

El error de prohibición en el COIP y su aplicación por parte de los operadores jurídicos y jurisdiccionales en la ciudad de Cuenca

María Bernarda Valdivieso Merchán



CUADERNOS
DE DERECHO

Colección Cuadernos de Derecho

Dirección de Publicaciones
Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Políticas y Sociales
Universidad de Cuenca

El error de prohibición en el COIP y su aplicación por parte de los operadores jurídicos y jurisdiccionales en la ciudad de Cuenca

María Bernarda Valdivieso Merchán

El error de prohibición en el COIP y su aplicación por parte de los operadores jurídicos y jurisdiccionales en la ciudad de Cuenca
Colección Cuadernos de Derecho

© *María Bernarda Valdivieso Merchán* ©Universidad de Cuenca, 2021

Información gráfica:

ISBN:

María Bernarda Valdivieso Merchán
Autora

La presente obra recoge la tesis (2020) de la autora, realizada para la Maestría en Derecho Penal *Derecho Penal Ecuatoriano: Derecho Penal General y Derecho Penal Especial* de la Universidad de Cuenca. El trabajo de investigación fue dirigido por el Dr. Diego Andrés Monsalve Tamariz

Dr. Juan Peña Aguirre
Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Dr. Simón Valdivieso Vintimilla
Director de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia,
Ciencias Políticas y Sociales
revista.iuris@ucuenca.edu.ec

Talleres Gráficos UCuenca Press
Diseño y diagramación

Ciudadela Universitaria
Doce de Abril y Agustín Cueva
(+ 593 7) 405 1000
Casilla postal 01.01.168
www.ucuenca.edu.ec

Primera edición
Tiraje: 100 ejemplares

Impreso en Cuenca - Ecuador
Febrero, 2022

PRESENTACIÓN EDITORIAL

Cuatro son los principios sobre los que se levanta toda actividad de publicación en la Universidad de Cuenca: pertinencia, trascendencia, novedad y responsabilidad ética social.

En su momento y cuando se me confió la Dirección de Publicaciones por parte del señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, Dr. Juan Peña Aguirre, había puesto la mirada en la producción bibliográfica de la Universidad y de la Facultad encontrándome con un vacío. Era evidente la ausencia de un espacio para los autores de trabajos de investigación, tanto de pregrado como de posgrado, que habían sido recomendados para su publicación, a no ser el destinado históricamente: la Revista IURIS a la que se accedía a través de una publicación parcial, resumida.

A partir de ese desencuentro surgió la idea de publicar los trabajos de graduación de maestrantes y estudiantes de las distintas Carreras de la Facultad por medio de lo que en el campo de la literatura se conoce como *Colección*. En el ámbito de la edición de libros una colección es un conjunto de libros publicados por una editorial, reunidos bajo un mismo epígrafe y además se caracteriza por tener uniformidad en la presentación, a la vez que por cierta afinidad en los contenidos y que se reúnen por su valor e interés que despiertan.

Esta colección se llama “Cuadernos de Derecho” y respeta el criterio cronológico de sustentación. En ese marco, presentamos para su necesaria difusión, tesis destacadas de las Maestrías que se han llevado a efecto en la Facultad de Jurisprudencia: Maestría en Derecho Penal, I y II Cohorte; Derecho Laboral y Seguridad Social; Género y Desarrollo.

Este es un saludo de la Facultad al esfuerzo de quienes han sido beneficiarios por el criterio académico del tribunal examinador de su trabajo de investigación, pues no hay mejor aval que ese pronunciamiento al final de la jornada, cuando el egresado defiende su propuesta.

Aquí su compromiso, “Cuadernos de Derecho” materializa una convicción de fondo, los nuevos aportes deben llegar a los diversos lectores interesados, en pos del debate, el desarrollo del pensamiento crítico y, sobre todo, por la construcción de una sociedad más justa.

Simón Valdivieso Vintimilla

DIRECTOR DE PUBLICACIONES

ÍNDICE

Introducción	9
--------------------	---

Capítulo I

Teoría del delito

Concepto	11
Concepto de delito y elementos	15
Error de tipo y error de prohibición en la doctrina	28
Teoría Finalista de la Acción y Teoría Causalista de la Acción.....	29

Capítulo II

El error de prohibición

Concepto	35
El principio <i>ignorantia iuris non excusat</i> en derecho penal.....	37
Error vencible y error invencible.	39
Errores relevantes e irrelevantes.	41
Supuestos especiales de error.	41
Modalidades de error.....	43

Capítulo III

El error de prohibición en el COIP

La teoría del delito en el COIP: una nueva visión	45
Análisis de la categoría dogmática de la culpabilidad en el COIP y en el CP (1938).....	50
Ubicación de la culpa en la culpabilidad.....	54

El error de prohibición en la legislación comparada	56
Ausencia del error de prohibición en el COIP.....	60

Capítulo IV

Aplicabilidad o Inaplicabilidad del error de prohibición por parte de operadores jurídicos y jurisdiccionales en la ciudad de Cuenca

Análisis entrevista	65
Conclusiones	72
Bibliografía	74

Introducción

En “El error de prohibición en el COIP y su aplicación por parte de los operadores jurídicos y jurisdiccionales en la ciudad de Cuenca” se analiza la Teoría del Delito y como el legislador ecuatoriano al dictar el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el año 2014 se aleja de la concepción que tenía el Código Penal (1938) al establecer al dolo y la culpa dentro de la categoría dogmática de la tipicidad, y al redefinir la culpabilidad así mismo como categoría dogmática.

El legislador dice, “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.” (Art. 34 COIP); concepto de la culpabilidad que irrumpe con aquel establecido en el Código Penal (1938) que hablaba de la imputabilidad, el dolo y la culpa. Y de otra parte señala “No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado.” (Art. 35 COIP), concluyendo que en los casos de embriaguez o intoxicación “Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad.” (Art. 37.1 COIP).

Ello nos llevó a pensar que el error de prohibición (desconocimiento de la ilicitud del comportamiento) que puede originarse por el desconocer de que se prohíbe o por la creencia errónea que se permite (error sobre causas de justificación), propio de la Teoría Finalista de la Acción y que se lo ubica en la categoría dogmática de la culpabilidad no es invocado al momento de resolver un caso, porque justamente no está previsto en el COIP.

En este trabajo de investigación se hace un análisis del error de prohibición desde la doctrina, la categoría dogmática de la culpabilidad en el COIP así como las causas de inculpabilidad y la demostración de la no aplicación del mismo por parte de abogados, fiscales y jueces.

La idea de investigar esta problemática surge debido a que no es posible aplicar el error de prohibición por cuanto no está previsto en el COIP, lo cual queda evidenciado con el resultado de la entrevista realizada, dada la formación positivista de los operadores jurídicos y jurisdiccionales, al no estar escrito el error de prohibición en el COIP, no lo invocan y peor aún un juez podría pronunciarse pese a que constitucionalmente estará habilitado para hacerlo, acompañado de la doctrina y la Teoría Finalista de la acción.

¿Al no haber el legislador establecido el error de prohibición como eximente de responsabilidad, podrán fiscales y abogados litigantes proponer esa eximente y los jueces aplicar frente a esa argumentación? Es la pregunta que se hizo para la investigación y la conclusión fue que en la ciudad de Cuenca NO se aplica el error de prohibición por parte de los operadores de justicia conforme se evidencia de las entrevistas realizadas. Y que a la fecha de conclusión de la investigación (abril de 2020) está publicada en el Registro Oficial la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal (RO 107 de 24 de diciembre de 2019) que entrará en vigencia en el mes de junio de este año; reforma en la que se establece el error de prohibición como causa de inculpabilidad al haberse sustituido del Art. 35 y añadido un artículo a continuación de este. Finalmente, con la reforma antes indicada se confirma la pregunta de investigación y se justifica el presente trabajo.

Capítulo I

Teoría del delito

Concepto

Previo al desarrollo del concepto de la “Teoría del delito” es preciso recordar –como constaba en el ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE GARANTÍAS PENALES (2009)– que el derecho penal, desde la época liberal, conocida como clásica¹, al que respondía ideológicamente nuestro Código Penal (1938)², ha evolucionado doctrinaria y políticamente y se ha ido adaptando a las necesidades de la sociedad y al modelo de Estado.

El derecho penal clásico responde a sociedades pre-industriales europeas, que tienen un modelo de estado mínimo, protector fundamentalmente de la propiedad, la vida y del Estado como sujeto individual. Después de la escuela clásica, surgió el positivismo penal, que tuvo influencia también en nuestro Código.

Posteriormente, y acorde con nuevas reivindicaciones sociales y con los incontables abusos del poder punitivo del Estado, surgen múltiples escuelas. Destacamos la escuela finalista de la acción, el abolicionismo penal y el garantismo.

Nuestro sistema normativo penal ha sido ajeno al debate teórico o a las reformas consistentes con los avances de las nuevas escuelas penales. En este sentido, el Código Penal ecuatoriano es anacrónico. Y de ahí la necesidad, del dictado del Código Orgánico Integral Penal (2014).³

1 Escuela Clásica. Este nombre fue adjudicado por Enrique Ferri con sentido peyorativo. Ferri quiso significar con este título lo viejo y o caduco. Una Escuela, implica la sistematización de las diversas teorías para constituir un solo cuerpo de doctrina. Entonces la Escuela Clásica, viene a ser un cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones. Sus representantes: Cesare Beccaria, Francisco Carrara.

2 El Código Penal que estuvo vigente a la expedición del COIP fue codificado en el año 1971 y sujeto a varias reformas.

3 En adelante COIP.

En términos generales antes de la expedición del COIP (2014) podríamos afirmar que en el Ecuador no había una “Teoría del Delito”, y nunca ha existido.

De modo que la fuente inmediata del Código Penal ecuatoriano en vigor⁴ es el belga –dice Francisco Pérez Borja (1927)- de 1870, y su fuente mediata el francés de 1810; y así para su interpretación y comentarios tenemos que recurrir a los trabajos legislativos sobre dichos Códigos; a las resoluciones de los Tribunales de justicia franceses y belgas y a las obras de ilustres tratadistas de ambos países, concluye.

Insistimos en la inexistencia de una “Teoría del Delito” en el Ecuador, pues el legislador en el Código Penal (1938) en el artículo 1 se remitía a señalar que “Leyes penales son todas aquellas que contienen un precepto sancionado con la amenaza de una pena.” Y en el Art. 10 decir “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales...”⁵, debiendo sumarse a ello el contenido del Art. 2 que señala “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.”, para luego a través del articulado del Libro I referirse a cada una de las categorías dogmáticas de lo que conocemos hoy como “Teoría del Delito”.

Así, por ejemplo, en el Art. 11 hace referencia al acto o conducta comprensiva tanto de la acción como de la omisión; describe a la omisión impropia (Art. 12); en el Art. 13 hace alusión a la relación de causalidad –no hay error de derecho- juzgando por el simple resultado; en el Art. 14 define lo que debe entenderse por culpa y dolo y aparece la figura de la infracción preterintencional; y, para concluir en el Art. 32 cuando trata de la imputabilidad, en concreto, de la responsabilidad. Y la antijuricidad no estaba tratada como tal sino se refería los Arts. 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 (causas de justificación) al decir que no existe infracción, no comete infracción.

Como se puede observar existe una diferencia sustancial por lo menos en lo formal con el COIP ya que la definición de infracción en el Código Penal (1938) se complementa con la del Art. 1 que define lo que son leyes penales en donde podríamos apreciar que se refiere a la tipicidad y lo previsto en el Art. 2 *Ibídem*.

La definición del Art. 18 del COIP es comprensiva del concepto de infracción penal y que de acuerdo con el derogado Art. 19 del COIP se entendía por delito “infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días”.⁶

4 Se refiere al Código Penal de 1906, antecedente del de 1938

5 El COIP si define lo que debe entenderse por infracción penal en el Art. 19 cuando señala, Infracción Penal es la conducta típica, antijurídica y culpable, cuya sanción se encuentra prevista en este Código.

6 La clasificación bipartita de las infracciones fue derogada y consta del RO No. 398-3S de 30 de septiembre de 2015

Perteneciendo el Derecho Penal al Derecho Público, es entendible el cambio que se ha operado –por lo menos en lo formal- en virtud de la expedición de la Constitución del 2008 que textualmente determina que “es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.⁷

La teoría del delito o teoría de la imputación penal se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como hecho punible. La teoría del delito nace de la ley y se desarrolla como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica.

La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana. Para el estudio de la teoría del delito recurriremos a la dogmática, que no es otra cosa que el estudio del dogma, más específicamente la interpretación del dogma. En derecho penal, el dogma es la ley penal, pues es la única fuente obligatoria del derecho penal. La interpretación mencionada debe ser coherente y sistemática. (Peña y Almanza, 2010)

La teoría del delito en términos de Zaffaroni (1990) “está constituida por el conjunto de requisitos que, en cualquier caso, deben darse para que la agencia judicial no suspenda o interrumpa el ejercicio de poder del resto del sistema penal” Y concluye diciendo, que “delito es una acción típica, antijurídica y culpable”.

Se llama “teoría del delito” a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito (Zaffaroni, 1985, p. 333).

“El sistema de la teoría del delito no adquiere su legitimidad porque se lo ´deduce´ de la ley, sino del hecho de que permite una aplicación racional de ella”. (Romero, 1991)

Ávila Santamaría (2018) indica, que la teoría del delito es una garantía más para evitar que el inocente sea juzgado y condenado, y para sancionar de forma justa a quien ha cometido un delito. Por ello, el maestro Zaffaroni sostiene que “la teoría del delito está destinada a operar como un sistema inteligente de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo”. No voy a intentar describir toda la complejidad de la teoría del delito, las escuelas, las excepciones, que han inspirado a los penalistas a escribir miles de páginas y decenas de tomos de libros. Simplemente quisiera esquematizar

7 Art. 424 Constitución de la República del Ecuador o CR

dos formas de analizar la teoría del delito. La idea es encontrar un mecanismo más de garantía, que sea práctico y contenga al poder punitivo. Si el mecanismo facilita la expansión del poder punitivo, entonces no es adecuado y debe desecharse. El sistema se ha graficado, y en esto hay consenso académico, como gradas o peldaños, a las que hay que subir una por una para llegar a la pena. La grada y la subida hay que entenderla como una dificultad que hay que superar. Hay otro sistema que se parece a las puertas, que tiene sentido en la lógica de los principios y también de los obstáculos para imponer una pena.

La teoría del delito es aquella teoría que pieza a pieza elabora el concepto básico y perfila los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de delito. Esta teoría es de creación doctrinal, aunque está basada en preceptos legales; trata sobre los elementos o requisitos de todos los delitos entendidos como institución general. Partiendo de la definición del delito, se va estructurando la teoría del delito, dividiéndose en: tipos de sujeto, acción (o conducta), tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad (o penalidad). Aunque la teoría del delito es completamente aceptada, sí existen diferencias en cuanto a las relaciones entre sus elementos y los componentes de cada uno de ellos (Iberley, 2020).

Elementos de la teoría del delito son: sujetos activos, sujetos pasivos, acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y penalidad o punibilidad.

Un sistema “dogmático” del delito no es otra cosa que una hipótesis posible de la voluntad del legislador expresada en la ley y, sobre todo, un orden de problemas y soluciones referidos a los casos en que la ley debe ser aplicada. Ello explica –dice Romero– el hecho de que sobre el propio Código Penal se haya podido elaborar diversos sistemas (p. ej., “causalista”, “finalista”, etc.), y, a la vez que dichos sistemas hayan podido ser trasladados a otros derechos positivos, diversos del que les sirvió de origen, e incluso permanecer una vez derogado el código sobre el cual fueron elaborados.

Esa reflexión es la que se ajusta a la realidad ecuatoriana con la expedición del COIP (2014).

Efectivamente en el COIP se producen cambios en la estructura de la teoría del delito como ser en lo atinente a la tipicidad y la culpabilidad, sin embargo el mismo legislador se queda con el concepto de dolo que había en el Código Penal (1938), y de otro lado omite establecer las causas eximentes de responsabilidad que son propias de la Teoría Finalista como el Error de Tipo –que excluye la tipicidad dolosa de la conducta– y el Error de Prohibición –recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta–.

