta antes de su realización, corresponde al principio de culpabilidad imponer que, cuando por cualquier causa al agente le fuese imposible esa comprensión o conocimiento, no pueda ejercerse poder punitivo. Por tanto, conforme sentencia ZAFFARONI “Una teoría del error ampliamente respetuosa del principio de culpabilidad es la valla infranqueable que debe oponer el derecho penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable su normación legislativa”.⁶

En esta óptica, varios son los supuestos que estudia la teoría del error en los que el sujeto no alcanza la comprensión antijurídica de su comportamiento. Ya sea porque el yerro obedezca al desconocimiento de una circunstancia objetiva normativa o descriptiva que pertenece al tipo legal (error de tipo) o cuando a pesar del completo conocimiento de las circunstancias del injusto no sabe que su actuación es ilícita (error de prohibición). De ambos supuestos solo se aborda en este trabajo las modalidades correspondientes al error de prohibición por constituir nuestro campo de acción investigativa; y porque en general sobre esta variante del error es en la que se encuentran mayormente entretejidos problemas

³ La sociedad de riesgos es un concepto que nace para caracterizar a las sociedades modernas en las que se incrementan las fuentes de peligro y los accidentes de diversa índole, provocados por la misma dinámica que en gran medida impone el desarrollo científico tecnológico. En ellas el ciudadano llega a entrar de algún modo en pánico y los riesgos se sustraen cada vez más a las instituciones de control y de seguridad de la sociedad industrial, digital o postindustrial. Vid. U. BECK (1997). “De la crítica de la sociedad a la autocrítica social”, En: *Diálogo Científico*. Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía. vol. 6. No. 1. Tübingen: Instituto de Colaboración Científica. p. 9. Asimismo: J. M SILVA SÁNCHEZ (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspecto de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Editorial Civitas.

⁴ En este sentido resultan ilustrativas las ideas expuestas por MANTOVANI cuando planteó: “La complicada edad moderna, por su dinamismo, por la multiplicidad y complejidad de los problemas que surgen a cada momento, el estatalismo multiplicador de leyes e intervencionista, ya por autoritario ya por paternalista, en los detalles de la vida y el trabajo de la gente hacen que el Derecho Penal haya abandonado el ideal iluminista de las “leyes pocas, sencillas, claras, estables” por la realidad de las “leyes muchas, complejas, confusas e inestables”, así como de las leyes vacías, simbólicas, mágicas destinadas tan solo a poner en escena la diligencia en la lucha contra ciertas formas de criminalidad; de las leyes “hermafroditas” como forma de ley pero sustancia de acto administrativo, de las leyes “burocráticas” meramente sancionadoras de genéricos preceptos extra-penales, de la inflación legislativa; de la crisis del Principio de Legalidad – Certeza y Taxatividad Jurídicas”. Ferrando MANTOVANI (1999). “Sobre la perenne necesidad de la Codificación”. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas*: 01/01 (1999).

⁵ Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro SLOKAR & Alejandro ALAGIA (2002). *Derecho Penal: parte general*. 2ª edic. Buenos Aires: EDIAR. p. 725.

⁶ *Ídem*.

de la teoría del delito y la culpabilidad que hacen su estudio más complejo. También porque en Cuba se advierte cierta orfandad teórica práctica en torno a esta institución mientras que fuera de nuestros predios nacionales, sobre este escalón de la dogmática penal hay montañas de bibliografía aunque, naturalmente, las cuestiones en particular no son pacíficas.

El primer punto a esclarecer es el relativo a la incorrecta identificación del conocimiento de la ley con el de la antijuridicidad pues del análisis de sus contenidos es posible concluir que no se trata de conceptos equivalentes. La ley es la norma escrita aprobada por los órganos competentes del Estado y la antijuridicidad de una acción es la relación de contradicción que se establece entre un hecho y el sistema jurídico. Por consiguiente, la eventual antijuridicidad de una actuación no radica en el hecho en sí ni tampoco en las leyes (sistema jurídico) sino en la contradicción que se establece entre ellos. Razón esta que convence de la inequivalencia entre el error de prohibición y el error de derecho. El primero consiste en el desconocimiento o conocimiento equivocado de la antijuridicidad de la conducta, mientras que el segundo se debe al conocimiento equívoco o desconocimiento de la norma jurídica. Por lo que el error de derecho radica, conforme expresa QUIRÓS, en uno de los términos de la contradicción (el derecho) y el error de prohibición recae en la contradicción misma.⁷

Las diversas modalidades del error de prohibición pueden sistematizarse desde dos puntos de vista. Según su evitabilidad, o según recaiga sobre la norma (prohibitiva o imperativa) o una causa de justificación. El primer criterio da lugar a las categorías de error vencible o evitable e invencible o inevitable. Y en correspondencia con el segundo se hablará de un error directo e indirecto. Pero lo arduo en la doctrina y la práctica es poder discriminar cuando nos encontramos frente a una u otra clase y los efectos que se le atribuyen, particular sobre el cual no existe consenso.

Sobre este tema se advierte en la disciplina penal un enconado debate en el que se enfrentan dos interpretaciones que alcanzan tanto al error de prohibición como al error de tipo: las teorías del dolo propias del causalismo y las teorías de la culpabilidad originarias de la corriente finalista. Que a su vez cada una de ellas ha seguido dos direcciones: las teorías estrictas y limitadas tanto del dolo como de la culpabilidad. Posiciones teóricas estas que al evaluar los efectos jurídicos del error de una u otra clase implican soluciones político criminales no siempre respetuosas de los principios de legalidad y culpabilidad. En consecuencia, se debe especificar que de la teoría que se siga dependerá en cierta medida la configuración de los requisitos del error de prohibición y los efectos de cada una de sus especies. Sin embargo, siguiendo el criterio de SANCINETTI, a la postre ninguna de estas teorías ofrece una solución final sobre tan delicado asunto, más bien constituyen una confrontación en la que predominan diferencias de formulación más que de resolución de reales conflictos. En tal propósito, afirma este autor, se requiere de investigaciones que indiquen más que si predomina una de ellas, qué situación de hecho merece la impunidad ante cierto déficit de conocimiento y cuál el castigo y en qué medida. Y ello ha de conducir necesariamente a la fijación de reglas que den seguridad del juicio de evitabilidad.⁸ Pero sin duda este constituye un tema que justifica por sí mismo una investigación específica, autónoma, que excedería los límites de lo que aquí se abordará. Por ello, en esencia el trabajo se limita a la exposición del contenido de cada corriente para declarar luego cuál de ella acogemos.

Para los partidarios de la teoría del dolo todo error evitable de tipo o de prohibición excluye el dolo y deja subsistente la imprudencia si existe la forma culposa en la ley penal, mientras que si son inevitables excluyen el dolo y la culpa. En cambio, los defensores de la teoría de la culpabilidad siguiendo un criterio diferenciador sostienen que solo los errores de tipo eliminan el dolo y la culpa,

⁷ Cfr. Renén QUIRÓS PÍREZ (2002). *Manual de Derecho Penal*. t. III. La Habana: Editorial Félix Varela. p. 333.

⁸ Cfr. Marcelo A. SANCINETTI (1990). "Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino", En: Arnel MEDINA CUENCA & Mayda GOITE PIERRE (Comps.) (2000). *Selección de lecturas de Derecho Penal General*. La Habana: Editorial Félix Varela. pp.199-200.

mientras que los de prohibición conducen a la exclusión de la culpabilidad dejando al dolo incólume en los supuestos de inevitabilidad por ser contenido del tipo. Pero si se tratase de una situación evitable, plantean que en los casos de error sobre los elementos objetivos del tipo se elimina el dolo y queda subsistente la culpa de existir en la ley el respectivo delito culposo. Empero, en los supuestos de error de prohibición solo produce el efecto de atenuación de la reprochabilidad y la pena.⁹ Un resumen gráfico de esta diatriba científica puede verse en la tabla siguiente:

Tabla 1. Efectos del error según las teorías del dolo y de la culpabilidad.

ERROR	TEORÍA DE DOLO	TEORÍA DE LA CULPABILIDAD
De Tipo	Evitable: excluye el dolo y deja subsistente la culpa, si existe en la ley el respectivo delito culposo. Inevitable: excluye el dolo y la culpa.	Evitable: excluye el dolo y deja subsistente la culpa, si existe en la ley el respectivo delito culposo. Inevitable: excluye el dolo y la culpa
De Prohibición (sobre la antijuricidad)	Evitable: excluye el dolo y deja subsistente la culpa, si existe en la ley el respectivo delito culposo. Inevitable: excluye el dolo y la culpa.	Evitable: atenúa la culpabilidad del correspondiente delito (doloso o culposo) Inevitable: excluye la culpabilidad. En ningún caso influye sobre el dolo ni la culpa.

Fuente: Marcelo A. SANCINETTI (1990). “Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino”, En: Arnel MEDINA CUENCA & Mayda GOITE PIERRE (Comp.) (2000). *Selección de lecturas de Derecho Penal General*. La Habana: Editorial Félix Varela. p. 179.

Como se aprecia, para ambas teorías el error de tipo tiene iguales efectos prácticos y solo se diferencian en el ámbito del error de prohibición vencible, porque en el caso del error de prohibición invencible, aunque con fundamentos diferentes, el resultado es el mismo, la impunidad. Ello tiene su base en que para el causalismo, la conciencia de la antijuricidad forma parte del dolo y este a su vez de la culpabilidad. Para el finalismo, *a contrario sensu*, el dolo integra el tipo penal en tanto que la conciencia de la antijuricidad es un elemento de la culpabilidad. Por lo que su inexistencia en esta corriente termina afectando también la culpabilidad pero deja intacto el dolo.

Ahora bien, la teoría estricta del dolo, defendida en su momento por BINDING, MEZGER, NAGLER y SAUER, entre otros, sostiene que este no puede existir sin conocimiento actual de la antijuricidad de la conducta.¹⁰ Un conocimiento real, presente en el caso concreto y no solo la posibilidad de ese conocimiento. Por tanto, si una persona cree erróneamente que está obrando acorde a derecho no actúa de forma dolosa. Conforme a sus postulados se exige que el autor conozca la ilicitud de su acción a través de una valuación paralela en la esfera del profano. Para proceder dolosamente, solo necesita saber que hace algo prohibido. Como ya se expresó esta teoría viene a equiparar en sus efectos las especies vencibles e invencibles del error de tipo y de prohibición.¹¹

⁹ Un resumen gráfico de esta diatriba científica puede verse en el Anexo No. 1.

¹⁰ Cfr. Eduardo H. MARQUARDT (1976). *Temas básicos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 128. Claus ROXIN (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. t. I. Traducción de la 2ª edic. alemana y notas Por Diego-Manuel Luzón Peña et. all. Madrid: Civitas. p. 863. Carlos SUEIRO & Bibiana BIRRUEL (s.a). *La teoría del error y sus limitaciones frente a la administración del derecho penal*. Disponible en: <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php> [Fecha de consulta: 13/03/2014.]

¹¹ Cfr. Eduardo H. MARQUARDT (1976). *Ibidem*. p. 128-129. Juan J. BUSTOS RAMÍREZ & Hernán HORMAZÁBAL MALAREÉ (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. vol. II. Madrid: Editorial Trotta. p. 369. Renén QUIRÓS PÍREZ (2002). *Ibidem*. t. III. p.

