



# UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Penal II Cohorte

El Error de Prohibición como elemento negativo de la Culpabilidad y su  
contexto en el Código Orgánico Integral Penal.

Trabajo de titulación previo a  
la obtención del título de Magíster en  
Derecho Penal.

Autor:

César Clodomiro Vanegas Fajardo

CI: 0105625628

Correo electrónico: [clodomirovanegas@hotmail.com](mailto:clodomirovanegas@hotmail.com)

Director:

Dr. Simón Bolívar Valdivieso Vintimilla

CI: 0101668374

**Cuenca, Ecuador**

06-octubre-2021



### **Resumen:**

El presente trabajo lleva consigo la investigación del Derecho Penal en su parte general, y encaminada directamente a la Teoría del Delito. Aquí damos plena relevancia a la determinación del Error de Prohibición, su naturaleza e importancia dentro de la parte dogmática de la culpabilidad. También se analiza la situación propia en la que se encontraba posicionada como una causa de exculpación de la conducta y la pena frente al cometimiento de un injusto. También nos hemos enfocado a ver las causas por las que no fue implementado en el Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia en el año 2014, así como también verificar si podía tener aplicación en ese momento, esto en relación a lo que se encontraba establecido en el artículo 34 del mencionado código; y, consecuentemente, ver la actual situación en la que se encuentra desarrollado en la reforma de dicha norma en diciembre del 2019 y que entró en vigencia en junio del presente año 2020.

**Palabras claves:** Error de Prohibición. Teoría del Delito. Culpabilidad. Antijuridicidad. Derecho Penal.



**Abstract:**

The present work carries with it the investigation of Criminal Law in this general part, and directed directly to the Theory of Crime. Here we give full relevance to the determination of the Prohibition Error, its nature and importance within the dogmatic part of guilt. The situation itself in which it was positioned as a cause for exoneration of the conduct and the penalty for committing an unjust is also analyzed. We have also focused on seeing the causes for which it was not implemented in the Código Orgánico Integral Penal that came into force in 2014, as well as verifying if it could be applied at that time, this in relation to what was established in article 34 of the aforementioned code; and consequently see the current situation in which it is developed in the reform of said standard in December 201 and that entered into force in June of this year 2020.

**Keywords:** Prohibition Error. Theory of Crime. Culpability. Unlawfulness. Criminal Law.



## Índice del Trabajo:

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>8</b>
<b>AGRADECIMIENTOS.....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I: LA CULPABILIDAD.....</b>	<b>12</b>
1.1. CULPABILIDAD.....	12
1.1.1. TEORÍA CLÁSICA .....	15
1.1.2. TEORÍA NEOCLÁSICA .....	17
1.1.3. TEORÍA FINALISTA .....	18
1.1.4. TEORÍA FUNCIONALISTA .....	21
1.2. ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD .....	26
1.2.1. IMPUTABILIDAD .....	26
1.2.2. CONCIENCIA DE ANTIJURIDICIDAD .....	30
1.2.3. INEXIGIBILIDAD DE ACTUAR DE FORMA DISTINTA....	33
1.3. LA CULPABILIDAD EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	36
<b>CAPÍTULO II: EL ERROR DE PROHIBICIÓN .....</b>	<b>40</b>
2.1. CLASES DE ERROR DE PROHIBICIÓN .....	44
2.1.1. ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO .....	44
2.1.2. ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO .....	48
2.1.3. ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE .....	49
2.1.4. ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE .....	54
2.1.5. DOBLE ERROR DE PROHIBICIÓN .....	57



<b>CAPÍTULO III: EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Y EL</b>	
<b>ERROR DE PROHIBICIÓN .....</b>	<b>60</b>
3.1. LA PROSCRIPCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DEL CONOCIMIENTO	
DE LA LEY PENAL .....	<b>60</b>
3.2. EL PROYECTO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL,	
REGULACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN Y SU ELIMINACIÓN .....	<b>67</b>
3.3. EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LA REFORMA DE DICIEMBRE DEL	
2019 AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL .....	<b>74</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>81</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>83</b>
<b>REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>84</b>



---

**Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio  
Institucional**

---

CESAR CLODOMIRO VANEGAS FAJARDO en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "El Error de Prohibición como elemento negativo de la culpabilidad y su contexto en el Código Orgánico Integral Penal", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 06 de octubre de 2021.

CESAR CLODOMIRO VANEGAS FAJARDO

C.I: 0105625628



### Cláusula de Propiedad Intelectual

---

César Clodomiro Vanegas Fajardo, autor del trabajo de titulación "El Error de Prohibición como elemento negativo de la Culpabilidad y su contexto en el Código Orgánico Integral Penal", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 06 de octubre del 2021

César Clodomiro Vanegas Fajardo

C.I: 0105625628



## **DEDICATORIA.**

*Este trabajo va dedicado a mi padre, quien no se encuentra en cuerpo presente, pero sí en mis memorias.*

*A mi madre y mi hermana Noemi, mis pilares fundamentales.*

*Mi sobrino Agustín, motivo de felicidad en estos tiempos difíciles. Mi querido Lucas, mi fiel compañía,*

*ahora guardado en mi corazón; y, todas aquellas*

*personas que han sido parte permanente*

*y fugaz en mi camino, pero que, han dejado una*

*huella imborrable en el transcurso de mi vida.*





## **AGRADECIMIENTOS.**

*A mi madre, quien con su paciencia me  
ayudado a transitar por el camino correcto  
y darle un mayor sentido a la vida,  
quien con su ejemplo y valentía  
me ha demostrado como superar  
las adversidades.*

*Mis compañeros de aula, de quienes  
me llevo gratos recuerdos  
y grandiosas amistades.*

*A mi director de tesis Dr. Simón Valdivieso,  
quien se ha tomado la molestia de ayudarme  
en el presente trabajo con la consideración  
y debida diligencia que lo caracteriza, digno  
de su valía como profesional y catedrático.*



## INTRODUCCIÓN.

El Código Orgánico Integral Penal, dentro de su contexto previene en su contenido la vinculación propia de la dogmática penal referente a la Teoría del Delito, siendo así que su contenido respecto a la infracción, la prescribe como aquella “*conducta típica, antijurídica y culpable*”, como bien se refiere su artículo 18 en torno a su conceptualización.

Ahora bien, dentro de la teoría del delito, existen instituciones propias de dicha teoría, que permiten llegar a la conclusión de un análisis complejo y exhaustivo, pero que permite en sí poder tomar una decisión acertada ante un supuesto acto que ha tenido mérito de conocimiento e investigación, así también de aquel agente que lo ha realizado, y, de ser el caso poder llegar a determinar eficazmente su culpabilidad o su absolución.

Dentro de estas instituciones propias de la teoría del delito, se encuentra el Error de Prohibición, mismo que, según la doctrina es parte fundamental de la culpabilidad, en donde el sentido que se ha dado a esta institución puede excluir a la culpabilidad del agente si concurren situaciones que cumplen con las características del mismo.

Ahora dentro del Código Orgánico Integral Penal, dentro de su proyecto se encontraba establecida esta institución, pero que lamentablemente a través de un veto parcial realizado por el entonces presidente de la República Rafael Correa fue eliminado. Este hecho llevó a tener una supuesta ausencia del Error de Prohibición dentro de la culpabilidad que se encuentra prescrita en el artículo 35 del código, pero de igual manera, surgió una interrogante, al momento de analizar el artículo 34, en donde taxativamente encontramos lo que el mismo artículo refiere al “*conocimiento de la antijuridicidad de su conducta*”, entonces siendo así ¿nos encontramos ante una eliminación de esta figura? O a su vez, al partir de lo determinado



en dicho artículo, se puede decir que es admisible la utilización de esta institución. El análisis realizado nos conlleva a develar que su utilización es completamente factible.

Pero, indistintamente de esa situación, las reformas al código implementadas en diciembre del 2019, y que, entraron en vigor en junio del 2020, consideran al error de prohibición en la norma, particular de gran trascendencia en torno de una aplicación adecuada de la teoría del delito a los diversos casos que tienen mérito de una acción penal, por el cometimiento de un injusto. En su defecto, eso no significa que la actual regulación implementada en relación a esta figura, sea concluyente y que no tenga interrogantes referentes a su correcta aplicación de acuerdo a la realidad ecuatoriana, y nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, este trabajo se encuentra encaminado a ver las valoraciones positivas las adversidades que se pueden generar, para que así, en un futuro cercano, su desarrollo tenga mayor amplitud y de esa forma, se pueda encaminar al Derecho Penal ecuatoriano, por una senda, que permita tener sentencias acertadas y contenidas en verdadera justicia.



## CAPÍTULO I

### LA CULPABILIDAD.

Cuando hablamos de culpabilidad, ésta abarca una gran importancia ya que es uno de los presupuestos más trascendentales dentro de la teoría del delito, pues, determina no sólo la aceptación de los elementos del tipo penal en el cuál recae la conducta del individuo, es decir que el acto, típico y antijurídico cometido, sino que, se conduce hacia un análisis sobre la responsabilidad que recae en una persona que cometió dicho injusto, y, a su vez determinar la posibilidad de que a través de una sentencia se le pueda imponer una condena o pena. Partiendo desde una revisión histórica del concepto del delito, nos permite comprender sus distintos elementos y el contenido asignado a cada uno de ellos y, como se llegó al concepto normativo de culpabilidad, que de manera predominante se sigue en la actualidad.

Según señala Velásquez Velásquez<sup>1</sup>, la actual teoría del hecho punible tiene su antecedente más antiguo en el mundo del Derecho Italiano de los siglos XVI y XVII, desde una mirada enfocada en el iusnaturalismo donde se distinguía entre imputatio facti (parte externa y objetiva del delito) e imputatio iuris (parte interna y subjetiva del delito).

Según Carrara<sup>2</sup>, la imputación social es una labor del legislador que debe reunir una serie de condiciones como: El hecho debe ser punible al sujeto moralmente, de manera que debe cometerse con voluntad inteligente y libre, no bastando casualidad física. Para que una acción pueda ser imputada como un delito, este acto deber ser una que se determine como reprochable. La imputabilidad era una característica de la acción humana y no del sujeto que

---

<sup>1</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (Fernando). **Derecho Penal Parte General**. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2º Edición ampliada y corregida, 1995, p. 285.

<sup>2</sup> CARRARA citado por AGUDELO BETANCUR, **op. Cit.**, p.6.



la realiza. La acción debe causar en sí misma un daño a la sociedad, y que dicha acción se encuentre prevista en la ley. Por su parte, cuando hablamos de la imputación civil, es realizada por un juez cuando declara a un aspecto responsable de un hecho. Para ello, dicho juez que determina o declara este aspecto realiza a su vez tres imputaciones dentro de este hecho que son:

- Física, donde se exige la relación de la causalidad física.
- Legal, al indicar que dicho hecho se constituye en un delito conforme a la ley.
- Moral, aquí lo que se considera es que el individuo actuó con pleno conocimiento y voluntad.

Estos aspectos han sido plenamente analizados dentro del concepto de delito elaborado por Carrara, quien manifiesta “para quien el delito es una infracción a la ley del Estado dirigida a proteger la seguridad de los ciudadanos, en consecuencia, de un acto externo del individuo que puede ser positivo o negativo, y que es moralmente imputable y socialmente dañoso.” (Agudelo Betancur, 1996)

En este contexto vemos claramente que se encuentran determinados claros elementos del esquema de la teoría del delito como son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, pero hay que tomar en cuenta que lo manifestado por Carrara se encuentra asociado dentro de la fuerza moral subjetiva del delito, sin distinción las unas de las otras.

Agudelo Betancur<sup>3</sup> indica que el llamado esquema carrariano mantenía un carácter bipartito distinguiendo entre el aspecto objetivo (comportamiento externo dañoso) y subjetivo (conciencia y voluntad con capacidad para delinquir), aunque manifiesta que para llegar a sancionar a un individuo se requieren dos aspectos preponderantes para aquello que

---

<sup>3</sup> AGUDELO BETANCUR (Nodier). **Curso de Derecho penal. Esquema del Delito**. Santa fe de Bogotá: Ediciones Nuevo Foro Penal, 1996, p 3.



son: la llamada imputación civil, y, que dicha imputación civil depende de igual manera de otro aspecto que es la imputación social.

De lo expuesto, se avizora que dentro del Derecho Italiano, como escuela positivista desarrolló un concepto de delito, minimizando el estudio del delito, ya que a manera de explicación Ferri manifiesta que debe considerarse dentro de la Escuela Clásica el estudio e implementación de aspectos y consideraciones sociológicas y psicológicas, es decir, desde el aspecto de la Sociología Criminal, es decir que según él, esta escuela mantiene cuatro elementos: sujeto, objeto, acción, y daño, donde razona que da como resultado una clase de garantía para el individuo y la correcta aplicación del ordenamiento jurídico sobre el injusto cometido de ser el caso.<sup>4</sup>

En 1902 por su parte Von Litz y Von Beling pusieron en la palestra el concepto de la antijuridicidad objetiva, en la cual determinan que los hechos podían considerarse como lícitos e ilícitos, independientemente de la relación moral que puede tener el sujeto con ellos y de ahí se parte a la idea de la antijuridicidad y la culpabilidad como conceptos distintos pero que a su vez estos son necesariamente complementarios.<sup>5</sup>

Esto fue complementado de mejor manera cuando Von Beling estableció que dentro de la tipicidad debía tomarse en cuenta el principio de legalidad, como parte intrínseca de este, de esta manera el delito contiene una nueva concepción determinada como “*acción típica, antijurídica y culpable.*” (Zaffaroni R. , 1985)

Desde esta nueva concepción las diversas teorías que estudian a la culpabilidad consideran desde su posición varios aspectos que analizaremos a continuación:

---

<sup>4</sup> FERRI, citado por AGUDELO BETANCUR, **Ibid.**, p 15.

<sup>5</sup> AGUDELO BETANCUR, **op. Cit.**, p. 286.



### 1.1.1. TEORÍA CLÁSICA.

Esta teoría con sus máximos exponentes en Franz Von Liszt y Ernst Von Beling determinan que en cuanto a la acción, ésta deviene del naturalismo propio y Von Liszt lo define como “*la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior*”. (Von Liszt, 2005)

Para Von Liszt el delito goza de cuatro características que se devienen en ser una acción, que es antijurídica, susceptible de ser culpable y que se encuentra sancionada con una pena, que trata de relacionar el hecho antijurídico con la persona de su autor, es decir la imputación de aquel hecho al autor, condición que es necesaria en una interrelación subjetiva. A esta relación entre hecho y autor Von Liszt la refiere como *Schuld in materiellen Sinne* que vendría a ser lo que denominamos como culpabilidad en sentido material. En este sentido el juicio de culpabilidad es el juicio de la imputación, mismo que tiene va de la mano con un segundo elemento dentro del juicio de la culpabilidad con dos particulares que serían el dolo y la imprudencia, que van a dilucidar que el individuo estuvo en la posibilidad de conocer el significado antisocial del comportamiento con el que actuó, o el haber podido conocer y debió saberlo.

Cuando hablamos de tipicidad esta se determinaba de una conformación de elementos externos o descriptivos y que da paso a una conjetura dentro de la antijuridicidad y esta a su vez se refería a la contradicción entre la conducta del individuo y el ordenamiento jurídico, sin tomar en cuenta la lesión que se ocasionaba en el bien jurídico protegido.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> AGUDELO BETANCURT, **op. Cit.**, p. 32.



