



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

“EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL ACTUAL CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de: Abogada de los Tribunales
de Justicia.

Autor: María José Vega Flores

Director: Ab. Juan Carlos Salazar Icaza

CUENCA - ECUADOR

DEDICATORIA

A mi esposo Kike, a mis padres Juan Miguel y Ximena, a mis hermanas Ximena y Rossana y a mi futuro bebé por el amor y el apoyo brindado a lo largo de mi vida, les dedico este trabajo.

AGRADECIMIENTO

*Agradezco a DIOS por ser pilar
fundamental en mi vida.*

*A mi esposo y mi familia por siempre
estar presentes.*

*A mi profesor Juan Carlos Salazar
Icaza por haberme brindado una mano
desde el inicio de mi carrera hasta hoy.*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: La Culpabilidad como Categoría Dogmática en el Delito.....	9
1.1 Concepto de Delito	10
1.2 Elementos Estructurales del Delito.....	12
1.2.1 La Acción.....	12
1.2.1.1 Capacidad de Acción en las Personas Jurídicas	15
1.2.1.2 La Omisión.....	19
1.2.2 Elementos Esenciales a la Estructura General del Delito.- La Tipicidad.....	21
1.2.3 La Antijuridicidad	25
1.2.4 La Culpabilidad.....	26
1.2.5 La Penalidad o Punibilidad	27
1.3 La Culpabilidad: Análisis	28
1.4 Elementos Estructurales de la Culpabilidad.....	30
1.4.1 La Imputabilidad.....	31
1.4.2 El Conocimiento de Antijuridicidad	33
1.4.3 La Exigibilidad de un Comportamiento Distinto.....	34
CAPÍTULO II: El Error de Prohibición	36
2.2 El Error de Prohibición como Causa que Excluye la Reprochabilidad del Acto.....	39
2.3 Clases de Error de Prohibición	45
2.3.1 Error De Prohibición Directo	46
2.3.2 Error de Prohibición Indirecto	47
2.3.3 El Doble Error de Prohibición	48
2.4 El Error de Prohibición en la Doctrina de Welzel y Roxin	48
2.5 El Error de Prohibición Frente a la Presunción de Inocencia	51
2.6 Efectos del Error de Prohibición.....	53
2.6.1 Error de Prohibición Vencible	53
2.6.2 Error de Prohibición Invencible	55
CAPÍTULO III: El Error De Prohibición en el Código Orgánico Integral Penal.....	57
3.1 Antecedentes del COIP	58
3.2 El Error de Prohibición en el Primer y Segundo Proyecto del COIP	60
3.3 La Aparente Eliminación del Error de Prohibición en el COIP Aprobado	64

3.4 Error de Prohibición en el Actual COIP	69
3.5 Aplicación Práctica en la Actualidad, en Razón de la Formulación Dogmática de la Culpabilidad en el COIP del Error de Prohibición	70
3.6 Análisis a Casos de Laboratorio.....	72
CONCLUSIONES	77
BIBLIOGRAFÍA	81

RESUMEN

De la culpabilidad como elemento perteneciente a la teoría general del delito, se desprende el llamado error de prohibición, institución en auge desde el siglo XX y que se ha adoptado dentro de las distintas legislaciones en el mundo –incluida la ecuatoriana- hasta la actualidad por ser un medio tendiente a la consecución de procesos más justos acordes con la realidad de las sociedades.

Esta figura jurídica es considerada como causa de inculpabilidad total o parcial ya que el sujeto no tiene conciencia de la antijuridicidad de sus actos y por tanto el Derecho no puede realizarle reproche alguno.

ABSTRACT

The legal principle known as mistake of law, derives from the concept of guilt as an element that has its place in the general principles *of criminal law*; institution on the rise since the XX century, and which has been adopted by the different laws around the world (including the Ecuadorian) for being a means to achieve fairer processes consistent with the reality of societies.

This legal concept is considered as a cause of partial or total non-culpability since the subject is not aware of the illegality of his or her actions; and therefore, the law cannot reproach the subject of any matter.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

Después de varios años reformando el Código Penal ecuatoriano en su parte especial, la Asamblea Nacional decidió que era el momento de que toda la legislación penal de nuestro país, entiéndase normas sustantivas, adjetivas y de ejecución se encontraran sistematizadas dentro del ordenamiento jurídico pero sobre todo que guardaran relación la una con la otra de forma que estas leyes fueran homogéneas y concordantes entre si y que respondieran a las exigencias de la sociedad actual a más de ser acordes a los principios establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Una de las novedades que planteaba el borrador del Código Orgánico Integral Penal en conformidad con los postulados planteados por la teoría finalista del delito era la de incluir al error de prohibición como institución válida dentro del ordenamiento jurídico, eliminando el absurdo precepto por el que se establecía que el Derecho Penal es de conocimiento general y que no se puede alegar su ignorancia porque se quebrantaría la seguridad jurídica de la que goza la población.

Durante el proceso de aprobación del COIP y una vez que el borrador final pasó a manos del ejecutivo para que presente posibles observaciones, Rafael Correa vetó el articulado referente al error de prohibición sosteniendo que se iban a producir muchos y graves atropellos contra los derechos de los ciudadanos, porque con jueces ignorantes y corruptos, un considerable número de ilícitos iban a quedar sin sanción y en la impunidad.

El error de prohibición no es una institución que por si sola ayuda a la arbitrariedad, es la falta de responsabilidad, de desarrollo teórico y de estudio por

parte de muchos individuos asociados a la rama del Derecho que los culpables quedan libres.

Quien incurre en error de prohibición lo hace porque al momento de cometer un ilícito carecía de conciencia y voluntad, en su fuero interno no había la intención de generar daño, para el individuo su comportamiento es acorde a Derecho, no ha cometido transgresiones ya sea porque se encuentra convencido que su actuar no es antijurídico, porque cree existe una causa justa para actuar como lo hace sin que sea relevante para el derecho, porque para él la norma que prohibía cierta conducta ya no se encuentra vigente o no es válida.

Es menester analizar en el desarrollo de éste trabajo cuál es el verdadero sentido del error de prohibición, la necesidad de incluirlo en el COIP vigente, el tratamiento que tiene en nuestra legislación y si es un verdadero medio para proteger los derechos de las personas en un entorno en el que estamos plagados de leyes y normas de toda índole que producen confusión y desconcierto.

CAPÍTULO I: La Culpabilidad como Categoría Dogmática en el Delito

1 La Culpabilidad como Categoría Dogmática en el Delito

1.1 Concepto de Delito

Los seres humanos –desde el origen de los tiempos- no nacemos para vivir aislados unos de otros sino para interactuar en sociedad y es que, en virtud de ésta vida en sociedad hemos accedido a un “Contrato Social” como lo llamó Rousseau por medio del cual aceptamos dejar nuestro estado natural admitiendo la existencia de una autoridad, conocida como Estado y sometiéndonos a un conjunto de normas tendientes a asegurar los derechos de nosotros los individuos y a exigirnos unas obligaciones a cambio, todo ello con la finalidad de que la vida del hombre en colectividad sea más beneficiosa.

Así también, como consecuencia del pacto social, nace la ciencia del Derecho como medio más o menos efectivo que permite regular la conducta de las personas, se trata de *“un mecanismo específico de ordenación de la existencia social humana”* (Ochoa Hoffman, s.f, p. 2), que mediante la implementación de normas y estableciendo modelos de conducta en ellas, guiarán el comportamiento del hombre, se trata de supuestos ideales pertenecientes al mundo del deber ser. Todo ello es posible pues a más de establecer reglas, el Estado cuenta con sistemas legítimos de coacción para que así se cumplan los modelos de comportamiento establecidos dentro de su ordenamiento jurídico; Kelsen en su obra Teoría Pura del Derecho, *“una nota en común de los sistemas sociales designados como ‘derecho’ es que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es con un mal), como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, en especial ante conducta humana de ese tipo, un mal que*

debe infringirse contra la voluntad del que lo padece inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza de la voluntad del que lo padece inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza física, es decir coactivamente” (Kelsen, 2005, p. 15).

Puesto que el Derecho abarca gran cantidad de bienes jurídicos que considera esenciales dentro de la sociedad, se lo ha clasificado para una mayor comprensión en: Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Social, el primero esta compuesto por el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Procesal, el Derecho Tributario, el Derecho Internacional Público y el Derecho Penal; el segundo conformado por el Derecho Civil, el Derecho Mercantil y el Derecho Internacional Privado; y, el tercero compuesto por el Derecho del Trabajo, de la Seguridad Social, el Derecho Agrario y otros.

Ya que es el Derecho Penal aquel que tiene relevancia dentro del presente estudio, es menester aclarar que se distingue de las otras subclasificaciones del Derecho por ser un Derecho de última ratio, es decir, aquel que entra en acción cuando las otras ramas no son lo suficientemente efectivas para asegurar la protección de bienes jurídicos vitales dentro de la sociedad y como Maurach manifiesta *“El derecho penal es aquel conjunto de normas jurídicas, que unen ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito”* (Maurach, 1994, p. 4).

Entonces, y aunque son varias las definiciones de delito que históricamente se han dado por los tratadistas y estudiosos del derecho, algunos enfocándose en su significado formal, otros en su concepción material, o la jurídica, o la filosófica, etc.; se puede afirmar que ninguna definición está completa si no se hace alusión a los elementos que lo componen y que además de ser comunes a todo delito, son

fundamentales pues permiten distinguir al delito de las diferentes conductas antijurídicas existentes en el ordenamiento jurídico, estos elementos indispensables son la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y en algunos casos la penalidad, elementos que serán estudiados a lo largo del presente trabajo de manera sucinta.

Es así, que se puede definir al delito como todo acto, típico, antijurídico y culpable y que como consecuencia de todo ello es punible por el ordenamiento jurídico en vigencia.