Las objeciones que se han formulado contra esta concepción pueden reducirse primero, a que su aplicación conduce a la impunidad de una cantidad de delitos cuando son cometidos por error de prohibición, si para ellos el derecho no prevé la forma culposa. Y, segundo, a que no toma en consideración ciertos casos, llamados de hostilidad al derecho o de ceguera jurídica, que se dan cuando el sujeto deliberadamente se niega a conocer las normas del ordenamiento jurídico por razones políticas, ideológicas u otras similares, en cuyos supuestos no podría ser condenado por conducta dolosa, ya que efectivamente desconoce el derecho. En consecuencia, se plantea que desde el punto de vista político penal resulta incorrecto beneficiar a las personas que no se preocupan por conocer las regulaciones del ordenamiento jurídico. También que los tribunales, cuando se esgrima el desconocimiento de la antijuricidad de la conducta como excusa, se verán obligados en la mayoría de los procesos a dictar sentencias absolutorias ante la dificultad que implica probar que en el caso en concreto el sujeto ha tenido conocimiento actual de la antijuricidad o de lo contrario fingir la presencia de este conocimiento.¹²

Por su parte, la teoría limitada o restringida del dolo, defendida en la doctrina por autores como Sebastián SOLER, Ricardo NÚÑEZ y Carlos FONTÁN BALESTRA, pretendió superar las debilidades de la anterior. En este sentido difiere de la teoría estricta en que no exige la existencia de un conocimiento actual de la antijuricidad, sino potencial, o sea, un conocimiento posible o previsible. Por lo que ciertamente evita uno de los cuestionamientos realizados a la teoría precedente del dolo, ya que los tribunales no necesitarán probar la existencia real de tal conocimiento. Sin embargo, en tal empeño se remonta hasta la repudiada culpabilidad por la conducción de la vida.¹³

Corresponde ahora el análisis de la denominada teoría de la culpabilidad, que encuentra sus raíces en el pensamiento del destacado penalista alemán Roberto VON HIPPEL. Según su opinión no solo obra con dolo quién conoce la antijuricidad de su conducta, sino también quién obrando con voluntad del hecho pudo tener con la debida diligencia, conciencia de aquella antijuricidad. En consecuencia, si alguien con voluntad del resultado, ignora sin embargo su ilicitud debido a negligencia en conocer las normas jurídicas, el hecho que realiza será considerado como doloso. Acorde con esta teoría, lo que cuenta es conocer o deber conocer la prohibición equiparándose el conocimiento actual y el conocimiento potencial de la antijuricidad. Posición esta que fue luego adoptada, con algunas variantes, por los partidarios de la teoría de la acción finalista cuyo precursor es WELZEL.¹⁴ Como sabemos, estos separan el dolo de la culpabilidad. Para ellos el dolo forma parte de la acción y por tanto, se halla libre de valoraciones. Es un mero querer el resultado, para cuya existencia resulta indiferente que el sujeto conozca la ilicitud de su conducta. Solo la falta de conciencia de la antijuricidad inevitable para el autor excluye la culpabilidad. Si el conocimiento de esa antijuricidad era posible, aunque no real, el sujeto es culpable a título doloso, pero la pena podrá ser disminuida (siempre dentro de la escala correspondiente al delito doloso) según sea más o menos

341. Enrique BACIGALUPO (1999). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edic. Argentina: Hammurabi. p. 429, 436. Carlos SUEIRO & Bibiana BIRRUEL (s.a). *Ibidem*.

¹² Cfr. Eduardo H. MARQUARDT (1976). *Ibidem*. p. 129. Marcelo A. SANCINETTI (1990). *Ibidem*. pp.184-185. Enrique BACIGALUPO (1999). *Derecho Penal... op. cit.* p. 429, 436. Renén QUIRÓS PÍREZ (2002). *Ibidem*. t. III. p. 341-342. Carlos SUEIRO & Bibiana BIRRUEL (s.a). *Ibidem*.

¹³ Cfr. Renén QUIRÓS PÍREZ (2002). *Ibidem*. t. III. p. 342. Juan J. BUSTOS RAMÍREZ & Hernán HORMAZÁBAL MALAREÉ (1997). *Ibidem*. v. II. p. 370. Carlos SUEIRO & Bibiana BIRRUEL (s.a). *Ibidem*.

¹⁴ En este mismo camino ROXIN: "Frente a ello, [refiriéndose a los postulados de la teoría del dolo] la teoría de la culpabilidad, que bajo la influencia de la teoría finalista de la acción alcanzó el carácter de opinión dominante en la posguerra, parte de la idea de que la conciencia de la antijuricidad no sería presupuesto del dolo y tampoco necesariamente de la plena culpabilidad. A quien por indiferencia absoluta no se preocupa de la ley no se le ha de juzgar, en caso de infracción de esta, más benignamente que a aquel que conscientemente la burla; por lo demás, un error de prohibición podría atenuar la pena correspondiente al dolo según la medida de su reprochabilidad". Claus ROXIN (1997). *Derecho Penal... op. cit.* p. 863.

reprochable el desconocimiento de la norma.¹⁵ Por lo que, como se explicó, a diferencia de las teorías del dolo que unifican los efectos del error de tipo y el error de prohibición, las teorías de culpabilidad los distinguen.

También se plantea que las teorías de la culpabilidad como las del dolo se escinden en dos direcciones: la teoría estricta y la teoría limitada de la culpabilidad, cuyas diferencias radican en la ubicación del error sobre los presupuestos de una causa de justificación: como error de tipo o de prohibición. Así para la teoría estricta de la culpabilidad de recto apego al finalismo el error sobre una causa de justificación es un error de prohibición en todas sus formas y en consecuencia si es invencible exonera de responsabilidad penal y si es vencible, porque el sujeto pudo haberlo evitado, será sancionado por dolo pero en forma atenuada.

A diferencia de esta, la teoría limitada de la culpabilidad propia de la dogmática del post-finalismo y el funcionalismo, sostiene que existen dos formas de error sobre causas de justificación con diferente naturaleza: la del error que recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación que considera como un error de tipo permisivo con los mismos efectos del error de tipo, y la del error que recae sobre la existencia o los límites de una causa de justificación cuya naturaleza es la de un error de prohibición. Pero los partidarios de esta, en aras de la fundamentación del tratamiento como error de tipo que proponen a los casos del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, han seguido diferentes direcciones. Entre las principales se destacan: la teoría de los elementos negativos del tipo, la teoría del tratamiento analógico y la teoría del injusto personal.¹⁶

Como puede apreciarse, existe una discrepancia esencial entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad. En ambas, si el sujeto ha desconocido inevitablemente la ilicitud de su acto no hay punibilidad. En cambio, si el desconocimiento era evitable, la teoría del dolo llega a la conclusión de que debe aplicarse la pena del delito culposo si la ley castiga el hecho como delito culposo, pero la teoría de la culpabilidad afirma que el hecho debe ser reprimido como delito doloso, si bien la pena puede ser disminuida. La diferencia es fundamental. Si una persona comete, por culpable error de prohibición un delito de hurto, según la teoría del dolo quedará impune porque la ley no reprime el hurto culposo. *A contrario sensu*, según la teoría de la culpabilidad, el hecho será punible a título doloso aunque con una pena atenuada.¹⁷

De lo expuesto hasta aquí se podría decir que amen de las críticas e inconvenientes de cada una de estas teorías, una vez determinada por el juez la situación de hecho como un error de prohibición solo restaría saber la teoría seguida por el legislador y se conocerían las consecuencias jurídicas. Empero, ya superado el doble presupuesto incontrovertible de que se trate de un error, y el caso específico de prohibición, quedaría aun por superar la vaguedad del juicio de evitabilidad. La respuesta final de si el autor debe ser penado o no, depende aún de la calificación de ese error como evitable o inevitable. Estudiadas las teorías anteriores y asumiendo la teoría estricta de la culpabilidad, si es evitable (imputable al autor) subsiste la punibilidad; si es inevitable elimina la culpabilidad y con ello la pena. Sin embargo, en su aplicación a un caso concreto, este modelo de regulación aparentemente preciso, padece de la vaguedad del criterio a aplicar para calificar el error como evitable o inevitable. En este punto sale a relucir la siguiente interrogante: ¿Bajo qué condiciones se dirá que un error de esa clase es evitable y que por tanto no se excluye la punibilidad?

¹⁵ Cfr. Renén QUIRÓS PÍREZ (2002). *Ibidem*. t. III. p. 342-343. Eduardo H. MARQUARDT (1976). *Ibidem*. p. 130-131. Carlos SUEIRO & Bibiana BIRRUEL (s.a). *Ibidem*.

¹⁶ Sobre el contenido de cada una de ellas *Vid.* Idalmis LÓPEZ CELEIRO (2012). *El error de tipo en la legislación penal cubana*. [Tesis presentada en opción al título académico de Especialista en Derecho Penal]. Santiago de Cuba: Universidad de Oriente. pp. 58-62.

¹⁷ Cfr. Eduardo H. MARQUARDT (1976). *Ibidem*. p. 131-132.

Haciendo sistematización de los diferentes criterios doctrinales se sostiene que la evitabilidad del error de prohibición ha de determinarse por las reglas siguientes: a) En primer lugar, el autor tiene que haber tenido una razón para verificar la licitud de su conducta. Se estima que existe una razón tal cuando el autor tiene al menos una leve duda acerca de la licitud de su comportamiento, cuando sabe que incursiona en una actividad sometida a una regulación legal específica o que su acción perjudica a terceros o a la generalidad. b) Los medios para alcanzar el conocimiento del ilícito son la reflexión y la búsqueda de información. Por ello, se requiere en segundo término que el autor haya podido reconocer la ilicitud de su conducta, ya sea reflexionando o recabando información. c) En tercer lugar, se requiere que al autor le fuera exigible hacer uso de los medios para obtener el conocimiento del ilícito que tenía a su disposición.¹⁸

Así, por ejemplo, se opina que el autor que se informa con una fuente confiable no tiene que seguir consultando, no le es exigible hacerlo, de modo que si la información es incorrecta el error subsistente se considera inevitable aunque hubiese tenido otros medios para verificar la información y despejar el error. Otro sector afirma que el autor no puede confiar en la información recibida y le es exigible comprobar su veracidad, cuando existen razones especiales para dudar de ella. También se plantea que si el sujeto omitió informarse a pesar de tener una razón para hacerlo, la evitabilidad requiere según la doctrina mayoritaria, la comprobación de que la información omitida habría conducido efectivamente al conocimiento de la prohibición, que es lo que se conoce en doctrina como la llamada relevancia de las informaciones hipotéticas.

Por último, por aplicación del principio de coincidencia temporal entre ilícito y culpabilidad, es preciso que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el injusto en el momento del hecho. Sin embargo, esta coincidencia general no puede ocultar que tanto en la aceptación como en la interpretación del contenido de cada uno de estos requisitos incide, en definitiva, la posición que se adopte en la discusión acerca de hasta qué punto la culpabilidad -y, por tanto, también la evitabilidad del error de prohibición- es realmente un concepto que toma en cuenta las capacidades individuales del autor y a partir de dónde es solo un concepto determinado por razones de prevención. Una primera opción consiste en exigir el mayor esfuerzo de consciencia e información posibles para evitar todo error de prohibición. Si se parte de esta posición prácticamente se regresa al *error iuris nocet* y fácilmente todo error sería evitable. En cambio, en el otro extremo se halla la postura de considerar el error evitable solamente cuando el autor haya tenido al menos una tenue duda sobre el ilícito de su hecho. Si se parte de aquí, entonces todo error sería inevitable salvo que exista una consciencia eventual del ilícito, algo que la teoría del dolo podría resolver directamente como punibilidad por hecho doloso. Es decir, así se vuelve a las lagunas de punibilidad propias de la teoría del dolo.¹⁹

De lo expuesto deriva que las posiciones actuales más influyentes de la dogmática se hallan entre esos extremos, pero aun sin lograrse una solución satisfactoria ni *communis opinio* sobre el tema. En todo caso es seguro que al menos en una medida, la evitabilidad del error de prohibición se establezca según criterios normativos que no dependen de las casualidades de las representaciones subjetivas del infractor y en su momento del órgano juzgador. Ahora, cuál es esa medida y cuáles los criterios para determinar el grado de conocimiento exigible no está en absoluto aclarado y a pesar del esfuerzo realizado aún requiere de otros empeños.