Ahora bien, cuando hablamos de culpabilidad Velásquez indica que se refería a *“todos los procesos espirituales y psíquicos que se desarrollan en el interior del autor, concibiéndose la imputabilidad como presupuesto de aquella, y el dolo y la culpa como formas o especies.”* (Velásquez Velasquez, 1995)

De acuerdo a esto, para la escuela clásica al haber considerado a la acción típicamente antijurídica tanto en el aspecto objetivo, así como la parte subjetiva del delito, estas características estaban dentro del elemento de la culpabilidad. Pero, a pesar de ser un modelo y una idea bastante simplificada que reúne la totalidad de los elementos determinantes dentro de la teoría del delito, existen algunas falencias que se pueden determinar en varios aspectos, ya que, la omisión debe estudiarse dependiendo de las valoraciones que puedan apreciarse, más no de la constatación de la realidad, de igual manera, la existencia de los elementos normativos y subjetivos del tipo no se encuentran constituidos solamente a los aspectos objetivos.

### **1.1.2. TEORÍA NEOCLÁSICA.**

Con esta escuela se apostó un nuevo término que le da un sentido mucho más amplio al concepto de delito, mismo que determina a la imputabilidad, este nuevo elemento que se introduce es determinado como las causas de exclusión de la culpabilidad.

En este sentido la culpabilidad se toma como la reprochabilidad de la conducta, misma que es desarrollada previamente por BINDING, esta pasa a determinar a la culpabilidad ya no como parte de la acción como tal, sino que adquiere su autonomía como una categoría individual y autónoma dentro de la teoría del delito. Radbruch, Mezger y Sauer,





-buscaron introducir el enfoque material y la idea de valor como un puntal en esta nueva forma conceptual en la concepción del delito, dando un cambio esencial al mismo-.<sup>7</sup>

En relación a la tipicidad se fijó elementos normativos y subjetivos directamente en el tipo, “*el reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto rompieron el esquema objetivo y subjetivo*” (Zaffaroni R. , 1985), como por ejemplo “ocultar su deshonra” como se encontraba prescrito en el artículo 420 del Código Penal Ecuatoriano de 1938.

Por otra parte, ante lo expuesto, la antijuridicidad dejó de ser la simple transgresión a la norma para ser una teoría normativo-psicológica, ya que al revisar desde el punto de vista normativo es necesario si la conducta era reprochable al individuo. Es decir, dentro del esquema neoclásico lo que se debe verificar es si el sujeto pudo o no haber actuado con esa conducta. La culpabilidad se transformó de una concepción meramente sicologista a un reproche al autor, con lo que se dio respuesta a dicha concepción, pese a la existencia del hecho doloso, el reproche de culpabilidad en caso de la incapacidad de culpabilidad, ya que para atribuírsela debía exigírsele la voluntad sobre el hecho, por lo que la culpabilidad y el dolo, este reproche de culpabilidad no se dirigía hacia el concepto negativo de la falta de representación del resultado, sino contra la falta de atención por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado. De acuerdo a Righi, la introducción de la noción de reprochabilidad permitió que se pudiera medir la pena, según el grado de culpabilidad del autor frente al hecho. (Righi, La culpabilidad en materia penal, 2003)

### **1.1.3. TEORÍA FINALISTA.**

---

<sup>7</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, **op. cit.**, p. 288.



La concepción finalista cuyo origen se le atribuye a Welzel, buscó en su estudio darle principalmente un sentido a lo que denomina “...*ser real de la acción humana en el concepto central de la teoría del delito*” (Welzel H. , 1956)

El planteamiento que define al finalismo se establece entre lo real y el Derecho, basándose desde una posición del subjetivismo al objetivismo, donde el objeto del conocimiento se prescribe al sujeto, donde la idea del respeto a ciertos valores y principios tienen una mayor consideración, donde la acción es “*el ejercicio de una actividad final*” (Welzel H. , 1956), esta finalidad determina la previsibilidad del hombre sobre las consecuencias de su obras y fines.

A través del finalismo los conceptos intrínsecos o más bien dicho, los elementos del concepto del delito padecen un cambio dentro del aspecto objetivo y subjetivo; donde en el ámbito objetivo se encuentran determinados específicamente aquellos elementos normativos, descriptivos y subjetivos del injusto, y, el segundo ámbito se refiere a la voluntad del individuo, ya sea a través del dolo o la culpa, por lo que pueden existir tipos de acción y de omisión que pueden ser considerados tanto como dolosos o a su vez como culposos. Para el finalismo, al ser ese ejercicio final de la actividad humana, la acción no es ciega sino final, es decir deben consistir en una finalidad determinada de aquel obrar consciente.

*La fase interna tiene los siguientes elementos:*

- a) El objetivo que se pretende conseguir;*
- b) Los medios empleados para su consecución;*
- c) Las posibles consecuencias secundarias que se vinculan al empleo de los medios que pueden ser relevantes o irrelevantes desde la perspectiva jurídico penal.*

*La fase externa se integra de la siguiente manera:*



- a) *Es la puesta en marcha, la dinámica de los medios para realizar el objetivo principal;*
- b) *El resultado previsto y el o los resultados concomitantes, y;*
- c) *El nexo o relación causal.* (Márquez Piñero, 2016)

La antijuridicidad se basa en esencia de manera formal y material, la una determinando aquella (*acción típica contraria al derecho sin que concurra causa de justificación alguna*) y la material (*dañosidad social*) (Camacho Morales , Montero Montero , & Vargas González, 2005)

Entonces hablamos de antijuridicidad como aquella “*desaprobación de un hecho realizado por un autor determinado, siendo el injusto personal*” (Velásquez Velasquez, 1995).

Con estos antecedentes a modo de ejemplo debemos considerar que, si el autor realiza aquella acción de manera voluntaria en sentido estrictamente material, pero que dicha voluntariedad ha sido propuesta se mantiene el carácter final de la acción, pero en cambio si dicha acción son resultados que no han sido propuestos, nos encontraremos ante un resultado causal pero no final, tendríamos en este sentido el primer elemento del delito, pero sin embargo al no haberse propuesto dicho resultado nos encontraremos ante una acción con ausencia de dolo, por ende no cabría la acción jurídico penal, por ésta ausencia del dolo que es exigido para determinar una responsabilidad por su conducta, en el caso de la apropiación de un bien inmueble por ejemplo.

Dicho esto la culpabilidad carece dentro de esta teoría de los elementos de dolo y culpa, ya que éstas se encuentran en el elemento subjetivo del tipo, a esto Welzel se refiere de la siguiente forma: “*El reproche de la culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no es un sentido abstracto de que algún hombre*



*en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esta situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma. Este reproche tiene dos premisas: 1) Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma. 2) que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto”.* (Welzel H. , Derecho Penal Alemán, 1993)

El finalismo se complementó y definió dentro del análisis realizado por la teoría de los delitos de omisión, que se encuentran determinados como aquellos hechos punibles dentro de los delitos dolosos y los culposos por comisión, dándole un sentido especial al hecho punible que no resulta abarcado por el concepto final de acción, que mantiene aspectos desarrollados para el delito de comisión, Kaufmann afirma que, *“la finalidad se basa en que le hombre gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos.”* (Campoverde Nivicela, Orellana Izurieta, & Sánchez Cuenca, 2018)

Aunque existan críticas al finalismo en relación a la concepción finalista de la acción, no es menos cierto sobre la importancia de la implementación sobre los actos voluntarios que han generado un reproche, que permiten ver el esquema del dolo o imprudencia que pudo generar dicha acción, o aquellas conductas omisivas que ahora son objeto de apreciación para la determinación de responsabilidades.

#### **1.1.4. TEORÍA FUNCIONALISTA.**



Esta teoría ha influenciado dentro del Derecho Penal actual, mismo que su pensamiento viene marcado en gran medida desde las direcciones del funcionalismo estructural de PARSONS y el funcionalismo sistémico de LUHMANN mismos que han aportado de manera significativa dentro de esta rama del Derecho, pero su mayor expositor es Günther JAKOBS, quien estableció un nuevo paradigma dentro de las categorías dogmáticas, manifestando que no pueden realizarse estas a través de la fundamentación ontológica.

Dentro del funcionalismo tenemos varios tipos que se han desarrollado, pero nos detendremos a señalar los más importantes.

MALINOSWSKI, determina el funcionalismo absoluto, en donde considera que *“cada costumbre, cada objeto material, cada idea y cada creencia desempeña una función vital, tiene una tarea de llevar a cabo, constituye una parte indispensable de una totalidad orgánica, además la unidad de la cultura es el fundamento de la integración de la sociedad.”* (Malinowski, 1957), en tal razón aquí se atribuye los elementos de la del conjunto de la función especializada que en resulta y hace necesaria a todas la partes para completar la función del objeto.

MERTON, por su parte realiza el funcionalismo relativizado, en donde se acepta la funcionalidad de la sociedad, para lo que señala que *“no es posible afirmar que todo elemento social o cultural realice necesariamente una función indispensable y que además, puede haber disfunciones cuando una parte del todo actúa como un obstáculo del mismo”*. (Merton & Cataño, 1980), aquí establece conceptos comparativos como funciones manifiestas, latentes y disfunciones dentro de una sociedad.

El Funcionalismo Estructural de PARSONS; el estructuralismo centra su atención bajo la premisa conceptual de la *“estructura social”* como objeto de análisis dentro del



campo sociológico, se inicia al admitir que es posible conformar conjuntos diferentes, en virtud de las diferencias presentes en los mismos. En este sentido, la estructura es aquella representación mental de las partes de un todo, con ello se basa en una interrelación de distintas partes que buscan de una u otra manera la forma de constituir el objeto.

Cuando Parsons intenta definir a la sociedad de manera conceptual utiliza la interacción donde manifiestas que *“la teorización de la sociedad –cualquier sociedad- resulta entonces una complejización del modelo simplificado de la doble contingencia en que sólo anotamos la presencia de dos actores”*. (Parsons, 1977)

Basado en esto el concepto de la acción social en la teoría de PARSONS, surge del actor que interactúa en escenarios con otros individuos, por lo que el titular de la acción social es el actor, quien cumple un papel en relación a los demás, es decir realiza diversos roles dependiendo los escenarios en los que se encuentre. Para PARSONS, la acción social debe ser estudiada en sus dos dimensiones (estructura y funcionamiento).

- La estructura que tiene cuatro objetos: psicológicos, físicos, culturales y sociales.
- El funcionamiento que tiene tres aspectos: catético, cognitivo y evaluativo.

(Montero Cruz, 2008)

LUHMANN por su parte determinó que la sociedad como tal es un sistema de compuesto de comunicaciones y no de seres humanos.<sup>8</sup>

En relación al sistema la sociedad como tal sigue sus propias reglas, es decir presupone la existencia de seres humanos con lo que es *“es impensable una sociedad sin*

---

<sup>8</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La Normativización del derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva del a comunicación?”, en Teoría de Sistemas de Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación, Ara, Lima, 2007, p.241. “Esto no quiere decir que el hombre sea valorado como algo menos importante en comparación con los aportes tradicionales. Quien piense esto no ha comprendido el cambio de paradigma en la teoría de sistemas.”



*seres humanos, y está condicionada en su configuración por acciones humanas, pero éstos no son parte de la sociedad, sino que sistemas psíquicos y sistemas sociales son totalmente independientes*". (Feijoo Sánchez, 2007)

LUHMANN, manifiesta sobre la importancia que tienen las personas dentro de la sociedad, pero no componen el sistema como tal, meramente son partícipes de una comunicación que los repercute, por ello sus acciones son aquella expresión de un sentido social, es decir el factor de la comunicación es determinante dentro del concepto de sociedad, a lo que el autor lo denomina como "acoplamiento estructural".<sup>9</sup>

Dentro del campo del Derecho, LUHMANN, manifiesta que el sistema es comunicativo y dentro de aquello se refiere al mundo del Derecho como un subsistema en el que *"el Derecho es un sistema autorreferencial que procesa automáticamente información, crea sus mundos de sentido, se fija objetivos y fines, construye su realidad y expectativas."* (Feijoo Sánchez, 2007)

LUHMANN, manifiesta que el Derecho está desapegado de la ética, moral y política, ya que *"el Derecho no es ni política, ni economía, ni religión, ni educación. No produce obras de arte, ni cura enfermedades, ni distribuye noticias. Sin embargo, no podía existir si todas estas cosas no se dieran. Así, como todo sistema autopoietico, el Derecho sigue dependiendo en gran medida de su entorno"*. (Luhmann, 2007)

Luhmann en base a su estudio, fue un influyente muy importante dentro del funcionalismo implementado por el mayor exponente de la teoría funcionalista que es Günther Jakobs, mismo que dentro de su teoría de la pena, manifiesta sobre la base de un entendimiento comunicativo del hecho que contradice a la norma y la pena entendida como

---

<sup>9</sup> Estos proporcionan interpretaciones e irritaciones, que deben entenderse que dentro de un sistema, la autopoiesis define las realizaciones de otro sistema, y en sí, relacionarlas como parte de ese mismo sistema.



respuesta al injusto, por lo que “*la pena es la muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable, con lo que surge un mal en donde la pena tiene como cometido, a estabilización de la norma lesionada*”. (Jakobs, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, 1997)

Este comunicado realizado por la norma no va dirigido en particular hacia el delincuente, es decir, que se encuentra dirigido hacia los individuos quienes conforman la sociedad, por lo tanto, manifiesta que la pena, no opera en sí hacia el delincuente en reproche de su conducta, sino que en el sentido de comunicar el efecto que conlleva su actuar.

Para JAKOBS el concepto de sociedad, no recoge a la totalidad de los miembros de ésta, sino que se basa a través del Estado, como único aplicador del *Ius Puniendi* (pena), en fusión de varios criterios como ciudadanía y territorialidad, ya que, la sociedad sólo existiría cuando se garantice un “*contexto de comunicación mediante normas (y no mediante Estados o bienes los cuales serían solamente el reflejo de la norma)*”. (Cárdenas Gómez, 2011)

El funcionalismo radical implementado por JAKOBS, mantiene una propuesta de tres características que son: (sociedad, norma y Derecho Penal). Esto lo dilucida como parte de esa necesidad de entender el Derecho como parte de un sistema social, por lo que sólo se puede explicar a través de conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y de la función de la normatividad, pues cuando hablamos de aquellos conceptos particulares dentro del campo penal, no serían suficientes<sup>10</sup>. De igual manera, dentro de la sociedad el Derecho Penal puede incidir con el fin de recordar a ésta el respeto a lo normado. La protección de la norma se basa principalmente a aquellas que requieren especial atención,

---

<sup>10</sup> JAKOBS, determina que la vinculación de la perspectiva externa tendría ocurrencia siempre en la dogmática de forma inconstante, a través de lo justo, como en el caso de la imputación objetiva. Ver JAKOBS, “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”, p.22 y s., 38.





por no ser aseguradas por cognición de manera efectiva, es decir existen normas que no requieren ser muy atendidas porque son parte de la racionalidad y que no requieren una protección especial, pero en cambio, existen normas constitutivas en la sociedad, que han sido elaboradas por su carácter circunstancial, y están determinada por la posibilidad de que el individuo las infrinja, es por eso su necesidad y su vigencia, garantizando a través de la sanción. (Jakobs, Bases de la Teoría Funcional del Derecho Penal, 2000)

Claus Roxin quien idealiza el denominado “funcionalismo moderado”, por su parte constituye la categoría de responsabilidad, misma en la que determina “tras la antijuridicidad, una valoración ulterior”, donde se instaura la culpabilidad y la pena preventiva, basada la culpabilidad en la “asequibilidad normativa” misma que se encuentra compuesta de igual forma con el “consentimiento del libre albedrío” que no se debe ni procura demostrar, tratando al ser humano como un ser libre.

Su análisis encaminado desde una perspectiva neokantiana, valorativista y desde un enfoque de sistema abierto, pretende modificar la estructura del delito para que se dirija hacia un propósito que debe estar intrínseco a la política criminal, del Estado y la carta magna. El funcionalismo en el que se enfoca ROXIN, se denomina como el funcionalismo teleológico o moderado.