1.2 Elementos Estructurales del Delito

1.2.1 La Acción

El único comportamiento con trascendencia normativa penal dentro de un Estado es aquel producto del actuar del hombre, todo ello traducido en actos externos que se materialicen en la realidad y que produzcan efectos en ella, es decir, ningún pensamiento por más dañino que sea, si se mantiene en la esfera mental (ideas) puede generar para el individuo que lo proyecta una sanción y mucho menos una penal.

Dentro del presente trabajo nos enfocaremos en el comportamiento penalmente relevante, pues de todas las conductas humanas, se han escogido solamente aquellas que tienen carácter lesivo y que afectan profundamente la moral de las sociedades para castigarlas con una pena. Este comportamiento se manifiesta en el mundo externo en forma de acciones (actos positivos) u omisiones, ambas formas de mucha importancia para el Derecho Penal.

El Estado procura por medio de su ordenamiento jurídico regular la conducta humana, no la de los animales, ni la que se produce como consecuencia de los

fenómenos de la naturaleza, si bien históricamente se sancionó a animales y los acontecimientos naturales que producían algún daño a bienes jurídicos protegidos. Es decir, que todo acontecimiento que no provenga de la voluntad del hombre se define como un “hecho” mientras que los “actos” son propios del hombre, pues son realizados con voluntad; en ello es muy claro el profesor Hernán Coello García al sostener que *“Hecho participio del verbo hacer, que deriva del latín factus, expresión de muy rico contenido, pues comprende toda actividad, debe entenderse en general, como todo acontecimiento, independiente de su naturaleza, sin embargo, una mayor precisión terminológica no obliga a formular la distinción entre los hechos y los actos. A los primeros se les debe considerar como el género y a los segundos como la especie, en cuanto éstos últimos suponen necesariamente la actuación voluntaria del agente”* (Coello García, 2006).

Francisco Muñoz Conde, en su Teoría General del Delito define a la acción como *“todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad... El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar , es decir, un fin... La acción es ejercicio de actividad final”* (Muñoz Conde, 1990, p. 11).

Esta actividad final se compone de dos fases mediante las que se manifiesta:

- La fase interna: que se origina y nace en el pensamiento del individuo pues previamente se plantea la consecución de un fin, es decir que tiene un objetivo y para conseguirlo selecciona uno de una variada gama de medios para la realización de ese fin en concreto, *“solo cuando el autor está seguro de qué es lo que quiere puede plantearse el problema de cómo lo quiere”*

(Muñoz Conde, 1990, p. 11), dentro de estas consideraciones tomará conciencia también de los efectos concomitantes vinculados a la realización de la acción.

- La fase externa: se materializa ya en el mundo real aquello que el autor quería buscando que se logre el fin propuesto.

Este análisis se lo hace tomando en cuenta a la acción final y no a la teoría causalista ya que a mi entender el legislador ha tipificado los distintos delitos en relación a la finalidad que pretende el autor, dependiendo cuál sea la voluntad de este y no simplemente como señala la teoría causalista que lo importante no esta en la voluntad del sujeto sino que independientemente del resultado conseguido su actuar primero si haya sido voluntario.

Entonces, el Derecho Penal ha creído importante distinguir entre dos tipos de delitos, aquellos que se conocen como “delitos de mera actividad” como es por ejemplo el delito de injurias, en los que no se produce necesariamente el resultado lesivo sino que al adecuar la conducta al tipo, el ilícito se configura. Y los “delitos de resultado”, pues existe una relación inmediata entre la acción y el resultado, y solo cuando este último se produzca se configurará el acto delictivo, empero, si ese resultado no se materializa, la acción podrá ser penada únicamente como tentativa.

Existen casos de acciones que son realizadas sin voluntad por parte del agente que la comete, consecuentemente esa acción deja de ser penalmente relevante, ello se da en los casos en que exista:

- Fuerza irresistible: todo agente sobre el cual recaiga una fuerza del exterior que lo haga actuar en contra de su voluntad, ya sea se trate de fuerza

absoluta, es decir, el autor de la acción no tiene más remedio que proceder de esa manera, entonces el derecho termina por excluir la acción. Una fuerza relativa, porque no anula en su totalidad la voluntad del agente.

- Los movimientos reflejos: no se puede hablar de la existencia de acción cuanto el sujeto reacciona en base a movimientos reflejos porque en esos momentos el individuo no actúa por libertad propia sino dominado por los centros sensores de su cuerpo y que se manifiestan en los centros motores del mismo. No puede decirse lo mismo de los “actos en corto circuito”, pues a pesar de tratarse de reacciones impulsivas, existe un actuar libre realizado voluntariamente por parte del agente.

- Los estados de inconciencia: ciertos actos realizados en momentos como son el sueño, el sonambulismo, etc., no pueden ser considerados relevantes para el Derecho Penal porque no existe un actuar voluntario, excepto cuando el sujeto para poder cometer el ilícito se ha puesto voluntariamente en dicha posición pues en este caso existió la voluntad inicial por parte del agente.

1.2.1.1 Capacidad de Acción en las Personas Jurídicas

Mucho se ha dicho sobre la posibilidad de que las personas jurídicas sean consideradas autoras de delitos. Sin embargo, cabe recalcar que el hombre entendido como persona humana, es exclusivamente responsable de una acción tipificada dentro del Derecho Penal.

Las personas jurídicas son entes ficticios que se originaron con la finalidad de facilitar el proceso de asociación entre las personas para la consecución de sus fines

en un mundo cada vez más globalizado y complejo, y aunque si existan sanciones contempladas en las normas cuando por medio de una sociedad se realizan ilícitos, vr gr. sanciones de carácter civil o administrativo como son multas, y hasta la disolución con la que la persona jurídica se extingue, no se le puede atribuir ni capacidad de acción, ni de culpabilidad y por ende una pena privativa de libertad pues este ente ficticio carece de voluntad, es decir, de ánimo para realizar la conducta delictiva.

Ello no significa que al encontrarse las sociedades exentas de sanción penal privativa de libertad, sus administradores y responsables (personas físicas) -que la utilizaron como medio para la realización de la actividad ilícita- se encuentren exentos de culpa, pues ellos si serán responsables y por tanto responderán por los abusos cometidos.

En los últimos tiempos, la tendencia de los diferentes ordenamientos jurídicos en el mundo ha sido la de penalizar a las personas jurídicas por ilícitos cometidos que la favorezcan, a pesar de que la doctrina no encuentre hasta el día de hoy un consenso sobre su tratamiento legal penal. El Código Orgánico Integral Penal aprobado en 2014 se suma a este número de Estados que lo han implementado en sus normas y establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado:

Artículo 49.- “Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes,

operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pp. 46-47).

Esta norma reconoce que las sociedades no tienen la capacidad de acción voluntaria y de culpabilidad para la comisión de un delito, pero si responsabiliza a cualquier persona que se beneficie o favorezca a terceros relacionados con la persona jurídica o le genere provecho a la misma entidad jurídica.

También se determina en el COIP, que la entidad es penalmente responsable aún cuando:

Artículo 50.- “Concurrencia de la responsabilidad penal.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.

Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 47).

Las penas que le son aplicables son diversas, ninguna de ellas puede fundamentarse en una privación física de libertad pues como es innegable se trata de un ente ficticio creado por la voluntad del hombre de asociarse y que depende exclusivamente de él para poder “actuar”. Sin embargo, en base al respeto y auge del Derecho Penal Económico una de las penas más serias que se le pueden aplicar a las empresas consiste en la disolución, que tiene por finalidad extinguir su vida jurídica, es decir, constituye una pena de muerte.

Otras de las penas existentes son: la multa, el comiso penal o confiscación de bienes, la clausura ya sea esta temporal o definitiva de sus locales, la realización de obras en beneficio de la colectividad, la reparación integral por daños ambientales causados y la interdicción de contratar con el Estado. El artículo 550 del mismo cuerpo normativo señala que se le pueden aplicar medidas cautelares como: *“Clausura provisional de locales o establecimientos, suspensión temporal de actividades de la persona jurídica, intervención por parte del ente público de control competente, secuestro, incautación, retención o prohibición de enajenar de bienes.* (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 328)”

Las denuncias deberán ser dirigidas en contra de la persona jurídica aunque la citación y todas las actuaciones necesarias se las realizará por intermedio del representante legal.

1.2.1.2 La Omisión

El ser humano dentro de las posibilidades de su proceder en la vida cotidiana, voluntaria y conscientemente puede decidir si actúa o no activamente con su conducta en la realización y cometimiento de ciertos actos.

Este proceder pasivo del hombre también ha sido considerado como penalmente relevante, cuando existen normas que constriñen al sujeto a intervenir, pues de no hacerlo se producirían resultados desastrosos y negativos dentro de la comunidad.

En palabras del maestro Muñoz Conde “*Omisión no es un simple no hacer nada, sino no hacer una acción que el sujeto esta en situación de poder hacer*” (Muñoz Conde, 1990, p. 29) y que tiene el deber y la obligación de hacer, entonces existe omisión por parte de aquel agente que se encuentra llamado a actuar en ocasiones determinadas, como es el caso de la acción esperada ya que el sujeto tenía el deber de realizarla y a más de ello se encontraba en posibilidad de hacerla, es decir existe “*infracción de un deber impuesto por la ley*” (Muñoz Conde, 1990, p. 30).

Aunque sean menores en número las normas imperativas que requieren al individuo la realización de una determinada acción, deben cumplirse, caso contrario se pueden producir efectos dañinos. Y como sostiene Francisco Muñoz Conde en su Teoría General del Delito “*la omisión penalmente relevante, a nivel de tipo de injusto del delito, es la omisión de la acción esperada... al ordenamiento jurídicopenal solo le interesa aquella que espera que el sujeto haga..., porque le impone el deber de realizarla*” (Muñoz Conde, 1990, p. 30).