¹⁸ Cfr. Enrique BACIGALUPO (2000). "Evitabilidad o Vencibilidad del error de prohibición", En: Arnel MEDINA CUENCA & Mayda GOITE PIERRE (Comps.). *Selección de lecturas de Derecho Penal*. La Habana: Editorial Félix Varela. pp. 174-175. Fernando Jorge CÓRDOVA (2011). *La evitabilidad del error de prohibición*. Disponible en: <https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497688932.pdf> [Fecha de consulta 13/03/2014].

¹⁹ Cfr. Fernando Jorge CÓRDOVA (2011). *Ibidem*.

Una vez realizado este recorrido sobre las cuestiones asociadas al error de prohibición, es necesario detenerse en el estudio de aquel criterio que lo subdivide en directo e indirecto.²⁰ Así se advierte en la doctrina cierto consenso en relación a las definiciones y el establecimiento de las diferentes especies que lo configuran. Esto sin perjuicio de algunos puntos polémicos ya anunciados como el de si el error que versa sobre una causa de justificación es de tipo o de prohibición, entre otros.

En esta línea de pensamiento Esteban RIGHI expresa que “Un error de prohibición es *directo* cuando recae sobre la existencia de una norma prohibitiva, caso en el cual lo que el autor desconoce es que el hecho está jurídicamente desaprobado por una norma que lo prohíbe”.²¹ Y recurre para ilustrar su punto de vista al ejemplo académico frecuentemente utilizado de la mujer extranjera embarazada que cree erróneamente que al igual que en su país, bajo ciertas condiciones no es punible la interrupción voluntaria de su embarazo y lo practica. Entonces se sostiene que en este caso ella obra bajo los efectos de un error de prohibición directo pues desconoce la existencia de la norma que incrimina a la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare.²²

Por el contrario, siguiendo a este autor, existe un error indirecto “[...] cuando recae sobre la existencia de una causa de justificación, situación que se presenta cuando el autor cree equívocamente que existe una norma que justifica su comportamiento típico”.²³ Así, por ejemplo, quien con la finalidad de cobrar un crédito realiza una retención indebida porque cree erróneamente que el Código Civil le otorga derecho de retención sobre el objeto que se negó a restituir a su deudor. Y también concibe como especie de error indirecto de prohibición la denominada *eximente putativa*. Posición que fundamenta al decir que estas recaen sobre la concurrencia de un presupuesto objetivo que condiciona una causa de justificación. Y la diferencia con el anterior supuesto radica en que en este caso la justificante existe en el orden jurídico, solo que está condicionada al cumplimiento de un requisito en cuya concurrencia el autor creyó, pero que no se daba en la realidad. Es el recurrente caso de quien mata a otro creyendo que está repeliendo una agresión cuando en realidad se trata de una broma, pues si bien la legítima defensa es una causa de justificación prevista en el orden jurídico no puede ser invocada por el autor del homicidio, porque la agresión como presupuesto objetivo que condiciona su ejercicio nunca existió.²⁴

Como se aprecia, en ninguna de estas modalidades concurren errores de tipo, pues en los tres casos el autor sabe lo que hace: interrumpe un embarazo, retiene la cosa, mata. Se trata de errores de hipótesis en las que el autor se equivoca sobre la significación jurídica de su obrar, ya que ignora que realiza acciones desaprobadas por el orden jurídico.²⁵

BACIGALUPO, por su parte, manifiesta que la creencia errónea de estar obrando lícitamente puede asumir diversas formas. En primer lugar, puede provenir del desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción (*error de prohibición directo*). También de una apreciación errónea del alcance de la norma (prohibición o mandato). Y especifica que este supuesto no es sino una variedad del anterior. Por ejemplo, el autor cree que la prohibición de matar no alcanza a los casos de eutanasia. Por otra parte, acota que el yerro puede derivar de la suposición de una causa de justificación que, en realidad, el ordenamiento jurídico no prevé (*error de prohibición indirecto*). Ocurre esto

²⁰ Por su parte, ROXIN, si bien no sostiene esta clasificación plantea que a pesar de ser todos los errores de prohibición el resultado de la equivocación del sujeto sobre la prohibición específica del tipo y por tanto iguales desde esa perspectiva, también es cierto que las razones en las que se basan los errores de prohibición pueden ser diversas y permiten hablar de formas específicas de manifestación del error de prohibición. Las más importantes para él son: a) el error sobre la existencia de una prohibición, b) el error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación, c) el error de subsunción y d) el error de validez. Cfr. Claus ROXIN (1997). *Derecho Penal... op. cit.* p. 870-873.

²¹ Esteban RIGHI (2003). *La culpabilidad en materia penal*. 1ª edic. Buenos Aires: Ad-Hoc. p. 135.

²² *Ídem.* pp. 135-136.

²³ *Ídem.* p. 136.

²⁴ *Ídem.*

²⁵ *Ídem.*

cuando el autor cree que el ordenamiento jurídico autoriza a los maestros a aplicar castigos físicos a los alumnos con fines educativos, y tal autorización no está prevista en las leyes vigentes. Por último, expresa que puede estar sustentada en la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista por el ordenamiento jurídico. Es el caso en el que el autor supone erróneamente la necesidad de sacrificar un bien jurídico para salvar otro de mayor jerarquía o cree ser agredido en forma antijurídica cuando en verdad solo se trata de una broma y repele lo que cree una agresión.²⁶

También WELZEL plantea que un error de prohibición lo constituye la aceptación errónea de un fundamento de justificación. Ya sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos reales o sobre los límites jurídicos de la justificación, o que suponga erróneamente un fundamento de justificación no reconocido por el derecho. Y también, como los autores anteriores, apela para ilustrar su punto de vista al frecuente ejemplo de quien lesiona corporalmente a otro porque se cree agredido por él (defensa necesaria putativa), o porque cree poder lesionarlo corporalmente con el objeto de su detención provisional (error acerca de los límites del derecho de detención), o porque cree poder castigar corporalmente a quien le ofende (aceptación errónea de un fundamento de justificación jurídicamente no reconocido). En consecuencia, sostiene que en todos estos casos se comete una lesión corporal dolosa en la creencia de tener derecho a ella pero que el sujeto no actúa en un no conocimiento del tipo, sino solamente en un error de prohibición.²⁷

Por último COBO DEL ROSAL & VIVES ANTÓN, al referirse al tema tras definir el error de prohibición expresaron que “El error acerca de la significación antijurídica de la conducta, puede ser *directo*, cuando el autor ignora la desvalorización que el Derecho atribuye al hecho, o *indirecto*, cuando conociéndola cree erróneamente que se halla desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación (de modo que un error *inverso* –una *suposición errónea*- provoca otro *directo* –el *desconocimiento* de la significación antijurídica-)”.²⁸ Y seguidamente especifican que “El error acerca de la significación antijurídica (o sobre la prohibición) indirecto, puede versar o bien acerca de la virtualidad de justificante de una determinada situación de hecho (esto es, acerca de la existencia jurídica de una determinada causa de justificación) o bien acerca de los límites en que el Derecho otorga eficacia a una determinada situación justificante, o bien, finalmente, acerca de la concurrencia, en el caso concreto, de los hechos que determinan la justificación”.²⁹

En esta constelación teórica, entre otros, también establecen sus opiniones autores como ROXIN, ZAFFARONI y Mario GARRIDO MONTT. De ellos, solo ZAFFARONI acoge la nomenclatura que distingue entre error de prohibición directo e indirecto.³⁰ Sin embargo, entre los tres, a pesar de las eventuales diferencias en las denominaciones, se advierte coincidencia en cuanto al contenido de estas. Lo mismo ocurre de forma general, como hemos visto hasta ahora, en la literatura penal que aborda el tema. Por

²⁶ Cfr. Enrique BACIGALUPO (1999). *Derecho Penal... op. cit.* p. 340-341.

²⁷ Cfr. Hans WELZEL (1956). *Derecho Penal Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. p. 177-179.

²⁸ M. COBO DEL ROSAL & T. S. VIVES ANTÓN (1987). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 460.

²⁹ *Ídem*.

³⁰ Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI (1999). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. t. IV. Buenos Aires: EDIAR. p. 190. Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro SLOKAR & Alejandro ALAGIA (2002). *Derecho Penal... op. cit.* p. 733-740. GARRIDO MONTT se refiere al tema como “situaciones que clasifican como conformantes de un error de prohibición” estableciendo que “Hay error de prohibición en dos casos; uno de ellos no es discutido, el otro sí, [el error que recae en las causales de justificación] en particular en cuanto a sus repercusiones jurídicas”, e inmediatamente pasa a la explicación de cada uno. Mario GARRIDO MONTT (2003). *Derecho Penal Parte General. Nociones Fundamentales de la teoría del delito. Tercera Edición*. t. II. Chile: Editorial Jurídica de Chile. p. 232. Mientras que ROXIN los estudia bajo el título “Las formas de manifestación de la conciencia de la antijuridicidad”, que introduce del modo siguiente: “Todos los errores de prohibición son iguales en que el sujeto se equivoca sobre la prohibición específica del tipo. Pero las razones en las que se basan los errores de prohibición pueden ser diversas y permiten hablar de formas específicas de manifestación del error de prohibición”. Claus ROXIN (1997). *Derecho Penal... op. cit.* p. 870.

lo que reconocemos la existencia de varias especies del error de prohibición que derivan del criterio clasificatorio objeto de análisis [según recaiga sobre la norma o sobre una causa de justificación]; pero acogemos la posición que las sistematiza en errores de prohibición directo e indirecto por considerarla más didáctica.

Así, a modo de resumen, coincidiendo con JESCHECK, el “Error directo de prohibición es el que recae sobre la norma misma, es decir, sobre la «representación de la valoración jurídica del acto» conforme a la norma prohibitiva”.³¹ Es el clásico error de prohibición o el error de prohibición propiamente dicho en el que el sujeto desconoce el contenido de la norma penal (*error directo sobre la existencia de la norma prohibitiva*). Incluso puede suceder que tenga un completo conocimiento de la norma pero que no la crea válida o que por yerro en su interpretación no considere su comportamiento como subsumido en ella (típico). En cuyos casos nos encontramos frente a lo que la doctrina denomina *error de validez y de subsunción*, respectivamente, también variantes o especies del error directo de prohibición.³²

En los casos de error de subsunción se dice que el autor conoce la norma pero desconoce que su conducta la contradice fruto de una desacertada interpretación. O sea, “El sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta”.³³ En los supuestos de error de validez el sujeto también conoce la norma pero la estima inválida, nula, por ser contraria a otra de superior jerarquía o porque supone que está en un ámbito espacial diferente: porque el órgano que la dictó no era el competente, por atentar contra un derecho fundamental, que ha sido derogada o por cualquier causa legamente establecida considera que ha perdido su vigencia. Pero como sostiene ROXIN solo “Se ha de juzgar este caso como error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, [...] causas de nulidad que [...] estén reconocidas por el ordenamiento jurídico”.³⁴

Como se aprecia, todo error directo de prohibición afecta el conocimiento de la norma como valoración paralela en la esfera del lego. Es un error siempre que perturba la comprensión de la norma prohibitiva, sea por desconocimiento de su existencia, de su validez o por su errónea interpretación. Así, el error de subsunción no es más que un conocimiento insuficiente de la norma, también el error de validez pero ya encuadrada dentro del orden normativo.