La tipicidad objetiva tratada y concebida por ROXIN se basa en dos enfoques: descriptiva y normativa, la primera basada en la “*descripción de la acción*” del individuo como por ejemplo la persona que mate a otra; en cuanto a la normativa se debe revisar la acción típica y la causalidad, sobre todo en los delitos de resultado.

Para ROXIN la culpabilidad se determina en que “*la acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir, ha de poder hacerse responsable de ella al autor, la misma se le*



*ha de poder, como mayoritariamente se dice, “reprochar”.* (Roxin, Derecho Penal Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997)

El presupuesto de imputabilidad o falta de culpabilidad, que deviene tanto entre justificación y exculpación, se trata en el hecho de que una conducta que es justificada se encuentra debidamente prescrita por el legislador, por ende, permitida y soportada por todos los individuos, mientras tanto la conducta o acción que es determinada como exculpada no es aprobada, por ende, prohibida.

## **1.2. ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD.**

### **1.2.1. IMPUTABILIDAD.**

Al ser el delito un acto, típico, antijurídico y culpable, existen presupuestos que deberán cumplirse con el fin de llegar a determinar la culpabilidad. La doctrina coincide en este punto que el hecho antijurídico ha de ser *imputado* a quien lo cometió.

Desde Von Liszt se ha acogido el término de *culpabilidad*, el mismo que lleva intrínseco a la imputabilidad, para poder exigir la posibilidad de imputación del injusto al individuo que lo realizó, es decir a su autor. De tal manera, la *“imputación personal tiene la ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata sólo de atribuir el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor: no se castiga una culpabilidad del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor”*. (Mir Puig, 2015)



La imputabilidad o llamada capacidad de culpabilidad, está sujeta al conjunto de facultades mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, *“quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por surgir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable,, por consiguiente, no puede ser hecho responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos.”* (Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 1990)

La capacidad de culpabilidad en concreto no se determina de manera absoluta al objeto de conocimiento teórico y esto es debido a circunstancias que conllevan también a determinar la posible existencia de estados mentales anormales, como enfermedades, perturbaciones de la conciencia. En sí, *“la capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo); la capacidad de comprensión de lo injusto y la determinación de la voluntad (conforme a sentido). Sólo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad.* (Welzel H. , Derecho Penal Alemán, 1993)

Si no se da esta capacidad, no puede determinarse tampoco la punibilidad concreta sobre el injusto cometido, de ahí que, dicha culpabilidad también quedaría excluida cuando la incapacidad de comprensión del injusto descansa sobre estos estados mentales, también cabe tomar en cuenta que dicha capacidad también se encuentra ligada a la edad del individuo que cometió el injusto, que claramente se deben encontrar señalados dentro de la norma.

Welzel determina los grados de capacidad de culpabilidad del individuo que a coetido un acto delictivo, y que conforme nuestro ordenamiento jurídico, se determina la relación de ciertos casos, obvias diferencias en otros en contorno a las actuales necesidades y cambios que han regido dentro del campo del Derecho Penal entorno a la evolución de la imputabilidad y que se encuentra expresado de la siguiente manera:



- a) Incapacidad de culpabilidad del niño.<sup>11</sup>
- b) Capacidad eventual de culpabilidad del joven (adolescente).<sup>12</sup>
- c) Capacidad eventual de culpabilidad del sordomudo que a causa de su dolencia es retardado mental. A esto hay que determinar que la culpabilidad y por ende la imputabilidad se han generado cambios al respecto ya que en nuestra legislación como en la doctrina se determinan aspectos en torno a la psiquis del individuo que cometió el injusto. Dentro de nuestra legislación se determina de forma clara la situación de inimputabilidad o causa de inculpabilidad en ciertos casos.<sup>13</sup>
- d) Capacidad de culpabilidad de los mayores de 18 años, de la que sólo será comprobada dicha capacidad cuando existan ciertas dudas. De lo que debemos determinar la imputabilidad del individuo relacionado con el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

En relación a la incapacidad mental de una persona podemos referir que, *“el delito requiere determinada capacidad psíquica del agente cada vez que en uno de sus niveles analíticos se demanda se demanda la presencia de un aspecto o contenido subjetivo: es necesaria cierta capacidad psíquica para que haya conducta o, lo que es lo mismo, haya una capacidad psíquica tan profunda que elimina directamente la conducta.”* (Zaffaroni E. R., 2002)

---

<sup>11</sup> **Art. 307.- Inimputabilidad y exención de responsabilidad de niños y niñas.** – Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio-educativas contempladas en este Código. **Fuente especificada no válida.**

<sup>12</sup> **Art. 306.- Responsabilidad de los adolescentes.** – Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en el *Código Orgánico Integral Penal* estarán sujetos a medidas socio-educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del presente Código. **Fuente especificada no válida.**

<sup>13</sup> **Art. 35.- Causa de inculpabilidad.** – No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental, debidamente comprobados. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014)



A su vez, Pufendorf por su parte, utilizaba dos expresiones para explicar el concepto de imputación: la *imputativitas* y la *imputatio*. La primera determinada por los “presupuestos materiales” de la imputabilidad y las condiciones de las posibles causas de exclusión que las determinaba, mismos que se basaban sobre la *acción* voluntaria de quién las realiza, desarrolló la idea de la acción libre es intrínseca en el entendimiento y la voluntad, mismo que lo determina como libertad de acción. Por otro lado, sobre la *imputatio* se refiere a aquellos actos judiciales de comprobación de acuerdo a la concurrencia de los elementos prescritos en la *imputativitas* y la continuación de la valoración del suceso. (Pérez Godoy, 2016)

Con estos precedentes podemos decir que, la imputabilidad se refiere a que al momento de realizar la acción, el individuo que cometió injusto, tiene la capacidad para poder comprender el ilícito de su acción, y en efecto de determinarse de acuerdo a la comprensión del mismo, igualmente la *capacidad de culpabilidad* se encuentra asociada de acuerdo a la edad de quien comete dicha acción, razón por la cual la norma determina los casos posibles en que la imputabilidad no cumple con dichas reglas y en efecto conllevaría a determinar la imputabilidad del mismo.

### **1.2.2. CONCIENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.**

Cuando tratamos a la antijuridicidad, aquí no se da importancia a la condición psíquica del autor del injusto como en el caso de la culpabilidad, lo que se determina es la situación de si el autor comprende o no la ilicitud de su conducta.

Nuestro código se refiere a la antijuridicidad en su artículo 29 de la siguiente manera  
“Para que la conducta sea penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o



*lesionar, sin esta causa, un bien jurídico protegido por este Código” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014)*

Es entonces que debe existir una norma previa que determine la protección a dicho bien, ya que, sin la existencia del mismo entraríamos a lo definido en el aforismo *“nulla crime, nulla pena, sine lege”*. En razón de aquello *“la combinación de elementos físicos y normativos que caracteriza toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, empezando por el de la función del Derecho”* (Bolaños Gonzalez, 2005). De tal forma, entendiendo que *“el Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa e impone penas o medidas de seguridad”* (Welzel H. , Derecho Penal Alemán, 1993), éstas van estableciéndose de acuerdo a que la acción humana es aquel ejercicio de actividad final, donde la persona gracias a su saber causal, puede prever dentro de los criterios límites, las consecuencias posibles de su actividad, y, debido a la posible transgresión de derechos de terceros, dichos límites van en sentido de la prohibición que se verán plasmados en la norma. Ahora, los límites o más bien dicho, éstas prohibiciones expresadas mediante aquel mandato legal, deben determinar aquel comportamiento como un hecho que debe ser descrito en dicha norma penal, para determinar las posibles responsabilidades ulteriores ante la transgresión de la norma, ya que, *“ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal”* (Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 1990)

Esto a su vez debe contener cuatro consecuencias determinadas dentro del principio de legalidad, que son: la prohibición de la analogía; la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena; la prohibición de retroactividad; y,



la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas. (Roxin, Derecho Penal Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997)

Ahora, cuando hablamos de lo antijurídico hablamos de la contradicción con el Derecho, ello debe entenderse como: *“Para la protección de la convivencia de la persona en la comunidad el legislador establece normas jurídicas. Estas últimas o prescriben un hacer positivo que afecta a valores dignos de promoción o prohíben un comportamiento lesivo de alguno de aquéllos, las normas jurídicas consisten, así pues, en mandatos o en prohibiciones.”* (Hans-Heinrich & Weigend, 2014). De igual manera Jiménez de Asúa señalaba que *“la antijuridicidad es lo contrario al Derecho”*. Por lo tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho. De igual modo Roxin manifiesta que *“una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad.”* (Roxin, Derecho Penal Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997)

Desde el punto de vista objetivo, la antijuridicidad es un juicio de valor del acto, que no se relaciona con la culpabilidad del autor y la norma.

Toda conducta típica es generalmente antijurídica, por ello se dice que la tipicidad tiene un valor indiciario respecto a la antijuridicidad (MAYER). Es decir, el legislador concreta la antijuridicidad valorando la conducta al momento de formular y prolongar la norma, el juez lo hace en el momento que enjuicia la conducta construida como típica. (Zavala, 2014)

Entre la distinción del hecho típico y la norma, la cualidad jurídicamente negativa de ese hecho realizado, pero no querido es lo que genera el desvalor de su conducta objetiva, y



no el desvalor de la conducta asumida por su actuar, ante esto se podría determinar lo prescrito dentro del artículo 35 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que podría determinar la inculpabilidad. La contradicción entre la acción del tipo y la norma, se verifican en un juicio objetivo, ya que el daño y su actuar debe ser penalmente relevante, es así que, la antijuridicidad deviene del resultado de un juicio de valor que tiene que recaer sobre sí, indiferente al autor, esto en torno a la antijuridicidad material.

Ahora en cuanto a la antijuridicidad formal, esta se deriva de la ley, es decir de la oposición entre un hecho y la norma. *“En la moderna ciencia del Derecho penal alemana se puso de manifiesto que del mismo modo que existan elementos subjetivos de lo injusto en los tipos, por tanto, es necesario apreciar los elementos subjetivos en las causas de justificación. Es decir, esta tesis ha hallado un amplio eco en la moderna ciencia del Derecho penal español, la opinión dominante considera que el ánimo o voluntad de defensa es un elemento de la causa de justificación de la legítima defensa y estimaba que con la expresión Impulsado se requería un elemento subjetivo en el estado de necesidad como causa de justificación.”*

Por ende, la antijuridicidad es entendida como aquel acto que se encuentra contrario al Derecho, por lo que los Estados han determinado o más bien dicho seleccionado aquellas conductas que pueden tener esa relevancia penal, determinándolos como comportamientos antijurídicos que lesionan a un bien jurídico que es protegido de igual manera por la norma. Pero cabe entender que no todo comportamiento antijurídico puede ser considerado como típico, pero todo actuar típico en cambio si se puede considerar antijurídico, pero puede ser de que la antijuridicidad de su conducta puede ser justificada, en razón de situaciones que conllevan a determinar que su conducta era necesaria en aquel suceso, mismas que se encuentran determinadas en la norma y son: la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber legal, y que, para incluirse dentro de una de estas causa de





exclusión se deben verificar las razones, mismas que deberán ser debidamente probadas para que no se configure la responsabilidad de su contrario actuar a la norma, es decir que su actuar contrario a la norma que en sí sería una situación aparentemente ilegal, pueda tener o convertirse en un actuar lícito demostrable.

### **1.2.3. INEXIGIBILIDAD DE ACTUAR DE FORMA DISTINTA.**

Cuando hablamos de exigibilidad, partimos de la idea que, la mis previene sobre el comportamiento que debe tener un individuo con apego a la norma, misma que protege por un lado bienes jurídicos y por otro la conducta contraria a los preceptos normativos genera un juicio de reproche que puede conllevar a la sanción, es decir que pudiendo actuar de manera distinta el autor no lo hizo, situación que determina a su culpabilidad.

Ahora, al momento de que se configure la *acción típica y antijurídica*, de acuerdo al ordenamiento jurídico, trae consigo un juicio de reproche, más sin embargo puede que este reproche no sería tal si se consideran ciertas situaciones y de tal forma el exculparlo y absolverlo de la pena. *“Al respecto se consideran situaciones extraordinarias de motivación, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de una motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad, el poder en lugar de ello, como por sobre todo en el estado de necesidad penal “exculpante” (...)”* (Welzel H. , Derecho Penal Alemán, 1993)

Entonces, se dice que se a obrado en situación de -no exigibilidad- *“porque se entiende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podía soportar”*. (Mir Puig, 2015)



A esto Zambrano Pasquel manifiesta que: *“Debemos convenir en admitir que en los casos de no exigibilidad la situación del autor es excepcional, que aunque no excluye la posibilidad de autodeterminación lo pone en posición de recibir un gran pacto motivacional que deviene de circunstancias anormales, y aunque el injusto y la culpabilidad puede ser tal que torne innecesario el reproche de culpabilidad jurídico penal así se siga afirmando el desvalor del acto”*. (Zambrano Pasquel, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2016)

La no exigibilidad no es que no signifique ausencia de prohibición en sí, al contrario, ésta debe ser planteada dentro del ámbito de responsabilidad penal del autor, pero *“La no exigibilidad excluye la responsabilidad penal del sujeto, pero no la antijuridicidad del hecho ni su prohibición”* (Mir Puig, 2015)

A esto la Corte Suprema de Justicia se ha referido al respecto, al determinar que: *“la inexigibilidad vendría dada las circunstancias fácticas concretas del individuo en el momento de la comisión del hecho. Es decir, el nexo causal existente entre el acusado y el hecho fáctico del que se le acusa, genera duda en el órgano juzgador respecto a la responsabilidad del acusado, y más aún si tomamos en cuenta la existencia de acervo probatorio suficiente para determinar su culpabilidad”*. (Tráfico Ilegal de Migrantes, 2011)

Ante esto la inexigibilidad debe ser tenida en cuenta por el legislador al tipificar las conductas tomando en cuenta aquellas situaciones que dicha conducta recaiga en la atipicidad, por situaciones que vayan más allá de las posibilidades del individuo común. *“Además, puede ser instrumento valioso para el Juez en la tarea de interpretación y aplicación de determinados tipos delictivos”*. (Aguado Correa, 2011)

No se puede exigir una conducta distinta a un individuo cuando este soporte conductas que son claramente inexigibles, el castigar penalmente dentro de la rigurosidad de la norma penal por una conducta contraria a la norma sin prever dichas situaciones o



elementos que pueden verse involucrados al cometimiento del injusto sería inadecuado. *“Si bien en materia de inexigibilidad, el enunciado tradicional señala que no habría que formular un reproche de culpabilidad al autor, cuando no podía ser exigida otra conducta”*.

(García Falconí, 2014)

Todas las razones que pueden conllevar a la perpetración del injusto, constituyen en sí mismas la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpable, pero no todo delito puede generar una sanción penal, es decir la regla general para la culpabilidad y su posterior sanción es regla general, pero existen excepciones a dicha regla por otros presupuestos que pueden darse en el caso.

#### **1.2.4. LA CULPABILIDAD EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.**

Como ya se ha hablado el principio de culpabilidad determinan la reprochabilidad de una conducta dentro de un Estado Constitucional de Derechos, indudablemente nuestra legislación ha implementado aquello para poder sancionar dichas conductas que transgreden a un bien jurídico al que le ha dado una protección a través de la norma.