El COIP vigente en Ecuador ha reglado la omisión dolosa o comisión por omisión (posición de garante), es decir, cuando el agente tiene conocimiento de del tipo penal

existente y de la posible intervención que debe tener para evitar que este se verifique, además que conscientemente el sujeto toma la decisión de no actuar. No se sanciona la omisión imprudente que puede nacer de la inobservancia del sujeto al momento de valorar la acción típica (error vencible) o en la imprudencia cuando planea la acción que tiene por finalidad evitar la producción del resultado lesivo.

Artículo 22.- “Conductas penalmente relevantes.- 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.

Artículo 23.- Modalidades de la conducta.- 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.

Artículo 28.- 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.

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” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pp. 34-35).

Ahora bien, la omisión penalmente relevante se clasifica en:

- Delito de omisión pura o propia: se sancionan los delitos de mera actividad, es decir, aquellos que se producen con la “simple infracción de un deber de actuar”, se sanciona el no haber realizado la acción impuesta. Ejemplo: *Artículo 188.- “Aprovechamiento ilícito de servicios públicos.- ... se impondrá a la o al servidor público que permita o facilite la comisión de la infracción u omite efectuar la denuncia de la comisión de la infracción...”* (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pp. 115-116).

- Delito impropio de omisión o de comisión por omisión: existen resultados proscritos por la sociedad pero que no se encuentran concretados dentro de la ley de manera expresa sino solo en su forma activa, describiendo y prohibiendo determinado comportamiento.

Para valorar la existencia o no de una omisión impropia se tiene que determinar la relación causal existente entre la omisión y el resultado causado, asimismo la posición de garante. El primer caso hace relación a la producción del delito cuando el omitente podía evitar que se produjera y la segunda al deber jurídico que tiene un sujeto de impedir que suceda el daño ya sea porque legalmente o contractualmente está obligado a ello.

1.2.2 Elementos Esenciales a la Estructura General del Delito.- La Tipicidad

La tipicidad se refiere al aforismo *nullum crimen sine lege*, pues es el legislador que mediante la descripción en la ley (únicamente), selecciona los comportamientos

que la sociedad no puede tolerar por ser considerados como muy lesivos y los sanciona a través de una pena cuando el individuo ha adecuado su conducta al tipo al que se refiere la ley.

Puesto que el tipo cumple una triple función en el ordenamiento jurídico:

- Seleccionar los comportamientos humanos más trascendentes.
- Se trata de una garantía. Lo que no está prohibido u ordenado es permitido y no puede sancionarse.
- La de motivar a la población, advirtiéndole que comportamientos se encuentran prohibidos, y, en caso de ser cometidos cuál es su sanción. La finalidad es la de persuadirlos de realizar la conducta punible.

Es importante señalar que el legislador al momento de la creación del tipo penal debe señalar si el injusto al que se refiere es de carácter doloso o culposo, en el primer caso el agente actúa a sabiendas y con voluntad de cometer el ilícito y en el segundo caso se da cuando su autor ha actuado de manera imprudente (incluyendo a la negligencia y la impericia), de tal forma que la sanción que finalmente sea impuesta responda a una u otro de estos elementos.

Doctrinariamente se consideraba que el dolo estaba ubicado dentro de la culpabilidad, cuando se incurría en alguna causal de inculpabilidad, automáticamente el dolo se excluía de la responsabilidad penal.

La ley civil define al dolo como: Artículo 29 –último inciso-: “*El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro*” (Congreso Nacional del Ecuador, Código Civil, 2011).

A su vez en el COIP, el artículo 26.- *“Dolo.- 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” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 35).

Teóricamente, al tipo lo conforman elementos objetivos, lo que caracteriza al delito (autor, la acción típica, el resultado, objeto material, etc.) y otros elementos subjetivos, relacionado con la voluntad con la que se pone en marcha la acción (fin, selección de medios, etc.). Ésta parte subjetiva es difícil de probar porque se basa en deducciones, sin embargo, y como Muñoz Conde sostiene *“el dolo es conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”* (Muñoz Conde, 1990, p. 55), quien actúa dolosamente sabe lo que hace y cómo se encasilla dentro de la conducta delictiva, por otra parte quiere realizar la conducta descrita en el tipo, busca se ocasione el hecho así como se encuentra normado.

El dolo también admite clasificación según la intensidad de los elementos intelectual y volitivo y son:

- Dolo directo (de primer o segundo grado): cuando se efectúa el tipo o se busca realizar el resultado dañoso; y para que exista dolo de segundo grado el autor no quiere ciertos resultados pero admite que para la consecución del resultado final estos sucedan. *“No basta que prevea la consecuencia accesorio, es preciso que, previéndola como de necesaria producción, la incluya en su voluntad”* (Muñoz Conde, 1990, p. 58).

- Dolo eventual: a pesar que el sujeto conoce la posibilidad de que se produzca un determinado resultado con su actuar y aunque no quiere que suceda, se desenvuelve de tal manera que acepta su potencial producción.

Hay que diferenciar al dolo eventual de la imprudencia, aunque a veces sea muy difícil distinguirlas, por medio de la teoría de la voluntad, lo trascendente está en determinar no solo la alta probabilidad de que se produzca el resultado, sino que a más de ello quiera aquel resultado al sostener que “aún cuando fuere segura su producción, actuaría”.

No solo las infracciones dolosas tienen consecuencias sancionatorias para el agente, también se penan las infracciones culposas, entendidas en nuestro COIP como:

Artículo 27.- “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” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 35).

El articulado recoge los criterios más consensuados por los doctrinarios al manifestar que la culpa, ya sea que se entienda como imprudencia, inobservancia, impericia o negligencia, se la atribuye al agente que ha violado el deber objetivo de cuidado dentro de una relación específica, aquel deber de cuidado exigido dentro de esa relación en concreto y no el cuidado que realmente se aplicó.

Del mismo modo la culpa también admite clasificación, tenemos una culpa conciente cuando el sujeto conoce el riesgo de que se produzcan ciertos resultados a

pesar que no los quiera ni los admita, tiene la seguridad de que no van a suceder. La culpa inconciente por el contrario es resultado de que el agente no se haya planteado ni si quiera la posibilidad de que se dé el daño, no lo imaginó remotamente.

1.2.3 La Antijuridicidad

La antijuridicidad es entendida como aquel acto que es contrario a Derecho, empero, en virtud del principio de intervención mínima que rige al Derecho Penal en general, los Estados han seleccionado -de todos los comportamientos antijurídicos existentes- aquellos altamente lesivos a los bienes jurídicos vitales de una sociedad a los que impone una determinada pena. Es decir, que no todo comportamiento antijurídico es típico, pero si todo actuar típico es antijurídico a no ser que se incurra en causas de exclusión de antijuridicidad como son la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de una orden o deber, etc., situaciones que la suprimen por completo.

Sin embargo, para determinar la existencia de antijuridicidad esta puede consistir en una verdadera lesión (no solo material sino también puede ser de carácter ideal) o en una puesta en peligro del bien jurídico (probable la realización de lesión, pues en la forma en la que se realiza es muy susceptible de producir daño).

Al igual que en la tipicidad, existen causas de exclusión de la antijuridicidad como ya fueron señaladas en líneas anteriores, estas circunstancias son autorizadas por el legislador ya sea porque existen motivos de índole político, social o jurídico que lo justifican convirtiendo al aparente ilícito en un acto lícito.

1.2.4 La Culpabilidad

Otro de los elementos esenciales a comprobar dentro de la estructura general del delito luego de que un acto sea calificado como típico y antijurídico es el de la culpabilidad, es éste el que vincula la responsabilidad del autor con el delito en cuestión y que posteriormente permitirá sancionarlo con una pena.

Dentro de todas la definiciones que puede dársele a la culpabilidad vamos a enfocarnos en el concepto material del mismo, las normas penales tienen una función motivadora por medio de las cuales el sujeto ajusta su conducta cumpliendo con la ley penal y las disposiciones que en ella se expresan, ya sea que le ordene o le imponga restricciones y así evitará la realización de conductas penalmente sancionadas.

La culpabilidad debe cumplir con unos requisitos especiales para que pueda ser concebida en la forma en la que hemos manifestado, estas exigencias son las siguientes:

- Imputabilidad: madures intelectual y capacidad del individuo para motivarse por la norma.
- La comprensión del injusto: en la que podemos considerar al conocimiento de antijuridicidad del hecho cometido, es decir, que el autor pueda conocer a grandes rasgos el alcance de la norma y sus preceptos; y, la exigibilidad de un comportamiento distinto, ya que no se puede pretender que el sujeto actúe más allá del ámbito de exigencia de la norma, pues aunque existan parámetros objetivos, las circunstancias pueden variar de un

individuo a otro, en un caso concreto, demandando ya sea uno u otro comportamiento.

Doctrinariamente, también aquí existen causas de exclusión de la culpabilidad, y son: la inimputabilidad, el error de prohibición, el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable; y, el encubrimiento. Cabe recalcar que en el COIP no se admite de manera expresa la existencia del error de prohibición, problemática que se desarrollará en los siguientes capítulos; en cuanto al encubrimiento, se lo sanciona bajo el nombre de fraude procesal con una pena de uno a tres años e incluye a parientes (cónyuge, ascendientes, descendientes, etc.).

La culpabilidad como elemento imprescindible dentro de la teoría general del delito y por ser el punto neurálgico de donde se desprende la institución del error de prohibición como causa de inculpabilidad y que consiste en el tema del presente trabajo se analizará con mayor abundancia con el desarrollo de éste primer capítulo y del resto del trabajo.