Por otra parte el mayor debate se concentra en las especies del denominado error indirecto de prohibición que consiste en la falsa creencia de la existencia de una tipicidad permisiva en el caso concreto. Y en este sentido ZAFFARONI lo define como aquel “[...] que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación”.³⁵ Son tres las formas que adopta esta modalidad del error de prohibición pero hay autores que la reducen a dos por la consideración de una de ellas, a su vez, como variante de otra.³⁶ Nosotros, sin embargo, preferimos la distinción en tanto no solo facilita desde el punto de vista didáctico su comprensión sino también su identificación desde una perspectiva práctica. Así acogemos las siguientes variantes: error sobre la existencia, los límites y la concurrencia de una causa de justificación que definimos de la siguiente manera.

En el *error sobre la existencia de una causa de justificación* el autor sabe que realiza una acción típica pero supone erróneamente la existencia de una causa de justificación no admitida por el ordenamiento

³¹ JESCHECK, citado EN: Eugenio Raúl ZAFFARONI (1999). *Tratado... op. cit.* t. IV p. 190. Cfr., también: Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro SLOKAR & Alejandro ALAGIA (2002). *Derecho penal... op. cit.* p. 734.

³² Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI (1999). *Tratado... op. cit.* t. IV p. 190. Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro SLOKAR & Alejandro ALAGIA (2002). *Derecho Penal... op. cit.* pp. 734-736. Claus ROXIN (1997). *Derecho Penal... op. cit.* pp. 870-873.

³³ Claus ROXIN (1997). *Derecho Penal... op. cit.* p. 872.

³⁴ *Ídem.* p. 873.

³⁵ Eugenio Raúl ZAFFARONI (1999). *Tratado... op. cit.* t. IV p. 191.

³⁶ En este sentido Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI (1999). *Tratado... op. cit.* t. IV p. 191-192. Claus ROXIN (1997). *Derecho Penal... op. cit.* p. 871-872.

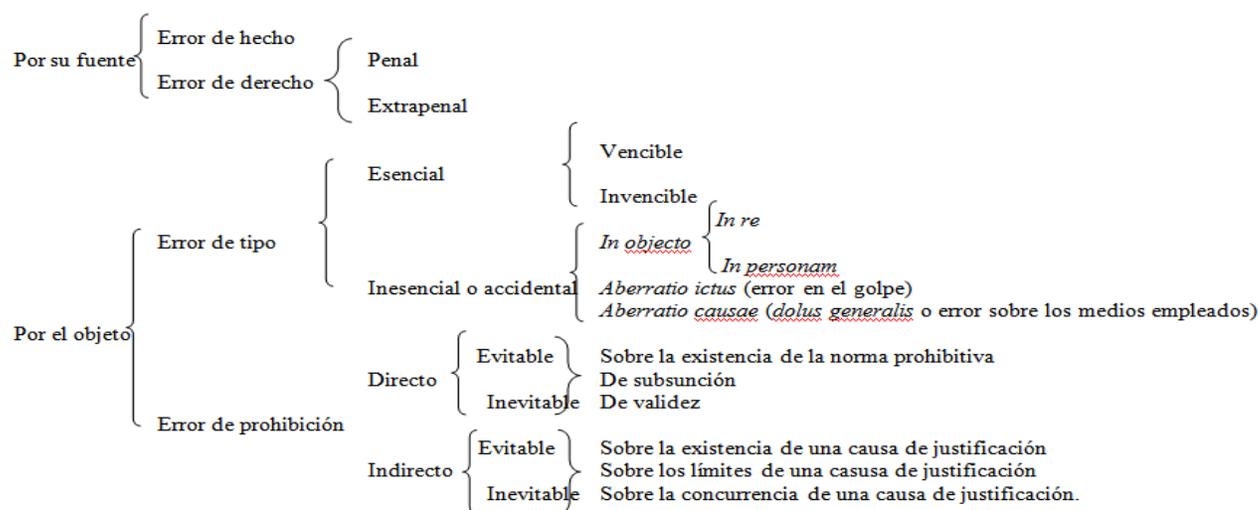
jurídico-penal. Por ejemplo, el esposo que estima que está permitido evitar los sufrimientos de su mujer moribunda y provoca su muerte por piedad. Él sabe que la ley prohíbe matar a otro pero equivocadamente supone que excepcionalmente se permite privar de la vida por motivos piadosos (eutanasia).

Tal como ocurre en el supuesto anterior, en los casos de *error sobre los límites de una causa de justificación*, el autor sabe que ejecuta una acción típica pero piensa que obra conforme a derecho porque lo favorece una causal de justificación que efectivamente está considerada por el ordenamiento jurídico, que él extiende equivocadamente en su alcance a extremos que el legislador no comprendió. Como sostiene el profesor QUIRÓS en estos casos “El autor interpreta equivocadamente el alcance y sentido de un requisito exigido para la configuración de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico-penal”.³⁷ El sujeto no ignora que su acción es típica, incluso conoce que existe causal que justifica en determinados casos tal actividad pero su error consiste en considerar que se extiende a situaciones que no quedan abarcadas por ella. Así sucede con el que piensa que para proteger su propiedad de una agresión ilegítima, puede recurrir a cualquier medio y no solo al racionalmente necesario.

Por último, en el *error sobre la concurrencia de una causa de justificación*, el autor de la acción típica estima erróneamente la concurrencia, en el caso concreto, de una circunstancia de hecho que de presentarse realmente hubiera determinado la integración de una causa de justificación. El que lesiona a una persona golpeándola violentamente porque erradamente creyó que iba a ser atacado, sabe que está lesionando a un tercero y que esa acción es típica; tiene conocimiento de que la ley lo autoriza para repeler una agresión ilegítima pero incurre en error al suponer que se da el presupuesto de hecho de la justificante: en este ejemplo, una agresión inexistente en la realidad.

Con lo expuesto hasta aquí queda configurado el esquema de la teoría del error en sus principales aspectos y tipologías como se ilustra en el cuadro sinóptico más abajo. Asimismo, a partir del estudio de las modalidades del error de prohibición se pudieron ir reafirmando las diferencias de este con el error de tipo y el error de derecho. Solo resta en este estudio el escudriñamiento del entorno histórico hasta llegar al análisis del Código Penal vigente en aras de determinar la evolución de esta eximente en Cuba y la calidad técnica de su actual regulación.

Tabla 2. Diferentes tipologías del error en sede penal.



Fuente: elaborado por los autores.

³⁷ Renén QUIRÓS PÍREZ (2002). *Ibidem*. t. III. p. 338.

1.2 Estudio diacrónico del error de prohibición en el ordenamiento jurídico penal cubano

Con acierto sentenció en unas de sus obras de Derecho Penal el catedrático Carlos FONTÁN BALESTRA que “Para comprender la esencia de una institución jurídica se impone conocer su evolución histórica. El jurista apreciará con más justeza la institución que lo preocupa cuanto más haya penetrado en el campo de la Historia”.³⁸ Por ello, siguiendo esta importante idea se impone en este momento el análisis histórico jurídico del error de prohibición en el entorno historiográfico del ordenamiento penal cubano. Solo se podrá explicar y comprender el porqué de su actual regulación y deficiencias si incursionamos, con auxilio de los métodos exegético e histórico jurídicos en un estudio desde esta perspectiva. Para ello se definen como puntos cardinales aquellos en que se promulgaron leyes penales como el Código Penal Español de 1870, el Código de Defensa Social de 1936, La Ley No. 21 “Código Penal” de 1979 y la Ley No. 62 actual Código Penal en vigor desde el año 1988. Y se determinaron como principales criterios de evaluación la calidad técnica de la regulación de la institución, su contenido y estructura.

14

Sin embargo, no se puede iniciar este análisis sin exponer primero que el escenario jurídico en Cuba comienza a edificarse a partir de la conquista de la Isla por un contingente castellano al mando de Diego VELÁZQUEZ entre los años 1510 y 1511. Desde entonces y hasta 1898 los monarcas españoles la gobernaron como provincia de ultramar según su voluntad y leyes.³⁹ Razón por la que el surgimiento del Estado y con este del Derecho, no fue fruto del desarrollo económico social sino que fueron traídos de España. Pero dado el distanciamiento existente entre la realidad de la metrópoli y su colonia fue necesaria la implementación de normas jurídicas que se atemperaran a la situación de esta última. De este modo se dictaron un conjunto de disposiciones que fueron luego bautizadas con el nombre de Derecho Indiano y que venían a fungir como una especie de ley especial frente al Derecho Castellano, “uno gozaba de aplicación inmediata y directa, el otro de aplicación supletoria”.⁴⁰ Y este proceso legisferente producido en parte en la lejana España y en parte en Cuba dio lugar, como acertadamente comenta SANTOVENIA ECHAIDE a que:

[...] lo que en España se legislaba para Cuba no lograba siempre leal acogida entre aquellos a los que iba destinada. Los encargados de regentar y hacer respetar lo dictado por la Corona se colocaban en la vanguardia de los contraventores, con apariencias de acatamiento de la autoridad metropolitana. Cuando una disposición no se correspondía con los intereses coloniales, el gobernador aplicaba el procedimiento de consignar que la norma se obedecía, pero no se cumplirá: toda una paradójica fórmula, inventada en América para perpetuar el divorcio entre el Derecho escrito y su aplicación.⁴¹

A modo de resumen, en esta primera etapa rigieron con carácter supletorio junto al Derecho Indiano: las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484; la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias promulgadas en 1680; el Fuero Real, las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Novísima Recopilación y las Ordenanzas del Consulado de Bilbao. Aunque no se pueden negar que también subsistieron las primitivas costumbres de los indios sometidos siempre que no contradijeran los principios básicos de la sociedad y del Estado colonizador, así como las disposiciones dictadas por

³⁸ Carlos FONTÁN BALESTRA (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. p. 39.

³⁹ De esa forma comenzó el proceso de colonización y dominación de la Isla por España. La llegada de los colonizadores españoles representaba el surgimiento de nuevas relaciones entre indios y colonos. Estos se apoderaron de las riquezas del país, promovieron la expansión del comercio y el desarrollo de la agricultura convirtiendo a Cuba en una base de abastecimiento para sus expediciones a México y Florida.

⁴⁰ J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ (2002). *Historia del Derecho Mexicano*. México: Editorial Porrúa. p. 67. Citado EN: Myrna Beatriz MÉNDEZ LÓPEZ (2009). *La responsabilidad Civil derivada del delito de las personas naturales en Cuba*. [Tesis presentada en opción al grado científico de Dr. En Ciencias Jurídicas]. República de Cuba. Universidad de Oriente. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho. Santiago de Cuba. p. 70.

⁴¹ E. S. SANTOVENIA ECHAIDE (1939). *Historia de Cuba*. t. I. La Habana: Editorial Trópico. p. 80. Citado EN: Myrna Beatriz MÉNDEZ LÓPEZ (2009). *Ibidem*. p. 70.

Virreyes y Gobernadores.⁴² Por lo que coincidiendo con ALARCÓN BORGES “Diversos autores cubanos han planteado, que la etapa anterior a la llegada del Código Penal Español de 1870, se caracterizó por ser anárquica y dispersa”.⁴³

De esta forma se vislumbra un desconcierto legal que convierte en ardua la identificación de cualquier pronunciamiento en dichas disposiciones relativo a la institución del error. No obstante, se puede afirmar que es en Las Partidas⁴⁴ de Alfonso El Sabio donde se encuentran referencias que se remontan a viejos conceptos del Derecho Romano relativas al error de derecho natural y el de derecho civil, y que negaban importancia a esta institución en los delitos que el hombre debiese entender naturalmente como un mal [Ley XX, Tít. I, part. 1ra].⁴⁵ Por esta razón se puede afirmar que el error de prohibición como eximente de la responsabilidad para entonces no tenía relevancia penal.