De esta manera dejamos evidenciado lo que es materia de análisis en esta investigación.

Concepto de delito y elementos

Podemos reunir las definiciones en dos grandes grupos: a) definiciones pre jurídicas o condicionantes de las legislaciones; y, b) definiciones dogmáticas, referidas a una legislación positiva.

Dentro de las primeras, distinguimos las que tienen una fundamentación filosófica-jurídica, de las que responden a un enfoque puramente sociológico o naturalista; el derecho natural alcanza su nivel más alto en nuestra ciencia a través de la definición de Carrara, formulada en estos términos: “infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Enciclopedia Jurídica, 2020).

En ese norte vale recordar lo que las Escuelas Penales decían con respecto al delito. Así, para la Escuela Clásica, el delito era concebido como un ente jurídico, ya que para los clásicos la acción delictiva no es un “ente de hecho”, sino el concepto jurídico del que, según Carrara, se derivan todas las consecuencias de su sistema de Derecho penal (Jiménez de Asúa, 1980).

El delito, para los positivistas⁸, es un fenómeno natural y social producido por el hombre (Jiménez de Asúa, 1980).

Jiménez de Asúa (1980) señala “El delito como acto típicamente antijurídico imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal” (p. 207).

Eugenio Cuello Calón (1975), define el delito como “La acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena” (p. 267).

Meini I. define al delito en un sentido material como: “un comportamiento merecedor de pena que se imputa a quien se le exige evitarlo”.

Para Muñoz Conde (1990) el concepto de delito responde a una doble perspectiva que, por un lado, se presenta a) como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta; y, por otro, b) como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho.

El Art. 18 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) define la Infracción Penal como: “Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”.

El Art. 19 del COIP en su inciso segundo decía “(...) Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días (...)”.⁹

8 La Escuela Positiva, según Jiménez de Asúa fue una verdadera revolución. El delincuente y el delito no habían sido estudiados, hasta que Lombroso iluminara el aspecto causal explicativo, más que como entidades jurídicas. Representantes de la Escuela Positiva: Cesare Lombroso, Enrique Ferri, Rafael Garófalo.

9 Recordemos que a la fecha el COIP ya no contiene la definición de delito, pues derogó el artículo 19 que contenía la clasificación bipartita de la infracción penal en atención a la gravedad.

El Derecho Penal en el Ecuador expresado en el Código Penal en un primer momento y a lo largo de la historia legislativa ecuatoriana y en la actualidad en el Código Orgánico Integral Penal (2014) no ha definido al delito, salvo el último cuerpo normativo que lo hizo en un primer momento.

Históricamente y en lo más temprano el Código Penal (1938) decía que “leyes penales son todas aquellas que contienen un precepto sancionado con la amenaza de una pena”.¹⁰

En cuanto al COIP el legislador se acoge a la doctrina y de ahí que construye el concepto de infracción por primera vez en la historia del Derecho Penal Ecuatoriano.

Esa definición de infracción penal contiene todos los elementos del concepto del delito. Es decir, la teoría del delito.

Desde lo nacional es menester citar a Alfonso Zambrano Pasquel con relación al concepto de delito en la perspectiva de la doctrina y el COIP. En efecto, el profesor señala:

...consideramos el delito como acto típico y antijurídico, ninguna referencia hacemos al concepto de la culpabilidad porque esta no pertenece a la estructura del delito. El delito como acto se integra por la tipicidad y por la antijuridicidad, nada tiene que ver en su conformación la culpabilidad: el juicio de desvalor del acto que es objetivamente estimado nos permite concluir si ese acto es delito, es decir, si se ensambla o adecua en una de las hipótesis consideradas por el legislador previamente. La culpabilidad es juicio de reproche que se formula no al acto sino al autor, al dueño del acto delictivo. Welzel sostiene que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito...¹¹

Finalmente, cabe recordar algo fundamental y es lo que quienes construyeron el Anteproyecto del Código Orgánico de Garantías Penales (2011) advirtieron.

En ese proyecto se decía, La ilicitud penal...Este capítulo está dividido de acuerdo con los principios y no por la clásica forma de los elementos del delito (acto, típico, antijurídico y culpable). Al dividir por principios se constitucionaliza el formato penal, se hacen normas que son más flexibles, que permiten una mejor aplicación por parte del operador, y se tiene un panorama más amplio de la cuestión penal. El formato de los elementos, si bien parecen más sencillos, porque eso es lo que la gran mayoría de juristas aprendieron, no deja de ser un modelo clásico que no resuelve problemas que han sido expuestos por la doctrina penal, como el problema de si se ubica al dolo

10 Art. 1 del CP

11 La teoría del delito y el Código Orgánico Integral Penal. Tomado de: <https://vlex.ec/vid/teoria-delito-codigo-organico-682467009>. Acceso: 10 de noviembre de 2019

en el tipo o en la antijuridicidad, como entender la omisión desde el acto. Además, la estructura por elementos hace que el análisis penal sea como las gradas que ascienden a una terraza (del hecho a la pena, del acto a la culpabilidad), cuestión que restringe el análisis de un fenómeno complejo... En cambio, en los principios es como si nos encontráramos en la mitad de un patio con varias puertas y en el que, según convenga, hay que atravesar la puerta que sea adecuada. El sistema es pues más flexible y adaptable al conflicto penal. Si bien puede causar, en un inicio problemas de comprensión, no menos cierto es que, al igual que los derechos en la Constitución y su impacto en el sistema jurídico, en general, se requiere una nueva cultura jurídica para pensar al derecho desde el ser humano y al Estado desde su funcionalidad para promover la dignidad de las personas. El derecho penal ha fracasado: no soluciona los conflictos y los pocos que aborda los empeora. Cambiar el derecho, implica también cambiar el lenguaje y la forma de regulación.

Hoy tenemos una definición de infracción penal, es decir de delito, que le apuesta a la clásica forma de los elementos del delito (acto, típico, antijurídico y culpable).

Análisis de cada uno de los elementos

Previo al análisis de los elementos o caracteres del concepto de delito de acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal, es necesario referirnos al elemento histórico.

El antecedente inmediato es la Asamblea Constituyente que se instaló en la ciudad de Montecristi (Manabí) el 29 de noviembre de 2007 de la que nació la Constitución de la República (2008); asamblea en la que no hubo discusión sobre el delito.

El Derecho Penal no es sino una rama del Derecho Constitucional señala, Felipe Rodríguez (2018) consecuentemente el Código Orgánico Integral Penal, expresión del Derecho Penal debe estar constitucionalizado; aspecto que está en duda no solo por lo que nos atañe (teoría del delito) sino por varios otros motivos que no corresponde analizarlos en este momento.

El COIP tiene un punto de partida muy importante para confirmar aquello que hemos manifestado anteriormente. En efecto, el Presidente de la República (Rafael Correa) el 13 de octubre de 2011, remitió el proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal, como propuesta elaborada en el extinto Ministerio de Justicia, cuya justificación la podemos encontrar en la Exposición de Motivos del COIP.

Con relación al delito se definía a la infracción penal como acto imputable sancionado por la ley. Es decir, con una redacción parecida al texto del Art. 10 del Código Penal (1938).

Cuando el proyecto se presenta para primer debate ya encontramos que se define a la infracción penal, como la conducta típica, antijurídica y culpable, distanciándose de la propuesta emanada por el Presidente de la República.

Para segundo debate del proyecto, a la definición de infracción penal se le suma la expresión cuya sanción se encuentra prevista en este Código. Es decir, la construcción de la definición de infracción penal tal como hoy tenemos obedece a los dos debates legislativos.

Los elementos del delito se ordenan de manera secuencial, de tal suerte que solo si concurre el antecedente tendrá sentido analizar el consecuente y así de forma sucesiva.

Sin embargo, en la línea de esta investigación, debemos hacernos eco de lo que señala Ávila Santamaría –que va de la mano con el proyecto de Código Orgánico de Garantías Penales– cuando señala:

Para evitar la influencia de la dogmática causalista, hay que tener presentes constantemente los principios y los derechos. Los principios están ordenados en función de los elementos del delito: principio de exterioridad (acto), de estricta legalidad (típico), de lesividad, autotutela y coherencia normativa (antijurídico) y culpabilidad (Ávila, p. 211).

Conducta

El primer carácter del delito es ser un acto (Jiménez de Asúa, 1980). Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción, lato sensu) y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta. Adviértase, –continúa Jiménez de Asúa- además, que usamos la palabra acto en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión.

Recurrimos nuevamente a Ávila Santamaría (2018) que, al referirse a la conducta, expresa, que el punto de partida es un sustantivo: la conducta humana. Si no hay conducta humana, luego hay que quitarse de la escalera, no permitir “entrar” al poder punitivo. De ahí se desprende que los pensamientos, las actitudes, las apariencias, la forma de ser, el pasado de una persona

no cuenta para pararse al frente del sistema penal¹². En este sentido, tampoco cabrían las formas ficticias de actuación de las personas jurídicas, pero sí las actuaciones de los seres humanos que están detrás de la administración de una persona jurídica. Los peldaños siguientes son adjetivos que le califican a la conducta.

De igual manera Muñoz Conde (1990) señala que la acción penalmente relevante es aquella realizada en el mundo exterior, y así mismo indica que no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad; es decir que no existe acción en los siguientes casos: 1.- Fuerza irresistible; 2.- Movimientos reflejos; y, 3.- Estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, etc.).

El Art. 22 de nuestro COIP se refiere a las conductas penalmente relevantes e indica “Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales”.

En otras palabras, para el legislador ecuatoriano conducta es sinónimo de acto y comprensiva tanto de la acción como de la omisión como comportamiento humano.

De otro lado, lo que quiere decir el legislador, en un primer momento, es que al Derecho Penal le interesan solo aquellas conductas de gran lesividad lo que va de la mano con el Principio de Mínima Intervención Penal desarrollado en el Art. 3 del COIP al señalar “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”, lo cual guarda relación directa con lo que la doctrina conoce como el carácter fragmentario del derecho penal en relación con el carácter subsidiario del mismo, es decir, la supresión de delitos que pueden merecer mejor respuesta desde el ámbito civil o administrativo.¹³

En segundo lugar, el texto del inciso segundo del artículo en comentario evidencia que el Derecho Penal que tiene el Ecuador es un derecho penal de acto y no de autor; por lo tanto lo que se puede juzgar son conductas.

El Art. 23 del COIP se refiere a “La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”, es decir hace alusión a las modalidades de la conducta, tanto la acción como la omisión propia e impropia, puesto que en el inciso segundo se refiere a la última.

12 Está proscrito el Derecho Penal de Autor conforme el COIP.

13 Ver: *Exposición de motivos del COIP*. Actualización doctrinaria de la legislación penal.

La conducta como elemento del concepto de delito, no necesita de mayor análisis en este trabajo, sin embargo, al formar parte de la definición de infracción penal en el COIP merece su tratamiento como lo estamos analizando.

Es importante ir de la mano con el elemento histórico para ratificar nuestra primera premisa de que en el Ecuador no existió una definición de delito y por ello nos hemos de referir al Código Penal (1938).

En efecto el Art. 10 señalaba “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar”. De su parte el Art. 1 indicaba “Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena”, con lo que queda demostrado que el legislador ecuatoriano no definió lo que debe entenderse por delito ni infracción penal en los términos que hoy nos trae el Código Orgánico Integral Penal.

Así mismo el Código Penal en el Art. 11 indicaba “Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión”, por lo tanto se refiere a la acción y a la omisión propia, para en el Art. 12 dejar sentado lo que se debe entender como omisión impropia o delito de comisión por omisión al decir “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”.

Finalmente, debemos advertir que este trabajo de investigación consiste en el análisis del error de prohibición desde la doctrina; la categoría dogmática de la culpabilidad en el COIP así como las causas de inculpabilidad y la demostración de la no aplicación del mismo por parte de abogados, fiscales y jueces.

Tipicidad

Como señala Ávila Santamaría (2018) el primer peldaño es la tipicidad: la conducta humana debe ser típica. La conducta humana que se ha manifestado mediante actos materiales debe estar prohibida por un tipo penal. En otras palabras, la conducta está descrita en un artículo de la ley penal. Recordemos que las leyes penales son reglas hipotéticas compuestas por una condición o hipótesis de hecho y una consecuencia que suele ser la pena. En este peldaño, la conducta debe adecuarse a esa hipótesis de hecho o condición fáctica. Este peldaño, dependiendo de los elementos que lo contienen, suele ser más fácil o difícil subir. Es como que unas escuelas penales

suben en escalera eléctrica y son menos garantistas, y otras ponen cemento de contacto para que sea difícil el siguiente paso. Los de la escalera eléctrica son los funcionalistas y suelen usar la teoría que se denomina causalismo. Los garantistas son los otros, porque quieren al máximo evitar injusticias y asegurarse que se cumplan rigurosamente las exigencias de cada peldaño. Para los causalistas, la tipicidad es una simple descripción del proceso causal. Una persona hace algo y se produce una consecuencia que es delictiva. Si hay relación entre una acción y el resultado, estamos frente a la tipicidad en el causalismo. La tipicidad, entonces, tiene un carácter objetivo. Para los finalistas, en cambio, la tipicidad no es un proceso causal sino final, “lo que significa que el actuar humano se determina desde el fin perseguido por el autor sobre la base de su experiencia causal”. La tipicidad tiene, entonces, un carácter objetivo, pero también subjetivo, puesto que recoge valorativamente el proceso de la conducta o acción humana desde el fin. Por ello, la gran diferencia con el causalismo es que el dolo y la culpa en el finalismo están en el tipo penal, mientras que en el causalismo es la base de la culpabilidad. Para los causalistas simplemente no hay como subir la grada si es que no hay tipo penal. Para los finalistas, no hay como subir la grada si es que no hay tipo penal o cuando habiendo tipo penal, hay ausencia de dolo (p. 96).

Para la Teoría del causalismo naturalista (Franz von Liszt, Ernst von Beling) se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue las fases internas (ideación, deliberación, resolución) y externa (exteriorización, preparación, ejecución) del delito. Distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito. El tipo se limita a elementos de carácter externo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica solo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de esta.

La categoría dogmática “tipicidad” aparece con Beling¹⁴ cuando define al delito indicando, “es delito la acción típica, antijurídica, culpable, sometible a una sanción penal adecuada y suficientemente para las condiciones de la sanción penal”.

En esta concepción aparece ya la tipicidad o “adecuación típica”, con su papel nuevo y rector, y cada uno de los caracteres, si bien al servicio del todo, figuran con sus funciones propias y distintas.

14 Ernst von Beling (19 de junio de 1866 - 18 de mayo de 1932) fue un jurista alemán.

Muñoz Conde (1990) (p. 39) define a la tipicidad como:

la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.

De ello podemos decir que la tipicidad es la comprobación de que un hecho imputado se adecua a un presupuesto normativo.

El Art. 25 del COIP señala: “Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”. Quiere decir que un acto es típico cuando el comportamiento lesiona o pone en riesgo un bien jurídico protegido.

El Código Orgánico Integral Penal dentro del capítulo Tipicidad respecto al Dolo en su Art. 26 establece que: “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena”.

De igual modo señala sobre la Culpa en el Art. 27 del COIP lo siguiente: “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”.

Así también tipifica el COIP la omisión dolosa en el Art. 28, mismo que prevé:

La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

De vuelta al elemento histórico y frente a esta categoría dogmática debemos señalar, que el proyecto para primer debate (COIP) en torno al dolo, la definición ya no se limita a decir que es la intención de irrogar daño, sino que da un concepto más actual (Agudelo, 1994), cuando sostiene que la persona actúa con dolo cuando conociendo los elementos objetivos del tipo quiere ejecutar la conducta, en este concepto, constan los elementos cognitivo y volitivo del dolo; por lo que bajo este criterio, actúa dolosamente quien sabe que está realizando los elementos del tipo penal y quiere hacerlo.