1.2.5 La Penalidad o Punibilidad

Existen elementos que no pertenecen a ninguna de las categorías de la estructura general del delito, la penalidad es uno de ellos y es considerado como otro elemento dentro de la teoría general del delito, en algunas ocasiones se requiere también de ésta punibilidad a fin de sancionar al autor.

Muñoz Conde afirma que esta institución se respalda en las llamadas *“condiciones objetivas de penalidad que son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena”* (Muñoz Conde, 1990, p. 172), por ejemplo, nuestro ordenamiento

jurídico sanciona con una pena de tres a cinco años al empleador que retenga valores de aportes o que no haya afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a sus trabajadores. Sin embargo, la pena no nace en el supuesto de que como lo establece el mismo código, hasta cuarenta y ocho horas después de ser notificado el empleador con la sentencia, se abonan los valores adeudados.

1.3 La Culpabilidad: Análisis

Son varias las teorías que se han dado a lo largo del tiempo sobre la culpabilidad, una de ellas era la Teoría Psicológica en donde la culpabilidad era el nexo que unía al autor y al resultado del delito, y el dolo y la culpa no eran más que formas en las que se expresaba dicha culpabilidad. Luego y mediante la teoría normativa es Frank quien concluye que la culpabilidad debe ser entendida como reprochabilidad.

Para Muñoz Conde, autor que rechaza el concepto tradicional que se ha dado sobre la culpabilidad, lo trascendente está *“no en si el sujeto pudo elegir entre varias formas de conducta, sino si pudo abstenerse de realizar la conducta prohibida por la norma. El concepto material de culpabilidad hay que deducirlo, por ello, de la función de motivación de la norma. La culpabilidad desde el punto de vista material, presupone la capacidad de motivación por la norma”* (Cerezo Mir, 2006, p. 871).

Entonces la culpabilidad debe ser entendida como la capacidad que tiene el agente para actuar voluntariamente de un modo distinto pero cumpliendo con lo previsto en el ordenamiento jurídico. Para ello es requisito que el individuo haya desarrollado una madurez psíquica que le permita entender a cabalidad la licitud o ilicitud de su actuar; esto no quiere decir que el agente deba conocer todas las leyes y normas existentes, pues dicha suposición carece de sentido, a pesar de la existencia de la

presunción de conocimiento general de ley que rige a los Estados, se requiere solamente que sepa que su actuar altera y violenta la convivencia en sociedad.

Como señala Francisco Muñoz Conde “*actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico penal y ataca con ello un bien jurídico-penalmente protegido. Actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho*” (Muñoz Conde, 1990, p. 128).

A pesar del acertado concepto de culpabilidad proporcionado por Muñoz Conde, ha habido varias discusiones con respecto a la definición del mismo ya que para doctrinarios como Rodríguez Devesa “*actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo*” (Muñoz Conde, 1990, p. 128). Esta afirmación carece de sustento y no puede ser demostrable en la práctica, se basa en creencias, en la fe que se tenga de que el sujeto podía actuar de modo distinto mas no puede comprobarse científicamente y por lo tanto no sirve de fundamento para atribuirle a una determinada persona la comisión de un ilícito e imponerle una pena.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal vigente, en su parte general se ha adecuado a los avances teóricos que han surgido con el paso del tiempo. Así el artículo 34 del COIP establece dentro del título llamado culpabilidad que “*para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta*” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 37). No se trata de la definición de culpabilidad sino más bien de las características que debe cumplir el sujeto para poder ser reprochado.

Analizando la motivación de la norma se descubre el concepto de culpabilidad, porque su finalidad es la de mostrar al agente aquellos comportamientos punibles y que de manera voluntaria se abstenga de cometerlos, será culpable si a pesar de poder manejarse de manera distinta a como lo hizo, escogió libre y voluntariamente conducirse realizando la conducta que se encontraba prohibida.

El capítulo referente a la culpabilidad señala también los casos que limitan el juicio de reproche, el trastorno mental por cuanto la voluntad y el libre albedrío del imputado se ven seriamente comprometidos, ya sea que este trastorno mental sea permanente o temporal no habrá responsabilidad o la responsabilidad será atenuada. Con respecto a la embriaguez o intoxicación con estupefacientes el tratamiento también tiene diferentes gradaciones según si deriva o no de caso fortuito que comprometa la capacidad de comprensión del injusto y la voluntad conforme a sentido.

Para los menores de edad, aquellos que tienen menos de 18 años, por su falta de madurez psíquica en la mayoría de los casos, siempre se someterán al Código de la Niñez y Adolescencia.

Dentro de las garantías penales del COIP, además de las que reconoce la Constitución, está aquella que constriñe al juzgador a sentenciar en contra de un imputado cuando tenga la certeza de su culpabilidad, si existen dudas debe abstenerse de emitir sentencia condenatoria.

1.4 Elementos Estructurales de la Culpabilidad

Al ser el delito un acto, típico, antijurídico y culpable es evidente que tienen que cumplirse los supuestos en un orden específico, a más de ello, deben cumplirse unos requisitos previos antes de poder hablar de culpabilidad; de las normas y leyes debe desprenderse el hecho de motivar al individuo a fin de que sea capaz de diferenciar los actos que se encuentran permitidos y aquellos prohibidos dentro del ordenamiento jurídico. La motivación supone *“aquella capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas y que unida a otras... permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida”* (Muñoz Conde, 1990, p. 133). Empero, si el individuo no puede ser motivado por la norma, ya sea porque su madurez psíquica no lo permite, por desconocimiento de las normas, etc., a pesar de haber cometido un acto ilícito no podrá ser penado.

1.4.1 La Imputabilidad

También se la conoce como capacidad de culpabilidad y es aquella que hace relación a la capacidad psíquica y física necesaria para motivar al hombre por medio del ordenamiento jurídico. Es decir, de la libertad y las facultades mínimas que le facultan para ser penalmente responsable de sus actos cuando se produce un hecho típico y antijurídico.

Si el individuo no es lo suficientemente maduro o posee alguna alteración mental deja ser responsable para el Derecho Penal y el Derecho en general.

En la historia ha sido posible observar que tanto los niños cuanto aquellas personas que padecían de alguna enfermedad mental no eran entes capaces de asumir su responsabilidad por los actos causados, pues en este contexto su actuar no era libre y no lo es hasta hoy. Para algunos, el sustento se encontraba en que su

“capacidad de entender y querer” está coartado y en esa condición no puede ser considerado culpable. Sin embargo, este fenómeno es más enrevesado que lo que aparenta ser, solamente a través de la motivación, como se ha explicado ya en líneas anteriores, núcleo fundamental para determinar si a un determinado sujeto puede responsabilizársele por un acto típico y antijurídico, entendida –nuevamente- la motivación como la capacidad de conducirse de acuerdo a los preceptos descritos en el ordenamiento jurídico. Quien carezca de capacidad de motivación, no puede ser culpable.

La capacidad de culpabilidad se ve afectada en tres ocasiones:

- Por minoría de edad: en base al desarrollo psíquico y físico de un menor nuestra legislación considera como menores de edad a todos aquellos que aún no han cumplido los 18 años de edad, y puesto que a un niño no puede exigírsele se comporte de acuerdo a las normas existentes, el Derecho Penal lo ha excluido como sujeto imputable de responsabilidad por la comisión de un ilícito. Existe un Derecho especializado para tratar con aquellos menores púberes infractores, y su finalidad es reinserterlos en la sociedad cuando hayan sido privados de libertad.
- Alteración de la percepción: dentro de ella podemos considerar a la ceguera o la sordomudez, siempre y cuando dicho trastorno altere profundamente la realidad, que su actuar carezca de conciencia y voluntad.
- La enajenación y el trastorno mental transitorio: quien obra sin libertad o sin capacidad de entender o querer no puede ser ente merecedor de una sanción pues para este no es clara la existencia del injusto, el sujeto no

puede conocer la ilicitud de su actuar. Incluso en el caso del trastorno mental transitorio que debe cumplir ciertas condiciones:

○ *“El trastorno debe ser realmente transitorio, es decir suspendido entre los límites anterior y posterior convencionales de normalidad. b) El trastorno debe ser de corta duración, segundo, minutos, pocas horas, muy raramente en algunos días. c) A la producción del fenómeno deben concurrir factores o causas de calidad y proporción adecuadas. d) El grado de perturbación debe ser suficiente. e) Deben excluirse el dolo y la culpa. f) La impulsión o la inhibición originados deben tener un carácter irresistible.”*
(Vicente, 1981, p. 118).

Sin embargo, aquel sujeto que haya buscado el trastorno mental de manera deliberada con la finalidad de que en ese estado pueda cometer el ilícito será sancionado igualmente, pues su obrar fue libre al momento de ponerse en aquel estado sabiendo que su finalidad era tomar valor para cometer el delito (actio libera in causa).

1.4.2 El Conocimiento de Antijuridicidad

Para que pueda reprochársele a un individuo su proceder en la comisión de un delito, éste debe encontrarse al tanto de que dicho comportamiento es contrario al ordenamiento jurídico ya sea que este prohibido o como en el caso de la omisión, que su falta de actuar cause daño.

A pesar que nuestra legislación recoge aquel principio de conocimiento general de la ley, y aquel que se recoge en el Código Civil *“la ignorancia de las leyes no*

excusa a persona alguna” (Congreso Nacional del Ecuador, Código Civil, 2011)

dentro de la teoría de la culpabilidad los doctrinarios han desarrollado el concepto del llamado error de prohibición, entendido como aquel en que el autor desconoce por completo la existencia de normas que prohíban su comportamiento o cuando exista error sobre las causas de justificación para cometer el hecho típico.

Estos conceptos se desarrollarán más ampliamente a continuación de este trabajo de grado.