Pero su estado de salud no cambió con la imposición del Código Penal Español a pesar de los avances que esta legislación significó para el país como expresión de un Derecho Penal codificado. Esta resultó del encargo dado a una comisión constituida, a tenor del Real Decreto de 9 de febrero de 1874, por juristas de relevancia del reino, o sea, cuatro años después de la promulgación de su nuevo Código Penal de 1870. Dicha comisión debía estudiar las modificaciones pertinentes de la referida legislación en aras de su puesta en vigor en las provincias de ultramar [Cuba y Puerto Rico]. Fue en aquel tiempo como resultado de estas diligencias que por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879 se hace extensivo a nuestro país y a Puerto Rico, entonces colonias de España, su Código Penal de 17 de junio de 1870 pero con algunas modificaciones.⁴⁶

Se trata de una legislación que siguió el modelo del Código Penal Francés de 1810⁴⁷ y que fue expresión de los principios enarbolados por la llamada Escuela Clásica. No existía aún en la teoría penal la concepción normativa de la culpabilidad defendida por Reinhard FRANK y mucho menos la posición finalista de WELZEL. Dominaba la concepción psicológica de la culpabilidad con una visión de

⁴² Cfr. Ramón Yordanis ALARCÓN BORGES (2011). *Las normas penales en blanco en el ordenamiento jurídico penal cubano*. [Tesis presentada en opción al grado científico de Dr. En Ciencias Jurídicas]. República de Cuba. Universidad de Oriente. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho. Santiago de Cuba. p. 98-99. Arlín PÉREZ DUHARTE (2007). *La autoría en los delitos omisivos*. [Tesis en opción al grado científico de Dra., en Ciencias Jurídicas]. Santiago de Cuba: Universidad de Oriente. p. 82. Vicente Julio ARRANZ CASTILLERO (2009). *Vigencia e influencia del Derecho penal español en el Derecho penal cubano*. “Vigencia e influencia del Derecho penal español en el Derecho penal cubano”, EN: *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*. Andry Matilla Correa (Coord.). La Habana: Editorial de Ciencias Sociales. p. 313.

⁴³ Ramón Yordanis ALARCÓN BORGES (2011). *Ibidem*. p. 98.

⁴⁴ Las Siete Partidas no recibió en un principio ese nombre sino que se conoció como Libro de las Leyes o Fuero de las Leyes. La obra es algo más que un código, por cuanto antes de presentar cada precepto hace la historia de este y ofrece la actualización del debate doctrinal que se haya establecido sobre el asunto que se regula. Se realizó desde el año 1 256 a 1 263. Se encuentra dividido en siete partes, subdivididas en 182 títulos y 1479 leyes. Cfr. Julio FERNÁNDEZ BULTÉ (2000). *Historia General del Estado y el Derecho*. t. II. La Habana: Editorial Félix Varela. pp. 30-31.

⁴⁵ Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI (1999). *Tratado... op. cit.* t. IV p. 216. Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro SLOKAR & Alejandro ALAGIA (2002). *Derecho Penal... op. cit.* p. 532.

⁴⁶ Legislación penal que en realidad fue una profunda reforma del Código Penal de 1848 necesaria para su adaptación a la Constitución de 1869. No obstante se afirma que conservó las ideas básicas y estructura técnico-legislativa de su precedente. Por otra parte “Siempre se ha destacado la importancia de Groizard en su redacción, aunque hay quienes piensan que pudo ser obra del entonces Ministro de Gracia y Justicia Eugenio Montero Ríos. El Código fue convertido en ley el 17 de junio y día siguiente Francisco Silvela lo llamó “Código de verán”. Enrique BACIGALUPO (1999). *Derecho Penal... op. cit.* p. 93-94.

⁴⁷ Las codificaciones penales del siglo XIX se inspiraron en este Código cuyo soporte ideológico significó una redefinición de las relaciones entre los individuos y el Estado acorde al pensamiento y dogmas teleológicos. Configurándose así un sistema penal caracterizado por: 1. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. 2. La fundamentación racional de la pena, de donde se dedujo la necesidad de proporcionalidad de la misma con la gravedad del hecho cometido. 3. La concepción del delito como algo diferente del pecado y, consecuentemente, un tratamiento diverso de los delitos contra la religión y contra la moral y las buenas costumbres, así como, 4. La humanización de las penas bajo la preponderancia de la pena privativa de la libertad. Cfr. Enrique BACIGALUPO (1999). *Derecho Penal... op. cit.* p. 80.

la imputabilidad vinculada al libre albedrío y el predominio de la responsabilidad objetiva por el resultado. Por ello no resulta extraño que no se encuentren preceptos reguladores del error de prohibición pues en esos momentos más bien subsistía la idea del error *iuris nocet*.

Sin embargo, en la práctica se advierten algunas sentencias de la época absolviendo al comisor de ciertos hechos típicos quizás fundamentadas en la ausencia de voluntariedad que exigía el artículo 1 del Código Penal⁴⁸ para la configuración del delito, pero que en realidad para los autores de este trabajo, son supuestos de lo que en la actualidad se valora como un error de prohibición. Así, por ejemplo, la Sentencia de 15 de octubre de 1897 que dispone que: “No constituye un hecho punible el entrar un ganado en una ajena heredad cuando se hizo en la creencia de que el dueño lo permitía por no estar cerrada y ser costumbre entrar en heredades de poco valor, estando derruidos los muros”.⁴⁹ En este caso, a pesar de que el tribunal basó su absolución en la ausencia de voluntad criminal, es obvio que el sujeto desconocía la antijuridicidad de su acción y actuaba bajo los efectos de un error de prohibición.⁵⁰

Durante las guerras de independencia se aprobaron varios textos legales y en el ámbito penal se sanciona, por el Consejo de Gobierno del Poder Revolucionario de Cuba en Armas con fecha 28 de julio de 1896, la llamada Ley Penal de Cuba en Armas. Pero tampoco encontramos en ninguno de sus artículos referencias a la eximente que se estudia a pesar de haber dedicado su Capítulo II, Sección I, a las “Exenciones de responsabilidad”.⁵¹

Con la intervención norteamericana en 1898 no se deroga el Código Penal⁵² quedando inamovible la situación hasta ahora descrita. Ello incluye el hecho de que en la práctica continuaran aconteciendo casos en los que hubiera sido útil un pronunciamiento legislativo en cuanto a la apreciación de la institución del error. Escenario que tampoco se altera con la aprobación de la Constitución de 1901 que en su Disposición Transitoria Séptima dispuso: “Todas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estuvieren en vigor al promulgarse esta Constitución, continuarán observándose en cuanto no se opongan a ella, mientras no fueran legalmente derogadas o modificadas”.

Luego, durante ese periodo de seudorepública, se hicieron algunos intentos por distinguidos juristas cubanos en la redacción de algunos proyectos de Códigos penales en aras de conferir al país una legislación autóctona.⁵³ Pero ninguno de ellos llegó a tener vigencia ya que, como se ha expuesto, seguía rigiendo el Código Penal Español de 1870 extensivo a Cuba en el año 1879 con algunas

⁴⁸ Este artículo establecía que “Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley”. AA. VV. (1906). *Código Penal de Cuba y Apéndices*. (Anotado, Comentado y Concordado con todas las órdenes dictadas durante el período de la intervención, preceptos constitucionales y demás leyes, decretos y circulares que derogan, modifican o aclaran algunas de sus disposiciones). La Habana: Casa Editora, Librería e Imprenta “La Moderna Poesía”. p. 1.

⁴⁹ *Ídem*. Cfr., también: Mariano RODRÍGUEZ GARCÍA (2010). *El error de prohibición como causa de inculpación en el Derecho Penal Cubano*. [Tesis presentada en opción al título académico de Especialista en Derecho Penal]. La Habana: Universidad de La Habana. p. 48.

⁵⁰ Similar situación se aprecia del examen de la Sentencia de 16 de marzo de 1892 entre otras. Cfr. Juan J. E. CASAÚS (1941). *Código de Defensa Social y Derecho Penal Complementario*. t. I. La Habana: Editorial Cultural S.A. p. 132. Mariano RODRÍGUEZ GARCÍA (2010). *El error de prohibición como causa... op. cit.* p. 49.

⁵¹ Cfr. FOLLETOS DE DIVULGACIÓN LEGISLATIVA (marzo 1959). *Leyes Penales de la Revolución. Leyes Penales de la revolución*. La Habana: Editorial Lex. p. 42.

⁵² Así quedó establecido mediante Proclama del Gobernador Militar de 1 de enero de 1889, donde se reguló que: “quedarán en fuerza el Código Civil y el Criminal existentes antes de finalizar la soberanía española, modificándose estos de tiempo en tiempo, cuando sea necesaria para el mejor gobierno. Disposición esta que posteriormente se ratifica por la Orden 148 de 1902. Cfr. Myrna Beatriz MÉNDEZ LÓPEZ (2009). *Ibidem*. p. 71. Ramón Yordanis ALARCÓN BORGES (2011). *Ibidem*. p. 100.

⁵³ Fueron cinco los proyectos de Código que por demás sentaron las bases fundamentales para la aparición en 1936 de una legislación penal por primera vez elaborada en Cuba. Estos son: Proyecto de LANUZA (1908-1910), Proyecto de Moisés A. VIETES (1922-1928), Proyecto ORTIZ (1926), Proyecto de Francisco FERNÁNDEZ PLÁ (1930) y de Diego VICENTE TEJERA (1932-1936). Cfr. Ulises BAQUERO VERNIER (1984). *Derecho penal general*. t. I. Santiago de Cuba: ENSPES. pp. 14-20.

reformas que procuraron ajustarlo a nuestra realidad. Situación que se mantuvo hasta 1938 cuando se pone en vigor el Código de Defensa Social cubano (CDS) que había sido elaborado desde 1936.

No obstante, se debe destacar el Proyecto de Código Penal del Dr. Fernando ORTIZ (1926) porque en él se preveía por primera vez en nuestra historiografía legislativa penal la institución del error. Así en el artículo 52.9 estableció la inimputabilidad del sujeto comisor determinada por error o por ignorancia. *“La ejecución del hecho en la creencia de tener el agente el derecho de realizarlo causada por engaño inevitable o por ignorancia de su sancionabilidad criminal si proviene de fuerza mayor o por error sustancial de derecho o de hecho que no se derive de negligencia”*.⁵⁴ Como se aprecia, a pesar de las críticas de la que tal regulación pudiera ser objeto en el orden técnico, en tanto considera el error como una causa de inimputabilidad, cierto es que constituye en sí un paso de avance en relación al justo reconocimiento de esta institución de la que prevé, aunque quizás no con total nitidez, modalidades de lo que hoy se consideran error de tipo y de prohibición. Ello sin perder de vista que para ese momento en el escenario de la teoría penal aún los conceptos que se empleaban eran los de ignorancia, error de hecho y de derecho. Incluso se destacan las exigencias de la inevitabilidad y el carácter sustancial que ha de caracterizarlo pues si obedecía a la negligencia de autor no constituiría causal de inimputabilidad.

Así, con este proyecto como precedente, el Código de Defensa Social reconoce legalmente al error y la ignorancia pero con distinta significación jurídica. Aunque puede considerarse como un paso de avance aún no satisfizo las expectativas en esta materia. Únicamente reconoció en su artículo 35-H) plenos efectos excusante a las contravenciones cometidas por extranjeros que por llevar poco tiempo de residencia en el país alegasen la ignorancia de la prohibición o regla violada o infringida, siempre que la acción ejecutada no estuviera prohibida en su país de residencia.⁵⁵ Como en el caso anterior se incluye a la ignorancia dentro de las causas de inimputabilidad como eximente de la responsabilidad penal ya que entre las novedades del Código figuraba la introducción de la clasificación de estas en causas de inimputabilidad y de justificación. Aspecto que consideramos positivos amen de las posiciones en contrario y de los errores en que el legislador de entonces pudo haber incurrido al momento de definir las que pertenecían a cada grupo. Sin embargo, es lógico que al no acoger como un tercer criterio clasificatorio las causas de inculpabilidad haya ubicado este precedente originario del error directo de prohibición bajo el rubro que lo hizo; aunque para el momento se considera más bien un error de derecho extrapenal a pesar de que el propio CDS regulaba las contravenciones porque la naturaleza de estas es administrativa.⁵⁶ No olvidemos la estricta afiliación existente al viejo apotegma jurídico burgués recogido en el artículo 2 del Código Civil de 1889 aún vigente en la Isla conforme al cual “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”.