Pero como hemos visto de la mano del COIP el concepto de dolo es el originario del proyecto enviado por el expresidente de la República y el mismo del Código Penal (1938), por lo tanto, no ha existido un cambio sustancial.

En lo atinente a la culpa, se dice que actúa con culpa la persona que transgrede el deber objetivo de cuidado, por imprudencia, negligencia o impericia.

En el informe para primer debate se mantiene el error de tipo y se enuncia cuáles son los efectos del error, cuando es vencible o invencible. Lo que va de la mano con la doctrina penal contemporánea.

El error de prohibición igualmente está tratado en el informe cuando dice que este tipo de error ocurre cuando la persona no comprende la ilicitud de la conducta y así mismo los efectos dependen si es vencible o invencible.

Finalmente, el proyecto contemplaba el error de tipo y el error de prohibición. El error de tipo alude a los casos en que el sujeto realiza los elementos objetivos de un tipo penal, pero desconociendo la realización de alguno de ellos, en palabras de Muñoz Conde (1990) el autor debe conocer todos los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto, y cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de los elementos es error de tipo. El error de prohibición recae sobre el desconocimiento de la ilicitud de la conducta.

Como podemos darnos cuenta tal como salió el proyecto de COIP desde la Asamblea Nacional, regresó a la misma con el veto presidencial. El Presidente realizó algunas observaciones como por ejemplo agregó el inciso referente a que debe entenderse como preterintencionalidad y eliminó el error de prohibición al decir:

Si bien es una institución de la escuela finalista, es una figura bastante peligrosa, ya que podría ser utilizada por jueces inescrupulosos, para dejar en la impunidad un número de delitos, ya que bastaría la nueva alegación del desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta y la aquiescencia de un administrador de justicia corrupto e ignorante para que cualquier persona que haya cometido un delito pueda quedar en la impunidad, aumentando la desconianza en la administración de justicia.¹⁵

Y, finalmente, al dolo se lo volvió a definir como el designio de causar daño.

¹⁵ El criterio del expresidente fue aceptado dada la mayoría que tenía en la Asamblea Nacional; criterio eminentemente subjetivo. El error del asambleísta fue colocar el dolo y la culpa en la tipicidad.

Antijuricidad

El Art. 29 del COIP señala: “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”. De esta manera se describe el tercer elemento del concepto de delito o categoría dogmática.

Así también se regula las causas de exclusión de la antijuricidad en el Art. 30 del COIP que son el estado de necesidad, legítima defensa o cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.¹⁶

Para Wetzel (1976) la antijuricidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico, es decir es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Dentro de la antijuricidad se debe tomar en consideración que se debe tener la capacidad para lesionar un bien jurídico protegido, que no exista una causa de justificación y que a más de ello aquella acción u omisión ponga en riesgo un bien jurídico protegido.

Una conducta típica es antijurídica cuando el sistema jurídico no permite o prohíbe la conducta. Esto sucede cuando la conducta no está justificada jurídicamente. El ejemplo de conductas típicas que no son antijurídicas son la legítima defensa, el ejercicio de un derecho (como la protesta pública) y el cumplimiento de una responsabilidad social o pública (por ejemplo, la práctica de la medicina) (Ávila, 2018, p. 97).

Es importante señalar que la tipicidad va en relación con los hechos en cambio la antijuricidad está en relación con el caso en concreto.

Según Meini (2014), la antijuridicidad sería el segundo elemento del delito. En él se confirmaría que la conducta típica, además de vulnerar la norma penal del concreto delito, se opone al ordenamiento jurídico en su integridad. El juicio de antijuridicidad (antijuridicidad = opuesto al derecho) se llevaría a cabo constatando la ausencia de las llamadas causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante, actuar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo). De ahí que la doctrina mayoritaria sostenga que la concurrencia de una causa de justificación no neutraliza la lesión al bien jurídico ni la prohibición general del comportamiento típico, pero sí autorizaría excepcionalmente su realización. Matar a otro sería siempre un comportamiento típico, pero se permitiría en los casos de legítima defensa (p. 45).

¹⁶ Por no corresponder al tema de investigación, no se desarrolla.

Culpabilidad

La culpabilidad es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta (Peña y Almanza, 2010).

El COIP en su Art. 34 establece lo siguiente respecto a la culpabilidad: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”.

Recordemos que cuando el legislador emite el concepto de infracción utiliza la expresión “culpable” es decir se remite a la cuarta categoría dogmática de la teoría del delito.

La imputabilidad se dice es la capacidad de la culpabilidad por lo que considerando el elemento histórico el Código Penal (1938) señalaba DE LA IMPUTABILIDAD Y DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LAS INFRACCIONES, es decir se refería a la responsabilidad sobre la base de la imputabilidad. Más adelante decía, “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”¹⁷, y luego “No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer”.¹⁸

Consiguientemente la categoría dogmática “culpabilidad” ha sido tratada históricamente en atención a la imputabilidad es decir se ha entendido que es reprochable la conducta solo cuando se ha cometido con conciencia y voluntad.

Ahora con el COIP se añade “y actuar con conocimiento de la antijuridicidad”, es decir se puede hacer un juicio de reproche en tanto y en cuanto la persona sea imputable pero además conozca que esa conducta es antijurídica, es decir contraria a derecho, pues si desconoce ese elemento por más que haya actuado con conciencia (darse cuenta de las cosas por una persona normal) no hay responsabilidad.

El COIP en su Art. 35 establece que la única causa de inculpabilidad es el trastorno mental debidamente comprobado, sin considerar que en el Art. 34 (Ibídem) se refiere además al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, quedando así plasmado el vacío existente con respecto a la otra causa que vendría a ser el error de prohibición; que es lo que estamos demostrando

17 Art. 32 Código Penal

18 Art. 34 Código Penal

do a través de este trabajo de investigación, por lo que resulta bastante difícil que un juez o un fiscal puedan pronunciarse cuando hace falta el segundo de los elementos.

El tercer elemento del delito es, siempre según la doctrina dominante, la culpabilidad. El juicio de culpabilidad versaría sobre la atribución del comportamiento típico y antijurídico (injusto) al sujeto. Para que ello se dé, el sujeto debería ostentar ciertas características personales que permitan considerar al injusto como obra suya. Según la doctrina, dichas condiciones serían la imputabilidad (capacidad para comprender la ilicitud del acto realizado y capacidad para comportarse de acuerdo a dicha comprensión —artículo 20.1 del CP¹⁹—, el conocimiento potencial de la ilicitud (que se descartaría cuando se incurra en error de prohibición —artículo 14, segundo párrafo, del CP— y la exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad exculpante —artículo 20.5 del CP—) y miedo insuperable —artículo 20.7 del CP—, (Meini, 2014, p.45-46).

De otro lado Meini (2014) señala que en el esquema causalista del delito la antijuricidad es considerada como sinónimo de contradicción objetiva del hecho con el derecho y es irrelevante para dicha calificación si el sujeto conoce y/o quiso realizar el hecho antijurídico, por lo mismo señala que el dolo, como forma de culpabilidad abarca el conocimiento del injusto, es decir que el sujeto que actúa con dolo conoce de la ilicitud de su acto (teoría del dolo) y que por tanto al abarcar el conocimiento de la prohibición penal, el dolo se conocía como *dolus malus* (dolo malo). Indica además que a consecuencia del finalismo y gracias al concepto de la acción final, en la cual la capacidad del sujeto de dirigir de manera voluntaria su comportamiento hacia un resultado es un elemento sustancial de la acción; concluye diciendo que el dolo y la culpa dejaron de ser formas de culpabilidad y fueron admitidas como formas del comportamiento, lo que justifica su traslado de la culpabilidad a la tipicidad.

Franz Von Liszt quien con una tendencia finalista estableció que la acción es un fenómeno causal-natural que trae como consecuencia un resultado que puede consistir en un delito.

El sistema causalista se caracteriza por su sencillez para ubicar la culpabilidad ya que para atribuir la responsabilidad a la persona solo se requiere la comprobación de la causa, tomándose al efecto como su consecuencia directa razón por la cual una persona siempre será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado.

Ramiro Ávila Santamaría indica:

19 En esta cita se debe leer como Código Penal Peruano, pues el autor es un catedrático peruano.

...Los principios básicos del modelo garantista, que Ferrajoli los llama axiomas, son diez, y legitiman tanto al sistema penal como al modelo de estado constitucional. Estos principios se relacionan a tres momentos básicos del derecho penal: la pena, el delito y el proceso: Principios de la pena: retributividad (no hay pena sin delito), mera y estricta legalidad (no hay delito sin ley), necesidad (no hay ley sin necesidad). Principios del delito: lesividad (no hay necesidad sin ofensa), materialidad (no hay ofensa sin acción), culpabilidad (no hay acción sin culpa). Principios del proceso: jurisdiccionalidad (no hay culpa sin juicio), acusatorio (no hay juicio sin acusación), probatorio (no hay acusación sin prueba), contradictorio (no hay prueba sin defensa). (p. 57)

Lo que nos interesa y con respecto a la categoría dogmática que analizamos son los Principios del delito en lo atinente a la culpabilidad (no hay acción sin culpa).

En el “sistema como puertas” que nos habla Ávila Santamaría (2018) y ya fue invocado al analizar las otras categorías dogmáticas del delito, se refiere a la culpabilidad en los términos que siguen:

...El principio de culpabilidad está estrechamente vinculado al derecho a la libertad y, en el campo penal, significa que las personas tienen la posibilidad real de cometer una infracción penal. Esto quiere decir que si es que se demuestra que no hay libertad, no se le puede a una persona imputar un delito. Las personas no comprender (sic) la ilicitud penal, no tienen conciencia ni voluntad para cometer un delito. (p.98)

Entendemos que Ávila Santamaría se refiere al hecho que las personas al no comprender la ilicitud penal no tienen conciencia ni voluntad para cometer un delito, lo cual quiere decir que quien no es imputable carece de libertad como quien actúa sin conocimiento de la antijuricidad de su conducta; es decir, para que exista culpabilidad la persona debe estar en capacidad para comprender y querer.

Punibilidad

Si seguimos la definición de infracción penal que nos trae el COIP podemos afirmar entonces que existe un quinto elemento del delito como es la punibilidad pues dice “cuya sanción está prevista en este Código”.

Siguiendo la línea de Meini (2014), la punibilidad sería el cuarto elemento del delito. En él se discutiría el sí y el quantum de la pena. Por regla general, todo delito cometido conduce a la sanción de su responsable, pero en algunas ocasiones concurren circunstancias que impiden la aplicación de la

sanción sin que ello signifique negar el delito. Sucedería así en los casos de las llamadas excusas legales absolutorias o de las condiciones objetivas de punibilidad. Un ejemplo de las primeras sería la estrecha relación entre el encubridor y el encubierto que autoriza a no sancionar el delito de encubrimiento (artículo 406 del CP), y de las segundas, la necesidad de protestar el cheque sin fondos para que se pueda reprimir el delito de libramiento indebido (artículo 215 del CP, p.46).²⁰

Error de tipo y error de prohibición en la doctrina:

Error de Tipo

Para Muñoz Conde (1990) el Error de Tipo es cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de los elementos objetivos del tipo y trae consigo la eliminación del dolo y todo lo demás, es decir el resto de los elementos de la Teoría del delito si el error es invencible; sin embargo, si aquel error en los elementos del tipo fuese vencible deja subsistente el tipo de injusto de un delito imprudente. El error, al igual que el dolo para Muñoz Conde debe referirse a cualquiera de los elementos que forman el tipo, pueden ser de naturaleza descriptiva o normativa.

Error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia objetiva del hecho perteneciente al tipo legal sea de carácter fáctico o normativo. Error de tipo es, pues, no sólo el error sobre los “hechos” como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre el “carácter lascivo”, y la “ajenidad” de la cosa, el “embargo”, “documento”, “funcionario”. (Welzel, 1970, p. 233)

Para Muñoz Conde (1990) el error puede recaer sobre diferentes elementos típicos y hace la siguiente distinción:

- 1.- Error sobre el objeto de la acción (*error in obiecto vel in persona*) Ej. A mata a B pensando que era C.
- 2.- Error sobre la relación de causalidad. Ej. A dispara con B con intención de matarle, produciendo heridas leves, sin embargo, B muere por una infección en la herida.
- 3.- Error en el golpe (*aberratio ictus*) Ej. A quiere matar a B, pero dispara a C por tener una mala puntería.
- 4.- *Dolus Generalis* (cree que consumó un delito sin embargo murió por hechos posteriores) Ej. A estrangula a B y le lanza al río, y B no muere a causa del estrangulamiento sino porque se ahogó en el río.
- 5.- Error en los elementos accidentales (para tipos penales cualificados) Ej. A mata, quería matar a su esposa, pero mata a la vecina. Es asesinato y no

²⁰ Para ilustrar el análisis del profesor peruano basta recordar que en Ecuador (COIP) no existe esa excusa, así como tampoco la condición objetiva de punibilidad referidas, que en el CP (1938) si existían.

femicidio (considerando que presuntamente existirían todos los elementos para configurar este delito).

En suma, el error de tipo es aquel error que recae sobre cualquier elemento objetivo del tipo penal, y puede ser vencible o invencible, y dependiendo cual sea el efecto será distinto pues si era invencible es decir tomo toda la diligencia debida entonces se elimina el dolo y consecuentemente no hay delito; si por el error era vencible es decir se debe a una ligereza o negligencia entonces subsiste el tipo, pero a título de culpa pues se debe a una imprudencia.

Error de Prohibición

Para Meini (2014) “el error de prohibición recae sobre la ilicitud penal del comportamiento” (p. 315).

El error de prohibición al ser el tema por tratar del presente trabajo se desarrollará de manera detallada en el siguiente capítulo.

Heinrich y Weigend (2014) indican que la distinción entre el error de tipo y el error de prohibición se ha impuesto tan sólo en los últimos tiempos. Para los autores el error de tipo existe cuando el autor no conoce uno de los elementos a los que el dolo debe extenderse según el tipo de corresponda, y la consecuencia de aquel error es que el autor actúa sin dolo. Para ellos internamente el error de tipo puede consistir tanto en una representación falsa como también en la falta de representación, pues muy genéricamente el error significa la no coincidencia entra la conciencia y la realidad. En cambio, el error de prohibición consiste en que un comportamiento determinado, correctamente reconocido por el autor en su estado objetivo, esta jurídicamente prohibido.

Teoría Finalista de la Acción y Teoría Causalista de la Acción:

Finalismo

López Barja de Quiroga, citado por Peña y Almanza (2010, p. 38) señala, la doctrina finalista nace con Welzel (1904-1977) y fue desarrollada por este autor a partir de principios de los años treinta, aunque la utilización de la palabra “finalidad” para caracterizar la acción se produce a partir de 1935. La inicial concepción fue dando paso a diversas modificaciones a medida que se sometía a revisión toda la teoría del delito imperante hasta el momento.

El principal exponente del Finalismo fue Hanz Welzel, quien señala que el delito tiene los mismos elementos que el causalismo: acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad; sin embargo, modificó la estructura ya que el dolo es un elemento subjetivo del injusto, dentro de la tipicidad.

Para Welzel (1970) la acción es considerada como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente; la acción y la omisión son dos subclases de la conducta típica, ambas susceptibles de ser dirigidas por la voluntad final; en la omisión no se le castiga por haber causado el resultado típico sino por no haberlo evitado.

Welzel (1970) en la Teoría de la Acción Final reúne a la voluntad en dos fases: 1.- Fase interna: acontece en el pensamiento, en la inteligencia y se le llama fase finalista; es el objetivo que se pretende alcanzar o proposición de finales, en resumen, es lo que se conoce como voluntad o dolo. 2.- Fase externa: es aquella que se da fuera de la inteligencia a que se le puede llamar fase causalista; es la ejecución de los medios.

En la Teoría de la Acción Final o Finalista de la Acción el TIPO está compuesto:

Elementos objetivos:

- 1) Sujeto Activo;
- 2) Sujeto Pasivo;
- 3) Bien Jurídico Tutelado;
- 4) Acción u Omisión;
- 5) El resultado típico en los delitos de resultado;
- 6) Los elementos normativos; y,
- 7) Las circunstancias objetivas de la agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Elementos subjetivos: dolo o culpa

Para el padre del finalismo Welzel (1970), la ANTIJURICIDAD es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto (p. 76).