Nuestra constitución establece en su artículo 11 numeral tercero lo siguiente: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...) Los derechos serán plenamente*



*justiciables. No podrá alegarse falta de norma para justificar su violación o desconocimiento, para desecar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”*

(Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Esto conlleva una gran relevancia dentro del Derecho Penal ecuatoriano, ya que se debe genera un tratamiento adecuado a cada una de las conductas que pueden determinar la transgresión de un derecho consagrado constitucionalmente, al titular del derecho transgredido y al posible responsable de aquel hecho. Zaffaroni sobre aquello manifiesta *“El principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del Estado de Derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante”*. (Zaffaroni E. R., 2002)

Ahora bien dentro de nuestro anterior Código Penal se trataba como responsabilidad, a diferencia del actual Código Orgánico Integral Penal, mismo que define en la actualidad el concepto de *culpabilidad*, y lo prescribe en su artículo 34 como: *“Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”*. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal (Reformado), 2019)

Es decir, para que exista culpabilidad o responsabilidad penal debe ser en primer lugar imputable y el mismo código determina las situaciones en las cuales se puede incurrir en



causas de inimputabilidad o a su vez las causas de inculpabilidad que puede verse inmersa una persona.<sup>14</sup>

La actual definición de culpabilidad que se reformó en diciembre del 2019, difiere de la normada en la creación de nuestro código, ya que se establecía como:

*“Culpabilidad. - Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”*. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014) Esto lo trataremos más adelante.

Zambrano Pasquel determina a la culpabilidad como *“el ocio de reproche personal que se le formula al sujeto por el delito, cuando teniendo la capacidad general de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse conforme a esa comprensión, en el caso concreto podía obrar de manera diferente cumpliendo con la conducta que le era exigible y que le impone el ordenamiento jurídico”*. (Zambrano Pasquel, Derecho Penal, Parte General, 2006)

Es decir, para determinar una sanción por una conducta penalmente relevante, se debe partir de una exigencia de otros presupuestos para llegar a dicha conclusión, por lo tanto, se debe realizar una valoración subjetiva sobre el hecho, establecer la capacidad de culpabilidad en torno a la imputabilidad, sobre la conciencia de la antijuridicidad de su conducta y por último la inexigibilidad de otra conducta conforme a la normativa.

Empero para conllevar a que el principio de culpabilidad tenga su debida legitimación a través de la norma según lo expresado en líneas anteriores se concluiría en el acervo de

---

<sup>14</sup> **Art. 35 Causa de inculpabilidad.** – No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental debidamente comprobados. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal (Reformado), 2019)



construir en consecuencia y en atención a la teoría del delito contemplada en nuestro ordenamiento jurídico penal una sentencia que legitimaría el juicio de desvalor relacionado a la pena por este actuar, y la norma prevé esa situación que lo determina en su artículo 621 mismo que reza “*Sentencia. – Luego de haber pronunciado su decisión de forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos*”. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal (Reformado), 2019). De igual manera lo prescrito en dicho artículo debe guardar armonía con lo establecido en el artículo 619 numeral segundo<sup>15</sup>, y así mismo lo prescrito en el artículo 622 numeral tercero.<sup>16</sup>

Estas contemplaciones en la norma penal guardan concordancia y robustece de manera eficaz la determinación de la culpabilidad o inculpabilidad conforme a lo establecido dentro de la Constitución de la República cuando hablamos sobre el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva e imparcial, en sujeción al debido proceso.

En este sentido, la culpabilidad como principio establecido en nuestro ordenamiento, en cuanto a la persona, pone el límite de su libertad de actuación a través del *ius puniendi* a través de la legitimación de la pena, garantizando así mismo garantías necesarias para llegar a dicha conclusión bajo lo previsto en el principio y aforismo del “*nulla poena sine culpa*”.

---

<sup>15</sup> **Art. 619.- Decisión.** – La decisión judicial deberá contener: **2.** La determinación de la existencia de la infracción y la culpabilidad de la persona procesada. La persona procesada no podrá ser declarada culpable por hechos que no consten en la acusación. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal (Reformado), 2019)

<sup>16</sup> **Art. 622.- Requisitos de la sentencia.** – La sentencia escrita, deberá contener: **3.** Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal (Reformado), 2019)



## CAPÍTULO II

### 2.1. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

La comprensión del concepto de *error de prohibición* denota: desconocimiento o ignorancia del hecho criminal o de su valoración jurídica; y, su análisis se enmarca en el campo de la culpabilidad.

*“A semejanza de la ausencia del dolo de tipo, así también la ausencia de consciencia del injusto se puede mostrar de dos formas: El autor puede suponer erróneamente que su*



*comportamiento no constituye injusto (idea equivocada positiva) o puede no pensar en absoluto en el injusto (ausencia de idea). Ambas formas han de tratarse del mismo modo, ya que lo esencial es el elemento común de la ausencia de la idea correcta sobre el injusto existente”.* (Jakobs, Derecho Penal, Parte General, 1997)

La predicabilidad del aludido concepto refiere al *error*, esto es: la falsa percepción del agente sobre la realidad, es decir: actuar contrariamente a la percepción social dominante de una comunidad. Aunque se pudiera percibir una diferencia entre: *error* —representación equivocada de la realidad— e *ignorancia* —desconocimiento completo de la realidad o de la valoración social de la misma—, resulta irrelevante (para los fines del Derecho Penal), porque: en la imputación objetiva se requiere que el agente pueda representarse acertadamente la realidad social dominante, con el objeto de evitar una conducta penal relevante que aumente el riesgo, ponga en peligro o cause resultados lesivos a un bien jurídico; por lo tanto, se encuentran en la misma posición tanto el agente que aumenta el riesgo, pone en peligro o causa resultados lesivos a un bien jurídico *ignorando* que este se encuentra protegido; como aquel agente que sí tiene aquel conocimiento (de la protección legal del bien jurídico) pero, por *error*, no logra representar que su conducta lesiona el bien jurídico. Además, la ley exime de responsabilidad penal a aquellos individuos —como los incapaces— de conocer la ilicitud de su comportamiento, es decir: no se exige un conocimiento de la realidad social dominante, v.gr. A aquel infante que toma un juguete de otro no se le puede exigir un conocimiento de la ajeno y la responsabilidad penal en la que se adecúa su conducta.

En Derecho se suele invocar aquella máxima *ignorantia iuris non excusat* (la ignorancia no excusa del cumplimiento del derecho); dicha locución latina deviene del Derecho Romano (Digesto) que mantenía el principio de: *ignorantia vel error iuris non*





*excusat* (el error o la ignorancia de la ley no es excusa). Esta máxima se instrumentaliza en *pro* de la seguridad jurídica, así: las leyes imperan por su vigencia y validez, y no dependen del (des)conocimiento del ciudadano.

A esto se señala ciertas características de dicho principio en palabras de (Meini I. , 2014).

1. Si la vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico dependiera de que las leyes sean conocidas por las personas, cada quién estaría vinculado únicamente a las reglas jurídicas que conozca, lo que imposibilitaría la convivencia pacífica que el derecho pretende y este dejaría de existir como regulación de relaciones sociales comportamientos aplicables a todos por igual. De aquí que las leyes imperen incluso frente a quienes las desconocen y la vigencia del ordenamiento jurídico, en tanto modelo de organización social, no dependa del conocimiento o desconocimiento legal de los ciudadanos. (Meini I. , 2014, págs. 289-290)

Sin embargo, esta presunción legal no puede esconder que en la percepción social dominante se ignoren la vigencia de la ley tanto dentro de un país como de otro; y, aún cuando se las conociera en su totalidad, su alcance e interpretación sería equívoco por efectos del lenguaje o su valoración cultural; así: *conocer* la existencia de una ley no implica *comprenderla* de facto, porque: *comprender* la ley, comprende estar imbuido de aquellos valores y razones sociales que la inspiran, permitiendo advertir la licitud del comportamiento, por ejemplo, adulterar facturas para pagar menos impuestos es un comportamiento desaprobado sin que sea necesario saber en qué artículo o código se encuentre regulado dicho comportamiento; así también, pertenecen a esta categoría los llamados *delitos naturales* que son, entre otros: matar, violar, robar, lesionar. De lo expuesto se deduce que: el conocimiento de la vigencia de una ley o de la ilicitud del comportamiento es la regla general y su errónea



comprensión e ignorancia, la excepción que: para los efectos legales pertinentes deberá ser probada por quien la alega.

El objeto formal del *error de prohibición* es la antijuridicidad de la propia conducta y el objeto material *la errónea comprensión e ignorancia*. De lo cual se deduce que: no actúa con *error de prohibición* aquel agente que presupone que las consecuencias de su conducta serían únicamente civiles o administrativas, porque, en este caso, el agente *comprende* que su conducta es contraria a Derecho; así, la Ley no recompensa a aquel agente que actúa comprendiendo la ilicitud de su comportamiento.

El error de prohibición del autor del injusto principal no afecta la existencia del injusto, de manera que siempre estará dado el requisito de la tipicidad objetiva de la participación. Toda vez que la tipicidad de participación reconoce dependencia de un injusto doloso, no basta con que haya una conducta típica del autor, sino que, además, se requiere que la misma sea antijurídica, es decir, que cuando alguna causa de justificación ampare al autor, faltarán la tipicidad objetiva en la conducta partícipe, por lo que no será punible nunca la participación en una conducta justificada. Además, cabe tener en cuenta que la tipicidad objetiva de la participación sólo puede tener lugar cuando la conducta se adecúa a alguna de las normas típicas de la complicidad o de la instigación que, lógicamente, no admiten extensión posible. (Zaffaroni E. R., 2002)

Cuando en la comprensión del concepto *error de prohibición* se denota el desconocimiento de la *valoración jurídica* sobre el hecho criminal, se predica a aquellos casos en los cuales: existe *error sobre el alcance de un tipo*, v.gr. Un médico considera que está permitido extraer órganos de un paciente en estado vegetativo para trasplantarlos a otro que los necesite, porque un ser inconsciente para vivir deja de ser una persona; el médico comete un error sobre el alcance del tipo de homicidio; existe la *suposición de causas de*



*justificación que no existen en la sobre-extensión de su alcance*, v.gr. El padrastro considera que está justificado ejercer maltratos físicos sobre los hijos de su pareja con el fin de educarlos —desde luego, no hay tal justificación—, o de aquel acreedor que considera que está justificado retener el celular del deudor hasta que le pague su crédito —desde luego, no hay tal justificación—; aquel agente que considera que está actuando en legítima defensa el cercenar la mano de un ladrón —se sobre extiende el alcance de la suposición de estar actuando con una “justificación”—, ya que excede una causa de justificación como es la legítima defensa; o de aquel policía que considera adecuado emplear armas de fuego para detener a un ladrón desarmado; existe el *error sobre la validez*: el agente conoce la prohibición de su conducta, pero considera que esa prohibición es nula, v.gr. Aquel conductor que en tiempos de pandemia mundial considera que es nulo que le pidan circular con un salvoconducto; existe un *error de subsunción matizado desde la prohibición*: cuando el agente considera que por hacer unas bromas su conducta no está prohibida, v.gr. Aquel agente que hace chistes sobre el color de piel distinto de la de él; existe un *error sobre los límites de necesidad*: cuando el agente considera que determinada acción es necesaria para precautelar un bien jurídico, v.gr. Creer que para repeler a un ladrón es necesario matarle.

Ahora bien, cabe inteligenciarse sobre el *efecto jurídico* del *error de prohibición*, es decir: el error de prohibición excluye la culpabilidad o solo atenúa la pena. Para la *teoría del dolo* el conocimiento del hecho, así como la conciencia de antijuridicidad de la conducta, son elementos autónomos al dolo; por consiguiente: el error de prohibición excluye el dolo. Para la *teoría de la culpabilidad* el *error de prohibición* no tiene relación con el dolo, sino más bien con la culpabilidad, es decir: no se deja el crimen en la impunidad solo porque el agente desconozca la ley; por consiguiente: el error de prohibición atenúa la pena, salvo en los casos



que se comprobara que el error es de carácter invencible, situación en la que se determinaría la *inculpabilidad* del agente que cometió el injusto.

## **2.2. CLASES DE ERROR DE PROHIBICIÓN.**

### **2.2.1. ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO.**

Ocurre el error de prohibición directo cuando se desconoce la ley o conociéndola se crea que no es aplicable o que no está vigente. En el primer supuesto, esto es cuando se *desconoce la ley*, se hace referencia a la *norma abstracta*, es decir: ignorar de facto que la ley prohíbe determinada conducta, por ejemplo, no saber que está prohibido estacionar en determinadas zonas. No saber que el aborto por violación está prohibido. O que es legal apropiarse de los bienes del deudor sin que medie proceso judicial. Tener relaciones íntimas con un(a) adolescente de 16 años con su consentimiento.

Al respecto del error de prohibición directo tenemos:

*“El error de prohibición directo, 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.”* (Righi, La regulación del error de prohibición en el Derecho argentino, 2007)

*“Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) ...”.*

(Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General, 2010)



*“En el error de prohibición directo, también llamado abstracto, el autor considera que su actuar es jurídicamente irrelevante, sea porque supone una falta de una norma o porque cree que ella no tiene tal extensión, o bien porque cree que la norma como tal carece de vigencia material”.* (Ceballos Patiño, 2005)

Ahora bien, cuando el agente *conoce la prohibición*, pero cree que no es aplicable o que no está vigente, v.gr. El agente conoce que está prohibido matar; sin embargo, cree que se encuentra justificado ante el clamor de un enfermo —considera que la eutanasia es legal— ; por lo tanto: le inyecta una sustancia mortal y mata al enfermo. Una mujer que ha abortado en varias ocasiones en Rusia y llega a Ecuador a hacer lo mismo, pensando que está permitido.

El error de tipo y el error de prohibición se enmarcan dentro de la fase interna: de ideación y resolución; sin embargo, existe un tipo de error que se enmarca en la *ejecución del delito* (aberratio), este *error* también se lo aprecia desde sus *modalidades*, así: existe error cuando no se percibe la identidad del sujeto u objeto contra el cual se dirige el accionar, este *error* es *relevante* cuando la identidad del objeto o del sujeto es tenida en cuenta por el tipo penal, v.gr. El tipo penal del femicidio, en donde, desconocer que la víctima no sea una mujer impide la imputación a título de dolo y conduce a la imputación culposa del delito —si estuviese tipificada—.

El error en *el objeto o la persona* tiene lugar cuando se confunde a una persona con otra, así: si el error *no afecta el bien jurídico protegido* y si este error resulta *irrelevante* para la culpabilidad, por ejemplo, el agente que dispara a una persona confundiéndola con su enemigo, resulta irrelevante para la calificación jurídica de homicidio; o, de aquel agente que se sustrae objetos que pensaba era de un deudor, cuando en realidad pertenecían a un tercero,



en nada afecta este *error* a la culpabilidad, porque al existir identidad en el bien jurídico protegido, no hay alteración en la calificación; si el error *afecta a un bien jurídico protegido* consiste en cometer el ilícito contra una persona que goza de una protección especial, v.gr. allanar una morada de un refugiado político o internacionalmente protegido.