Por otra parte este Código llegó a admitir la apreciación de un error como circunstancia atenuante personal en su artículo 37-F) cuando el sujeto ejecutase el delito en la creencia errónea de que tenía derecho a realizar el hecho sancionable.⁵⁷ Y esta formulación legal de carácter general y abstracto ha generado diferentes interpretaciones hasta la actualidad. La primera discrepancia versa sobre su identificación con el error de derecho extrapenal o penal. El primero de los criterios [error de derecho

⁵⁴ Diego Vicente TEJERA Y GARCÍA (1994). *Comentarios al Código de Defensa Social. Parte General*. t. I. La Habana: Jesús Montero Editor. p. 296.

⁵⁵ ARTÍCULO. 35-(CDS) “Son inimputables. H) En las contravenciones que consistan en la simple infracción de los reglamentos o de los bandos de policías o de un buen gobierno, cuando se trata de extranjeros que por llevar corto tiempo de residencia en el país, aleguen la ignorancia de la prohibición o regla violada o infringida, y que la acción ejecutada no esté prohibida en su país de residencia”.

⁵⁶ Y sostenemos esta tesis a pesar de que la Sentencia 157 de 8 de mayo de 1943 clasifica el 35-H como un error de derecho penal: “[...] puesto que el error de derecho sobre la ley penal, apartado H del artículo 35, refiérese exclusivamente a las contravenciones, [...]”. *Vid.* Aldo PRIETO MORALES (1983). *Lo circunstancial en la responsabilidad penal*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales. p. 97.

⁵⁷ ARTÍCULO. 37-(CDS) “Son circunstancias atenuantes personales y de menor peligrosidad en el agente: F) Haber cometido el delito en la creencia aunque errónea, de que se tenía derecho a realizar el hecho sancionable”.

extrapenal] fue el mantenido por el supremo tribunal⁵⁸ y el segundo [error de derecho penal] por algunos magistrados con el apoyo de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA que en una de sus obras refiriéndose a esta atenuante había expresado: “La tesis del error extrapenal [artículo 37-F] la juzgo inadmisibile [...]. Me parece improcedente una interpretación restrictiva, que si estuvo en la voluntad del legislador, no lo está en la voluntad de la Ley, que es lo que importa. Por lo demás, nada hay en la letra del inciso que autorice semejante criterio; se refiere a toda clase de leyes y así es correcto aplicarlo”.⁵⁹ Por su parte, otros penalistas como BAQUERO VERNIER niegan que se trate de cualquiera de las variantes de este tipo de error (de derecho penal o extrapenal).⁶⁰ Asimismo, Guadalupe RAMOS expresa que: No debe confundirse esta atenuante con el error de derecho; una cosa es que el agente comisor realice el hecho delictuoso por ignorar que está sancionado por la ley, y otra, que erróneamente considere que al realizar el hecho se está ejercitando un derecho. Si no hubiera sido error, constituiría la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, con lo que es necesario relacionarla”.⁶¹ Mientras que QUIRÓS PÍREZ expresa que es una manifestación del error de derecho y niega toda posibilidad de similitud con el error de prohibición.⁶² Pero para los autores de este trabajo se trataba en aquel entonces de un error de derecho al que solo se le reconoció efectos atenuantes y que también vendría a constituir la versión primigenia en Cuba del error de prohibición indirecto.

El CDS permaneció vigente al producirse el triunfo revolucionario en 1959 pero fueron tan amplias las reformas que se le hicieron en aras ajustarlo a las circunstancias de la nueva sociedad que terminó afectado en su sistemática interna aunque en relación a la institución objeto de estudio no se realizaron cambios. Así, una vez que existieron todas las condiciones culturales, políticas y económicas para la promulgación de un nuevo Código Penal que fuera expresión y reflejo de las nuevas relaciones socialistas se aprobó en 1979 la Ley No. 21. Para su elaboración sirvieron de base los principios, concepciones y experiencias acumuladas por la ciencia del Derecho Penal de la comunidad socialista, en especial del Derecho Penal soviético.

Fue el resultado de diez años de intenso trabajo que inició en 1968 una subcomisión y la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido en la que participaron especialistas de las diversas ramas de la actividad jurídica incluyendo la docente. En 1973 concluía la versión original de la elaboración del anteproyecto en el que por primera vez se estatuye en la Sección Cuarta del Capítulo III “*De la Exclusión de la Responsabilidad Criminal*”, al error como causa eximente en los términos siguientes: “Artículo 24.1 *Está exento de responsabilidad el que realiza el hecho antijurídico a causa de haber incurrido en error de hecho esencial determinante de conducta infractora y de carácter inevitable, si recae sobre elementos constitutivos del delito. 3. Asimismo es excusante el error que reúne las condiciones anteriores si recae sobre elementos constitutivos de una circunstancia de justificación o de una excusa absolutoria*”.⁶³

Como se aprecia, se proponía la regulación del error de tipo y del error de prohibición, este último en su variante indirecta, es decir, aquel que recae sobre una causa de justificación. Y además se exigían los

⁵⁸ Cfr. La Sentencias no. 336 de 2 de noviembre de 1941 EN: Aldo PRIETO MORALES (1983). *Ibidem*. p. 97.

⁵⁹ Aldo PRIETO MORALES (1983). *Ibidem*. p. 96.

⁶⁰ “Un error de esta naturaleza [error de derecho] puede exonerar o no, [...]; pero en ningún caso puede convertirse en una atenuante de la responsabilidad. Esta surge cuando el error consiste en que el agente tiene la creencia de estar amparado por un derecho. No se trata, pues, de la ignorancia del derecho sino por el contrario en tener conocimiento de un derecho y creer erróneamente que lo ejercita al cometer el hecho delictivo”. Ulises BAQUERO VERNIER (1984). *Ibidem*. t. II. p. 57.

⁶¹ Guadalupe RAMOS SMITH, (1983). *Derecho Penal Parte General* t. II. La Habana: Ediciones ENPES. p. 246. Pero debemos aclarar que tanto este autor como BAQUERO analizaban esta atenuante pero en la Ley No. 21 en la que conservó igual redacción como se verá más adelante.

⁶² Cfr. QUIRÓS PÍREZ (2002). *Ibidem*. t. III. p. 338.

⁶³ Proyecto de Código Penal, devenido Anteproyecto de la Ley 21 de 1 de marzo de 1979. Departamento de Reproducciones del Ministerio de Justicia, La Habana, 17 de octubre de 1977. pp. 14-15. Citado EN: Mariano RODRÍGUEZ GARCÍA (2010). *El error de prohibición como causa... op. cit.* p. 58

requisitos de la inevitabilidad y carácter esencial para poder otorgarles efectos excusante. Se trata de un anteproyecto a tono con la doctrina penal de ese momento en que existían los debates más intensos de la teoría del error sobre la base de la concepción finalista. También coherente con las formulaciones de los países del bloque socialista que establecían el error de tipo y de prohibición en sus legislaciones penales aunque indistintamente le dieron, de acuerdo a su realidad, distintos enfoques.⁶⁴

Con estos antecedentes se sanciona la Ley 21 que vino a significar un gran paso de avance en el ámbito del error al elevarlo a la categoría eximente de la responsabilidad penal. Superó con creces al CDS que lo consideraba únicamente como atenuante, aunque reprodujo en su artículo 53-c) esta circunstancia.⁶⁵ “No obstante, muy pronto se vio superado por la realidad social. La tipificación como delitos de un alto número de figuras de escasa peligrosidad social (...) y la existencia en sus regulaciones de la Parte Especial de marcos sancionadores muy cerrados, con límites mínimos de las sanciones de numerosos delitos muy elevados (...) entre otros aspectos, así como el hecho de que fuera aprobado diez años después del inicio de su redacción, que lo hicieron envejecer antes de su nacimiento, hicieron aconsejable someter el Código Penal a una transformación de tal naturaleza, que finalmente motivó que se adoptara con acierto la decisión de sustituirlo por uno nuevo”.⁶⁶ Fue así que el 30 de abril de 1988 comenzó a regir un nuevo Código Penal, la Ley No. 62 en vigor hasta la actualidad. Este Código fue objeto de modificación por los Decretos Leyes 140/93, 150/94 y 175/97, Ley 93 de 2001, la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 y el Decreto Ley 310 de 2013, sin embargo, la regulación del error no ha cambiado en ninguna de estas oportunidades. Hasta hoy se mantiene del mismo modo que en la Ley 21, incluso en los mismos artículos 23 y 24, razón por la que reservamos su estudio para el epígrafe siguiente.

1.3 El error de prohibición en la legislación penal actual. Diagnóstico de los problemas en su configuración

Las problemáticas relacionadas con la inaplicabilidad de una institución jurídica pueden estar asociadas a deficiencias en su configuración legal pero no por ello siempre ha de ser esta la única causa o la principal. Aunque es común que en estos casos el investigador inicie su indagación por el escudriñamiento del entorno legislativo porque la no correspondencia de la norma con la realidad y las corrientes doctrinales que en ella se sustentan pueden ser los primeros visos de su carácter defectuoso. También puede detectarse desconocimiento de las características teóricas de la institución jurídica que conduzcan a problemas de interpretación, su no identificación en determinados supuestos y por tanto su inaplicación. Por ello, fundamentados en la importancia que revisten las eximentes de la responsabilidad penal de cuya adecuada regulación y apreciación depende que un sujeto que en “apariencia” ha cometido un ilícito penal no sea injustamente condenado, se dedica este epígrafe al diagnóstico de las deficiencias de la regulación del error de prohibición en el Código Penal cubano que avalan la necesidad de su perfeccionamiento.

⁶⁴ Así, *v. gr.*, el Código Penal húngaro y el polaco: El primero establecía: ARTÍCULO 24.1 No puede ser imputado a una persona un hecho del cual no tenía conocimiento en el momento del acto delictivo. 2. No es punible la persona que haya cometido un delito suponiendo erróneamente que el mismo no era peligroso para la sociedad, siempre que su error haya estado fundado en razones de peso. 3. Si el error proviene de una imprudencia, la responsabilidad del delincuente será determinada por las disposiciones de la ley relativas a la imprudencia. Y el segundo: ARTÍCULO 24.2 La ignorancia del carácter ilícito del hecho no excluye la responsabilidad si el autor podía evitar el error. 3. En el caso previsto en el apartado 2, el tribunal podrá aplicar la atenuación extraordinaria de la pena al autor de una infracción dolosa. Cfr. Proyecto de Código Penal (Enero de 1975). (Concordado con Códigos Penales de Países Socialistas). Departamento de Reproducciones del Ministerio de Justicia. pp. 83, 84.

⁶⁵ Con una opinión similar sentenció Antonio CEJAS que “De las dos eximentes relacionadas con la culpabilidad del autor, el error constituye una sustancial innovación del Código penal de 1979 [...]” Antonio CEJAS (1989). *La declaración jurisdiccional de la responsabilidad penal*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales. p. 87.

⁶⁶ Arnel MEDINA CUENCA (2003). “Comentarios a la Ley No. 62 de 29 de septiembre de 1987: Código Penal”, En: Colectivos de autores. *Derecho Penal Especial*. t. III. La Habana: Editorial Feliz Varela. p.56.