La CULPABILIDAD en el sistema finalista es el juicio de reproche ante una conducta típica y antijurídica, implica que un sujeto ha tenido la capacidad de comprender que su conducta es ilícita y la capacidad de motivarse para cometer el ilícito; es decir que el sujeto tenga conocimiento de la antijuricidad y que a ese sujeto le era exigible esa conducta. Dentro de la culpa-

bilidad es importante considerar la Imputabilidad un elemento indispensable ya que a diferencia de la corriente causalista que considera que es un presupuesto, en el sistema finalista a diferencia un imputable puede obrar de manera dolosa o culposa, cometer un injusto pero no ser culpable porque se encuentra imposibilitado de actuar de otra forma.

Causalismo

López Barja de Quiroga (citado por Peña y Almanza, 2010) señala, que la Teoría del causalismo naturalista (Franz Von Liszt y Ernst Von Belling) se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue las fases internas (ideación, deliberación, resolución) y externa (exteriorización, preparación, ejecución) del delito. Distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito. El tipo se limita a elementos de carácter externo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica solo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de esta.

Franz Von Liszt, señaló que la acción es un fenómeno causal-natural que trae como consecuencia un resultado que puede consistir en un delito.

En el sistema causalista de igual manera existen los tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La CULPABILIDAD dentro de la teoría causalista exige en el dolo tres elementos: a) que el sujeto siendo imputable conozca los hechos, b) conozca de la ilicitud de los hechos, y c) quiera producir esos hechos.

En el sistema causalista la culpabilidad es simple pues para atribuirle responsabilidad penal a una persona solo se requiere la comprobación de la causa-efecto; es decir que ese efecto tenga como consecuencia directa la causa que lo produjo. En resumen, un sujeto será culpable en tanto en cuanto se compruebe su acción como causa del resultado.

Elementos para comprobar un delito de acuerdo con la Teoría Causalista: 1) acción (movimiento corporal, resultado y nexo causal); 2) bien jurídico protegido; 3) sujetos (activo y pasivo) 4) objeto material.

Tanto en la Teoría Causalista como en la Teoría Finalista la culpabilidad está supeditada de la antijuridicidad del hecho, y a su vez la antijuridicidad presupone que se encuentre concretada en tipos penales, delitos. La tipicidad,

antijuricidad y culpabilidad están en relación la una con la otra, de tal forma que cada elemento presupone el anterior.

Finalmente elaboramos un cuadro con respecto a la Teoría del Delito y las Teorías Finalista y Causalista de la acción, como corolario de lo analizado.

	TEORÍA CAUSALISTA	TEORÍA FINALISTA
Acción	Movimiento corporal + Causación del resultado.	Dirección final de la voluntad.
Tipicidad	Función indiciaria de la antijuricidad.	Delito Doloso: Tipo objetivo: Descripción objetiva de los hechos + Tipo subjetivo. Dolo: Conocimiento del tipo objetivo + voluntad de realizarlo. Delito Culposo: Infracción del deber objetivo de cuidado.
Antijuricidad	Ausencia de justificación.	Ausencia de justificación.
Culpabilidad	Dolosa - Culposa Capacidad de culpabilidad. Dolo: Conocimiento de los hechos + Conocimiento de la antijuricidad. Culpa: Infracción del deber de diligencia.	Capacidad de culpabilidad + Conocimiento de la antijuricidad.

La teoría del delito tiene mucha importancia en la resolución del caso penal, nos dice Reyna (2009), al señalar que el objetivo de estructurar una técnica de resolución de casos penales es comprobar si en un caso concreto estamos o nos frente a un delito. Si ese es el objetivo primordial, es de vital importancia conocer los elementos necesarios que nos lleven a considerar –en un supuesto concreto– que estamos frente a un hecho delictivo. Estos elementos comunes a todo delito son los componentes propios de la teoría del delito. En este contexto, la elección de un concreto sistema de la teoría del delito²¹ es el primer paso para seguir en la estructuración de una técnica de resolución de casos penales (p. 262).

Benavente Chorres (2011) al referirse la teoría del delito integrada en la teoría del caso (p. 159) señala, que el éxito del caso no depende solamente de la manera como se presenta y acredita, sino que la eficacia de este está con-

21 Dos son los sistemas dominantes en la doctrina, ambos tienen como puntos de partida el concepto de acción, el primer sistema (Causalista) parte de un concepto causal de acción; el segundo sistema parte de un concepto de acción final y es conocido como sistema finalista.

dicionada, incluso, desde la forma como ha sido construido el caso –primer paso de nuestro esquema de teoría del caso–. Recordando, que esta construcción implica: (a) la elaboración de los enunciados fácticos, (b) la selección de la teoría del delito a aplicar, (c) la subsunción de los enunciados fácticos en cada uno de los elementos de la teoría del delito seleccionada, y (d) el material probatorio.

Más adelante Benavente Chorres (2011) concluye, diciendo, la rigurosidad de la teoría del caso y su éxito en el campo forense dependen de la integración en su seno, así como, del buen manejo de las herramientas que nos brindan tanto la teoría de los enunciados fácticos, la teoría del delito y la teoría del material probatorio (p. 161).

Con ello queremos decir y centrándonos en nuestro trabajo de investigación, que en el caso Ecuador a la fecha de propuesta del tema y cuando se está desarrollando la investigación es evidente que por la naturaleza de la estructura de la teoría del delito (híbrido) los casos penales no se pueden resolver aplicando en estricto sentido la teoría del delito.

Entonces si optamos por utilizar un sistema causal de la teoría del delito, la coherencia interna exige la técnica de resolución de casos penales nos llevará, por ejemplo, a analizar el tema del dolo solo luego del análisis de la tipicidad y la antijuricidad, es decir, en sede de culpabilidad. Si, por el contrario, utilizamos un sistema finalista de la teoría del delito, el estudio del dolo es un problema de tipicidad.

Muy distinto resulta con la entrada en vigor de la reforma al COIP (junio de 2020) cuando los operadores jurídicos y jurisdiccionales (abogados litigantes y jueces) deban aplicar la reforma y de esa manera se optará por la teoría del delito (finalismo) que ha sido aclarada y complementada, aunque persiste la confusión con el dolo en cuanto a la existencia del delito preterintencional.

Como se puede observar, la importancia práctica de la coherencia en la adopción del sistema de la teoría del delito es grande. Con el Código Penal (1938) no había problema alguno porque el sistema adoptado era Causalista y los jueces resolvían a la luz de esa teoría.

Capítulo II

El error de prohibición

Previo al análisis del Error de Prohibición –que es el tema de investigación– creemos es pertinente recordar lo que Welzel (2003) dice:

...La acción es considerada siempre como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente. La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error del tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado). En la antijuridicidad distingue el aspecto formal (lo contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). Desaparece el concepto de imputabilidad que es absorbido por la culpabilidad la cual consiste en un juicio de reproche. (En Peña y Almanza, 2010, p.40)

El error de prohibición elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado. Es la premisa que debemos tener presente para nuestro análisis.

Puede resultar extraño al lector que todas las modalidades de error penalmente relevantes se estudien conjuntamente en un mismo capítulo, pues es común que se distinga el tratamiento del error de tipo del error de prohibición en el entendido que afectan a categorías distintas del delito y acarrear consecuencias también distintas. En efecto, según la opinión más extendida en la actualidad, el error de tipo afectaría a la tipicidad y el error de prohibición sería una causa de no exigibilidad de otra conducta que se analizaría en la culpabilidad (Meini, 2014, p. 287).

Concepto

Meini (2014) antes de referirse al error de prohibición empieza señalando:

1. El error es una falsa representación de la realidad que, como se vio, es un constructo social que define al entorno en que las personas actuamos a partir de la percepción social dominante (supra capítulo 5, II). Por tanto, yerra quien no percibe el entorno como lo percibe el resto.
2. En lenguaje coloquial, se distingue entre error e ignorancia debido a la creencia de que una representación equivocada de las cosas o de su significado no es igual que desconocer por completo la realidad o la valoración que se hace de esa realidad. (p. 287-288)

Más adelante Meini (2014) hace alusión al error de prohibición frente al esquema Causalista y Finalista. Respeto al esquema causalista escribe:

1. El tratamiento jurídico-penal del error y la terminología empleada para su mención han estado siempre vinculados al concepto de delito. Hasta y durante la primera mitad del siglo pasado, el concepto causalista de delito imperante entonces, postulaba la división del delito en un momento objetivo (el injusto) y otro subjetivo (la culpabilidad). El dolo y la imprudencia eran considerados formas de culpabilidad y, el conocimiento de la ilicitud, un elemento de ella. Luego, en tanto elementos subjetivos, todos ellos se analizaban en la culpabilidad.
2. En este esquema, los errores solo podrían referirse al elemento objetivo (injusto) y, dado que el injusto se componía tanto de aspectos fácticos como de la ilicitud del acto (antijuridicidad), solo era posible distinguir entre los errores que recaían sobre los hechos (error de hecho o error facti) y los que recaían sobre el significado jurídico del hecho (error de derecho o error iuris), sin que esta distinción se tradujera en un tratamiento diferenciado para cada uno de estos errores. En efecto, en el esquema causal, tanto el error de hecho como el de derecho dejaban intacta la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento —que era siempre objetiva— y afectaban solo a la culpabilidad: el error invencible era causa de inculpaibilidad y el error vencible, al poder haber sido superado por el sujeto, conducía al delito imprudente. (p. 292)

Meini (2014) respecto al esquema finalista escribe:

1. A partir de la segunda mitad del siglo pasado, debido a la influencia del concepto final de acción propuesto por Welzel, el dolo y la imprudencia se concibieron como elementos subjetivos del tipo y se ubicaron en la tipicidad. El conocimiento de la ilicitud, necesario para el juicio de reproche personal, permaneció en la culpabilidad. La introducción de elementos subjetivos en la tipicidad por parte del finalismo conllevó a que los conocimientos del sujeto —y por tanto también sus errores— se valorasen en función al objeto sobre el cual recaían. Así, el des-

conocimiento o ignorancia de los elementos del tipo, sean estos descriptivos, normativos o elementos de valoración global, da lugar, en el modelo finalista de delito, al denominado «error de tipo»; mientras que el desconocimiento de la ilicitud del comportamiento, que puede originarse por el desconocer de que se prohíbe o por la creencia errónea que se permite (error sobre causas de justificación), al error de prohibición. (p. 293)

Zaffaroni (1986) dice:

El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, sino que es un puro problema de culpabilidad. Se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culpable que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza. (p. 577)

La acción es considerada siempre como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente. La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error del tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuricidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado) (Peña y Almanza, 2010, p. 39).

El principio *ignorantia iuris non excusat* en derecho penal.

En el Código Penal (1938) se establecía la presunción de derecho, en el Art. 3. “Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa”.

En la Exposición de motivos del COIP (2014) se dice:

...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 supresión de la presunción de derecho del conocimiento de la ley, entre otros.

Ello nos llevó a pensar que se iba a establecer el nuevo concepto de dolo (Finalismo) y el error de tipo y error de prohibición como causa eximente de responsabilidad y causa de inculpabilidad, respectivamente; sin embargo, quedó evidenciado que el asambleísta por petición expresa del presidente de la República de ese entonces, omitió.

Para referirnos al error de prohibición fue preciso que abordemos el tema de la presunción de derecho en el Ecuador que está suprimida lo que se advierte del texto del COIP y por la exposición de motivos. Aquello nos lleva a analizar esa presunción conforme la doctrina.

El tratamiento del error en derecho penal trata siempre del desconocimiento o ignorancia de un dato constitutivo del hecho delictivo o de su valoración jurídica que impide al sujeto formarse una motivación adecuada en contra del delito.

Meini (2014) con respecto al principio conocido como ignorancia de ley no excusa, señala:

1. Si la vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico dependiera de que las leyes sean conocidas por las personas, cada quien 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 y comportamientos aplicables a todos por igual. De ahí 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.

2. A partir de lo anterior, se entiende que en derecho se invoque el principio ignorancia iuris non excusat (la ignorancia no excusa del cumplimiento del derecho), cuya consecuencia práctica es que el ordenamiento jurídico presume que las personas conocemos el derecho. Sin embargo, esta presunción no oculta que en realidad las leyes son desconocidas o ignoradas por la generalidad de las personas. No otra cosa se concluye cuando se advierte que ni siquiera los estudiosos del derecho conocen todas las leyes y, aun cuando las conocieran, nunca compartirían la misma interpretación. El desconocimiento de las leyes es incluso más clamoroso en los sistemas jurídicos actuales, donde la licitud o ilicitud de los comportamientos depende muchas veces de la valoración integrada de un amplio conjunto de regulaciones de distinta naturaleza. Piénsese, por ejemplo, en los delitos tributarios o contra la propiedad intelectual, cuya tipificación se construye a partir de normativas sectoriales y valoraciones extrapenales. En todo caso, la presunción de que las personas conocemos el derecho demuestra que los conocimientos se imputan y no se prueban (supra capítulo 10, IV, 3) y que así ha sido desde los tiempos en que se aplica el brocardo *ignorantia iuris non excusat*. (p.p. 289-290)

Para Meini (2014) el conocimiento de las reglas jurídicas se deriva del conocimiento y de la comprensión de las reglas sociales que rigen la sociedad y

no del conocimiento mismo del derecho positivo. Es decir, conocer el derecho significa estar familiarizado con los valores y razones sociales que permiten darse cuenta de que el comportamiento que se realiza no se tolera y por tanto abstiene de realizarlo sin necesidad de conocer el texto legal ni la sanción.

Meini (2014) asevera que el conocimiento de la ley no es real y que el conocimiento se deriva de integración del sujeto en la dinámica social (socialización), se entiende que el conocimiento del derecho es la regla general y, su ignorancia, la excepción que deberá ser probada.

... el principio *ignorantia iuris non excusat* genera a una serie de consecuencias que se detallarán cuando se analice el error sobre la ilicitud penal. Basta por ahora con insistir que, por regla general, a toda persona capaz se le exige conocer la ilicitud de sus actos y que quien conoce los hechos (quien actúa con dolo) reconoce la valoración jurídica que recae sobre ellos. Solo aquellos que han comprendido lo que es injusto pueden reconocer qué situaciones resultan penalmente relevantes (Jakobs). Por ejemplo, quien se percató que el reloj que toma no le pertenece, advierte también el desvalor de ese comportamiento. El conocimiento real de la ilicitud no legitima el reproche penal, pero sí repercute en el quantum de la pena: cuanto mayor es el conocimiento del significado jurídico del comportamiento, más motivos hay para inhibirse y mayor será la pena. Por tanto, la ley penal se aplica incluso cuando es desconocida; pero en su aplicación siempre deberá tomarse en cuenta las circunstancias personales del sujeto para seleccionar la reacción más adecuada al caso en concreto. (Meini, 2014, p. 291)

El error principio *ignorantia iuris non excusat* que tuvo su origen en el Derecho Romano que consiste en la obligación de conocer las leyes y que su ignorancia no excusa a persona alguna; sin embargo hoy día aquello resulta una tarea imposible pues lo que conocen las personas son las reglas sociales que rigen vida en comunidad pero la ley en su estricto sentido es desconocida, por cual aquel principio que establecía que la ignorancia de las normas no excusa de su cumplimiento hoy en día no es aplicable.

Error vencible y error invencible.

Con la reforma al COIP (2019) se establece la existencia del error de tipo y error de prohibición, vencible e invencible. La doctrina distingue entre error vencible (también llamado «error superable o relativo») y error invencible (también conocido como «inevitables o absolutos»).

El legislador ecuatoriano no indica en que consiste cada uno de ellos, no los define por lo que debemos recurrir a la doctrina para llenar ese vacío.

El error vencible sería el que podría haberse evitado si se hubiera obrado con el cuidado debido y percatado de los hechos y su significado jurídico. El error invencible no hubiera podido ser evitado a pesar de haberse actuado con el cuidado debido (Meini, 2014, p. 296).