El *aberratio ictus* (error en el golpe), es aquel en el cual se identifica correctamente el objeto; no obstante, se termina afectando —por *error*— otro bien jurídico, es decir: no hay una confusión como tal, sino más bien el *error* es una consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, v.gr. Aquel agente que identifica a la víctima a quien pretende matar, pero, por un error en la dirección del arma, el disparo sale desviado y hiere a un tercero. De esta forma, el *aberratio ictus* implica que la conducta del agente lesione o ponga en riesgo otro bien jurídico. Dicho en otras palabras:

Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. El autor por su mala puntería alcanza a B, cuando quería matar a C. en este caso se considera que hay tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio imprudente consumado. Sin embargo, un sector doctrinal considera que, tratándose de resultados típicos equivalentes, la solución debe ser la misma que el *error in persona* y aprecia un solo delito doloso consumado. Esta solución tiene, a mi juicio, el inconveniente de que se injusta cuando además de la tercera persona alcanzada por el disparo o golpe también resulta alcanzada la persona a la que pretendía herir y, desde luego no puede aplicarse tampoco cuando se trata de resultados heterogéneos: por ejemplo, se pretende matar a una persona y se mata al valioso caballo “pura sangre” que ésta montaba. En estos casos, la solución del concurso es la única capaz de abarcar el desvalor perfectamente diferenciable de los distintos resultados. (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General, 2010)



El error sobre *el riesgo típico* consiste en una falsa representación del proceso causal que genera el resultado, v.gr. El agente que arroja a una anciana desde un acantilado para que muera con el impacto; más la víctima muere de un infarto en plena caída. Al agente no le asistirá una atenuación de la pena cuando se considere que el infarto se encuentre dentro del conducta de arrojar a la víctima desde un acantilado; así, el error sobre el riesgo típico será relevante solo cuando el riesgo inherente a la conducta no haya sido advertido por el sujeto. En este contexto aparece el *dolus generalis*, es decir: el dolo del agente abarca todo el proceso y se lo trata como un único delito doloso consumado, v.gr. El agente dispara a la víctima y la arroja a un río para esconder el cadáver, la víctima no muere del disparo, sino más bien, muere ahogada. Aquí se asume que la solución está en función de si el agente se representó o no la forma en que el resultado se produjo y de si ese resultado forma parte del riesgo inherente del comportamiento realizado.

### **2.2.2. ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO.**

Ocurre el error de prohibición indirecto cuando el agente supone la existencia de una causa de *justificación* (misma que no existe —es un error sobre la existencia—) a su conducta, o que, a su vez, desconoce *los límites o alcances* jurídicos de una causa de justificación, esto se entiende como: *ser consciente* que los presupuestos o elementos de una causa de justificación son en realidad existentes y válidos; o lo que es lo mismo decir: *error de permisión*, v.gr. El agente ve a su enemigo declarado haciendo un ademán de sacar algo del bolsillo (mismo que contenía unas monedas para tomar el bus), por lo que: (el agente) creyendo que está actuando en legítima defensa, saca un arma de fuego y dispara a su



enemigo a fin de sobreponerse al peligro —que es inexistente en la realidad, pero vigente en la cabeza del agente—.

El error de prohibición indirecto se determina por *“la errónea suposición de una causa de justificación, no desconociendo el autor el juicio desvalioso atribuido al tipo penal mismo.”* (Lesch, 1997)

Por otra parte, el desconocimiento de los *límites o alcances* jurídicos de la causa de justificación, es decir: el agente  *Cree tener derecho* a actuar con antijuridicidad, v.gr. Aquel agente de policía que para hacer efectiva una orden de detención, considera que tiene derecho de insultar y golpear a la persona aprehendida. El error de prohibición indirecto *“... recae sobre la existencia de justificación, situación que se presenta cuando el autor cree equivocadamente que existe una norma que justifica su comportamiento.”* (Righi, La regulación del error de prohibición en el Derecho argentino, 2007).

De igual manera, *“La errónea suposición de una causa de justificación, no desconociendo el autor el juicio desvalioso atribuido al tipo penal mismo”,* (Lesch, 1997).

*“Se configura como la falsa creencia acerca de la operatividad de un precepto permisivo en el caso concreto, esto es, el que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación. Esto es, el autor conoce la desvalorización que el Derecho atribuye a su conducta, y, no obstante, cree erróneamente que se haya desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación.”* (Cobo Del Rosal & Vives Antón , 1999)

Un ejemplo de exceso extensivo sería: el que un individuo después de haber sufrido una brutal paliza, al momento que el agresor se retira, le dispara por la espalda.

### **2.2.3. ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE.**





Error ¿vencible? También llamado: “error superable” o “error relativo”, se significa como aquel *error* que pudo evitarse si el agente hubiera actuando con el *debido cuidado*, es decir: con pleno conocimiento de los hechos y de lo que implican jurídicamente; por consiguiente, lo que plasma el *error de prohibición vencible* es un *imaginario* de un comportamiento cauteloso, para luego exigirlo al agente como patrón de conducta. Ahora bien, es menester esbozar que *la prohibición* carece de evitabilidad, es decir: con base al principio de taxatividad legal: *nullum crimen sine lege* (ningún delito sin ley), se verifica la existencia y exigencia de la *prohibición* de la conducta; sin embargo, en este contexto se idealiza que todo ciudadano deba estar siempre ejerciendo reflexiones sobre su conducta antes de ejecutarla, dicho actuar entraría en conflicto con *la libertad* del individuo, ya que: el ciudadano antes de *gozar de libertad*, estaría reduciéndose a pensar en *si su comportamiento está prohibido y qué tan cauteloso tiene que ser*; por lo mismo, lo *evitable* es al *error*, o en otras palabras, la *vencibilidad* está vinculada a tres presupuestos:

a) *Existencia del <<motivo>> para verificar la situación jurídica.* — En este primer presupuesto el agente debía tener un motivo o razón para preocuparse de la prohibición legal de su conducta, porque —como más adelante se visualizará— *la invencibilidad* del error yace en que el agente suponga tener motivos suficientes —e incluso necesarios— para estar facultado a cometer algún hecho punible. Ahora bien, el *motivo o razón* para ocuparse de considerar la prohibición de la conducta se puede diagramar desde tres lugares: el primero es tener *duda de una posible prohibición*, es decir: el agente, a través de su propia reflexión, de conversaciones con terceros, de comunicados de prensa... puede llegar a *dudar* de si v.gr. un negocio estaría permitido o no, es decir: cuestionarse sobre la legalidad de una conducta; sin embargo, si el agente, pese a mantener ese duda, prosigue en su reprochable actuar, el *error*



sí fue *evitable*; el segundo es la existencia de un motivo para *realizar una evaluación legal* cuando el agente conoce que está sometido a normas jurídicas, v.gr. Los conductores conocen que se debe respetar tanto la señalización, como el buen estado del vehículo; luego, este es el motivo para conocer las leyes que regulan la materia de tránsito y de esa forma: evaluar si su conducta es o no punible; sin embargo, si el agente, antes que conocer y acatar la ley, opta por infringir lesiones a un agente civil de tránsito, exceder los límites de velocidad permitidos porque: “tiene apuro”, entonces: el error sí fue *evitable*; en tercer y último lugar, el agente debe cuestionarse sobre la legalidad de su conducta cuando esta *afecte un bien jurídico* de otra u otras personas, v.gr. Aquel prestamista que —cobrando tasas de intereses superiores a las legalmente permitidas— ocasiona grandes pérdidas económicas al librado, así como sufrimiento y angustia, tiene motivo para averiguar si la ley le permite cobrar tales tasas de interés.

*b) El agente no se esforzó por cerciorarse de la punición de su conducta, o este esfuerzo resultó insuficiente.* — El agente tenía un motivo para evaluar la legalidad de su conducta; sin embargo, no hizo nada para comprobarlo, es decir: ni hizo averiguaciones ni se asesoró con un profesional; o, si hizo averiguaciones, las habrá hecho en forma insuficiente, es decir: consultar a una persona inexperta o, sin ser avezado en Derecho, intentar esclarecer sus dudas leyendo por sí mismo la ley o comentarios que hay al respecto.

*c) Debe lograrse el conocimiento del injusto.* — Cuando el agente se cuestionaba la legalidad de su conducta, pero no hizo averiguaciones o si las hizo, fueron insuficientes; aún resta alcanzar el conocimiento pleno del injusto (una acertada comprensión legal de su conducta), con el fin que el error sea *vencible*, es decir: el agente ejerce una acción punible



sin saber con exactitud y claridad si esa acción es del todo (i)legal, v.gr. Aquel conductor que excede los límites de velocidad permitidos para no llegar tarde a una reunión de trabajo.

Con estos presupuestos, surgen cuatro teorías en las que confluyen las teorías finalista y causalista, a saber:

*1ro. Teoría estricta del dolo.* — Surge de la noción *causal*, siendo que el dolo se compone de: conocimiento del tipo y conocimiento *actual* de la antijuridicidad. En el error *vencible* se encuentra ausente el segundo elemento, por lo mismo: no hay *dolo*, y el agente responderá por culpa.

*2do. Teoría limitada del dolo.* — En esta teoría, no se exige el conocimiento *actual* de la antijuridicidad como elemento constitutivo del *dolo*, sino que basta con la *posibilidad* de conocimiento, es decir: el agente obra dolosamente cuando se comporta con enemistad o ceguera hacia el Derecho.

*3ro. Teoría estricta de la culpabilidad.* — Esta teoría parte de un esquema finalista, entendiéndose que el *dolo* pertenece al tipo penal, es decir: *conocimiento* y *voluntad* de causar el resultado típico, en otras palabras, se trata de un dolo *natural* y no de un dolo *malus*, ya que no comprende el conocimiento de la antijuridicidad, así: el agente no tenía la voluntad de causar el resultado típico, por lo cual: el error *vencible* es una atenuación de la pena.

*4to. Teoría limitada de la culpabilidad.* — A diferencia de la teoría anterior, esta considera que el error de tipo —y no el de prohibición— es el desconocimiento de los



presupuestos objetivos de una causa de justificación, es decir: se delinea una inclusión del *error de prohibición*, en el *error de Derecho*, y, además, al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, v.gr. legítima defensa putativa.

Con el error de prohibición *vencible* se permite imponer una pena disminuida; sin embargo, su atenuación es facultativa, en virtud de que: no debería atenuarse la pena ante un error que no se lo venció por un quemeimportismo del agente hacia el Derecho. De esta forma, con la teoría *estricta de culpabilidad* el dolo subsiste y es posible atenuar la pena; en cambio, con la teoría *restringida de culpabilidad* cabe el reproche por un tipo penal imprudente —si se admite ese supuesto, desde luego—, ya que, la punición por un tipo doloso resulta excesivamente rigurosa.

En otras palabras “*El error de prohibición vencible atenúa la responsabilidad y por consiguiente, la pena, en la medida en que sea disculpable; para ello se ha deducir una cláusula general de atenuación de la pena dado que la disminución de la posibilidad general de actuar jurídicamente atenúa la reprochabilidad y la pena tiene que regir también el mismo principio, si, como consecuencia del desconocimiento vencible de la prohibición había disminuido la posibilidad concreta de actuar conforme al Derecho.*” (Sánchez, 2002)

¿Es todo error *vencible*? Para el absolver esta duda se debe empeñar el estudio respecto a la *relevancia e irrelevancia* del error, para el efecto, se entiende a la (i)relevancia del error en función a la conducta típica que se exija conocer, v.gr. el homicida que confunde a la víctima y mata al hermano gemelo es un *error irrelevante*, porque solo basta que el agente conozca que su conducta pone en peligro o vulnera el bien jurídico de otro; es *relevante* el error cuando el hijo dispara al Padre creyendo que es otra persona, porque en este tipo, se exigía que el sujeto se represente la vinculación filial con la víctima. El error es



*irrelevante* cuando el agente desconoce las condiciones objetivas de punibilidad, es decir: es irrelevante que el agente se equivoque en el tiempo de la pena, como ejemplo tenemos que, el agente que creía que el robo se sancionaba con una pena privativa de libertad de un año cuando en realidad se sanciona con una pena privativa libertad de cinco años; también el error es irrelevante cuando se tratan de *causas personales de exclusión de pena*, v.gr. cuando un cónyuge se sustrae dinero que creía le pertenecía a su cónyuge, más en la realidad resulto ser de un tercero.

*“El concepto de evitabilidad se ha escogido desafortunadamente desde dos puntos de vista. Por una parte, no es suficiente con que el autor evite el error. Con sólo evitar el error, ejecutaría el injusto en estado de conocimiento de la prohibición, en lugar de en error de prohibición, y no se habría adelantado nada en favor de la validez de la norma. Pero no se trata de la evitabilidad del error como fin en sí mismo, sino que se alude a la evitabilidad del comportamiento del injusto a través de la evitabilidad del error. Por otra parte, el concepto de la evitabilidad conduce a la asociación a un ámbito de libertad entendido psicológicamente, como el concepto de capacidad. Pero tampoco se trata de eso, sino de la determinación de con cuántos imperativos sociales se pueden gravar al que se equivoca (en esa medida es evitable el error) y qué grado de ignorancia del autor se puede aceptar por parte del Estado y de la sociedad sin que se resienta la respectiva función de prevención general del Derecho Penal. Por eso, la evitabilidad es —como la propia culpabilidad— un concepto dependiente del fin de la pena”.* (Jakobs, Derecho Penal, Parte General, 1997)

#### **2.2.4. ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE.**



El error de prohibición *invencible* también toma el nombre de: “inevitable” o “absoluto” y se significa como: haber supuesto por motivos suficientes que el agente estaría facultado para realizar el hecho punible; su consecuencia: una causa de exculpación; esto anula la atribución del delito al agente, porque la conducta del agente resulta irreprochable, en virtud de desconocer la ilicitud de su comportamiento; y, además, el error no se hubiera podido evitar, aunque el agente hubiese actuado con el cuidado debido. Ahora bien, ¿existe el error invencible en el Derecho Penal? El Derecho Penal se aplica cuando, en efecto, *se exige* una determinada conducta, por consiguiente: realizar un acto cuyo significado fáctico o jurídico *no se exige* implica un acto atípico, por lo mismo, no se puede calificar a dicho acto como *erróneo*, de ahí que: los únicos errores en Derecho son los que el agente puede representarse, es decir: los errores *vencibles*; considerar que el Derecho Penal si contiene los errores *invencibles* implica inducir la idea de que los casos de error invencible son supuestos de atipicidad subjetiva —por ausencia de dolo e imprudencia— cuando en realidad son de atipicidad objetiva, luego, el agente que actúa en error invencible mantiene una conducta *objetivamente atípica*.

Para el tratadista (Spendel, 1997) cuando habla del error de prohibición invencible manifiesta que: “*En la doctrina científica se puso con consiguiente la opinión de que un error de prohibición debe disculpar como mínimo cuando es invencible y por tanto no reprochable; quien no posee inculpabilidad de acceder al conocimiento de la norma no es normativamente asequible y actúa sin culpabilidad.*”

Tanto en la teoría finalista cuanto, en la causalista, se sostiene que el error de hecho invencible y el error de derecho invencible, tienen el mismo efecto jurídico: la exculpación del agente, por cuanto, la conducta es atípica: dada la ausencia de dolo y culpa.



Conforme se analizó en el presupuesto *a* (*Existencia del <<motivo>> para verificar la situación jurídica*) para que el error sea *vencible*, debían concurrir: *duda de una posible prohibición, realizar una evaluación legal* cuando el agente conoce que está sometido a normas jurídicas o, si la conducta del agente afecta a *un bien jurídico* de otro; en el error *invencible* no acontecen ninguna de estas tres consideraciones, v.gr. En un pueblo apartado, se acusó por ‘abuso sexual de personas incapaces de resistir’ a dos trabajadores agrícolas que habían mantenido relaciones sexuales consentidas con una mujer enferma mental y estéril; sin embargo, los trabajadores agrícolas ni siquiera hubieran llegado a pensar que su conducta hubiera podido estar prohibida. Un caso similar podría pensarse desde el asesinato de miembros de la tribu *Taromenane* a manos de la tribu *Waorani*, ya que, los *Waorani* no solo desconocían que el homicidio era penado en el Estado Ecuatoriano, sino que también, concebían tener el derecho de vengar a dos miembros de su tribu que murieron a manos de los *Taromenane*. (García Serrano, 2017)

Dentro del presupuesto *b* (*El agente no se esforzó por cerciorarse de la punición de su conducta, o este esfuerzo resultó insuficiente*) para que el error sea *vencible*, se debe señalar que, en el contexto del error *invencible*, el agente obtiene *información falsa*, es decir: el agente hace las investigaciones suficientes sobre la legalidad de su conducta e incluso consulta con un abogado; sin embargo, la información que obtiene y recibe *es falsa*, luego, el agente considera *falsamente* que su conducta está permitida por la ley, o en otras palabras: que no está prohibida; de esta forma: no se le puede exigir al agente tener los conocimientos jurídicos que ni siquiera poseen los expertos a los que ha consultado.