1.4.3 La Exigibilidad de un Comportamiento Distinto

Por lo general, las normas nos imponen unos niveles mínimos de exigencia que nos permitan cumplirlas, estos requerimientos son objetivos y generales, ya que en algunos casos al sujeto no puede demandársele dicho comportamiento como es el caso de los comportamientos heroicos, se trata de “situaciones extremas” que compelen al individuo a realizar el acto prohibido sin que se le imponga una pena.

Quien para salvar su vida, mata a otro o lo deja morir, como por ejemplo si nos perdemos en un nevado y para sobrevivir despojo al otro de su abrigo y este muere, el Derecho no puede castigarme por aquel comportamiento, pues a pesar de que cometí un hecho antijurídico, lo hice para salvar mi vida. Son dos bienes jurídicos de igual valor para el ordenamiento jurídico y no puede preferirse el uno sobre el otro y tampoco se puede condenar el incumplimiento de sus mandatos.

No existe pena cuando hay un estado de necesidad disculpante o de miedo insuperable. El primero supone una causa de justificación cuando el peligro es actual e inminente, no puede ser evitado y tiene por finalidad resguardar un bien jurídico, así mismo que el autor no lo haya provocado de manera intencional y cuando no es

de su oficio o deber el sacrificio. En el segundo el miedo tiene que ser inminente e insuperable y por tanto hace imposible la capacidad de motivación de la norma. En el Código Penal, se permitía el encubrimiento de parientes cuya finalidad era la de proteger al cónyuge y a los parientes ya que no se le podía exigir una conducta distinta para con los suyos, no se le podía exigir los delate o deje de ayudarlos, aquí no había sanción como encubridor del delito. Situación que sí se pena en el COIP.

CAPÍTULO II: El Error de Prohibición

2 El Error de Prohibición

2.1 Análisis Dogmático del Error de Prohibición

Desde su origen, el antiguo imperio romano ha sido tomado como modelo y referente en el desarrollo de los distintos Estados y más aún en cuanto a Derecho se refiere, ha establecido pautas y preceptos que dictan el ordenamiento jurídico de una gran cantidad de naciones hasta la actualidad. Les ha heredado muchas de sus instituciones que fueron y son eje fundamental en el desarrollo normativo de dichos países; una de estas instituciones originada en Roma es la “presunción general de conocimiento de la ley”, principio plasmado en el artículo 13 del Código Civil Ecuatoriano y que señala *“La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna.”* (Congreso Nacional del Ecuador, Código Civil, 2011), es decir, que el ordenamiento jurídico de nuestro país en su afán de consecución de la justicia y como medio para procurar a sus habitantes de seguridad jurídica, no admite que se infrinja la normativa en él existente a pretexto de desconocimiento de sus leyes.

Sin embargo, este postulado ha ido perdiendo vigencia en la mayoría de legislaciones pues en la práctica la realidad jurídica es distinta; no se puede pretender que todos los habitantes conozcan a ciencia cierta cada una de las normas existentes y menos aún cuando existen ordenamientos jurídicos como el nuestro en donde imperan un sin número de leyes, algunas ya derogadas, pero que siguen constando en los textos legales y aquellas vigentes que se desarrollan mediante otras normas. Este principio es ajeno incluso a la realidad de un entendido del Derecho, pues de este enmarañado de leyes ni si quiera estos conocedores pueden estar al tanto en su totalidad.

El “error iuris nocet” tuvo mucha importancia en varias legislaciones hasta entrado el siglo XX en que doctrinarios alemanes cuestionaron este postulado. Se hablaba de la existencia de un error de hecho y un error de derecho, el primero era relevante para el Derecho Penal, pues cuando este se verificaba eximía de responsabilidad a su autor (error invencible) o suponía una rebaja en la pena por tratarse de un delito imprudente cuando había error vencible. Por el contrario, el error de derecho no era trascendente, ello como producto de la presunción de conocimiento de la ley y más aún basados en la idea de que las normas penales se originan en las normas éticas que moldean a la sociedad, de tal forma que todos debían conocer su existir. Se hablaba también de un error de derecho extrapenal que consistía en la explicación que se daba sobre un ilícito penal en normas de otras ramas del Derecho, de acuerdo a ésta teoría, el agente actúa en error de hecho eximiéndole de dolo y de culpa o haciéndolo responder por imprudencia.

Más tarde se remplazó al “error iuris nocet” por la “teoría del dolo”, de acuerdo a esta teoría el conocimiento y conciencia de antijuridicidad están ligados al dolo por constituir un elemento de éste, es el dolo una forma de culpabilidad y no constituye un elemento subjetivo del injusto; en su versión estricta, si el agente actuaba por error su conducta no podía ser considerada como dolosa y se habla nuevamente del error vencible en el que se responde por culpa y el invencible que excluye por completo la culpabilidad y más aún la pena. La versión limitada sostiene que no es posible hablar de error evitable y atribuírsele como culpa, ya que *“esta evitabilidad es graduable cuando el agente posee cuando menos un potencial conocimiento de la antijuridicidad, mediante criterios un tanto indeterminados y oscuros como el de “ceguera jurídica” o el de “actitud hostil al derecho”, ambos sostenidos por*

Mezger” (Ceballos Patiño, El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana, 2009, p. 86).

Finalmente, Welzel propone la “teoría de la culpabilidad” vigente hasta el presente en los distintos ordenamientos jurídicos. Sustituye al error de hecho y al error de derecho por otros llamados error de tipo y error de prohibición; el error sobre la antijuridicidad de la conducta típica no depende del dolo sino que pertenece y es elemento de la culpabilidad, es decir, que solo en la medida en que la función motivadora de la norma produzca efecto en los individuos, disuadiéndolos de actuar y comportarse de una u otra forma acarreará efectos jurídicos penales. También esta doctrina tuvo sus detractores, de manera que algunos doctrinarios se inclinan por la versión estricta de Welzel y otros por la versión limitada de Roxin, razonamientos que serán estudiados con detenimiento al avanzar este capítulo.

2.2 El Error de Prohibición como Causa que Excluye la Reprochabilidad del Acto

Para poder entender cuándo un acto típico y antijurídico no le puede ser reprochado a un sujeto o cuándo la responsabilidad de éste se ve disminuida, es necesario que definamos y conceptualicemos al llamado error de prohibición, ya que el conocimiento de antijuridicidad es un componente importante dentro de la culpabilidad.

Como ya se estableció en el capítulo anterior, la culpabilidad es un elemento esencial dentro del concepto de delito y si este elemento no se verifica al momento de realizar un análisis de juicio sobre los elementos que constituyen el delito en cuestión, ya sea porque el sujeto es inimputable, porque actuó bajo desconocimiento

de antijuridicidad del hecho cometido o porque no se le podía exigir un comportamiento distinto no habrá delito en su definición material.

“Equivocación, yerro, desacierto. Concepto equivocado. Juicio inexacto o falso”, son algunas de las definiciones que Cabanellas nos da sobre el error, se trata de una disconformidad entre la realidad y lo que el sujeto cree que es en su fuero interno.

Es a partir de esta definición general que se ha dado sobre el error que se han construido los conceptos de error de prohibición que conocemos hoy en día por varios autores, algunos de ellos lo han definido como:

- Muñoz Conde: *“existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni si quiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación)”* (Muñoz Conde, 1990, p. 161).

- Donna: *“el autor de un hecho antijurídico se encuentra en error de prohibición, cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o condicionada. Con lo cual, no puede saber la antijuridicidad de su conducta, o por lo menos para hacerlo debe realizar una actualización de aquel saber”* (Donna E. , 1992 y 1995, p. 266).

- Julio Armaza: *“Obra en error de prohibición el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado. Una creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir o de la ignorancia de que su*

comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico, o del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da, o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva o, finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concurriesen, meritaban justificarlo” (Armaza Galdos , 1993, p. 2).

Quien incurre en error de prohibición actúa sin conocimiento o conciencia de la antijuridicidad de su proceder, piensa que su obrar es lícito y acorde a Derecho ya sea porque no existe norma que le impida conducirse de esa manera o porque cree que su comportamiento se circunscribe a alguna causa de justificación que en realidad no existe.

Es decir, que el error en el conocimiento de antijuridicidad -siendo suficiente que el conocimiento de las prohibiciones sea general y no preciso- no permite al individuo motivarse por la norma y consecuentemente no puede exigírsele un determinado comportamiento, ya sea que exista una *“representación equivocada”*, cuando piensa que su actuar no tiene relación en forma alguna con los elementos del del injusto, o porque no se ha planteado siquiera esa posibilidad *“ausencia de representación”* (León Semanate, 2013, p. 35). Sólo cuando el sujeto comprende la antijuridicidad de su actuar, su ilicitud formal y material, se le puede imputar la comisión de un delito.

Ahora bien, como mencioné en líneas superiores, tanto el Código Civil ecuatoriano cuanto el Código Penal vigente hasta agosto de 2014 y que en su artículo 3 prescribía *“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.” (Congreso Nacional del Ecuador, Código Penal, 1971), recogen dentro de sus postulados a la presunción de conocimiento general de ley, principio que en la actualidad por ser ajeno a la realidad social de los Estados en general, más aún en Ecuador en dónde existen un sin fin de normas, ha sido eliminado de la redacción en el nuevo Código Orgánico Integral Penal que ya nada dice sobre él dentro de sus supuestos normativos, empero, sólo el transcurso del tiempo permitirá establecer si en materia penal se hacen o no excepciones a este principio normativo.

Es de recalcar que el Código Orgánico Integral Penal previó al momento de su redacción la incorporación de las figuras jurídicas del error de prohibición y el error de tipo, lamentablemente en los debates llevados a cabo y conforme el veto presidencial, la decisión final fue de en el proyecto último eliminarlos en la forma expresa en la que se encontraban redactados, por lo tanto, a simple vista se podría decir que ni el anterior Código Penal ni el Código Orgánico Integral Penal recogen dentro de sus supuestos la existencia de las mencionadas instituciones jurídicas.