Zaffaroni (1986) con relación al error de prohibición bajo el epígrafe “El error vencible de prohibición” señala...El art. 34 inc. 1º. del CP emplea la palabra “no imputable” para denotar lo que actualmente se denomina en doctrina error “invencible”. Si bien la palabra “imputable”, por mucho que se reconozca que se usa en sentido amplio, puede ofrecer dudas y dificultades, lo cierto es que la expresión “vencible” -como *du antónima invencible*- implica un cambio de palabras, pero deja subsistente la problemática, porque no aclara mucho acerca de la exigibilidad de una conducta exenta de error. Error vencible será aquel que puede exigirse al autor que lo supere, e invencible su contrario, pero no es muy esclarecedor el planteo, porque no se pueden dar reglas fijas y generales (p. 582).

Estamos seguros de que no es posible dar reglas fijas que sean útiles en los casos límites, puesto que la exigibilidad de comprensión, o sea, la vencibilidad del error, es cuestión que deberá determinarse en cada caso, teniendo en cuenta las características personales, profesionales, el grado de instrucción, el medio cultural, la oscuridad de la ley, las contradicciones de las resoluciones judiciales o administrativas al respecto, etc. Como en cualquier límite de culpabilidad, no es posible sentar reglas que pasen por alto las particularidades individuales (Zaffaroni, 1986, p. 582).

El autor cuando se refiere a los efectos del error de prohibición, de cualquier clase que fuere, dice, si es invencible, elimina la culpabilidad y el injusto no llega a ser delito; y si es vencible, reduce la culpabilidad y hay delito, pudiéndose sólo reducir la pena hasta el mínimo legal establecido para el delito de que se trate (Zaffaroni, 1986, p. 579).

Y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado) (Peña y Almanza, 2010, p. 39).

Entonces el error de prohibición elimina la conciencia de la antijuridicidad y el efecto del error dependerá si es vencible o invencible. Si el error de prohibición es invencible elimina la culpabilidad o punibilidad; y si es vencible subsiste el tipo pero en distinto grado. Para ver si el error es vencible o invencible se deberá analizar el caso concreto y las características personales, la instrucción, la cultura, entre otros factores.

Errores relevantes e irrelevantes.

Meini (2014) trata de esta forma este tema:

El tipo penal determina qué se ha de conocer: el error del asesino que confunde a su víctima y mata al hermano gemelo es irrelevante y deja intacto el dolo, pues el comportamiento típico de homicidio (artículo 106 del CP) solo exige que el agente se represente el riesgo para la vida de otro que su comportamiento supone, sin que sea necesario que conozca la identidad de su víctima. Por el contrario, si el tipo requiere una especial condición de la víctima el error sobre la identidad será relevante. Es por eso que el error de quien dispara sobre su padre creyendo que es otra persona es relevante y afecta el dolo: el tipo penal de parricidio (artículo 107 del CP) exige que la representación del sujeto abarque la vinculación filial con la víctima. Al derecho penal solo le interesan los errores relevantes. (p. 299)

Luego Meini (2014) sobre la base de esa premisa dice:

- (i) El error sobre las condiciones objetivas de punibilidad es siempre irrelevante. Las condiciones objetivas de punibilidad no son presupuestos materiales que deban ser abarcados por el conocimiento del sujeto.
- (ii) Se afirma en doctrina que los errores sobre las llamadas causas personales de exclusión de pena son también irrelevantes. Sin embargo, ello será así solo si se participa de la creencia de que las causas personales de exclusión de la pena no afectan al injusto; posición que aquí se rechaza por entenderse que constituyen causas de atipicidad. (...)
- (iii) El error sobre la punibilidad será siempre irrelevante. Saber qué tipo de pena y cuánta pena prevé el tipo penal no es un requisito para inhibirse de realizar el comportamiento. Para ello basta con representarse que concurren los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal. (...)

Por lo mismo, todos los errores que recaen sobre expectativas no amparadas por el derecho son irrelevantes... (p. 301)

De lo antes expuesto podemos decir que son irrelevantes: aquellos errores en las condiciones objetivas de la punibilidad, errores en las causas personales de exclusión de la pena, error en la punibilidad en general; y en general todos los errores que recaen sobre expectativas no amparadas por el derecho. Por su parte serán errores relevantes aquellos en la identidad de la persona cuando para el tipo penal que se le acusa la víctima deba tener características particulares como en el caso del parricidio o del femicidio.

Supuestos especiales de error.

Meini (2010) con relación al error de prohibición hace alusión a los supuestos especiales de error y que para nuestro objeto de estudio resulta un

tanto irrelevante referirnos en extenso, de ahí que se hará una síntesis de lo planteado por el jurista y catedrático peruano.

El autor en mientes dice que existen varios supuestos:

1. Error sobre la ley extrapenal que complementa el supuesto hecho en la ley penal en blanco: En este caso se refiere a que existe error en la norma extra penal, es decir en una norma ajena al código penal, como por ejemplo una norma administrativa que contempla cuales son los animales considerados como especie protegida; toda vez que el código penal sanciona a quien capture a animales de especie protegida.

2. Error sobre el elemento de valoración global: Los elementos de valoración global hacen referencia a la ilicitud del comportamiento y no forman parte de las circunstancias fácticas del hecho; pero ello no impide que lleguen a ser conocidos por el sujeto a consecuencia de la actuación dolosa. Algunos doctrinarios sostienen que el desconocimiento de los elementos de valoración global genera error de tipo.

3. Error sobre predicados de valor: En el caso de los predicados de valor como los términos «obsceno» y «crueldad», se trata de conocer los supuestos materiales que dan lugar a esa apreciación según la percepción social y normativa que recoge el derecho, aun cuando para el autor no sea así. El error se dará, entonces, cuando el sujeto desconozca la concurrencia de las circunstancias de hecho que generan la valoración.

4. Error sobre las llamadas causas de justificación: Estos supuestos ameritan mayores consideraciones:

I. Según la tesis del dolo, propia del esquema causalista, este tipo de errores serían siempre errores de derecho que traerían consigo a la imputación del injusto a título de imprudencia esto es culpa iuris.

II. Por su parte la tesis de la culpabilidad, vinculada al esquema finalista, genera dos soluciones distintas.

α Según la tesis de la culpabilidad estricta: los errores que recaen sobre las causas de justificación serían siempre errores de prohibición por ser las causas de justificación circunstancias que autorizan realizar un hecho prohibido y se refieren a la valoración jurídica que recae sobre él.

β Según la tesis de la culpabilidad restringida distingue el tratamiento del error dependiendo si recae sobre el presupuesto material de la causa de justificación (legítima defensa putativa) o sobre la existencia o límites de la causa de justificación (el anciano del barrio que cree tener derecho a corregir a los niños traviesos como sus padres) Si bien según los postulados dogmáticos de la teoría de la culpabilidad estos tres casos son errores de prohibición porque recaen sobre una causa de justificación, la variable de la culpabilidad restringida ha propuesto aplicar la regla del error de tipo a los casos de error sobre el presupuesto material, en virtud de que el presump-

to material de la causa de justificación pese a no ser un elemento del tipo es parte del supuesto de hecho del delito y no de la valoración jurídica y por lo tanto al parecerse a un elemento del tipo cabría la aplicación del error de tipo. Sin embargo, los errores sobre la existencia o límites de las causas de justificación serán errores de prohibición según la teoría de la culpabilidad.

III. La valoración de los errores que recaen sobre las causas de exclusión del injusto debe seguir la línea trazada por la sistemática de la teoría del error. Así:

- (i) Los errores que recaen sobre los presupuestos materiales de la causa de exclusión del injusto son errores de tipo porque se desconocen los aspectos materiales sobre los que se sostiene la prohibición penal.
- (ii) El error sobre la existencia o sobre los límites de las causas de exclusión del injusto es error de prohibición.

Modalidades de error.

El error de prohibición, dice Zaffaroni (1986), siempre impide la comprensión de la antijuricidad cuando es invencible, pero, a veces lo hace porque afecta a la posibilidad de conocimiento de esta, en tanto que en otras, hay conocimiento de la antijuricidad, pero no puede exigirse la comprensión de la misma. Esta segunda forma del error de prohibición es el error de comprensión, es decir, el error que impide la internalización o introyección de la norma, por mucho que la misma sea conocida (p. 578).

En líneas generales, el error de prohibición puede ser:

Error que afecta el conocimiento de la antijuricidad, que puede ser:

- a. Directo, cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva.
- b. Indirecto, que recae sobre la permisión de la conducta y que puede consistir en: la falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga, o en la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada (justificación putativa).

Error de comprensión, que afecta la comprensión de la antijuricidad. (Zaffaroni, 1986, p.578)

Más adelante Zaffaroni (1986) pone ejemplos que nos permitimos ponerlos de manifiesto:

I. El error que afecta al conocimiento de la antijuricidad puede ser directo cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva (un sujeto ignora que el adulterio está prohibido en la Argentina; un sujeto ignora que cambiar la cerradura de un inmueble para impedir la entrada del legítimo poseedor es delito); o indirecto, cuando recae sobre la permisión de la conducta, pudiendo consistir en la falsa suposición de existencia de un precepto permisivo no reconocido por la ley (un sujeto cree que si alguien le deja su

automóvil a reparar y no lo retira dentro de cierto plazo, puede venderlo por su cuenta para cobrarse; otro cree le está permitido vender mercadería del empleador para cobrarse los salarios que no le paga), o en admitir falsamente una situación de justificación que no está dada (se llaman justificantes putativas: un sujeto cree que es agredido y que se defiende, cuando en realidad se trata de una broma de amigos; otro cree que le amenaza de muerte un incendio porque está encerrado, y rompe una ventana, cuando en realidad podía salir tranquilamente por la puerta).

II. El error de comprensión es el que afecta la comprensión de la antijuricidad, pero no el conocimiento: el indígena que masca coca desde niño y no puede internalizar la norma que prohíbe su tenencia. (p. 579)

De su parte Meini (2014) establece las modalidades de errores en los siguientes términos:

1. Error sobre el objeto de la acción (error en la persona o en el objeto): Consiste en percatarse del sujeto u objeto contra el cual se dirige el accionar, pero no se percibe su identidad. Tiene relevancia cuando la identidad de la persona o del objeto sobre el que recae el comportamiento es tenida en cuenta por el tipo penal.

2. Aberratio ictus o «error en el golpe»: Es aquel en el que se identifica correctamente al objeto sobre el cual recae el comportamiento; pero, debido a un desarrollo equivocado en la ejecución del hecho, se termina causando un resultado sobre otro objeto.

3. Error sobre el riesgo típico: Este error consiste en una falsa representación del proceso causal que genera el resultado.

4. Dolus generalis: Son supuestos particulares de «error sobre el riesgo típico» y se presenta cuando el agente cree haber alcanzado su objetivo, pero en realidad este se produce por un comportamiento posterior.

Capítulo III

El error de prohibición en el COIP

La teoría del delito en el COIP: una nueva visión.

Recordando, que la teoría del delito en términos de Zaffaroni (1990) “está constituida por el conjunto de requisitos que, en cualquier caso, deben darse para que la agencia judicial no suspenda o interrumpa el ejercicio de poder del resto del sistema penal” (p. 200) podemos entrar a analizar el Error de Prohibición en el Derecho Penal ecuatoriano.

Ávila Santamaría (2018) indica, que la teoría del delito es una garantía más para evitar que el inocente sea juzgado y condenado, y para sancionar de forma justa a quien ha cometido un delito.

Es por ello, que nuestra pregunta de investigación está orientada a demostrar que en el sistema de justicia penal en el Ecuador dada la forma como se ha estructurado la teoría del delito, no es posible que el error de prohibición pueda ser aplicado por parte de los operadores jurídicos y jurisdiccionales.

Decíamos en otro momento, que en el COIP se producen cambios en la estructura de la teoría del delito como ser en lo atinente a la tipicidad y la culpabilidad, sin embargo, el mismo legislador se queda con el concepto de dolo que había en el Código Penal (1938), y de otro lado omite establecer las causas eximentes de responsabilidad como el Error de Tipo –que excluye la tipicidad dolosa de la conducta– y el Error de Prohibición –recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta–.

“Es imperdonable que la propuesta de Código Penal de la revolución ciudadana copie el código vigente y lo presente cómo propuesta innovadora. En otras palabras, la propuesta gubernamental es una propuesta del siglo XIX en términos de dogmática penal. Es una propuesta que tiene una teoría del delito dispersa, no sistemática, antigua y contradictoria, autoritaria.

Lo peor de todo es que se añaden dos normas, el error de tipo y el error de prohibición que, siendo contemporáneas, dentro de la estructura del código se tornan inaplicables. Por eso, como comentó ya el jurista Jiménez de Asúa de nuestra codificación de 1939, el código en esa época era nuevo, pero debía inscribirse entre los códigos antiguos. ¡Qué decir del mismo código presentado en el año 2011!.” (Ávila Santamaría, 2013, p. 182).

La reflexión de Ávila Santamaría es importante para nuestro análisis. Si bien el autor hace alusión al error de tipo y error de prohibición en el proyecto del gobierno del año 2011 no es menos cierto que eso fue eliminado por parte del gobierno cuando se envió desde la Asamblea Nacional. Nos apropiamos de la expresión de Ávila (2013) (p.182): “Es una propuesta que tiene una teoría del delito dispersa, no sistemática, antigua y con tradición autoritaria”, porque efectivamente con ello se evidencia nuestra propuesta de investigación, pudiendo añadir que se trata de un híbrido.

En el Capítulo I ya hicimos un análisis y referencia a la teoría del delito en el Ecuador con vista al Código Penal (1938) –que es el que estuvo vigente hasta la entrada en vigencia del COIP– y al COIP, arribando a la conclusión que el legislador ecuatoriano de 1938 no pudo estructurar la teoría del delito como la dogmática penal nos enseña, como tampoco el legislador que hizo la codificación (1971) y por supuesto el contemporáneo; pues la historia del Derecho Penal en el Ecuador evidencia una serie de reformas a la parte especial del Código Penal sin importarle el delito como tal.

El legislador del COIP a diferencia del legislador del Código Penal (1938) define a la infracción penal señalando que es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.

De otro lado se refiere a cada una de las categorías dogmáticas guardando la secuencia del concepto de infracción penal, sin que a nosotros nos atañe hacer un análisis de cada una de ellas, sino someramente referirnos a ellas.

El legislador (2014) en la Exposición de motivos señala:

...El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción. Por ello, el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad... El artículo 76 de la Constitución ordena que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena... El auge del constitucionalismo en las democracias contem-

poráneas 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: ...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 la presunción de derecho del conocimiento de la ley, entre otros... En este contexto, se adecua la legislación ecuatoriana a los nuevos desarrollos conceptuales que se han producido en el mundo y en la región, como mecanismos para asegurar un correcto funcionamiento de la justicia penal.

De ahí que el legislador establece la finalidad del COIP indicando, que este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales...²² para más adelante desarrollar principios generales invocando la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En ese marco hace alusión al Principio de mínima intervención²³ señalando, que la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales. Como se puede observar se aplica la dogmática penal contemporánea que tiene que ver con el carácter fragmentario y el carácter subsidiario del Derecho Penal.

De otro lado establece garantías y principios rectores del proceso penal y los principios procesales; lo que le hace a este cuerpo normativo un cuerpo legal de principios.

La supresión de la presunción de derecho del conocimiento de la ley es otro de los enunciados en la Exposición de motivos, enunciado fundamental para desarrollar la teoría del delito en la óptica del Finalismo. De ahí que el COIP como está elaborado –antes de la reforma de diciembre de 2019– no es de corte finalista pese a que trate cada una de las categorías dogmáticas por separado y establezca el dolo en la tipicidad y el conocimiento de la antijuricidad como base de la culpabilidad.

Con respecto a la teoría del delito en el COIP y la nueva visión consideramos que a diferencia del Código Penal (1938) el legislador define cada una de las categorías dogmáticas. En efecto señala:

CONDUCTA PENALMENTE RELEVANTE (Art. 22 y 23 COIP)

Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

22 Art. 1 COIP

23 Art. 195 CR

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.²⁴

La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.