El error de prohibición *invencible* acontece cuando el agente no *mantiene* dudas respecto a la legalidad de su conducta; sin embargo: ¿es así todo el tiempo? ¿qué sucede si el agente al momento de cometer el ilícito se pone a reparar sobre su conducta? ¿qué sucede si venía trayendo una certeza atenuada de su conducta? Imaginemos que el agente consulta con un abogado sobre un posible actuar, el abogado intenta ilustrarle sobre una posible prohibición, pero el agente no lo entiende del todo o cree que no es posible que algo así ocurra, ¿existe error de prohibición? Ahora, imaginemos que el agente decide actuar y en ese momento se percató que su conducta puede traer sufrimiento o perjuicio al otro ¿existe error de prohibición? En estos dos supuestos no existe error de prohibición invencible, porque el agente si se pudo representar que su conducta posiblemente no sea del todo legal o incluso es injusta; más: ¿qué sucede si el agente al omitir una conducta posiblemente permitida o posiblemente prohibida trae consigo daños graves? Imaginemos que el agente es comerciante y decide exportar insumos médicos al exterior sin contar con un permiso del Ministerio de Salud, entre estos insumos médicos estaban medicamentos que salieron del mercado por ser riesgosas para la salud, ¿tiene el agente que renunciar a la exportación, a costa de grandes perjuicios económicos, para evitar correr el riesgo de ser reprimido? Esta omisión, sin duda, afecta el campo de libertad del ciudadano, pues estaría más inclinado a acogerse a lo menos favorable y sufrir grandes pérdidas económicas. Este conflicto, debería solucionarse con la aplicación de un error de prohibición invencible, y con ello, absolver al agente.

#### **2.2.5. DOBLE ERROR DE PROHIBICIÓN.**

El doble error de prohibición es el desconocimiento del agente respecto del tipo penal y el conocimiento que dicha acción es reprochable por razones morales, religiosas, sociales,





y no legales. V.gr. El agente que pensando que debe “disciplinar” a los perros de su casa, infringe contra ellos condicionamientos —al estilo Pavlov— los deja dos días sin comer cuando los perros hacen algo que no es del agrado del agente; sin duda, privarles de comida deteriora el estado de salud de los perros y el agente incurre en la conducta del Art. 250.4 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), esto es:

*“Maltrato a animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana. – La persona que por acción u omisión cause un daño temporal o deteriore gravemente la salud o integridad física de un animal que forme parte del ámbito de la fauna urbana, sin causarle lesiones o muerte, será sancionada con trabajo comunitario de cincuenta a cien horas”.*  
(Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014)

En este contexto: ¿el agente le asiste el error de prohibición? Le asiste en la medida de una atenuante, ya que, el agente pudo *vencer* el error, en virtud de que si se logró representar que su acción causa dolor o sufrimiento a otro y que su conducta era contraria a normas religiosas, v.gr. la constante en la Biblia: *“El justo cuida de la vida de su bestia; más el corazón de los impíos es cruel”* (Proverbios 12:10); sin embargo, si trasladamos el mismo ejemplo a un individuo montaraz que ha sido enseñado a cazar, comercializar y adiestrar animales, entonces, ¿existe una causa de exculpación de la pena?, situación que conlleva un debate, porque, el individuo no logra representarse sobre la ilicitud de su conducta, es más, éste considera que su actuar es el adecuado y se encuentra protegido por la ley.

Cabe cuestionarse si en este error de doble prohibición existen *causas de exclusión de la culpabilidad* o *las causas de exculpación*, es decir: la *capacidad de culpabilidad* y la *consciencia de la antijuridicidad*. Las causas de exculpación definen una disminución del contenido del injusto y de culpabilidad, en otras palabras: el injusto no se excluye en su totalidad, en virtud de que el desvalor del resultado típico solo es destruido parcialmente, sin



existir una causa de justificación o un fin aprobado por Derecho; en conclusión: la disminución de culpabilidad funciona como eximente punitiva. (Zambrano Pasquel, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2016)

La *exigibilidad de conducta* en la línea del pensamiento de WELZEL, es un elemento autónomo del juicio de reproche, por lo mismo: el conocimiento del delito resulta insuficiente, porque el agente hubiera debido y podido determinar su voluntad adecuadamente al derecho siendo la *exigibilidad*, la regla. (Welzel H. , 1956)

Así, en el caso concreto antes referido, el agente tiene la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), la conciencia de la antijuricidad (conocimiento de la ilicitud, no del tipo penal) y la exigibilidad de la conducta adecuada al derecho (no causar sufrimiento a otro). (Zambrano Pasquel, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2016)

*“Para resolver el problema ha de determinarse que existirá un error de prohibición cuando el conocimiento de la antijuricidad falte respecto del tipo que es penalmente relevante.”* (Zaffaroni E. R., 2002)

Es así que en estos casos el agente no tiene el conocimiento de la antijuricidad de un tipo penal que se encuentra prescrito en la norma y sin embargo mantiene en su pensar, que su actuar no está permitido por razones de diversa índole, o por interpretaciones erróneas de conductas que en realidad están permitidas.



## CAPÍTULO III.

### EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN.

#### 3.1. LA PROSCRIPCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA LEY PENAL.

Cuando hablamos de presunción de conocimiento de la ley nos viene a la mente aquel aforismo *Ignorantia juris non excusat* o también conocido como *ignorantia legis neminem excusat*, principio que fue descrito en líneas anteriores. Pero uno de los problemas que plantea el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, es el referido a la presunción del conocimiento de la ley penal, el mismo que en relación a su desconocimiento no es causa de exclusión de la responsabilidad, en razón de esto el tratadista Cesare Beccaria manifestaba sobre la “*creación de leyes penales claras y sencillas*” (Beccaria, 2015), pero, sigue siendo un problema dentro del Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia, social.

Esta situación podría explicarse, por el desarrollo de la parte especial del -Derecho Penal- que ha generado un incremento del intervencionismo estatal dentro de esta rama, y, así, porque pretende ejercer el poder punitivo montando sobre el desconocimiento causado por la coraza legal impuesta y enredada que produce, haciendo entender de una u otra forma que toda esta parte creacional normativa no es otra cosa que la exigencia indispensable para el funcionamiento de una sociedad. Vale preguntarnos si ¿el desconocimiento de la ley nos libra de responsabilidad?, como ya hemos hablado en líneas anteriores del tema, existen



ciertos parámetros para poder determinar la imposibilidad del desconocimiento de que un acto se considere como un injusto tipificado en la normativa.

Para esto analizaremos varias aristas que nos permitirán comprender la problemática que puede generarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo que prescribe nuestro Código Civil Ecuatoriano en su artículo sexto se establece la obligatoriedad de la norma y el conocimiento de la misma.<sup>17</sup>

Esto deviene por la necesaria presunción o ficción legal de que siendo promulgada ha de saberla todo individuo, otorgándole una seguridad dentro de la sociedad, a que, al ser la ley aprobada y publicada, es más una negligencia que el hecho de ignorancia del conocimiento de la misma y de las obligaciones expuestas en la misma, esto deja denotar que dentro del Derecho Civil esta presunción es de carácter imperativo.

*“La combinación de los elementos físicos y normativo que caracteriza toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, empezando por el de la función del Derecho.”* (Bolaños González, 2005). De tal forma que, entendiendo que *“el Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa e impone penas o medidas de seguridad”* (Welzel H. , Derecoh Penal Alemán, 1993), éstas se van estableciendo de acuerdo a que la acción humana es aquel ejercicio de actividad final, donde el agente a su saber causal, puede prever dentro de los criterios límites, las consecuencias posibles de su actividad, , debido a la posible transgresión de derechos de terceros, dichos límites se encaminan al sentido de la prohibición plasmados en la norma.

Ahora bien, los límites o más bien dicho estas prohibiciones expresadas mediante aquel mandato legal, deben determinar aquel comportamiento como un hecho que debe ser

---

<sup>17</sup> **Art. 6.** – La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el registro oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces. **Fuente especificada no válida.**



descrito en dicha norma penal, para así establecer las posibles responsabilidades ulteriores ante la transgresión de la norma, ya que, *“ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.”* (Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 1990)

Esto a su vez, debe contener cuatro consecuencias determinadas dentro del principio de legalidad, que son:

La prohibición de la analogía.

La prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena.

La prohibición de retroactividad, y;

La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas. (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo I, 1997)

Por lo tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho, a lo que según ROXIN lo determina como: *“una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad.”* (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo I, 1997)

Es necesario manifestar que, racionalmente es imposible exigir al estudioso del Derecho que se determine el conocimiento de toda la normativa penal existente, peor aún es recurrir a esta exigencia al ciudadano común, de igual forma es difícil aseverar que con el cumplimiento legislativo de promulgar la ley en los diarios oficiales, que en el caso ecuatoriano sería el Registro Oficial, sea lo suficiente para que la misma sea conocida por toda la ciudadanía, pero aunque esto no es lo suficiente para que la norma sea conocida por todos, es de alguna manera un aseguramiento que al momento de que un ciudadano intente alegar el desconocimiento de la misma no se cree una injusticia, es decir la alegación de



desconocimiento no exime de responsabilidad, sino es en un caso en concreto y que sea probado.

Ahora como hemos visto en líneas anteriores, el Código Civil ecuatoriano prescribe la presunción de conocimiento de la ley, pero, cuando nos enmarcamos dentro del campo penal el Código Orgánico Integral Penal determina dentro de la exposición de motivos en su punto cuarto inciso primero la supresión del conocimiento de la ley.<sup>18</sup>

Ahora dada esa circunstancia expondremos el pensamiento de varios tratadistas en el tema.

El profesor italiano Luigi Ferrajoli, explica al momento de hablar sobre la presunción de conocimiento de la ley penal lo hace desde dos perspectivas: “*o como una forma de responsabilidad objetiva en obsequio a la certeza del derecho o como resultado de la confusión entre derecho y moral, y, por ello, de la idea de que el delito es, también pecado, de modo que la ignorancia de la ley penal equivale a ignorancia de la ley moral, esto es, a a-moralidad o a in-moralidad, en todo caso inexcusables.*” (Ferrajoli, 2004)

El profesor Luis Arroyo Zapatero, cuando se pronuncia sobre las legislaciones que mantienen la no admisibilidad de la alegación del error de derecho o conocida como “*errore iuris nocet*”, manifiesta:

Quienes pertenecemos al círculo de la teoría del delito no podemos reprochar razonablemente a las legislaciones que se mantienen en el *error iuris nocet* no es que vivan

---

<sup>18</sup> **4. Actualización doctrinaria de la legislación penal.** El auge del constitucionalismo en las democracias contemporáneas ha sido precedido de una renovación teórica y conceptual. Parte del nuevo instrumental jurídico, producido no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia de tribunales constitucionales y penales, nacionales e internacionales, son: la imprescriptibilidad de ciertos delitos que tienen particular gravedad en el mundo entero; el estado de necesidad en sociedades en las que hay extrema pobreza y exclusión, como es la nuestra; las penas prohibidas, para evitar arbitrariedades; la revisión extraordinaria de la condena; la suspensión condicional de la pena; supresión de delitos que pueden merecer mejor respuesta desde el ámbito civil o administrativo; la proscripción de un derecho penal de autor, la supresión de derecho del conocimiento de la ley, entre otros. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014)



en el error -dogmático-, pues es reproche para ellos irrelevante, ya que carecen de toda conciencia de antijuridicidad al respecto, además, de modo “inevitable” (*unverschuldt*), que no tienen modo de alcanzar súbitamente dicho conocimiento. Lo que podemos reprocharles nosotros es que imponen penas desproporcionadas a la respectiva gravedad de las conductas pues, lo más grave, en unos casos, en los de error inevitable de prohibición, penan a quien desconocía por completo y de modo inevitable la antijuridicidad de su conducta con la misma pena con la que castigan a quien es plenamente consciente de ello. Y por lo que resulta -no tan grave-, en otros casos -los de error evitable de prohibición-, castigan a quien podía haberse informado de lo antijurídico de su actuar y no lo hizo por falta de diligencia, con la misma pena con la que castigan a quien se informó y, a pesar de saber que su conducta era antijurídica, cometió el delito. (Arroyo Zapatero, 1999)

En resumen, podemos decir que el desconocimiento de la el penal genera un efecto exculpante, esto a sido implementado en diversas legislaciones a nivel mundial, a pesar de diversas críticas que a generado y es debido a la implementación de la figura del Error de Prohibición.

Aunque la doctrina penal manifiesta que ignorancia y error no son lo mismo, ya que el primero significa una ausencia de conocimiento, y el segundo, es un conocimiento falso, aunque son conceptos comparables, los dos han sido abordados desde el enfoque de la necesidad que debe existir sobre el conocimiento de la norma penal para su aceptación por parte del receptor, por ello se dice que el “derecho penal no vincula a quien lo ignora” (Suárez, 1972) y que “la exculpación del autor que desconoce la antijuridicidad de su comportamiento se corresponde con *“ignoratorum nulla est imputatio”* del primer nivel de imputación. Ciertamente el autor que obra en error de prohibición o de prescripción comete



un hecho antijurídico... sin embargo no tiene ningún motivo para obrar conforme a deber, puesto que no conoce la regla de comportamiento pertinente.” (Hruchka, 2005)

Esta situación nos coloca en el problema de la validez de la norma penal, la misma que pretende ser aceptada por los destinatarios como una razón para dirigir su comportamiento en el sentido prescrito en base a la presunción de racionalidad y no arbitrariedad que se reconoce a la norma y del reconocimiento quien dictó dicha norma. Luis Gracia Martín, desde la corriente finalista determina que finalismo, en las categorías dogmática del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) se puede hablar del conocimiento del autor siendo distinto el objeto del conocimiento en cada una de ellas, por ello el error es estudiado también de forma diferente según recaiga sobre el objeto típico de una u otra categoría. De igual forma manifiesta que *“puesto que de lo que se trata al final de todo es de la comprobación de si el sujeto pudo autodeterminarse conforme al ordenamiento jurídico en la situación concreta en la que llevó a cabo su hecho, y puesto que el motivo de una tal autodeterminación no es otro que el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho, la responsabilidad tiene que ser mayor cuanto más cerca haya estado el sujeto de la representación de la antijuridicidad, y menor cuanto más lejos haya quedado de formarse tal representación.”* (Gracia Martín, 2000)

A esto, debe sumarse algo que es muy importante y es el que se refiere a la diversidad cultural reconocida constitucionalmente, como bien lo determina el artículo primero de la Constitución de la República<sup>19</sup>. Nuestro país está compuesto de varias nacionalidades, entre las cuales inclusive existen grupos a los que se los ha denominado como no contactados,

---

<sup>19</sup> Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)





mismos que mantienen costumbres, creencias, una cosmovisión propia de la vida, muy diferente a la concebida por el pensamiento occidental radicado en las ciudades y pueblos inmersos dentro de la sociedad ecuatoriana en común, y, que es un grupo minoritario pero que en todo caso la Constitución determina el respeto a estos, inclusive llegando a determinarse un pluralismo jurídico dentro de nuestro Estado. Estos grupos determinados obviamente como grupos indígenas utilizan penas corporales con el fin de sancionar el cometimiento de un ilícito cometido al interior de su comunidad, vale decir, que nuestra sociedad, al igual que muchas otras, es multicultural y ello determina que no exista uniformidad general sobre la comprensión del ámbito propio de la pena, ya que para el común ciudadano la prisión es la pena a remitirse al hecho delictivo, situación que es muy distinta dentro de la comprensión en el mundo indígena.