Sin embargo, ya el Código Penal Ecuatoriano consentía en el capítulo que hablaba de la responsabilidad y más específicamente en su artículo 32, el hecho de que un ilícito no podía ser sancionado cuando quien lo cometía lo había hecho sin conciencia y voluntad, ésta falta de conciencia y de voluntad debía ser probada.

En cuanto al Código Orgánico Integral Penal y al segundo proyecto aprobado en debate y que fue vetado por el Presidente de la República, el mismo contenía el siguiente articulado:

“Artículo 35.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada culpable debe actuar con plena comprensión de la ilicitud del acto y determinarse de conformidad con esa comprensión.

Artículo 36.- Causas de inculpabilidad.- No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición y trastorno mental, debidamente comprobados.

Artículo 37.- Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta. Si el error fuere vencible se aplicará la pena mínima prevista para la infracción”
(Asamblea Nacional del Ecuador, Borrador Segundo Debate Código Orgánico Integral Penal, 2012).

Una de las razones esgrimidas por el primer mandatario fue la de sostener que el error de prohibición se presta para dejar en la impunidad los delitos que se cometen, y que a su entender, pueden llegar a mano de jueces “corruptos o ignorantes”, ante quienes se alegará el desconocimiento de la ilicitud de su actuar y como consecuencia quedarían sin castigo. Para Rafael Correa el dar cabida a la existencia de ellas iba a generar inseguridad jurídica y la vulneración de derechos ya conculcados.

La sana crítica es un medio que permitiría a los jueces resolver un determinado proceso en base a las pruebas que de la conciencia de antijuridicidad se le presenten, siendo indiscutible que ciertos tipos penales por atentar contra la moral de las sociedades están proscritos desde hace cientos de años, por ejemplo, sería absurdo pensar que alguien desconozca que “matar” a otro se encuentra prohibido, pero sería absurdo sancionarle por omicidio o asesinato cuando haya actuado creyéndose asistido por una causa de justificación. Pero el juzgador ya no se encontraría

obligado a desterrar por completo la posibilidad de que un sujeto actúe incurriendo en error de prohibición. Creo que el que los jueces tengan la posibilidad de resolver un caso por medio de su sana crítica y en base a todo el material que se aporte dentro del proceso con la finalidad de determinar los indicios de responsabilidad de un sujeto van a generar en gran medida la obtención de sentencias más justas, acordes a la realidad y a las circunstancias sociales del medio en el que se vive. El juez pasa a ser un “legislador” más, pues ya no se encuentra atado de manos para fallar en base a una ley que en ese caso en concreto sea injusta y transgreda los derechos del imputado, pues como dice el conocido refrán *“más vale cien culpables libres que un inocente en prisión”*.

Para muchos conocedores del Derecho, el que las legislaciones reconozcan al error de prohibición es de gran premura porque como se ha mencionado responde a la realidad actual de las sociedades, cada día existen más y un mayor número de normas, unas derogatorias de otras y preceptos que desarrollan distintas leyes dificultando el que podamos conocerlas todas.

El conocimiento de antijuridicidad de un hecho es elemento esencial para que se hable de error de prohibición, pues el agente al momento de actuar debe hacerlo motivado por la norma y el desconocimiento de la misma o la creencia de que existe una causa de justificación que así lo permite inhibe por completo la conciencia y voluntad sobre aquello que ha realizado, es decir, que pudiendo haber actuado de una manera distinta no lo hizo y por lo tanto no le puede ser reprochada ni exigida una conducta distinta, pues no se verificó esa función motivadora de la norma.

Welzel sostiene:

“El autor tiene que poder ser consciente de la contradicción de su conducta con el orden de la comunidad, en la cual se basa la prohibición jurídico-penal y que es puesta de manifiesto por ésta... la resolución de voluntad antijurídica es reprochable sólo al autor en la medida en que éste podía conocer su antijuridicidad” (Welzel, El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista , 2004, p. 186). Añade también el autor que *“al autor le puede ser reprochado el error sobre la antijuridicidad de su conducta en la medida en que podía cerciorarse de ella mediante la propia reflexión sobre los valores ético-sociales fundamentales de la vida comunitaria que le rodea igual cuando se trata de conductas penadas por la actividad administrativa, ordenadora y aseguradora del Estado que crea un objeto de protección propio y lo tutela mediante la pena”* (Welzel, El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista , 2004, p. 187).

Es menester, que el juzgador realice un análisis de si el infractor podía informarse con respecto a ellas cuando había una razón precisa para ello y no exclusivamente por desconocer la conducta reglada como es el ejemplo del funcionario público que con visto bueno de su asesor legal procede al cobro de tasas sin saber que existe disposición expresa que así lo prohíbe (concusión).

2.3 Clases de Error de Prohibición

Para poder entender al error de prohibición de una mejor manera la doctrina la ha clasificado en error de prohibición directo, indirecto y el doble error de prohibición que desarrollaré a continuación:

2.3.1 Error De Prohibición Directo

Este presupuesto es el menos común en la práctica, el agente desconoce la existencia de la norma penal prohibitiva o imperativa que le impide la realización de determinada conducta en el primer caso y que en el segundo caso le exige un determinado comportamiento.

Pedro Ceballos afirma que dentro de este supuesto se incluye a la persona que conoce la norma pero que le da un alcance distinto en la interpretación de la misma y no la relaciona con su conducta en particular, también cuando en el razonamiento del autor *“la norma no es eficaz o no está vigente (error de validez).*

En el error de prohibición directo, también llamado abstracto, el autor considera que su actuar es jurídicamente irrelevante, sea porque supone la falta de una norma o porque cree que ella no tiene tal extensión, o bien porque cree que la norma como tal carece de vigencia material” (Ceballos Patiño, Breve Estudio del Error de Prohibición, 2005, pp. 83-84).

En el error de prohibición directo o abstracto el autor falsamente cree que su comportamiento es irrelevante para el Derecho, que no comete ilícito alguno, situación que lo exime de pena alguna; en el caso de un conductor extranjero que rebase los límites de velocidad permitidos en Ecuador sin conocer que la sanción aplicable a más de la multa es la prisión.

Hay discusión doctrinaria sobre si el autor por conciencia o convicción incurre en error de prohibición ya que el factor sociocultural que lo moldea es distinto a aquel en el que la norma se inspiró y formuló, como es el caso de las culturas indígenas y los pueblos no contactados que existen por ejemplo en Ecuador; en este caso habrá

que valorar la posibilidad que tenía de conocer la prohibición a más de considerar el hecho de que la ley fue creada para regular la conducta de TODOS los habitantes, y que existen derechos y garantías que no se pueden perder de vista fácilmente a pesar de la condición cultural dentro de la cual uno se haya formado.

2.3.2 Error de Prohibición Indirecto

Es aquel en el que el autor sabe que su actuar se circunscribe dentro de los supuestos normativos que generalmente el Derecho sanciona, pero se encuentra convencido de que para el caso en concreto existe una causa de justificación que le permite realizar la conducta y que le exime de toda responsabilidad y culpa. Ejemplo de ello es el padre que cree puede golpear a su hijo, actitud violenta que le produce heridas, por su condición de progenitor sin que ello genere consecuencia alguna.

“El error de prohibición indirecto, recae sobre la existencia de una causa de justificación, situación que se presenta cuando el autor cree equívocamente que existe una norma que justifica su comportamiento típico” (Righi, 2007, p. 18).

Del mismo modo Ceballos asegura que hay error de prohibición indirecto o concreto cuando *“el agente confunde los límites de la causa de justificación”* y esto deviene en un exceso por parte del autor. También puede haber *“error sobre el evento de existir circunstancias, que de darse, justificarían el hecho, como cuando el agente supone encontrarse en una situación de extremo peligro para su vida, sin que este riesgo en realidad concurra”* (Ceballos Patiño, El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana, 2009, p. 92). A criterio de la alumna, se trata de un error vencible que no le exime de culpa en su totalidad sino que significa una atenuación en la pena.

2.3.3 El Doble Error de Prohibición

La doctrina lo define como aquel error en el que incurre el agente cuando desconoce que un determinado comportamiento esta prescrito por la ley como ilícito, pero lo considera lesivo y como consecuencia no permitido por factores de otra índole como concepciones relacionadas con la religión, la moral o porque existe una deficiente interpretación de *“tipos que en realidad están permitidos. Para resolver el problema ha de determinarse que existirá un error de prohibición cuando el conocimiento de la antijuridicidad falte respecto del tipo que es penalmente relevante”* (Ceballos Patiño, El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana, 2009, p. 93).

Existe doble error porque el autor confunde e ignora que sí existe un tipo penal regulador de una determinada conducta y al mismo tiempo por razonamientos vinculados con sus convicciones personales sabe que dicho comportamiento está proscrito.

2.4 El Error de Prohibición en la Doctrina de Welzel y Roxin

Es a principios del siglo XX que se deja de lado aquel razonamiento de que únicamente el error sobre hechos es relevante para el Derecho, fue Karl Binding quien asegura que los errores sobre las normas también son trascendentes; a los primeros se los conoce como error de tipo y a los segundos como error de prohibición, nomenclatura que se utilizó por doctos como Graf Zu Dohna y posteriormente Hans Welzel y que se han desarrollado hasta la actualidad.

Por supuesto y como en Derecho todo es discutible, también ha habido criterios diversos de maestros que al momento de inclinarse por una u otra teoría sobre el

conocimiento de antijuridicidad han optado ya sea por la teoría del dolo o la teoría de la culpabilidad cada una con su versión estricta o limitada, tesis que analizan cada una y de forma distinta al error de prohibición.