No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.²⁵

TIPICIDAD²⁶ (Art. 25, 26, 27 y 28 COIP)

Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes.

Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.²⁷

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.²⁸

Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.²⁹

Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.³⁰

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

24 Como se indicó oportunamente el Ecuador adopta el Derecho Penal de acto y proscribe el Derecho Penal de autor (peligrosismo).

25 Aquí el legislador se refiere a la omisión propia, pues la omisión impropia la trata en el dolo, bajo la figura de la omisión dolosa que en doctrina es la comisión por omisión u omisión impropia.

26 Al ubicar el dolo en la Tipicidad hizo pensar que en el Ecuador se había adoptado el Finalismo.

27 El concepto de dolo es el dolo malo que se refiere la doctrina, y lo tenía el Código Penal (1938) inserto en la categoría dogmática de la culpabilidad; concepto que dista del de dolo en el Finalismo.

28 El delito preterintencional va de la mano con el causalismo.

29 Este concepto es nuevo en el Derecho Penal ecuatoriano puesto que la culpa tenía otro tratamiento.

30 Igualmente es nuevo para nosotros.

ANTI JURIDICIDAD (Art. 29, 30, 31, 32 y 33 COIP)

Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea anti-jurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.³¹

Causas de exclusión de la antijuridicidad.- No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad.- La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal.

Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Legítima defensa.- Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Agresión actual e ilegítima.
2. Necesidad racional de la defensa.
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

CULPABILIDAD (Art. 34, 35, 36, 37 y 38 COIP)

Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.³²

31 El Código Penal (1938) no definía lo que debía entenderse por antijuricidad sino únicamente refería a las causas de justificación.

32 Es aquí cuando igualmente se nos hizo pensar que se había adoptado el Finalismo, puesto que en el Código Penal (1938) la culpabilidad estaba dada sobre la base del dolo y la culpa y de ahí la figura de la preterintencionalidad.

Causa de inculpabilidad.- No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado.

Trastorno mental. - La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad.

La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.

Responsabilidad en embriaguez o intoxicación. Salvo en los delitos de tránsito, la persona que al momento de cometer la infracción se encuentre bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada conforme con las siguientes reglas:

1. Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad.

2. Si deriva de caso fortuito y no es completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento, hay responsabilidad atenuada imponiendo el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducida en un tercio.

3. Si no deriva de caso fortuito, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad.

4. Si es premeditada con el fin de cometer la infracción o de preparar una disculpa, siempre es agravante.

Personas menores de dieciocho años. - Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código de la Niñez y la Adolescencia.

Análisis de la categoría dogmática de la culpabilidad en el COIP y en el CP (1938)

Previo al análisis propuesto es oportuno recordar lo que la doctrina dice con respecto a la culpabilidad.

La culpabilidad es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta (Peña y Almanza, 2010).

El COIP en su Art. 34 establece lo siguiente: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”.

En el Código Penal (1938) la categoría dogmática de la culpabilidad estaba ubicada en el Título III, Libro I, bajo el epígrafe DE LA IMPUTABILIDAD Y DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LAS INFRACCIONES, es decir se refería a la responsabilidad sobre la base de la imputabilidad.

El Art. 32 decía, “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”.

De su parte el Art. 33:

Repútanse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo.

Lo anterior se complementa con el Art. 34: “No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer”.

Consiguientemente la categoría dogmática “culpabilidad” ha sido tratada históricamente en atención a la imputabilidad es decir se ha entendido que es reprochable la conducta solo cuando se ha cometido con conciencia y voluntad. Ese es el elemento común de esta categoría dogmática tanto en el COIP como en el Código Penal (1938).

Torres Chávez (1980) señala:

...Los términos ‘voluntad’ y ‘conciencia’ han entrado al campo de la Psicología y de la Psiquiatría con tal fuerza, que el aspecto ontológico de la libertad, se ha hecho muy relativo. Este artículo contiene la Filosofía del Código Penal. Lo define, lo sitúa y lo alinea entre los clásicos, que consideran al hombre esencial y totalmente libre, capaz de escoger entre el bien y el mal, lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito. (p. 118)

Más adelante Torres Chávez (1980) señala:

Que el delito es un acto de conciencia y voluntad, fue explicado por Carrara con el siguiente razonamiento: ‘El hombre tiene facultad de determinarse en sus acciones prefiriendo, por sí propio, hacer o no hacer más allá o fuera de los cálculos de su intelecto; esta potencia es la que constituye la libertad de elección. Es en virtud de tal facultad que se le pide cuenta de los actos que él determina. La libertad de elegir, como potencia abstracta del ánimo no puede serle quitada al hombre. Hasta el que cae de una altura, mientras cae y sabe que cae, no

quisiera caer. La libertad como idea le queda, pero está impedida la realización de la idea. (p. 118)

En su análisis nos enseña, que el Art. 33 presume, mientras no se prueba lo contrario, que toda infracción es voluntaria y consciente y al final acepta que puede inferirse de las circunstancias del acto que no hubo intención “dañada” usando un término al parecer aldeano –pero que quiere significar “deseo de hacer daño”.

En definitiva, la falta de conciencia y voluntad o la falta de intención de hacer daño, hay que probar en el juicio. La falta de conciencia y voluntad concreta el Código Penal en el Art. 34 en el cual se tienen los términos “entender” y “querer” como sinónimos. También el Art. 35 toma en cuenta una disminuida capacidad de entender.

En el Art. 36, se establece la falta de conciencia en el error de hecho (Torres Chávez, 1980, P. 124).

Finalmente, Torres Chávez (1980) concluye diciendo que nuestro Código participa, pues, de la teoría del Libre Albedrío que, primitivamente, fue tomada, de seguro, del aspecto religioso, que estima al hombre como ente que puede pecar como pecar, a su sólo arbitrio.

La reflexión del autor nos lleva a al Art. 13 del Código Penal (1938) que decía:

El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender.

Este artículo si bien hacía referencia al nexo causal, no es menos cierto que en él podemos advertir hay una relación con la categoría dogmática de la culpabilidad.

El que realiza un delito, responderá de él. Tal es la base primera del artículo; pero viene luego, la posibilidad de que varió el mal que se propuso el hechor o que recayó en otra persona distinta. Lo cierto es que se produce un mal y hay que juzgarlo, tomando en cuenta la causalidad lógica y psicológica del caso (Torres Chávez, 1980, p. 50).

Quintano Ripollés, citado por Torres Chávez (1980) señala:

La doctrina del error en el objeto ha sido estudiada de antiguo por los tratadistas que suelen distinguir entre el ‘error in persona’ y la ‘aberratio ictus’. En el primero, la voluntad de delinquir contra una persona concreta permanece hasta

el momento mismo de la ejecución, y si ésta es diversa se debe tan solo a que la persona es otra distinta, de la que el agente imaginara. En la 'aberratio ictus', como su nombre lo indica, la equivocación no está en la persona, sino en el golpe, es decir, en el acto. Ya no es Cayo, que queriendo matar a Tito, mata a Julio, sino que Cayo, queriendo herir a Tito le mata en lugar de herirlo. (p. 50)

De lo transcrito estamos entonces frente al error en persona y al error en el acto. En cualquiera de los dos supuestos existe responsabilidad de la persona.

El autor en mientes señala que el nexo causal, para el Derecho Penal, es la relación entre la conducta de una persona y el resultado obtenido por aquella. El criterio naturalista considera la causa como la "totalidad de las condiciones previas a un acontecimiento", definición que es necesario precisar, limitar y concretar, en materia penal, para no llegar a situaciones absurdas.

Causalidad y culpabilidad, fueron originariamente elementos autónomos pero que después se relacionaron. El profesor José Rafael Mendoza concluye al respecto diciendo: "para que pueda existir la responsabilidad, a título de dolo, es imprescindible que la representación del sujeto abarque también el curso causal que lleva a la producción el resultado" (Torres Chávez, 1980, p. 53).

Como corolario podemos afirmar que en el Código Penal (1938) la categoría dogmática de la culpabilidad estaba en relación directa con el nexo causal y por lo tanto aparece la figura de la preterintencionalidad. El error en persona y el error en el acto no son causas de exclusión de la culpabilidad en el Código Penal (1938); y la culpabilidad estaba limitada a la imputabilidad como capacidad de la culpabilidad y a nada más.

Ahora con el COIP se añade "y actuar con conocimiento de la antijuricidad", es decir se puede hacer un juicio de reproche en tanto y en cuanto la persona sea imputable pero además conozca que esa conducta es antijurídica, es decir contraria a derecho, pues si desconoce ese elemento por más que haya actuado con conciencia (darse cuenta de las cosas por una persona normal) no hay responsabilidad.

El COIP en su Art. 35 establece que la única causa de inculpabilidad es el trastorno mental debidamente comprobado, sin considerar que en el Art. 34 se refiere además al conocimiento de la antijuricidad de su conducta, quedando así plasmado el vacío existente con respecto a la otra causa que vendría a ser el error de prohibición; que es lo que estamos demostrando a través de este trabajo de investigación, por lo que resulta bastante difícil que un juez o un fiscal puedan pronunciarse cuando hace falta el segundo de los elementos.

Ubicación de la culpa en la culpabilidad.

Los principios básicos del modelo garantista, que Ferrajoli (2005) los llama axiomas, son diez, y legitiman tanto al sistema penal como al modelo de estado constitucional. Estos principios se relacionan a tres momentos básicos del derecho penal: la pena, el delito y el proceso:

- Principios de la pena: retributividad (no hay pena sin delito), mera y estricta legalidad (no hay delito sin ley), necesidad (no hay ley sin necesidad).
- Principios del delito: lesividad (no hay necesidad sin ofensa), materialidad (no hay ofensa sin acción), culpabilidad (no hay acción sin culpa).
- Principios del proceso: jurisdiccionalidad (no hay culpa sin juicio), acusatorio (no hay juicio sin acusación), probatorio (no hay acusación sin prueba), contradictorio (no hay prueba sin defensa).

Para los causalistas, la tipicidad es una simple descripción del proceso causal. Una persona hace algo y se produce una consecuencia que es delictiva. Si hay relación entre una acción y el resultado, estamos frente a la tipicidad en el causalismo. La tipicidad, entonces, tiene un carácter objetivo (Bustos, 2008, p.564).

Para los finalistas, en cambio, la tipicidad no es un proceso causal sino final, “lo que significa que el actuar humano se determina desde el fin perseguido por el autor sobre la base de su experiencia causal” (Bustos, 2008, p. 567). La tipicidad tiene, entonces, un carácter objetivo, pero también subjetivo, puesto que recoge valorativamente el proceso de la conducta o acción humana desde el fin.

Por ello, la gran diferencia con el causalismo es que el dolo y la culpa en el finalismo están en la tipicidad, mientras que en el causalismo es la base de la culpabilidad.

De otro lado en el causalismo la tipicidad es el elemento formal delito y a su vez la culpabilidad es la valoración subjetiva de la acción.

Alfredo Etcheberry (1994) señala:

La sola objetividad del daño, la sola adecuación externa de la acción al molde legal, la sola contrariedad a la norma jurídica, no bastan todavía para completar los presupuestos de la responsabilidad penal. El derecho no impone tal responsabilidad sino después de haberse valorado la acción atendiendo fundamentalmente a su contenido interno, o sea, a la voluntad que la anima, entendiendo el término en su acepción más amplia, de conocimiento, de volición y de libertad. El propio orden jurídico se encarga de determinar los criterios de acuerdo con

los cuales debe efectuarse esta valoración. Esa cualidad de la voluntad que la hace reprochable a los ojos del derecho y que es requisito de la responsabilidad penal, es la que se llama la culpabilidad. (p. 191)

El estudio de la culpabilidad dice Etcheberry (1994) se orienta en los tiempos modernos hacia la solución de dos cuestiones fundamentales:

1) Hasta qué punto puede decirse que un hecho pertenece subjetivamente a una persona, y 2) Hasta qué punto el derecho puede reprochar a esa persona la realización de ese hecho. Precisamente ese doble objetivo marca la diferencia fundamental entre las dos grandes concepciones teóricas de la culpabilidad: la psicológica y la normativa. La primera de estas concepciones pone el acento sobre la atribución psicológica de una acción a un hombre; la segunda, sobre la reprochabilidad del hombre por esta acción. (p. 191)

La tesis del psicologismo es que existe culpabilidad cuando el autor de un hecho antijurídico lo realizó con dolo (dolosamente) o con culpa (culpablemente). El adjetivo culpable designa en general la circunstancia de que una acción se haya realizado sólo con dolo o con culpa; para caracterizar las acciones que se han realizado solo con culpa, se usa el adjetivo *culposa*.

La culpabilidad radica en una relación psicológica entre el individuo y su acto, constituida por el binomio inteligencia-voluntad: si el individuo se ha dado cuenta del acto que realiza y ha querido realizarlo, es culpable, sin que sea necesario considerar otros factores. La culpabilidad viene entonces a ser una sola cosa: la situación psicológica del individuo con relación al hecho ejecutado.

Para el normativismo dice el autor, no basta con afirmar la vinculación psicológica entre el sujeto y su acto (dolo o culpa), sino que es preciso indagar los motivos que llevaron al sujeto a realizar el acto, analizando comprensivamente todas las circunstancias del caso. Sostiene esta teoría que no basta saber si una persona ha querido un acto (psicologismo), sino por qué lo ha querido. La voluntad del derecho es que los hombres lo respeten y obedezcan sus órdenes. Pero el derecho no puede desconocer que hay ciertas circunstancias anormales, extraordinarias, en las cuales no se puede razonablemente exigir el acatamiento de sus normas, porque ello equivaldría a hacer del heroísmo una obligación. En esas circunstancias, por consiguiente, cesa el deber del individuo de determinar su conducta por la norma jurídica, y si no obra en conformidad a ella, tal cosa no se le puede reprochar. En suma, además del vínculo psicológico (dolo o culpa), para pronunciar el juicio de culpabilidad se requiere que la conducta conforme a derecho se le haya podido exigir al sujeto que obró.

La culpabilidad viene en último término a ser la reprochabilidad de una conducta antijurídica, dada sobre tres factores: 1) Imputabilidad (capacidad penal); 2) Vínculo psicológico (dolo o culpa); y, 3) Motivación normal (exigibilidad).

De ahí que para los psicólogos la culpabilidad desaparezca solo en los casos de falta de imputabilidad o cuando están ausentes el dolo y la culpa; para los normativistas, también elimina la culpabilidad la motivación anormal, que ellos denominan con el nombre genérico de “no exigibilidad de otra conducta” (Etcheverry, 1994, p. 193).

Concluye Etcheverry (1994) que al mencionar a finalistas como Welzel y Maurach adscritos a la concepción normativa de la culpabilidad, debe tenerse presente que estos autores modifican la estructura del concepto de culpabilidad, dado que consideran el dolo como parte del tipo. Dolo y culpa quedarían excluidos de la culpabilidad. De este modo, la culpabilidad sería una valoración efectuada sobre la base de tres elementos, a saber: 1) Imputabilidad; 2) Conciencia de la antijuricidad (o al menos posibilidad de conocerla); y, 3) Motivación normal o exigibilidad (p. 194).

Como se puede observar de acuerdo al análisis doctrinario traído a colación, el Código Penal (1938) adopta la teoría del psicologismo y así la culpa está ubicada en la culpabilidad. Y en cuanto al COIP (2014) la intención del legislador fue adoptar la teoría normativa de la culpabilidad, sin que haya alcanzado ese propósito en virtud de la omisión del error de prohibición como eximente de responsabilidad.

El error de prohibición en la legislación comparada (Perú y Bolivia).

Meini (2014) cuando se refiere al concepto doctrinal de delito identifica a la culpabilidad como el tercer elemento señalando:

El tercer elemento del delito es, siempre según la doctrina dominante, la culpabilidad. El juicio de culpabilidad versaría sobre la atribución del comportamiento típico y antijurídico (injusto) al sujeto. Para que ello se dé, el sujeto debería ostentar ciertas características personales que permitan considerar al injusto como obra suya. Según la doctrina, dichas condiciones serían la imputabilidad (capacidad para comprender la ilicitud del acto realizado y capacidad para comportarse de acuerdo con dicha comprensión —artículo 20.1 del CP), el conocimiento potencial de la ilicitud (que se descartaría cuando se incurra en error de prohibición —artículo 14, segundo párrafo, del CP) y la exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad exculpante —artículo 20.5 del CP— y miedo insuperable (artículo 20.7 del CP). (p. 46).