Pero la diversidad cultural no solamente se basa en las comunidades indígenas existentes, sino que también se encuentra conformada por la existencia de grupos étnicos distintos sino que se conforma también por los extranjeros que radican en nuestro país, situación por la cuál es imperante a que el Estado se fije nuevas formas para dar a conocer y exigir el cumplimiento del ordenamiento jurídico dentro del territorio, mismas que podrán determinar que indistintamente de la condición migratoria o la condición cultural, étnica, determinada dentro de nuestro Estado, se brinden las seguridades del cumplimiento para que así no se viva en una situación de vulnerabilidad y desorden social.

La alegación por parte de un individuo, debido a su situación socio-cultural, no puede ni debe basarse con el desconocimiento de forma simple, esta debe determinarse en el orden de una justificación clara que pueda ser concebida de forma concreta del desconocimiento propio del hecho cometido.



### **3.2. EL PROYECTO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, REGULACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN Y SUPUESTA ELIMINACIÓN.**

En el Ecuador, el ordenamiento jurídico en materia penal, ha tenido que ir generando diversos cambios entorno a la coyuntura histórica de la sociedad y dichos cambios que han sido necesarios entorno a la coyuntura histórica de la sociedad, con el fin de tomar mayor énfasis y a la vez ser adecuados para el convivir diario en torno a la paz social, es por ello que han tenido que ir determinando descripciones más precisas en diversos términos.

Tradicionalmente la dogmática penal, y dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se reconocía el error de hecho y el error de derecho, dentro de la teoría del delito, esto dentro que era analizado dentro de la tipicidad de la conducta.

Al respecto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde la etapa republicana se han implementado cinco códigos penales (1837, 1872, 1879, 1906 y 1938). Dentro de la legislación penal ecuatoriana particularmente en el Código Penal de 1938, se reconocieron estos dos tipos de error: sobre el hecho, mismo que eximia la culpabilidad, y, el de derecho, que calificaba a la conducta de irrelevante, bajo el principio de *iuris nocet*, que en el caso de ser invencible se eliminaba el dolo, y en caso de ser vencible se castigaba como un delito imprudente, y en efecto esta la legislación penal ecuatoriana vino desarrollando este particular desde las establecidas desde 1971 hasta el 2010, donde se reconocía estos dos tipos de error.

Ahora bien, cuando nos trasladamos a ver el *error de prohibición*, este se encontraba implementado inicialmente dentro de la creación del proyecto del Código Orgánico Integral Penal, mismo que se encontraba prescrito en el artículo 37 de dicho proyecto y que rezaba de



la siguiente manera: “**Artículo 37.- Error de prohibición.-** *Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta. Si el error fuere vencible se aplicará la pena mínima prevista para la infracción.*”

(Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, 2012)

Como vemos dentro de dicho proyecto existió una fórmula para poder establecer la posibilidad de aplicación de la institución jurídica del *error de prohibición*, es decir se prevenía que en el caso de que una persona haya incurrido en error dentro de su actuar, este pueda ser puesto dentro de la palestra y de verificarse, tenga la posibilidad de ser usado como un mecanismo dentro de su defensa. Ahora si bien, se determinaba la posibilidad de colocar la conducta del individuo dentro del error de prohibición, esta no era del todo beneficiosa en cuanto al conocido *error de prohibición vencible*, mismo que solamente que al corroborarse el mismo, la culpabilidad de una persona y su eminente sanción se encontraba determinada con el mínimo de la pena, es decir, en lo que se relaciona al individuo que hubiese actuado con pleno conocimiento de la antijuridicidad de su conducta y que no actuase con error, puede también acogerse al mínimo de la pena según a criterio de la autoridad jurisdiccional competente, de ser el caso de que no existiese agravante alguna que ponga en una situación más difícil al individuo reciba una condena mayor. Es decir, al demostrarse el error de prohibición vencible, sabemos a ciencia cierta que recibirá el mínimo de la pena, sin ninguna circunstancia que pueda mejorar su situación jurídica, y a su vez, tener un beneficio adicional dentro de la sanción, que permita reducir en algo más la sanción por el injusto cometido. Por otra parte, mientras esto hubiese sucedido con el *error de prohibición vencible*, el trato que se le hubiera dado al *error de prohibición invencible* es otro, pues, de lo que observamos, este permite exculpar al individuo que ha cometido un injusto por error o incomprensión de



la ilicitud de su conducta, con lo que ello se determinaría la liberación por decirlo de esa manera de la sanción que se le hubiere aplicado entorno a su comportamiento.

Y bueno, ¿qué pasó con el error de prohibición que se encontraba prescrito en dicho proyecto?

El en aquel entonces presidente de la República Rafael Correa Delgado, dentro de sus potestades como presidente constitucional, presentó en fecha de 16 de enero del 2014 el VETO PARCIAL, mismo que contempló la eliminación tanto del error de tipo como el error de prohibición, dicho veto fue acogido por el pleno de la Asamblea y el nuevo Código Orgánico Integral Penal entró en vigencia en fecha de 10 de Agosto del 2014.

Ahora bien, la eliminación de esta figura jurídico-penal nos deja aquella interrogante de ver la imposibilidad de su utilización o existiría forma alguna para su uso.

El artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala que para resolver de una manera adecuada debe remitirse o acudir y respetar lo que señala la ley, el Derecho, la doctrina y la jurisprudencia.<sup>20</sup>

Entonces, ¿es posible dejar de lado al error de prohibición?

Siendo la jurisprudencia una de las fuentes del Derecho, así como la doctrina, sería inconcebible poder dejar de lado el error de prohibición, tanto es así que tenemos jurisprudencia referente al tema, por ende, el juzgador tiene el deber de contemplar esta posibilidad de ser el caso, por ejemplo, en un caso de delito de peculado bancario, puede

---

<sup>20</sup> **Art. 28. - PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.** - Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República. No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia. **Fuente especificada no válida.**



darse el caso de la existencia de un error de prohibición y que según las particularidades del caso debe ser considerado con la jurisprudencia al respecto. (Delito de Peculado Bancario, 2002)

Además de la doctrina y jurisprudencia que pueda utilizarse para diversos casos en los que podemos advertir la existencia del *error de prohibición*, el mismo Código Orgánico Integral Penal deja una ventana abierta para la utilización de esta figura, que vamos a analizar a continuación.

Como habíamos mencionado el *error de prohibición* fue eliminado dentro del Código, pero, nos corresponde a ver los elementos del delito vigentes hasta antes de la reforma y es en dichos elementos donde nos sujetamos a entender si se puede implementar esta figura.

Para no adentrarnos a cada uno de los elementos constitutivos del delito, nos referiremos directamente a lo prescrito en el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que se refiere a la culpabilidad y reza lo siguiente: “**Culpabilidad.** - *Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.*” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014)

La *culpabilidad* dentro del Código tiene dentro de sus particularidades una que se refiere sobre el “*actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta*”, entonces, claramente nos indica que para que exista culpa se debe tener conocimiento de que su actuar es antijurídico, con ello de la misma forma podemos decir que si existe un conocimiento equivocado del injusto, hablamos de *error de prohibición*. Pero, cuando hablamos del desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, esto se determina que la persona que actúa en un echo antijurídico, debe encontrarse en una situación de desconocimiento de su



actuar, en el hecho de que el mismo se encuentre prohibido, y en el caso de que se encuentre en plena conciencia de que su actuación se encuentra enmarcada dentro de la prohibición de la norma, la misma le permita que en base a la justificación de la misma pueda ser absuelto de la responsabilidad que conlleva su acto. De esta manera al llegar a esta conclusión y determinando el error de prohibición, éste atenuaría la pena e inclusive eliminaría la culpabilidad. Estas conclusiones son plenamente válidas tanto para la corriente causalista, como para el finalismo, de acuerdo a lo que hemos analizado en capítulos anteriores. Ahora bien, debemos tener en cuenta que el desconocimiento mismo de la existencia de la norma no se limita a la hipótesis en que el agente conoce su existencia legal, sino que abarca también al supuesto en que el autor la conoce, pero no sabe que su conducta choca con ella en razón de un error de interpretación de la norma, sea porque directamente entienda mal la norma (lo que algunos autores llaman error de subsunción)), o porque, crea que ésta no es válida por ser contraria a otra norma de superior jerarquía, o porque supone que está en un ámbito espacial diferente o ha sido derogada o ha perdido vigencia (llamada también error de validez). (Zaffaroni E. R., 2002)

Ahora bien, puede manifestarse el hecho de invocar al principio de legalidad con el fin de negar la aplicación del error de prohibición, cuando el agente ha demostrado absoluto desconocimiento del contenido, Beccaria se refiere a este principio, en el que la premisa mayor se encuentra constituida por la norma, la premisa menor por la conducta analizada y la conclusión, determinando con ello una sentencia condenatoria o absolutoria (Beccaria, 2015), misma que dependerá de si la conducta se adecúa o no a la norma penal. Este principio ha sido desarrollado de igual manera por Ferrajoli, quien plantea el principio de estricta legalidad, considerando que, si la función del Derecho Penal es prevenir delitos, el único modo de perseguir este fin es prevenir indicando los supuestos típicos en forma de



prevención, y que se sujetan a aquellas conductas que se encuentran previstas solamente. (Ferrajoli, 2004)

El sentido propio del principio de legalidad no debe ser tomado en cuenta o asimilado con el principio de reserva de ley, que en el Derecho Administrativo prohíbe hacer aquello que no se encuentra expresado en la norma. Ya que, en materia penal, el principio de *lex stricta* la prohibición de analogía sólo rige cuando se realiza la llamada *in malam partem*, que significa una extensión de la punibilidad, en *sensu contrario* la interpretación análoga *in bonam partem* se encontrará legitimada en la interpretación de la ley penal, por ende, la legalidad no puede vulnerar dentro de una situación que sea beneficiosa para el acusado.

Por lo tanto, la objeción en torno a la aplicación de mecanismos que eliminen la responsabilidad penal o la atenuación de la pena desde el principio de legalidad no debería tener cabida, si incurre dentro de ello el error de prohibición.

De igual manera, dentro de los principios que se encuentran prescritos en el Código Orgánico Integral Penal, tenemos a la *Duda A Favor del Reo*<sup>21</sup>. Este principio en palabras de Alfonso Peña “*constituye una regla interpretativa en virtud de la cual, una vez examinado todo el material probatorio, si el órgano judicial duda del sentido mismo, ha de resolver sin vacilación a favor del acusado, procediendo a dictar una sentencia absolutoria o una sentencia conforme a la tesis más favorable para la defensa.*” (Peña Cabrera Freyre, 2014)

Para poder llegar a la convicción de la culpabilidad de una persona, es necesaria que las pruebas aportadas tengan una certeza sobre la acusación que se realiza. Este principio va

---

<sup>21</sup> **Art. - Principios procesales.** - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable. 4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.



dirigido directamente a la parte probatoria, para atribuir el hecho delictivo, es por esto que el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, manifiesta que: “*para poder llevar al juzgador al convencimiento pleno de los hechos y circunstancias materia de la infracción con la responsabilidad de la persona procesada.*” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014)

La convicción de la existencia de la infracción no debe dejar margen de duda, es decir si existe la misma se presumirá la inocencia del procesado, las pruebas aportadas en juicio deben proporcionar una certeza de la infracción, si esto no ocurre a cabalidad, pero no se tiene una infalibilidad sobre la inocencia del procesado, surge esta *duda razonable* ésta tiene el propósito de evitar el error en el que puede caer el juzgador al condenar a una persona, situación que le lleva al mismo a absolver al procesado. Es de ahí que la expresión *más allá de toda duda razonable* implica que la declaración de culpabilidad del procesado tenga un sustento pleno para la confirmación y atribución de la conducta del procesado, este principio ha sido parte de la estrategia de la defensa, misma que su uso es parte de la demostración en el caso de la existencia de un posible error de prohibición, institución que no se encontraba implementada en el código.

### **3.3. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LA REFORMA DE DICIEMBRE DEL 2019 AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.**

Como habíamos mencionado en líneas anteriores, no se encontraba regulada la figura del *error de prohibición*, situación preocupante en razón de existir un vacío legal dentro de la dogmática en el sistema penal ecuatoriano, que sólo se podía observar la particularidad del





*error de prohibición* dentro del artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal en la parte señalada como: “... y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. Actualmente con la reforma realizada en diciembre del 2019, se aprueba e implementa dicha figura, dando a lugar a aquellos presupuestos sobre la existencia del *error de prohibición*, los efectos y aplicación, hechos que no se contemplaban anteriormente.

Actualmente, y dentro de la parte de la culpabilidad misma que su contenido ha sido reformado y dicha reforma determina implementa al *error de prohibición*. Ahora la culpabilidad tiene un desarrollo distinto en donde se vincula en el artículo 35 al *error de tipo*, así como posteriormente al *error de prohibición*, figura que anteriormente no tenía una adecuada aplicación como ya lo hemos expuestos sobre su situación en el código antes de esta reforma.

La actual reforma contempla parcialmente este enorme vacío legal que existía para la posible aplicación del *error de prohibición* en un hecho concreto, en torno de garantizar que la culpabilidad como uno de los elementos primordiales del delito, tenga la garantía necesaria para establecer la legitimación del Derecho Penal y la condena de ser el caso, pero a pesar de la implementación del *error de prohibición* es necesario manifestar que aún falta mucho para tener un desarrollo sobre la culpabilidad como institución de la dogmática penal para contemplar una sentencia condenatoria o absolutoria en razón de los aspectos que analizaremos a continuación.

Nos referimos a que el código actualmente contempla parcialmente a la figura legal analizada dentro de nuestro estudio, porque esta entrará en vigor a través del desarrollo de la administración de justicia, conjuntamente con quienes son parte de la misma, tanto en operadores de justicia y profesionales del Derecho, en gran medida, realizando un uso adecuado y razonable de la misma.



Pero, ¿que nos dice el código actualmente sobre el *error de prohibición*? El Código Orgánico Integral Penal al hablar del *error de prohibición* se refiere en los siguientes términos:

**Art. 35.1.- Error de prohibición.** - *Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta.*

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

*Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio.* (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal (Reformado), 2019)

Para hacer un análisis sobre la connotación de esta figura, haremos una comparación con otras legislaciones que acogen esta figura.