Welzel defiende la teoría estricta de la culpabilidad al mantener que:

“La teoría de la culpabilidad se basa en el principio de la responsabilidad, según el cual el hombre es responsable de la juridicidad de sus decisiones, dentro de los límites de su capacidad de conocimiento ético-social; la teoría del dolo se basa, en cambio, en el principio de conocimiento, según el cual sólo le puede ser reprochado al hombre el contenido antijurídico de su decisión, si conoce su antijuridicidad” (Welzel, El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista , 2004, p. 167).

“La suposición errónea de que concurre una causa de justificación constituye un error de prohibición. Sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causal de justificación o crea errónea- mente que concurre una causal de justificación que no está reconocida por el derecho; en todos estos casos incurre en error sobre la antijuridicidad de su realización dolosa típica. Quien lesiona corporalmente a otro, porque se imagina agredido por él (legítima defensa putativa) o porque cree admisible herirlo con el fin de detenerlo (error sobre los límites del derecho de detención), o porque piensa que se puede corregir corporalmente al que injuria (suposición errónea de una causal de justificación no reconocida jurídicamente), comete en todos estos casos una lesión corporal dolosa en la creencia de estar autorizado para ello. No obra en desconocimiento del tipo, sino solamente en error de prohibición” (Welzel, Derecho Penal Alemán: Parte General, 1997, p. 235).

Con ésta teoría se sancionan los delitos dolosos sin afectar el hecho de que el dolo forma parte del tipo, no de la culpabilidad porque en ella se valora y se mide el juicio de reproche al que se sujeta el individuo; incluso sanciona aquellos tipos imprudentes.

Por el contrario, Roxin respalda la teoría limitada de la culpabilidad:

“Es suficiente que el autor sepa de lo prohibido aún cuando no piense en ello en ese momento. Se puede conocer con frecuencia tal ‘consciencia’ por el hecho de que el autor actúa en secreto o toma otras medidas para no ser descubierto. Pues de allí resulta que existe la conciencia del injusto y se efectiviza en la forma de la comisión de los hechos. Por el contrario, no basta para la conciencia del injusto que al autor se le haya anteriormente hecho saber la prohibición pero entretanto ya la haya olvidado” (León Semanate, 2013, p. 33).

“Concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no esta permitida” (Balaguera Celis & Pallares Rodríguez, s.f, p. 18). Entre el error de tipo y el error de prohibición existen diferencias pues, *“el error de prohibición solo afecta a la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, se base en razones fácticas o jurídicas, siempre es un error de tipo”* (Finocchiaro, 2013).

De su parte hay una clara diferenciación entre el llamado error de prohibición y el error de tipo, el dolo no tiene relación con el conocimiento del ilícito porque éste último pertenece a la categoría de la culpabilidad. Sin embargo, para este sector de la doctrina, en cuanto a los elementos objetivos de justificación el problema se resuelve tratándolo como si fuera un error de tipo *“porque la idea del autor acerca de lo*

licito y lo ilícito coincide con el derecho; el sujeto es en sí leal al derecho, de modo que darle a estos casos un tratamiento jurídico distinto conduce a resultados incompatibles con el sentimiento de justicia” (De La Fuente, s.f, p. 411)

En definitiva, las causas de justificación por considerarse elementos negativos del tipo penal le pertenecen a esa categoría (tipicidad) y se tratan como error de tipo, dejando sin pena alguna a los casos que no tengan sanción cuando son cometidos sin dolo pero con culpa.

Cabe mencionar que en la forma como se encuentran desarrolladas ambas teorías, la estricta va a proporcionar mayor seguridad y efectividad en la aplicación del error de prohibición ya que si el error era evitable se aplica una pena disminuida que no sucede en el empleo de la teoría restringida.

2.5 El Error de Prohibición Frente a la Presunción de Inocencia

Constitucionalmente se reconoce la presunción de inocencia del imputado durante todo el tiempo que dure la investigación y el proceso penal hasta la obtención de una sentencia dictada por el órgano competente que determine y establezca lo contrario, este principio funge como garantía del debido proceso, pues el trato que se dará al sujeto tiene que ser justo en la medida de que el juez se mantenga como un individuo objetivo e imparcial en todo momento, su decisión final tendrá que tomarse en base a las pruebas y criterios aportados durante todo el litigio.

Constitución de la República del Ecuador:

Artículo 76.- “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. *Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada*” (Asamblea Constituyente del Ecuador, 2008, p. 20).

Igual tratamiento ordena el artículo 5 del COIP referente a los principios procesales, *“no es que exista ausencia de dolo, pero lo que se debe hacer es entenderla como un sentio de ausencia de responsabilidad de una ofensa específica”* (García Falconí, 2014, p. 81).

La existencia del error de prohibición o error sobre la juridicidad no altera a la presunción de inocencia en su más mínima expresión, si algo hace es fortalecerlo y ratificarlo, es gracias al principio de inocencia del que gozamos todos los individuos que dentro de juicio debe probarse y justificarse la culpabilidad del mismo. Aplicando el error de prohibición, aunque el sujeto haya cometido un acto tipificado como delito y que sea antijurídico, no será culpable si no conocía que ese actuar suyo contravenía el Derecho.

“El error de prohibición es el que afecta a la significación antijurídica del hecho, ya que por creer que este no está permitido, ya por creerse el autor personalmente legitimado para realizarlo (error sobre la justificación de la conducta). El error de prohibición elimina la posibilidad de exigir, comprender la antijuridicidad y en consecuencia aunque la conducta sea típica y antijurídica no sea reprochable penalmente” (El Tratamiento del Error en el Derecho Penal, s.f, p. 46).

2.6. Efectos del Error de Prohibición

Son dos los efectos posibles que determinarán la existencia no de una sanción si se comprueba que el autor actuó bajo error de prohibición, uno es el error vencible y el otro el invencible.

2.6.1 Error de Prohibición Vencible

También conocido como error evitable, es el que se presenta con mayor frecuencia, su consecuencia es la disminución de la pena (pena atenuada), se asimila a haber actuado con culpa ya sea bajo la modalidad de imprudencia o negligencia.

“En consecuencia, el error vencible o culpable, lo que hace es eliminar el dolo dejando subsistente la responsabilidad culposa, o bien disminuye la reprochabilidad del autor, reflejándose ésta en la cuantía de la pena. En tanto que respecto del error invencible o inculpable, lo que se elimina es la culpabilidad, es decir, no hay reprochabilidad del injusto” (Ceballos Patiño, Breve Estudio del Error de Prohibición, 2005, pp. 83-84).

Son tres los requisitos que hacen del error vencible o evitable:

- *“El agente debe tener la posibilidad de conocer la conducta antijurídica.*
- *El agente debe tener la posibilidad de entender su conducta antijurídica.*
- *El agente no debe tener dudas sobre su acción y su contradicción con la norma”* (León Semanate, 2013, p. 51).

Para mayor claridad sobre cuándo nos encontramos bajo el supuesto de error vencible haré referencia a los ejemplos que el profesor Donna ha supuesto:

- “Samuel de 24 años de edad, ha contraído matrimonio hace dos años con Ana, de 20, y viven en Buenos Aires. Samuel tiene un sueldo medio, suficiente para cubrir sus necesidades, además de un pequeño capital ahorrado. El matrimonio ha tenido un hijo a los 18 meses de la boda.

Samuel conversa con su mujer sobre la conveniencia de no tener más hijos, por lo perjudicial que sería para su vida económica tener una descendencia numerosa. Ana, de acuerdo en principio, pone reparos en cuanto a los medios de ejecución. Sin conocimiento de su mujer, Samuel visita al doctor Ramos, que responde a su consulta diciendo que el único sistema seguro es esterilizar a su mujer o vazectomizar al hombre.

Samuel le dice a Ana que para escoger un medio anticonceptivo seguro es necesario hacerle un reconocimiento médico. Al doctor Ramos le comunica que dos días después irá con su mujer para que le practique la esterilización. Ingresa Ana a la clínica del doctor Ramos, y Samuel le dice que van a anestésicarla totalmente para que no sienta dolor durante el reconocimiento.

El médico la anestesia y le liga las trompas de Falopio creyendo que Ana estaba consintiendo en la intervención. Por su parte, la mujer se entera dos meses después que ha sido esterilizada.

- Un alzamiento militar amenaza con desestabilizar el orden democrático. Juan vive en el campo y escucha por la radio los graves acontecimientos que se están desarrollando en la capital. Frente a ello, en

virtud del mandato del artículo 21 de la Constitución Nacional, toma algunas armas para enfrentar a los amotinados. Imprevistamente, la radio deja de funcionar, desconociendo Juan como se van desarrollando los hechos. Al cabo de dos horas se sitúa a la vera de un camino, esperando que pase una formación militar rebelde acantonada en las cercanías del lugar. Al poco tiempo pasa un camión transportando varios militares rebeldes, quienes habían depuesto las armas ante el triunfo de las tropas leales al gobierno. Juan dispara repetidas veces contra el vehículo, produciendo la muerte de algunos de ellos y heridas al resto” (Donna E. A., 2000, pp. 410-411).

2.6.2 Error de Prohibición Invencible

Excluye la culpabilidad y como resultado la pena. Es aquel que es inevitable y es menos frecuente que se presente en la cotidianeidad.

La conducta no deja de ser antijurídica pero el individuo es incapaz de comprenderlo, no puede actuar distinto porque ese sujeto en concreto y sus posibilidades no le facultaban para conocer el ilícito como tal haciendo que se abstenga en su comportamiento. *“Si atendidas sus posibilidades el error no dependió de descuido, desidia o inactividad de su parte, será invencible y por lo tanto excluirá el juicio de culpabilidad”* (Balaguera Celis & Pallares Rodríguez, s.f, p. 9).