A consecuencia del finalismo y gracias a su concepto de acción final — para el cual la capacidad del sujeto de dirigir voluntariamente el comportamiento hacia un resultado es un elemento consustancial de la acción—, el dolo y la culpa dejaron de ser formas de culpabilidad y fueron admitidas como formas del comportamiento, lo que justificó su trasladado de la culpabilidad a la tipicidad (al injusto) (Meini, 2014, p. 212). Recordemos que Iván Meini —autor del libro en consulta— es un jurista y catedrático peruano por lo que hemos tomado sus comentarios para referirnos a la legislación comparada en este caso al Código Penal peruano.

Meini (2014) comenta:

Según la doctrina nacional, nuestra legislación asume esta diferenciación en el artículo 14 del CP. De hecho, la exposición de motivos del CP señala al respecto: [...] notable innovación es la que se refiere al tratamiento [...] del error. Tradicionalmente se han utilizado los términos de error de hecho y error de derecho. Las nuevas fórmulas sustitutivas de error de tipo y de error de prohibición indican contenidos distintos a los aludidos con las denominaciones tradicionales. Mientras que las expresiones lingüísticas antiguas, hoy superadas por el progreso de la doctrina penal, permitían distinguir entre lo fáctico y lo jurídico, ocurre ahora que el error de tipo está referido a todos los elementos integrantes del mismo, ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho, justificantes o exculpantes), quedando el error de prohibición vinculado a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad (no responsabilidad por el error). (p. 293)

Con respecto al error de prohibición expresa Meini (2014):

Por su parte, el error de prohibición, al analizarse en la culpabilidad —en particular en la no exigibilidad de otra conducta—, solo repercute en ella y no en la tipicidad ni en la antijuridicidad; categorías que previamente habrán debido ser acreditadas para llegar al análisis de la culpabilidad. Así, el error de prohibición invencible es una causa de exculpación que impide la atribución del injusto al sujeto y el consecuente reproche de culpabilidad; y el error de prohibición venible atenúa la culpabilidad del sujeto, el reproche penal y, en consecuencia, la pena. (p. 294)

El artículo 14 del CP peruano distingue entre error de tipo y error de prohibición. Y al respecto Meini (2014) refiriéndose al error de prohibición expresa:

3. El error de prohibición recae sobre la ilicitud penal del comportamiento. No basta con que el sujeto se represente mentalmente la prohibición general del hecho. Así, por ejemplo, quien sabe que el comportamiento que realiza es infracción administrativa, pero ignora que es también delito. Que el

error de prohibición verse sobre la ilicitud penal se deriva, por un lado, de la diferencia entre injusto penal e injusto administrativo y, por otro lado, que el reproche que ayuda a graduar el conocimiento de la ilicitud es reproche penal.

4. Con todo, los casos de error de prohibición serán muy poco frecuentes. No otra cosa se deduce que el conocimiento de la ilicitud se deriva del conocimiento de los elementos materiales que fundamentan la prohibición penal (dolo). En esta línea, es posible identificar dos supuestos prototípicos de error de prohibición:
 - (i) Cuando empieza a regir una ley que tipifica comportamientos que tradicionalmente han sido considerados de riesgo permitido, así, por ejemplo, reducir la edad para consentir válidamente participar en actos de contenido sexual. Lo mismo acontece cuando uno se traslada a otro país sin saber que ciertos comportamientos que rutinariamente realiza en su patria son punibles; así, por ejemplo, el consumo personal de drogas, que es un comportamiento atípico en el Perú, es delito en algunos países centroamericanos.
 - (ii) El error sobre la ilicitud penal en el derecho penal económico y en especial en ámbitos en que la ilicitud penal se construye a partir de la integración de normas sectoriales. (p. 316)

CÓDIGO PENAL PERUANO³³

Artículo 14.- *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.

Artículo 15.- *Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.*

Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.

33 http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf. Acceso: 26 de marzo de 2010. 15h00

CÓDIGO PENAL BOLIVIANO³⁴

Art. 16°.- (ERROR).

1. (ERROR DE TIPO).- *El error invencible sobre un elemento constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal por este delito. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será sancionada con la pena del delito culposo, cuando la ley lo comine con pena.*

El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la aplicación de la pena agravada.

El delito cometido por error vencible sobre las circunstancias que habrían justificado o exculpado el hecho, será sancionado como delito culposo cuando la ley lo comine con pena.

2. (ERROR DE PROHIBICION).- *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse conforme al artículo 39.*

Art. 39°.- (ATENUANTES ESPECIALES). *En los casos en que este código disponga expresamente una atenuación especial, se procederá de la siguiente manera:*

- 1. La pena de presidio de treinta años se reducirá a quince.*
- 2. Cuando el delito sea conminado con pena de presidio con un mínimo superior a un año, la pena impuesta podrá atenuarse hasta el mínimo legal de la escala penal del presidio.*
- 3. Cuando el delito sea conminado con pena de presidio cuyo mínimo sea de un año o pena de reclusión con un mínimo superior a un mes, la pena impuesta podrá atenuarse hasta el mínimo legal de la escala penal de la reclusión.*

Al haber tomado a las legislaciones penales de Perú y Bolivia tiene por objeto dejar evidenciado que en los países de la Región mucho antes que en el Ecuador ya se estableció la figura del error de tipo y error de prohibición.

En el Ecuador la primera propuesta se dio en el año 2011 pero penosamente y como se analizó en otro momento la Asamblea Nacional en el año 2014 se apartó de la corriente mundial y latinoamericana y de acuerdo a las actas de debate se debió a la actitud del presidente de la República de ese entonces, quien se había opuesto, sin darse cuenta que al dejar de lado el error de tipo y el error de prohibición, la Teoría del Delito que se había construido perdía todo sentido y por lo tanto las categorías dogmáticas de la tipicidad y la culpabilidad no podían ser aplicadas, pues hacía falta lo que los Códigos Penales traídos a esta investigación si establecían, como es el error de tipo y el error de prohibición.

³⁴ https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_boli.pdf. Acceso 26 de marzo de 2020. 15h15

Ausencia del error de prohibición en el COIP

El error de prohibición no está previsto en el Código Orgánico Integral Penal, aseveración que la hemos venido haciendo a partir de la propuesta de investigación y con vistas a ese cuerpo legal debiendo sumarse a ello el análisis que lo hemos realizado en el Capítulo I y con respecto a la Teoría del Delito.

Habíamos dicho que el tema a tratar tiene que ver con la Teoría del Delito y como el legislador ecuatoriano al dictar el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el año 2014 se aleja de la concepción que tenía el Código Penal (1938) al establecer al dolo y la culpa dentro de la categoría dogmática de la tipicidad, y al redefinir la culpabilidad así mismo como categoría dogmática, sin establecer las causas eximente de responsabilidad (error de tipo) y causa de inculpabilidad (error de prohibición).

El legislador dice “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” (Art. 34 COIP); concepto de la culpabilidad que irrumpe con aquel establecido en el Código Penal (1938) que hablaba de la imputabilidad, el dolo y la culpa. Y de otra parte señala: “No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado” (Art. 35 COIP), concluyendo que en los casos de embriaguez o intoxicación “Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad” (Art. 37.1 COIP).

Ello nos lleva a pensar que el error de prohibición (desconocimiento de la ilicitud del comportamiento, que puede originarse por el desconocer de que se prohíbe o por la creencia errónea que se permite (error sobre causas de justificación), propio de la Teoría Finalista de la Acción y que se lo ubica en la categoría dogmática de la culpabilidad no es invocado al momento de resolver un caso, porque justamente no está previsto en el COIP, situación muy diferente de los países (Bolivia y Perú) que en su Código Penal hacen referencia al error de prohibición.

Hemos realizado el análisis del error de prohibición desde la doctrina, la categoría dogmática de la culpabilidad en el COIP así como las causas de inculpabilidad y nos ratificamos en la imposibilidad de la aplicación del mismo por parte de abogados, fiscales y jueces.

El tiempo nos ha dado la razón, hay ausencia del error de prohibición en el COIP. El legislador a través de la LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL³⁵ repara en el error incurrido en el

35 RO 107 Suplemento 24 de diciembre de 2019DISPOSICIÓN FINAL. La presente Ley entrará en vigencia en ciento ochenta días a partir de su publicación en el Registro Oficial.

COIP al haber omitido el error de tipo y el error de prohibición además que reformula el concepto de dolo, dando la posibilidad de aplicación del error de tipo como causante eximente de responsabilidad.

Nos preguntamos en su momento y cuando planteamos este trabajo de investigación ¿si reformulándose la categoría dogmática de la culpabilidad en el COIP y al no haber el legislador establecido el error de prohibición como causa de inculpabilidad, podrán fiscales y abogados litigantes proponer esa eximente y los jueces aplicar frente a esa argumentación?

Sin lugar a duda, dada la formación positivista de los operadores jurídicos y jurisdiccionales, al no estar escrito el error de prohibición en el COIP, no lo invocan y peor aún un juez podría pronunciarse pese a que constitucionalmente estaría habilitado para hacerlo, acompañado de la doctrina y la Teoría Finalista de la acción.

Efectivamente el legislador de la reforma reformula el concepto de dolo lo que da la posibilidad para la aplicación del error de tipo, aunque incurre en la misma falla al establecer el delito preterintencional que responde al Causalismo como en otro momento ya se analizó.

Art. 6.- Sustituyese el artículo 26 por el siguiente texto:

“Artículo 26. Dolo. Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.”

Art. 7.- Agrégase a continuación del artículo 28 un artículo con el siguiente texto:

“Artículo 28.1. Error de tipo. No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal.

Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe.

El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces”.

Art. 10.- Sustituyese el artículo 35 por el siguiente texto:

“Artículo 35. Causas de inculpabilidad. No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental, debidamente comprobados”.

Art. 11.- Agrégase a continuación del artículo 35 un artículo con el siguiente texto:

“Artículo 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”.

La reforma penal que entrará en vigencia en el mes de junio, en lo atinente a la Teoría del Delito nos permite ratificar nuestra pregunta de investigación puesto que sin la reforma el operador de la justicia penal no ha podido aplicar el error de tipo y el error de prohibición pese a que el dolo y la culpa estén situados en la tipicidad.

De otro lado los objetivos planteados se han cumplido.

Nos habíamos planteado como Objetivo General: Analizar la categoría dogmática de la culpabilidad en el COIP y la ausencia del error de prohibición como causa de inculpabilidad o eximente de responsabilidad, y la no aplicabilidad de este en el sistema de justicia penal en la ciudad de Cuenca.

Este objetivo está justificado al expedirse la reforma penal de 24 de diciembre de 2019.

En lo atinente a los Objetivos Específicos como son:

1. Analizar el error de prohibición desde la doctrina.
2. Evaluar la no aplicación del error de prohibición por parte de abogados, fiscales y jueces.
3. Comparar con otras legislaciones el establecimiento del error de prohibición como eximente de responsabilidad.

Todos ellos se han cumplido de acuerdo al texto desarrollado en este trabajo de investigación.

En definitiva el error de prohibición como causa de inculpabilidad no está previsto en el COIP –a la fecha de propuesta del trabajo de investigación y desarrollo del mismo– y fue necesario que el legislador reforme la ley penal para su aplicación por parte de jueces, fiscales y abogados litigantes.

Como estamos analizando la reforma al COIP y la ausencia del error de prohibición en ese cuerpo normativo al momento de su expedición (2014) y se ha tomado como insumo el derecho comparado es necesario compartir lo que consta en la legislación peruana como es el caso del Error de comprensión culturalmente condicionado, que señala:

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Entonces, el legislador ecuatoriano está en deuda porque el Ecuador de acuerdo al Art. 1 de la Constitución de la República es un Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural, plurinacional y laico.

Y para concluir vale recordar a Ávila Santamaría:

Es imperdonable que la propuesta de Código Penal de la revolución ciudadana copie el código vigente y lo presente cómo propuesta innovadora. En otras palabras, la propuesta gubernamental es una propuesta del siglo XIX en términos de dogmática penal. Es una propuesta que tiene una teoría del delito dispersa, no sistemática, antigua y con tradición autoritaria... (p. 182)

Capítulo IV

Aplicabilidad o Inaplicabilidad del error de prohibición por parte de operadores jurídicos y jurisdiccionales en la ciudad de Cuenca

Análisis entrevista:

Encuesta Jueces de la ciudad de Cuenca

Se entrevistó a tres jueces de la Sala Penal de la ciudad de Cuenca, a dos jueces de los Tribunales Penales de la ciudad de Cuenca y a un Juez Penal, durante los meses de febrero y marzo del 2020.

1.- Como juez (a) desde que entró en vigencia el COIP ha escuchado como alegato la aplicación del error de prohibición?

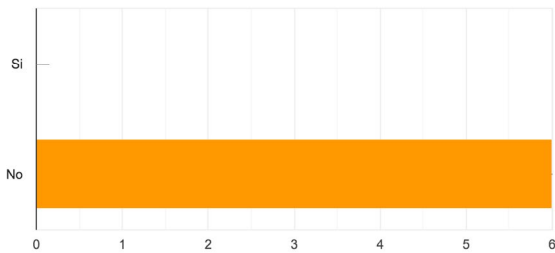
6 respuestas



De seis jueces solo uno desde que entró en vigor el COIP ha escuchado como alegato la aplicación del error de prohibición.

2.- Como juez (a) ha resuelto algún caso aplicando el error de prohibición?

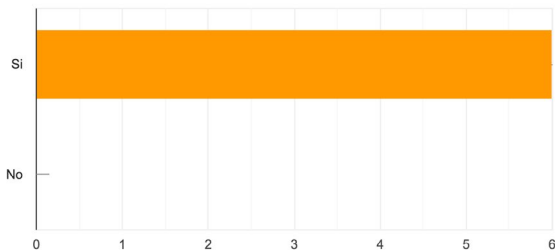
6 respuestas



De los seis jueces entrevistados ninguno ha resuelto aplicando el error de prohibición.

3.- Como juez (a) para declarar la culpabilidad se ha referido al conocimiento de la antijuricidad?

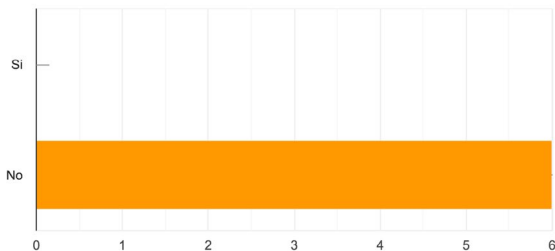
6 respuestas



De los seis jueces TODOS para declarar la culpabilidad de una persona se han referido al conocimiento de antijuricidad.

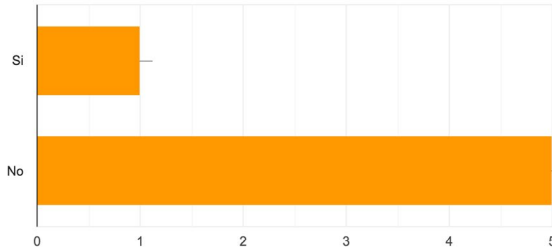
4.- Como juez (a) al resolver ha aplicado el error de prohibición y ha declarado la inculpabilidad de una persona procesada?

6 respuestas



De los seis jueces NINGUNO ha aplicado el error de prohibición y ha declarado la inculpabilidad de un procesado.

5.- El error de prohibición para usted a la fecha de esta entrevista está previsto en el COIP?
6 respuestas

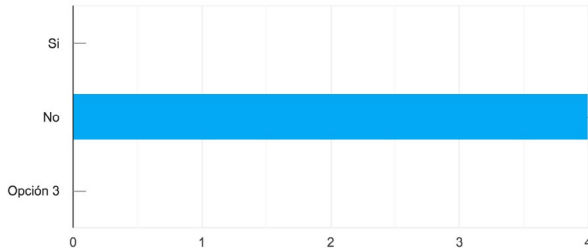


Únicamente para un juez está vigente a la fecha de la entrevista el error de prohibición en el COIP.