En el Perú, debemos tener en cuenta que la norma sustantiva y adjetiva del Derecho Penal no se encuentran unificadas en un solo cuerpo normativo a diferencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano actual, anteriormente nuestro ordenamiento jurídico mantenía al Código Penal por un lado y al Código de Procedimiento Penal separado, situación que hasta el momento sucede en la hermana República del Perú, quienes mantiene al Código Penal de la República del Perú, y el Código Procesal Penal. El Código Penal peruano que mantiene su vigencia hasta estos días, fue promulgado en fecha 03 de abril de 1991, a través del Decreto Legislativo No. 635; y, publicado en fecha 08 de abril del mismo año; dicho código ha sufrido varias reformas hasta la actualidad, pero a lo que nos interesa que es el *error de prohibición*, dicha norma lo establece desde la doctrina finalista. El error de prohibición mantiene un contenido distinto al comúnmente usado en su denominación tradicional, en donde el error de prohibición al ser analizado se encamina a observar la conducta del agente, en donde el artículo 14 de la norma penal peruana establece:



ARTÍCULO 14: Error de tipo y error de prohibición. - El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena. (Decreto Legislativo No. 635, 1991)

El código penal peruano recoge el error de prohibición, dicha norma no determina conceptualmente a esta figura, más bien lo que hace es reconocer sus formas, vencible e invencible, pertenecientes a la corriente finalista, asumiendo de esta manera la teoría de la culpabilidad, manifestando claramente al conocimiento de la antijuridicidad como parte intrínseca a la categoría dogmática de la culpabilidad. Así mismo, si revisamos detenidamente en relación a la regulación con nuestro código, son expresiones que guardan gran similitud en lo que respecta al *error de prohibición invencible*, sin embargo, se diferencia al *error vencible* que en dicha legislación es tratado en similitud a los delitos culposos esto en torno a la aplicación de la pena. Iván Meini al respecto de la regulación del *error de prohibición* en la legislación peruana manifiesta que “*Como tal, el error de prohibición hace referencia a un desconocimiento, ignorancia o conocimiento fallido sobre la valoración jurídica que recae sobre el comportamiento. Hace bien el Código Penal en no establecer cuáles pueden ser las causas que hacen incurrir al sujeto en error de prohibición. Pues las causas son de muy diversa naturaleza y su grado de afectación no siempre es igual, sino que varía dependiendo de las condiciones y características de quien lo padece.*” (Meini I. , 2007)

Pero de igual manera Meini menciona en tono de crítica que el “*Código Penal regula una modalidad de error de prohibición, se postula implícitamente que el indígena, nativo o*



*la persona con patrones culturales distintos tiene la capacidad para comprender el carácter ilícito de su comportamiento y de comportarse de acuerdo a dicha comprensión. Pues de otra manera no se entendería cómo la persona con patrones culturales distintos podría errar sobre la prohibición. Para decirlo con otras palabras, cuando se exige a alguien que conozca el carácter ilícito del acto, es porque tiene la capacidad de comprender dicho carácter ilícito. Desde el punto de vista del Derecho Penal, y de cara a la imputación de responsabilidad penal, carece de sentido exigir que conozca a quien no tiene la capacidad de comprender”.* (Meini I. , 2007)

Aquí expone claramente que pueden existir divergencias claras en respecto a lo querido y regulado por el legislador peruano, en relación a la costumbre, cultura y creencias de los pueblos indígenas, situación que también debe ser causa de un análisis profundo en el caso ecuatoriano.

Ahora, en cuanto a la legislación colombiana determina dentro de su normativa en materia penal, es decir el Código Penal colombiano actualmente vigente, al igual que el Código Orgánico Integral Penal, todo lo que respecta a materia penal también contiene la figura del *error de prohibición*. Ahora, dicha figura, es decir, el *error de prohibición*, el Código Penal colombiano lo regula de la siguiente manera:

Art. 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. - No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...) 10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado. 11. Se obre



con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. (Congreso Nacional, 2000)

En razón de la consideración que se le da al *error de prohibición*, mantiene una clara posición determinada a la concepción finalista, al establecer el conocimiento de la antijuridicidad dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad, dando premisas claras de su diferenciación en torno al dolo que tiene que ver con el conocimiento y voluntad del agente. La posición y regulación realizada por el legislador colombiano conlleva a una versión estricta sobre la atenuación de la pena, así mismo, posibilita tratar al error de tipo dentro de los presupuestos de las causas de justificación.

Citando a María Fernanda Flores Garay, con respecto al numeral 11 del código, manifiesta que la Corte Colombiana se a referido al tema con la siguiente interrogante: *¿Significa lo anterior que esa persona, que no hace parte de un grupo cultural con esas características, y realiza una conducta típica y antijurídica, pero no comprende la ilicitud debido a su particular cosmovisión, debe entonces ser declarada culpable y ser condenada a la pena respectiva?* (Flores Garay, 2017)

Y ante esta situación expone que *“la Corte indica que la respuesta es negativa ya que la persona ha incurrido en error de prohibición debido a que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de conducta, por ende “en tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que, a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento.”* (Flores Garay, 2017)

Es decir, el ordenamiento jurídico permite considerar situaciones de acuerdo a la diversidad cultural existente dentro de su país, situación adversa a lo manifestado por MEINI, en torno a la situación peruana.



Ahora, regresando a la realidad ecuatoriana el *error de prohibición* que actualmente se encuentra prescrito en nuestra normativa penal, no es clara en evidenciar supuestos donde se pueda avizorar la existencia del *error*, hecho que en sí es difícil de sostener, por la amplia diversidad de situaciones que puede conllevar. Es así que se limita a establecer la figura, y, determinar las situaciones de inculpabilidad y entre ellas al *error de prohibición invencible* entre ellas, como bien se expone en el artículo 35 del Código Orgánico Integral Penal: “**Art. 35.- CAUSA DE INCULPABILIDAD.** – *No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental, debidamente comprobados.*” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal (Reformado), 2019)

A esto, debemos sumarle la situación expuesta en el artículo 35.1 que, ya hemos citado en líneas anteriores, y que, determina al *error de prohibición* en sus formas (vencible e invencible) y la referencia a la determinación de la atenuación de la pena o la no existencia de responsabilidad penal según el caso, pero deja un real vacío, en torno a la situación de aquellas comunidades inmersas a situaciones culturales distintas al mundo occidental en el que vivimos al que la norma se sujeta comúnmente, como bien se refiere MEINI.



## CONCLUSIONES.

Una vez, que hemos expuesto la descripción del error de prohibición, podemos resumir que este se origina en base al acto realizado por un agente, en el que se concibe los elementos que componen el tipo penal, pero que en dicho acto realizado, el agente desconoce o no tiene conciencia de la antijuridicidad de su conducta, o a su vez, cree que se encuentra inmerso en una situación dentro las causas de justificación en las que cree encontrarse, sin que esto sea realmente así. Dicho desconocimiento puede darse por diferentes situaciones o factores que deben ser analizados por el juzgador con el fin de poder determinar de manera acertada una sentencia que determine la responsabilidad y por ende la culpabilidad o a su vez la absolución del agente frente al injusto cometido.

Lamentablemente en nuestro país, quienes nos encontramos inmersos en el campo del litigio, podemos ver que, hasta la actualidad se mira la conducta del agente de acuerdo a los postulados de la escuela causalista, situación que debe ser superada, siendo más coherentes con la evolución de una sociedad moderna, que requiere que el Derecho Penal tenga constancia con la misma.



Es necesario advertir que, el principio de culpabilidad tiene una imprescindible connotación basada en la motivación que contempla la norma penal sobre el agente que comete un injusto, dejando de lado al dolo y la culpa dentro de la tipicidad.

Así mismo, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, actualmente tiene la importancia debida en relación a sostenerse como un requisito esencial, para así, poder determinar de manera más clara la culpabilidad del agente y de ser el caso ver su actuar dentro del contenido propio de la culpabilidad o a su vez si no le era exigible otro actuar al agente en torno a la realidad del conocimiento de la prohibición de la norma penal sobre ese acto.

El error de prohibición se establece como una institución acertada, para poder diferenciar la capacidad de actuación del agente y su relación y responsabilidad con la infracción, determinando un gran avance en la valoración de la conducta del individuo en torno a su capacidad de conocimiento y comprensión de la norma y su actuar.

También hemos podido ver, que, a pesar de que anteriormente no se encontraba prevista la figura del error de prohibición, dicha institución sí podía ser materialmente aplicada, desde la base de la culpabilidad, la doctrina y la jurisprudencia.

Hoy en día la posición de la mayoría de legislaciones van encaminadas a la admisión del error de prohibición como una institución que prevé las situaciones que pueden presentarse sobre la conciencia de la antijuridicidad, por ello la actual implementación que, aunque se encuentre prematura, debido a su reciente instauración, permite desarrollar mecanismos en torno a este particular que en varias ocasiones fue materia de controversia, y que es necesaria en relación a las actuales exigencias de las sociedades modernas. La evolución enfocada al error de prohibición, ha desarrollado concepciones en torno a las consideraciones de la culpabilidad, sobre el desconocimiento y otros factores que lo convierten en un pilar fundamental para valorar la pena, y consecuentemente se convierte en





un límite al poder punitivo y la superación de la denominada presunción de conocimiento de la ley penal.

### **RECOMENDACIONES.**

Entendiendo que su reciente implementación y basado en un desarrollo no muy profundo de la institución del error de prohibición, es importante ampliar el debate en torno al desarrollo de este tema, tanto quienes son parte de la academia, así como quienes estamos inmiscuidos en el sistema judicial de una u otra manera, refiriéndonos tanto a operadores de justicia y profesionales en el ejercicio. Ya que debemos avizorar las amplias situaciones que pueden generarse al respecto.

De igual forma, se debe prevenir sobre la protección hacia el carácter pluricultural que particularmente tiene nuestro Estado, en donde incluso las comunidades indígenas tienen su propia jurisdicción, ya que incluso nuestra propia carta magna reconoce el pluralismo jurídico existente, lo que hace posible que el error de prohibición se aplique de manera más eficaz y coherente frente a cada caso, siempre y cuando dicho error sea evidente, requisito indispensable para que se excluya la culpabilidad o se atenúe la pena y de esa manera se aplique eficazmente el error de prohibición.



## BIBLIOGRAFÍA.

Aguado Correa, T. (2011). Principio de Inexigibilidad de otra Conducta en las Categorías del Delito. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, 35.

Agudelo Betancur, N. (1996). *Curso de derecho Penal: Esquema del Delito*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Nuevo Foro Penal.

Arroyo Zapatero, L. (1999). El principio de culpabilidad sus plasmaciones, reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea. *Revista Penal*, 10-11.  
Obtenido de [http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp\\_docs/doctrinas/principiodeculpabilidad%20caratula.pdf](http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/principiodeculpabilidad%20caratula.pdf)

Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2019). *Código Orgánico Integral Penal (Reformado)*. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial.



- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los Delitos y las Penas*. (M. Á. Bermejo Castrillo, C. Fillon, M. Martínez Neira, C. Petit, & C. Vano, Edits.) Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Bolaños Gonzalez, M. (2005). *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida: Universidad de los Andes.
- Bolaños González, M. (2005). *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida: Universidad de los Andes.
- Camacho Morales , J., Montero Montero , D., & Vargas González, P. (2005). La Culpabilidad: Su Aplicación en el Tribunal del Segundo Circuito Judicial de San José. *La Culpabilidad: Su Aplicación en el Tribunal del Segundo Circuito Judicial de San José*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Campoverde Nivicela, L., Orellana Izurieta, W., & Sánchez Cuenca, M. (02 de Febrero de 2018). El concepto y las funciones de la acción como elemento de la teoría del delito. *Universidad y Sociedad*.
- Cárdenas Gómez, J. G. (2011). Criterio de Culpabilidad. *Nuevo Derecho*, 77.
- Ceballos Patiño, P. (2005). *El Error de Prohibición*. Guayaquil: ARA.
- Cobo Del Rosal, M., & Vives Antón , T. S. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. (2012). *Proyecto Código Orgánico Integral Penal*. Quito: MMinisterio de Justicia Derechos Humanos Cultos.
- Congreso Nacional. (2000). *Código Penal de la República de Colombia* (Diario Oficial No. 44.097 ed.). Bogotá, Colombia: Diario Oficial.



Decreto Legislativo No. 635. (1991). *Código Penal de la República del Perú*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".

Delito de Peculado Bancario, 01651-2000-0162 (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia 20 de noviembre de 2002).

Feijoo Sánchez, B. (2007). *La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?* Lima: Ara.

Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Flores Garay, M. F. (2017). Eficacia de la implementación del error de prohibición como eximente de responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo. *Creative Commons*, 13-14. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14195/1/Eficacia%20de%20la%20implementaci%C3%B3n%20del%20error%20de%20prohibici%C3%B3n%20como%20eximente%20de%20responsabilidad%20en%20el%20del.pdf>

García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado; Tomo 1* (Primera Edición ed.). Quito: ARA Editores.

García Serrano, F. (2017). *Dialnet*. Obtenido de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6928088>

Gracia Martín, L. (2000). Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia. *Tirant lo Blanch*, 19.

Hans-Heinrich, J., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal*. (M. Olmedo Cardenete, Trad.) Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Hruchka, J. (2005). *Imputación Penal Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Navarra: Thomson Aranzadi.



Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación.*

(M. Pons, Ed.) Madrid, España: Ediciones Jurídicas S.A.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General.* (J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano,

Trads.) Madrid: Marcial Pons.

Jakobs, G. (2000). *Bases de la Teoría Funcional del Derecho Penal.* Lima: Ara.

Lesch, H. H. (1997). Fundamentos Dogmáticos para el Tratamiento del Error de Prohibición.

*Poder Judicial*(45), 11.

Luhmann, N. (2007). *El Derecho como sistema social, en Teoría de Sistemas y Derecho*

*Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación.* Lima: Ara.

Malinowski, B. (1957). *Antropology en Enciclopedia Britannica, citado por Rober Merton*

*en Social Theory and Social Structure.* Glencoe: The Free Press.

Márquez Piñero, R. (2016). *Teoría de la Antijuridicidad.* México: UNAM, Instituto de

Investigaciones Jurídicas.

Meini, I. (2007). Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código

Penal. *Derecho PUC*, 28.

Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal Parte General.* Lima: Fondo Editorial de la

Pontificia Universidad Católica del Perú.

Merton, R. K., & Cataño, G. (1980). *Teoria y Estructuras Sociales.* México, México: Fondo

de Cultura Económica.

Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal Parte General.* Barcelona: REPERTOR.

Montero Cruz, E. (2008). *El Funcionalismo Penal. Una introducción a la teoría de Günther*

*Jakobs.* Recuperado el 26 de Julio de 2020, de [derechopenalonline](http://derechopenalonline.com):

[https://derechopenalonline.com/el-funcionalismo-penal-una-introduccion-a-la-](https://derechopenalonline.com/el-funcionalismo-penal-una-introduccion-a-la-teoria-de-gunther-jakobs/)

[teoria-de-gunther-jakobs/](https://derechopenalonline.com/el-funcionalismo-penal-una-introduccion-a-la-teoria-de-gunther-jakobs/)



- Muñoz Conde, F. (1990). *Teoría General del Delito*. Bogotá: TEMIS.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (8° edición, revisada y puesta al día ed.). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Parsons, T. (1977). *"The Social Interaction" en Social Systems and the Evolution of Action Theory*. New York: Free Press.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2014). *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio, Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral*. Quito: RODHAS S.A.C.
- Pérez Godoy, F. (2016). La Idea de Estado Moderno Bajo la Mira Confesional. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 421-442.
- Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Editorial A Hoc.
- Righi, E. (2007). *La regulación del error de prohibición en el Derecho argentino*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid: CIVITAS.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: CIVITAS.
- Sánchez, E. (2002). *Imputación personal del injusto y Error de Prohibición en el nuevo Código Penal*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Spendel, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamento de la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editorial CEVITAS.
- Suárez, F. (1972). *De legibus, Tomo I*. Madrid: Corpus hispanorum de pace.
- Tráfico Ilegal de Migrantes, 344-2009 (Corte Nacional de Justicia, Primera Sala Especializada de lo Penal 5 de Diciembre de 2011).
- Velásquez Velasquez, F. (1995). *Derecho penal Parte general* (2° Edición ampliada y corregida ed.). Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.



Von Liszt, F. (2005). *Tratado de Derecho Penal*. (Q. Saldaña, & L. Jiménez de Asúa, Trads.)

Madrid: Editorial Reus.

Welzel, H. (1956). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma.

Welzel, H. (1993). *Derecho Penal Alemán* (4° edición española. ed.). Santiago de Chile,

Chile: Editorial Jurídica Chile.

Welzel, H. (1993). *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica Chile.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.

Zaffaroni, R. (1985). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zambrano Pasquel, A. (2006). *Derecho Penal, Parte General* (Tercera Edición ed.). Lima:

ARA Editores.

Zambrano Pasquel, A. (2016). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Cuarta Edición

ed.). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Zavala, J. (2014). *Código Orgánico Integral Penal (COIP): Teoría del delito y Sistema*

*Acusatorio*. Quito: Editorial Murillo.