Para verificar los elementos desarrollados en esta investigación, los autores se auxilian del método exegético y el jurídico comparado. El primero se fundamenta en la interpretación de la ley y su significado resulta decisivo pues permite evaluar la calidad técnica de las normas e instituciones jurídicas posibilitando identificar las deficiencias tanto de forma (gramaticales, de léxico) como de fondo (en el orden técnico) que pudieran ser causa de problemas en su interpretación y aplicación. El segundo, como método que se ocupa de la “geografía jurídica” posibilitó la determinación de las particularidades de la regulación del error de prohibición en la legislación penal cubana y la identificación de las tendencias en el contexto investigado. Se estudiaron 11 países, que fueron seleccionados teniendo en cuenta dos razones fundamentales: Alemania y España atendiendo al desarrollo del Derecho Penal, y un segundo criterio vinculado al contexto geográfico y los nexos históricos y jurídicos de esos países con Cuba; en tal sentido se incluyen: Guatemala, Bolivia, El Salvador, Chile, Colombia, Costa Rica, Argentina, Venezuela y México.

También se examinaron –del período 2002 al 2012- un total de 4 897 sentencias de las Salas Penales de los tribunales: Municipal y Provincial de Guantánamo, Provincial de Santiago de Cuba, Granma, Holguín, Ciudad de la Habana, y del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Se escogieron estas provincias atendiendo a la pertenencia de la mayoría a la región oriental y/o a su incidencia en los aspectos políticos, económicos y sociales del país, dada su gran densidad poblacional que influye en una radicación significativa de causas penales que son sometidas a su conocimiento. Finalmente se utilizó un cuestionario con el cual explorar el dominio teórico y técnico que sobre el error de prohibición poseen los operadores del Derecho encargados de su evaluación y aplicación de concurrir en algún caso sometido a su consideración. También para obtener sus observaciones sobre la calidad técnica de la actual regulación y contrastar la información adquirida a través de las sentencias en relación a la cantidad de procesos tramitados. Con tales propósitos se encuestaron 250 juristas con un promedio de 15 años de experiencia en el ejercicio de la profesión. De ellos el 40% jueces, el 30% fiscales, 6% instructores y el 6% abogados. Pero antes de la valoración de los resultados de la aplicación de este instrumento se realiza el análisis normativo.

Así, de una primera revisión de los artículos 23 y 24 del Código Penal cubano que regulan el error como eximente de la responsabilidad penal, pudiera concluirse que la modalidad del error de prohibición no aparece reflejada en él.⁶⁷ Pero que la legislación no lo defina de forma expresa no significa que lo haya preterido. Otras lecturas más profundas quizás pudieran ayudar a su identificación ya que el legislador, con una inadecuada técnica y un exceso en la economía legislativa unificó en el artículo 23.1 tanto al error de tipo como el de prohibición con una redacción compleja que trae confusiones sobre la naturaleza y distinción entre ambas modalidades. Ello exige del intérprete un exhaustivo dominio de la teoría del error que facilite la discriminación en este precepto de las variantes o especies que se reconocen.

En el primer apartado del artículo 23 cuando expresa “[...] el que realiza un acto prohibido bajo la influencia de un error relativo a uno de sus elementos constitutivos [...]” se identifica el error de tipo. Y en su segunda parte el error indirecto de prohibición cuando enuncia que el sujeto “[...] realiza el acto prohibido [...] habiendo supuesto, equivocadamente, la concurrencia de alguna circunstancia que, de haber existido en realidad, lo habría convertido en lícito”, específicamente en su variante de error

⁶⁷ ARTÍCULO 23.1- Está exento de responsabilidad penal el que realiza un acto prohibido bajo la influencia de un error relativo a uno de sus elementos constitutivos, o habiendo supuesto, equivocadamente, la concurrencia de alguna circunstancia que, de haber existido en realidad, lo habría convertido en lícito.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable cuando se trate de delitos cometidos por imprudencia, y el error se deba a la imprudencia misma del agente.

ARTÍCULO 24.- Cuando por error o por otro accidente se comete un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra quien iba dirigida la acción, no se tiene en cuenta la condición de la víctima para aumentar la gravedad de la sanción.

sobre la concurrencia de una causa de justificación. Por lo que ahora sí se puede afirmar que ni el error directo de prohibición ni el error sobre la existencia y sobre los límites de una causa de justificación, también especies del error indirecto, tienen presencia en la citada norma. Estas modalidades no fueron reconocidas por el entonces legislador y hoy consideramos constituyen una necesidad. Recordemos las consideraciones ya emitidas en el epígrafe 1.1 de esta investigación cuando se sostiene que el error *iuris nocet* objetivamente pierde virtualidad en el presente. En la sociedad actual, sentenciamos *supra*, el extraordinario volumen y variedad de disposiciones normativas cada vez más convencen acerca de la imposibilidad de un real conocimiento de la ley y con ella del carácter antijurídico de determinados comportamientos. Y como también se expuso, en este escenario resulta justo que la persona que no puede saber o a la que no puede exigírsele que comprenda la antijuridicidad de su acción no sea sujeto del *ius puniendi*. Lo contrario significaría violar reglas elementales de racionalidad que afectarían los principios de legalidad y culpabilidad.

Ciertamente el profesor BAQUERO cuando aborda el error de derecho en su texto que elaboró en el periodo de vigencia de la Ley 21, sostuvo que entonces regía el principio recogido en el artículo 2 del Código Civil de 1889 conforme al cual “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento” y que el mismo reinaba con carácter absoluto en sede penal. Y para argumentar su posición expresó que:

Por razones de seguridad no es admisible que alguien pueda escudarse en el desconocimiento de la ley penal como causa justificativa de su violación [...]. Y aunque antes del triunfo de la Revolución el conocimiento de las leyes por los ciudadanos era un falso supuesto, no puede decirse lo mismo en nuestro régimen socialista en el que el pueblo tiene intervención activa en la discusión de las leyes fundamentales y todas se divulgan a través de los medios masivos de información. Por eso tiene más justificación la regla antes mencionada en lo que al Derecho Penal se refiere [...].⁶⁸

Sin embargo, amén de la intervención del pueblo en la discusión de las leyes fundamentales y su divulgación a través de los medios masivos de información, aferrarse a ultranza al error *iuris nocet* constituye una posición más coherente con tiempos pasados. Por ello es más aceptable la postura que en relación al carácter regente del apotegma romano sostiene QUIRÓS, pues al mismo tiempo admite la inculpabilidad de quien obre de forma inevitable con desconocimiento de la antijuridicidad. En este sentido expresa:

El principio “la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento” constituye una regla necesaria para la validez general del ordenamiento jurídico, que debe obligar a todos. No resulta imaginable que dentro del mismo Estado, las leyes puedan ser válidas en relación con algunos y no en relación con otros que eventualmente las ignoran. Esa es una cuestión de pura obligatoriedad abstracta de la ley no asimilable al problema de la culpabilidad del sujeto por un hecho concreto. Aquella se refiere al fundamento de validez de la ley; esta a la propia existencia del delito al cual deben aplicarse leyes inapelablemente vigentes. En otras palabras: la ignorancia de las leyes no exime de pena al individuo por el hecho de esa ignorancia; podrá, sin embargo, eximirse si no actúa de manera culpable por falta de conocimiento de la antijuridicidad, siempre que esa falta sea inevitable.⁶⁹

Y este mismo autor más adelante cuando expone sus argumentos a favor de la admisibilidad del error de prohibición el texto legal cubano, acota que si dicho principio tiene alguna significación negativa en lo que concierne a la aceptación de esta modalidad del error, en nuestro caso tiene una situación especial.⁷⁰ Criterio que se comparte porque es clara la letra del artículo 3 del vigente Código Civil que circunscribe la máxima romana solo a sus predios.⁷¹ Por consiguiente, no se extiende *per se* a la sede

⁶⁸ Ulises BAQUERO VERNIER (1984). *Ibidem*. t. II. p. 52-53.

⁶⁹ Renén QUIRÓS PÍREZ (2002). *Ibidem*. t. III. p. 333-334.

⁷⁰ *Ídem*. p.334.

⁷¹ ARTÍCULO 3. La ignorancia de los preceptos de este código [se refiere al Código Civil] no excusa de su cumplimiento.

penal ni existe en la Ley 62 una norma con similar contenido como si la tiene, entre las legislaciones estudiadas, el Código Penal de Venezuela.⁷²

Por otra parte, continuando el escrutinio del artículo 23 no debe interpretarse, de la mezcla de las dos modalidades de error reconocidas en nuestra legislación penal en el mismo apartado, que se considere como de tipo el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Así se razona porque si se aceptara que las causas de justificación fueran elementos constitutivos de la figura de delito, el legislador no hubiera necesitado prever esta segunda modalidad y solo hubiera regulado el error de tipo. También del segundo apartado ha de interpretarse que los errores regulados en el artículo 23.1 han de ser invencibles o inevitables para que excusen porque en el caso contrario dejan activa la responsabilidad penal a título de culpa de existir en la ley el delito imprudente. Es otro el artículo y otra la deficiencia en esta legislación penal que merece una modificación en aras de lograr una distinción más clara entre los efectos del error de prohibición evitable e inevitable con los de tipo vencible e invencible. En un primer momento puede pensarse que solo se refiere a los supuestos de error de tipo sin embargo, el apartado dos remite al anterior de manera íntegra y no solo a una parte del. Si así lo hubiera querido debió especificarlo en cuyo caso la situación sería más compleja pues no hallaríamos en la norma referencia en relación a los efectos del error de prohibición evitable.

Como se aprecia, en el actual artículo 23.2 del Código Penal cubano solo se regula el “error vencible” por exclusión de las formas de error que eximen de la responsabilidad penal que establecen en su primer apartado. Esto significa que cuando el error sea sobre algún hecho cometido por imprudencia ya no excluirá la responsabilidad penal y deberá exigirse esta a título de culpa, adecuando la sanción en correspondencia con lo establecido en el artículo 48.1 del Código Penal. Razones suficientes para afirmar que el legislador siguió el criterio de la teoría del dolo. De esta forma se unifican los efectos del error invencible de tipo y de la modalidad que se instituye del error inevitable de prohibición hacia la exclusión del dolo y la imprudencia. Pero el error vencible en ambos casos excluye el dolo y deja la posibilidad de la exigencia de responsabilidad penal a título de imprudencia, no distinguiéndose que la modalidad que recoge del error de prohibición cuando sea vencible tenga como efecto la atenuación de la culpabilidad y de la pena del delito como sí lo hacen las teorías de la culpabilidad.

Asimismo, en el epígrafe 1.1 se expresó que la inevitabilidad se convierte en un presupuesto del error de prohibición para su concreción como eximente de la responsabilidad penal. En consecuencia, otro aspecto importante que no definió el legislador dando margen a la incertidumbre, fueron los requisitos o parámetros que deben tenerse en cuenta por el juzgador para considerar un error de prohibición como inevitable. La inexistencia de reglas que sirvan de orientación al tribunal para discriminar en cada caso si se trata de un error evitable o inevitable, no solo le complejiza esta tarea sino que puede conducir a decisiones diferentes en situaciones similares y potenciales actos de injusticia. Solo con la fijación de determinadas exigencias es posible la construcción de un catálogo de supuestos en los que el sujeto aun prestando la debida diligencia no podría evitar el error.

También deben precisarse las diferencias existentes entre la regulación del error como eximente de la responsabilidad penal [artículo 23] y la circunstancia atenuante prevista en el artículo 52 inciso c).⁷³ Como ya se expuso, esta en el caso cubano tiene su origen en el artículo 37-F) del derogado Código de Defensa Social y constituye un vestigio del denominado “error de derecho extrapenal” porque la errada creencia de que se tenía derecho a realizar el hecho punible puede derivar de cualquier ley, siendo este error de derecho distinto del error de prohibición.