Encuesta a Fiscales de la ciudad de Cuenca

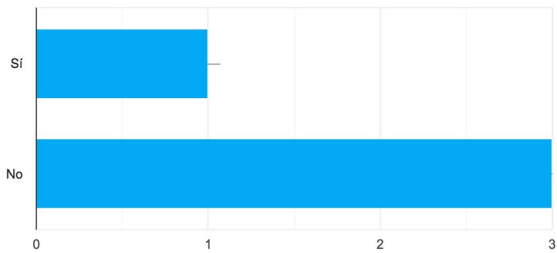
Se entrevistó a cuatro fiscales de la ciudad de Cuenca en los meses de febrero y marzo y del 2020.

1.- Como fiscal desde que entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal ha escuchado como alegato la aplicación del error de prohibición?
4 respuestas



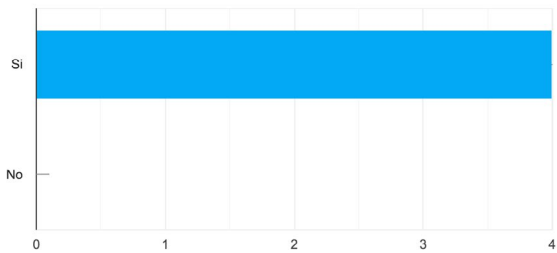
De los cuatro fiscales entrevistados ninguno ha escuchado como alegato la aplicación del error de prohibición.

2.- Como fiscal se ha pronunciado en algún caso aplicando el error de prohibición?
4 respuestas



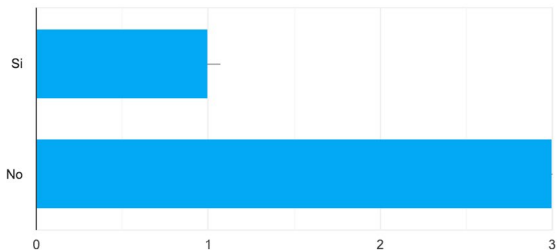
De los cuatro fiscales solo UNO se ha pronunciado en algún caso aplicando el error de prohibición.

3.- Como fiscal para acusar en torno a la culpabilidad se ha referido al conocimiento de la antijuricidad?
4 respuestas



De los cuatro fiscales TODOS se han referido al conocimiento de la antijuricidad cuando se han referido a la culpabilidad.

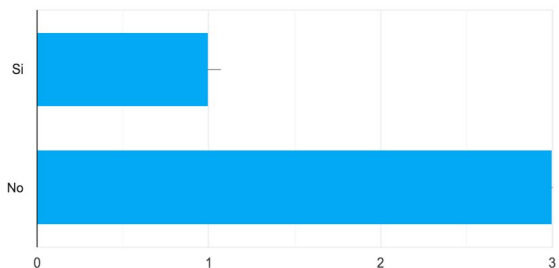
4.- Como fiscal ha aplicado el error de prohibición y se ha abstenido de acusar invocando la inculpabilidad de una persona procesada?
4 respuestas



De los cuatro fiscales SOLO UNO ha aplicado el error de prohibición y se ha abstenido de acusar.

5.- El error de prohibición para usted a la fecha de esta entrevista está previsto en el COIP?.

4 respuestas



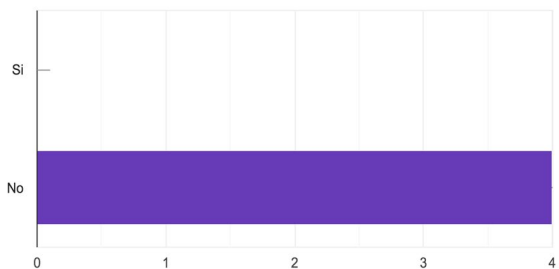
Solamente para UNO de los cuatro se encuentra previsto en el COIP el error de prohibición a la fecha de la entrevista.

Encuestas Abogados en Libre Ejercicio Profesional en materia penal.

Se entrevistó a cuatro abogados en libre ejercicio quienes se destacan por litigar en materia penal durante los meses de febrero y marzo de 2020.

1.- Como abogado (a) desde que entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal ha alegado ante Fiscalía la aplicación del error de prohibición?

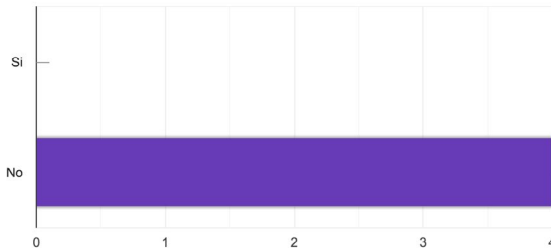
4 respuestas



De los cuatro abogados NINGUNO ha alegado ante la Fiscalía la aplicación del error de prohibición.

2.- Como abogado (a) ha obtenido una respuesta judicial/fiscal en la que se ha aplicado el error de prohibición?

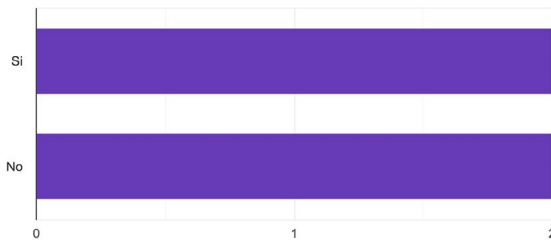
4 respuestas



De los cuatro abogados NINGUNO ha obtenido una respuesta judicial o fiscal en la que se ha aplicado el error de prohibición.

3.- Como abogado (a) para alegar la inculpabilidad se ha referido al desconocimiento de la antijuricidad?

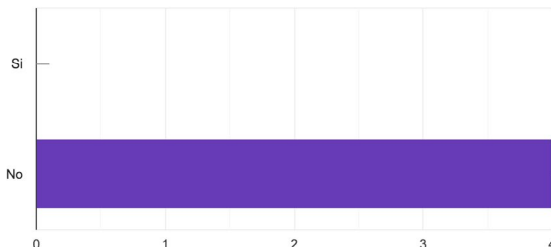
4 respuestas



De los cuatro abogados entrevistados para alegar la inculpabilidad dos si se han referido al desconocimiento de la antijuricidad y en cambio dos no se han referido.

4.- Como abogado (a) ha obtenido una sentencia, auto o pronunciamiento fiscal en el que se ha aplicado el error de prohibición y se ha declarado la inculpabilidad de una persona procesada?

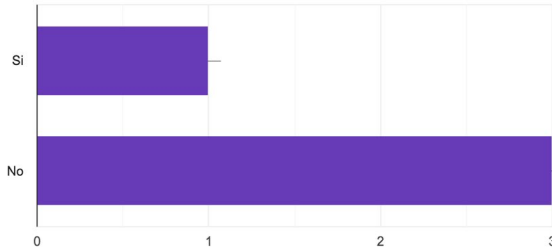
4 respuestas



De los cuatro abogados NINGUNO ha obtenido una sentencia o pronunciamiento fiscal en el que se haya aplicado el error de prohibición y se haya declarado la inculpabilidad de una persona procesada.

5.- El error de prohibición para usted a la fecha de esta entrevista está previsto en el COIP?.

4 respuestas



De los cuatro entrevistados solo UNO considera que al momento de la entrevista está en vigencia el error de prohibición en el COIP.

De las entrevistas realizadas, a Jueces, Abogados en Libre Ejercicio Profesional y a Fiscales podemos ver que los Jueces no han aplicado el error de prohibición para declarar la inculpabilidad de una persona, de los fiscales solamente un fiscal se ha abstenido de acusar en virtud de la aplicación del error de prohibición y de los Abogados en Libre Ejercicio de la profesión ninguno de ellos ha alegado error de prohibición ni tampoco ha obtenido una respuesta judicial o fiscal en la que se ha aplicado el error de prohibición.

Como consecuencia del resultado de la entrevista es evidente que el error de prohibición no está previsto en el COIP aunque alguno de los entrevistados diga que sí; afirmación que en el documento entregado no está sustentada. Además, es contundente el hecho que tampoco ha sido aplicado, con la excepción ya indicada.

Conclusiones

- El COIP al momento de realizar la investigación y conclusión del presente trabajo no es causalista ni finalista sino un híbrido, en virtud de la concepción del dolo recogida del Código Penal (1938).
- El delito está configurado como acto o conducta relevante, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.
- La diferencia entre el causalismo y el finalismo radica en la definición de acción que para el causalismo acción es movimiento corporal más causación de resultado y en cambio para el finalismo acción es la dirección final de la voluntad. Así también se diferencian en la tipicidad pues en el causalismo es la función indiciaria de la antijuricidad en cambio en el finalismo la tipicidad está configurada por tipo objetivo y subjetivo (dolo – culpa); y la última diferencia radica en la culpabilidad pues en el causalismo el dolo se encuentra dentro de este elemento y en cambio para el finalismo la culpabilidad es la capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la antijuricidad.
- El error de prohibición es un comportamiento determinado correctamente reconocido por el sujeto sin embargo aquel comportamiento jurídicamente está prohibido. El error de prohibición elimina la conciencia de antijuricidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado.
- Existe error de prohibición vencible e invencible que se diferencian por el resultado. Si es vencible el tipo penal subsiste a título de culpa sin embargo si aquel error es invencible pues tomó todas las precauciones y la diligencia debida entonces se elimina la conciencia de la antijuricidad que es un elemento constitutivo de la culpabilidad consecuentemente aquel acto, típico, antijurídico no subsiste pues no se da la culpabilidad del sujeto.
- El COIP en ninguno de sus artículos prevé el error de prohibición como lo hace el Código Penal Peruano y Boliviano.
- En la ciudad de Cuenca NO se aplica el error de prohibición por parte de los operadores de justicia conforme se evidencia de las entrevistas realizadas.
- A la fecha de conclusión de la investigación (abril de 2020) está publicada en el Registro Oficial la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal (RO 107 de 24 de diciembre de 2019) que entrará en vigencia en el mes de junio de este año; reforma en la que se establece el error de prohibición como causa de inculpabilidad al haberse sustituido del Art. 35 y añadido un artículo a continuación de este.
- Con la reforma antes indicada se confirma la pregunta de investigación y se justifica el presente trabajo.

- El legislador con la reforma de diciembre de 2019 se ha definido por el Finalismo, superando el carácter híbrido al que nos hemos referido en el trayecto de esta investigación.

Bibliografía

- Agudelo, N. (1994). *Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito*. Bogotá: Jurídico Andina.
- Ávila Santamaría, R. (2013) La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal. Quito, Ecuador. Impresión, Impresores MYL.
- Ávila Santamaría, R. (2009) Anteproyecto de Código de Garantías Penales - La constitucionalización del derecho penal. Quito, Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.
- Benavente, H. (2011) La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio. Barcelona, España. Bosch Editor.
- Bustos, J. (2008) Derecho Penal. Parte General, vol. II, Quito, Ecuador. Ed. Jurídica del Ecuador.
- Cuello, E. (1975) Derecho Penal, Barcelona, España. Bosch, Casa Editorial, S.A. Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983
- Donna, E. (1997) Casos y fallos de Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Etcheverry, A. (1994). Derecho Penal. Tomo I, Parte General (2 Ed). Santiago de Chile, Chile. Editora Nacional Gabriela Mistral.
- Ferrajoli, L. (2005) Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, España. Trotta 7ª.ed.
- Heinrich, H y Weigend, T. (2014) *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I*. Instituto Pacífico S.A.C. Perú.
- Jakobs, G. (1996) *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, República de Argentina
- Jiménez de Asúa, L. (1980) La ley y el delito, Buenos Aires, Argentina. Editorial Sudamericana.
- Meini, I (2014). Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Teoría Jurídica del delito. (1 Ed), Lima, Perú. Fondo Editorial Universidad Católica del Perú.
- Muñoz Conde, F. (1990) *Teoría General del Delito*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.
- Peña, O., y Almanza, F. (2010) Teoría del delito, Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso. Lima, Perú. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina46022.pdf>.
- Pérez, F. (1927) Apuntes para el estudio del Código Penal, Quito, Ecuador. Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios.
- Reyna, L. (2009) Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal. Lima, Perú. Editora Jurídica Hrijley.
- Rodríguez, F. (2018). Curso de Derecho Penal: Parte General, Tomo I. Quito, Ecuador. Jurídica Cevallos.
- Romero, G. (1991.) Casos de Derecho Penal. (2 Ed). Buenos Aires, Argentina. Editorial Jurídica Andina.
- Roxin, C. (1997) *La teoría del delito en la discusión actual*. Editorial Grijley.
- Torres, E. (1980) Breves comentarios al Código Penal del Ecuador, Libro I. Cuen-

ca, Ecuador. Ediciones Jurídicas del Ecuador.

Welzel, H (2003). Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires.

Welzel, H. (1976) Derecho penal alemán. Santiago de Chile, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, R.E. (1986). Manual de Derecho Penal, Parte General. (1 Ed). México: Cárdenas, Editor y Distribuidor.

Zaffaroni, R.E. (1990). En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y dogmático jurídico penal (2 Ed). Bogotá, Colombia, Editorial TEMIS

Zambrano, A. (2008) Manual de Derecho Penal. Parte general, Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP)

Actas de debate de la Asamblea Constituyente de Montecristi. Documentos facilitados por el director de la tesis.

Actas de debate del COIP. Documentos facilitados por el director de la tesis.

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Código Orgánico Integral Penal (2014)

Código Penal del Ecuador (1938)

Código Penal del Perú (1991)

Código Penal de Bolivia (1999)

LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Suplemento del Registro Oficial No. 107, 24 de diciembre 2019

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delito/delito.htm> Acceso: 18 de noviembre de 2019

<http://penaldelito.blogspot.com/2009/10/teoria-causalista-finalista.html> Acceso: 10 de noviembre de 2019

<http://tareasjuridicas.com/2016/11/21/que-es-la-tipicidad-del-delito/> Acceso: 08 de enero de 2020

<https://www.derechoecuador.com/teoria-causalista-y-finalista-del-derecho-penal-> Acceso: 22 de noviembre de 2019

<http://penaldelito.blogspot.com/2009/10/teoria-causalista-finalista.html> Acceso: 22 de noviembre de 2019

http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPE-NAL.pdf. Acceso: 12 de enero de 2020

https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_bol1.pdf. Acceso: 10 de noviembre de 2019

<https://www.iberley.es/temas/elementos-teoria-delito-47501>. Acceso: 10 de noviembre de 2019

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delito/delito.htm> Acceso: 22 de enero de 2020

<https://vlex.ec/vid/teoria-delito-codigo-organico-682467009>. Acceso: 10 de noviembre de 2019

<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/delito/delito.htm>. Acceso: 10 de noviembre de 2019

<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/ignorancia-de-la-ley/ignorancia-de-la-ley.htm> Acceso: 02 de marzo de 2020

Al no haber el legislador establecido el error de prohibición como eximente de responsabilidad o causa de inculpabilidad en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), ¿podrán fiscales y abogados litigantes proponer esa eximente y los jueces aplicar frente a esa argumentación? Es la pregunta planteada y desarrollada en este trabajo que se inscribe dentro de la primera línea de investigación como es la de Derecho Penal ecuatoriano y en lo atinente a la sub-línea llamada Derecho Penal General.

Sin embargo, previo a resolver aquella pregunta se realizará un análisis de la Teoría del Delito a fin de situarnos en el elemento de la culpabilidad que nos permitirá definir el error de prohibición, ver los tipos de errores y las consecuencias de cada uno de ellos, y además comparar nuestra legislación con otras de la Región.

Y se concluirá afirmando que no es posible aplicar el error de prohibición dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad aunque el legislador haya establecido que para que una persona sea responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad, por la ausencia de norma expresa aunque constitucionalmente se podría aplicar, ya que la única causa de inculpabilidad prevista está relacionada con la inimputabilidad.



UCUENCA PRESS 