⁷² ARTÍCULO 60. La ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta.

⁷³ ARTÍCULO 52.- Son circunstancias atenuantes las siguientes: c) haber cometido el delito en la creencia, aunque errónea, de que se tenía derecho a realizar el hecho sancionable.

Por otra parte el diagnóstico realizado a partir del análisis exegético-jurídico se valida con los resultados de la encuestas aplicadas. El 70% de los encuestados opina que la forma en que ha sido establecida la eximente del error en el Código Penal cubano no muestra claridad en su configuración y solo el 30% piensa lo contrario. En correspondencia con lo anterior, al preguntársele su valoración acerca de la calidad técnica considerando todas las modalidades del error, el 20% la evalúa como mala, el 66,7% de regular y solo el 13,3% como buena. Y cuando se pide que especifiquen el caso del error de prohibición, el 43,3% dice que es mala, el 40% regular y el 16,6% buena. Por lo que finalmente el 76,7% aprecia la necesidad del perfeccionamiento legislativo de esta institución y solo el 23,7% opina lo contrario.

Sin embargo, con la aplicación de este instrumento también se pudo apreciar que si las dificultades en torno a la eximente del error de prohibición inician desde su propia concepción normativa como hemos visto hasta ahora, esta misma situación incide en el desconocimiento que sobre ella se advierte en la praxis. Así, por ejemplo, en relación al dominio de las teorías asociadas a esta eximente, el 3,3% se afilia a la teoría del dolo a pesar de ser esta la que acogió el legislador; el 16,7% a la teoría de la culpabilidad, un 10% dice que se sustenta en las pruebas, igual cifra manifiesta tener su propio método y el mayor número de encuestado, el 60%, expresa desconocer esas teorías y solo aplicar el Código. De igual modo, a la interrogante sobre las posibles formas que adopta la eximente del error solo el 6,7% identifica en el Código Penal el error indirecto de prohibición. En cuanto a los efectos del error de prohibición el 46,7% plantean que solo elimina la responsabilidad penal mientras que el 53,3% dice que también exonera de responsabilidad civil. Sin embargo solo el 3% considera esta institución como causa de inculpabilidad, un 43,3% como de justificación y el 26,7% como causa de inimputabilidad.

Finalmente fueron sometidos a la solución de los encuestados dos supuestos prácticos para que identificaran si se trataba de un error de tipo, de prohibición, si consideraban que no se establecía la eximente en ninguna de sus modalidades o simplemente no sabían determinarlo. En el primer caso se trataba de un error de prohibición indirecto y el segundo de un error de tipo. En el primero el 33,3% apreció un error de tipo, solo un 6,7% error de prohibición, el 40% no aprecia la eximente y el 20% manifiesta que no sabe. En relación al segundo supuesto el 43,3% apreció un error de tipo, un 13,3% error de prohibición, el 26,7% no aprecia la eximente y el 16,7% manifiesta que no sabe.

En otro orden el estudio comparado permitió verificar que tres países regulan de forma expresa el error de prohibición [Alemania, Bolivia y México] nombrando el precepto que lo instituye de ese modo; cinco lo hacen de forma tácita [España, Guatemala, El Salvador, Colombia y Argentina] ya que aunque no lo especifican como aquellos, se puede concluir a partir del análisis normativo; solo dos no lo regulan [Chile y Venezuela] y en el caso del Código Penal de Costa Rica se denomina y delimita expresamente las modalidades de error de hecho y error de derecho habiendo sido promulgado este Código en el año 1970, lo que tal vez sea la razón de que asuma esta clasificación sustentada en la fuente ya en desuso y no en el objeto sobre el cual recae el error.

De los Códigos que lo acogen solo Guatemala y Argentina no hacen clara referencia a la distinción entre error de prohibición evitable e inevitable. La mayoría expresa que solo el inevitable exonera de responsabilidad penal en tanto el error de prohibición evitable tendrá efectos atenuantes; ello permite aseverar que se afilian a la teoría de la culpabilidad [Alemania, España, Bolivia, El Salvador, Colombia, Costa Rica, y México]. Pero en ningún caso se establecen reglas generales a seguir por el juzgador al momento de valorar en cada supuesto la evitabilidad del error por parte del sujeto.

Otro aspecto interesante resultó ser el relacionado con la regulación de las diferentes especies del error de prohibición según el agente ignore o conozca el carácter antijurídico de su acción. En este sentido ningún país se refiere a ellas de forma expresa debiendo ser el intérprete quien del análisis de la redacción determine cada una. Generalmente narran el error de prohibición como aquel que recae sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o aquel que impide la comprensión del injusto,

concepto general y abstracto que comprende todas sus variantes [Alemania, España, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Argentina]. Solo Guatemala hace alusión exclusivamente al error indirecto de prohibición que recae sobre la concurrencia de una causa de justificación. Y con un carácter singular, del estudio del Código mexicano se puede concluir que regula el error de prohibición directo sobre la existencia o alcance de la norma y también el indirecto que recae sobre las causas de justificación sin discriminar en sus modalidades [sobre la existencia, límite o concurrencia].

En cuanto a la calidad de la técnica legislativa empleada se pudo apreciar que el legislador del Código Penal alemán no solo distinguió de manera expresa entre error de tipo y de prohibición sino que reguló cada uno en preceptos diferentes. También lo hizo el costarricense aunque recordemos que por la edad de dicha legislación se refiere al error de hecho y de derecho. Solo Argentina, incluso con una técnica más ininteligible que la cubana, establece ambas modalidades en un mismo precepto. El resto de los países aunque no con el estilo de los alemanes sí distinguen en apartados diferentes las modalidades de tipo y de prohibición.

Por último, del estudio comparado no se puede omitir que la mayoría de los países que acogen la distinción entre error de prohibición y de tipo determinan el error que recae sobre la existencia o presupuestos de una causa de justificación como modalidad del primero. Solo Bolivia y Colombia, quizás con apego a la teoría de los elementos negativos del tipo, lo asumen como un error de tipo. Y del estudio de lo relativo a lo circunstancial de la responsabilidad penal solo Guatemala, Bolivia y Colombia conciben entre sus circunstancias atenuantes la ignorancia de la ley por falta de ilustración o instrucción o por indigencia cuando estas hayan influido en la ejecución de la conducta punible.

Luego de este recorrido, el objetivo que se perseguía de comentar algunas sentencias no pudo materializarse en tanto del análisis realizado se encontraron en el periodo que se estudia dos sentencias relativas al error de tipo y ninguna del error de prohibición. Realidad que se contrasta con los resultados de las encuestas donde el 83,3% declara nunca haber conocido durante su experiencia profesional un proceso donde se haya debatido la eximente del error y solo el 16,7% responde de manera afirmativa. Y cuando se le piden respondan considerando desde el 2000 hasta el 2012 el 16,7% dice que muy pocas veces y el 83,3% que nunca; además de que la ley solo regula, como se expuso, la variante del error indirecto de prohibición que recae sobre la concurrencia de una causa de justificación.

Finalmente, se desprende de este análisis que las deficiencias de la regulación del error de prohibición en el texto sustantivo penal de Cuba no radican solo en un problema de técnica legislativa. También en la omisión de sus modalidades ya que solo se reconoce una de ellas, el error indirecto sobre la concurrencia de una causa de justificación. Tal situación incide negativamente en el dominio que de esta institución existe en la práctica jurídica cubana que también se expresa en la inexistencia, durante el periodo estudiado, de procesos en los que haya sido objeto de análisis. Situación esta que imposibilita determinar las directrices que en el orden interpretativo ha seguido la práctica judicial. Solo se ha logrado que se convierta en opinión mayoritaria de la ciencia la idea de que subyace en la teoría de la culpabilidad el error de prohibición. En cambio, el problema concreto de cuándo es evitable o inevitable apenas se ha desarrollado. Razones todas que convencen de la necesidad de un perfeccionamiento legislativo para la configuración de todas sus modalidades que conduzca a una mejor instrumentación de esta institución y con ello posibilite una adecuada solución del conflicto social que se genera con la realización por una persona de un hecho previsto en un tipo penal, debido a un falso conocimiento de su carácter antijurídico.

1.4 CONSIDERACIONES AD FINEM

PRIMERA: Obra en error de prohibición el sujeto que con pleno conocimiento de la situación o supuesto de hecho del injusto, yerra en cuanto a su significación antijurídica por considerar su

actuación permitida. Según su evitabilidad puede ser *inevitable* o *evitable*, y *directo* o *indirecto* según recaiga sobre la norma (prohibitiva o imperativa) o sobre una causa de justificación. En el *error directo* el autor no conoce la norma en cuestión (error sobre la existencia), la conoce y considera inválida (error de validez) o no comprende su alcance y por esta razón cree permitida su acción (error de subsunción). Mientras que el *error indirecto de prohibición* está determinado por la errónea suposición de la existencia de una causa de justificación (error de existencia), de los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida (error de límite) o de la concurrencia de una circunstancia de hecho que de presentarse realmente hubiera determinado la integración de una causa de justificación (error sobre la concurrencia o eximente putativa).

SEGUNDA: El desarrollo del error de prohibición como eximente de la responsabilidad penal se ubica en el periodo que tiene su nacimiento la concepción normativa pura de la culpabilidad, siendo acogido luego por las diferentes teorías que lo distinguen según el contenido que le atribuyen. En el Derecho Penal Cubano, cuya evolución está marcada en lo fundamental por cuatro leyes penales, tuvo en la Ley 21 un primer reconocimiento parcial en la variante del error de prohibición indirecto sobre la concurrencia de una causa de justificación, entremezclado y confundido en el mismo precepto con el error de tipo, manteniéndose de este modo en la actual Ley 62 a pesar de sus diversas modificaciones.

TERCERA: El estudio jurídico comparado reveló que la mayoría de los códigos penales analizados regulan el error de prohibición y lo distinguen del error de tipo a través de su establecimiento en distintos apartados y una clara delimitación del objeto sobre el cual recaen (ilicitud o elementos del tipo). Como tendencia se afilian a la teoría de la culpabilidad por lo que atribuyen a los errores de prohibición evitables e inevitables efectos diferentes que a los equivalentes errores de tipo. Mientras que el inevitable exonera al sujeto de responsabilidad penal el evitable solo tiene carácter para atenuar la pena. Y no discriminan las diversas variantes de esta eximente debiendo interpretar que las admiten todas salvo aquellos Códigos que solo regulan el que recae sobre la concurrencia de una causa de justificación.

CUARTA: En el ámbito del Derecho Positivo Cubano y de su práctica jurídica se advierten deficiencias en cuanto a la configuración normativa y conocimiento teórico del error de prohibición como eximente de la responsabilidad penal, situación que incide en el fenómeno de su inobservancia en la experiencia judicial e invita a la necesidad de un perfeccionamiento legislativo. Entre ellas se destacan las siguientes:

- Solo se reconoce la modalidad del error indirecto de prohibición que recae sobre la concurrencia de una causa de justificación y no encuentran expresión en la ley las que tienen por objeto su propia existencia y límites jurídicos, así como las variantes del denominado error directo de prohibición.
- La mixtura que contiene el artículo 23.1 Código Penal al haber recogido el legislador en un mismo precepto al error de tipo y la referida variante del error indirecto de prohibición; situación que provoca confusiones sobre la naturaleza de las dos formas de error que recoge y dificulta su correcta identificación.
- No se establece expresamente la forma evitable e inevitable del error de prohibición con sus correspondientes efectos jurídicos, lo que debe modificarse para lograr una distinción más clara entre los efectos de cada uno y definir los parámetros que orienten al juzgador al afirmar la inevitabilidad.