Ejemplos de error invencible serían los siguientes:

- “Inés, casada con Óscar, padece del síndrome de la mujer golpeada a raíz de los continuos maltratos que éste le propensa. Cierta día, Óscar encuentra que la cuchilla de la cocina estaba desafilada y se dirige, cuchilla

en mano, hacia el jardín –donde estaba Inés arreglando las plantas- para señalarle tal circunstancia. Inés, al verlo con la cuchilla en alto, pensó que sería víctima de un nuevo ataque, y aterrada, sin dejarlo siquiera hablar, asestó a Óscar un golpe en la cabeza con la pala de cavar, provocándole lesiones graves.

- Sergio tiene un comercio destinado a la venta de instrumentos quirúrgicos. Al finalizar el año procede a confeccionar las liquidaciones correspondientes de ese ejercicio ante la DGI. Al consultar a su contador sobre los cambios legislativos en la materia éste le aconseja que no abone el impuesto a las ganancias, ya que los nuevos montos acordados por la ley reglamentaria lo excluían de su pago. Sergio desconoce que su contador está inhabilitado por graves irregularidades y mal desempeño en la profesión. Al efectuar la presentación ante la DGI ésta le inicia un sumario administrativo y da intervención a la justicia federal por presunta infracción a la ley 23.771” (Donna E. A., 2000, p. 409).

CAPÍTULO III: El Error De Prohibición en el Código Orgánico Integral Penal

3 El Error de Prohibición en el Código Orgánico Integral Penal

3.1 Antecedentes del COIP

Desde la configuración del Ecuador como un nuevo Estado, soberano e independiente en el siglo XIX, el país mantuvo “*las estructuras legales heredadas de la colonia*” (García Falconí, 2014, p. 23) a pesar de que constitucionalmente se fijaron ciertas directrices relativas al Derecho Penal ecuatoriano. Son cinco los Códigos Penales que han existido a lo largo de la historia del país, el último cuerpo normativo en uso antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal data de 1938, a pesar de ello, ese mismo Código Penal sufrió varias modificaciones hasta el año 2010 como un intento de actualizar el sistema penal a las nuevas exigencias de la sociedad y su realidad práctica.

Igual suerte ha corrido con el Código de Procedimiento Penal, cuerpo adjetivo encargado de establecer los procedimientos para la aplicación de las normas sustantivas, en 1983 introdujo a la legislación el sistema acusatorio penal. Así también ha sucedido con el Código de Ejecución de Penas, es decir, que como lo sostuvo la Comisión de Justicia y Estructura del Estado en los antecedentes previos a la redacción del nuevo COIP “*se puede apreciar de manera evidente que las normas sustantivas, procesales y ejecutivas penales no responden a una línea de pensamiento única, sino a contextos históricos muy diversos, que tienen finalidades y estructuras distintas y sin coordinación alguna, que tienen normas que son contradictorias, y que hace, en suma, de las normas penales un sistema incoherente, poco práctico y disperso*” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 5).

En 1837, impulsados por las ideas liberales del Presidente Rocafuerte se elabora una normativa penal en función de los postulados de la escuela clásica, *“el delito es resultado de la oposición simple del hecho humano con la ley... no se toma en cuenta la personalidad del delincuente... sujeto indeseable y cruel”* (García Falconí, 2014, p. 24). A este le suceden los Códigos Penales de 1871, 1889, 1906 y 1938, en ellos se establecían penas de acuerdo a las convicciones y creencias de sus mandatarios, para García Moreno era indispensable castigar a vagos, mendigos y todo aquel que lesionara la moral de la sociedad, para Eloy Alfaro la supresión de la pena de muerte era vital, así como también de aquellos delitos en contra de la religión; en resumen, fueron los códigos italiano, belga y francés los que han servido como modelos para la creación de nuestros propios códigos penales.

El código de 1938 es aquel que se mantuvo vigente hasta 2014, sin que esto suponga que el mismo no haya sufrido modificaciones si no en su parte doctrinaria, sí en la parte especial dedicada a la tipicación de los diferentes delitos. Esta falta de actualización y cambio en la doctrina que emanaba del cuerpo normativo produjo un retraso en jurisprudencia de los fallos judiciales situación que se visualizó también en la forma que se ha impartido el derecho penal en Ecuador en los diferentes centros educativos.

Como sostiene García Falconí “el sistema penal” en la práctica se formó y definió “desde sus estructuras procesales” siguiendo los modelos del Código Penal belga y por ende del Código Penal francés, todo ello generó un retraso en el desarrollo penal del Ecuador, tanto en la doctrina cuanto en la jurisprudencia, dejando a la mayoría de profesionales del derecho y todos aquellos vinculados con esta noble profesión a merced de las transformaciones que en la parte procesal se dieran; reitero

nuevamente no había homogeneidad entre las normas sustantivas, adjetivas y las normas de ejecución.

El COIP se ha redactado y elaborado conforme los nuevos avances conceptuales que ya rigen en la mayor parte del mundo desde hace varios años, así como de acuerdo a los principios reconocidos constitucionalmente y que exigen que todas las normas del Estado se enmarquen dentro de sus límites de forma que todo el ordenamiento jurídico sea uniforme. Se sigue la teoría finalista del delito, el dolo ya no se concibe como elemento de la culpabilidad sino que pertenece a la tipicidad, con la finalidad de procurar a todas las partes procesales el respeto y garantía de sus derechos; protege a las víctimas y sanciona a los infractores con la pena más grave, la privación de la libertad.

En síntesis, los legisladores han buscado a través del COIP elaborar un cuerpo normativo que satisfaga y se ajuste a las necesidades de todos los individuos procurando el establecimiento de regulaciones que miren al respeto de la Constitución, los tratados internacionales, pero sobre todo que permitan al sistema penal ser el medio adecuado para reparar integralmente a víctimas de delitos y procurar la reinserción de los procesados en la sociedad una vez cumplida su pena.

3.2 El Error de Prohibición en el Primer y Segundo Proyecto del COIP

Durante los debates previos a la aprobación definitiva del Código Orgánico Integral Penal en agosto de 2014 por parte de la Asamblea Nacional, existieron dos borradores que fueron sujetos al análisis de los legisladores.

El primer borrador del COIP elaborado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado presentó su propuesta en fecha 13 de junio de 2012 y en aquel documento se describió a la culpabilidad como:

Artículo 35.- “Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada culpable debe actuar con plena comprensión de la ilicitud del acto y determinarse de conformidad con esa comprensión.

También determinó que están exentos de responsabilidad penal las personas que se encontrasen en lo siguientes supuestos:

Artículo 36.- Causas de inculpabilidad.- No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición y trastorno mental, debidamente comprobados.

Y finalmente, da una definición de cómo debe entenderse al error de prohibición dentro de nuestra legislación.

Artículo 37.- Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta. Si el error fuere vencible se aplicará la pena mínima prevista para la infracción” (Asamblea Nacional del Ecuador, Proyecto Código Orgánico Integral Penal, 2012, p. 36).

Después del primer debate y luego de las discusiones que se generaron al respecto, el segundo borrador del COIP del 09 de diciembre de 2012 reformulaba el articulado de la culpabilidad en el siguiente sentido:

Artículo 35.- “Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente debe ser imputable, actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su

conducta y haber podido actuar de una manera distinta.

Artículo 36.- Causas de inculpabilidad.- No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental, debidamente comprobados.

Artículo 37.- Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta.

Si el error fuere invencible no habrá lugar a la responsabilidad penal.

Si el error fuere vencible se aplicará la pena mínima prevista para la infracción” (Asamblea Nacional del Ecuador, Borrador Segundo Debate Código Orgánico Integral Penal, 2012, pp. 38-39).

Es decir, en un intento por pulir y mejorar la redacción del texto legal se aclaró que son sujetos culpables de un determinado ilícito únicamente los imputables y para ello deben actuar con conocimiento de la ilicitud o antijuridicidad de su proceder sin que se haya podido evitar el comportarse de manera distinta a la que se verificó.

Aquí es importante recalcar la trascendencia de la motivación de la norma en un sujeto, pues solamente aquel individuo que comprenda a cabalidad la norma y su alcance social es decir, la existencia de una pena en caso de que se realicen comportamientos considerados como lascivos y muy graves dentro de la sociedad.

Es la voluntad con la que actúa el agente la que le genera una sanción, pues gracias a ésta voluntad es que se dirige su conducta y finalmente la acción final. Igualmente significativo es el conocimiento de antijuridicidad, pues no se puede considerar que el individuo ha sido motivado por la norma cuando ni si quiera se ha

planteado la ilicitud del acto.

Así mismo, el primer borrador recogía como causa de inculpabilidad al error de prohibición en general, el segundo proyecto señalaba únicamente al error de prohibición invencible. En ambos proyectos el error vencible daba lugar a la atenuación de la pena pero el error invencible excluye de responsabilidad penal, esta situación fue precisada en el segundo proyecto a debatir.

Una vez aprobado el borrador final del COIP por parte de los asambleístas ecuatorianos y una vez que el mismo pasó al ejecutivo para que analizara posibles vetos, fueron 73 las observaciones que el Presidente de la República realizó al cuerpo normativo, algunas tenían que ver con la forma –mejoras en la redacción- y otras eran relacionadas con la aclaración de derechos consagrados.

Dentro de las objeciones planteadas por el primer mandatario se encontraba la supresión del articulado referente a la existencia del error de prohibición que como ya ha sido señalado en éste trabajo y para criterio del economista Rafael Correa abría la posibilidad de que “jueces inescrupulosos” fallasen a favor de culpables o de que se dejase muchos delitos en la impunidad y sin sanción a los responsables.

A modesto criterio de la estudiante y sin desmerecer al grupo de asesores con los que cuenta el presidente Rafael Correa, pues el es imposible conocer a cabalidad todos los temas que tiene que tratar, a pesar de que el mandatario se encuentra muy bien informado en diferentes aspectos de trascendencia nacional e internacional, ello no le hace un experto en Derecho ni un conocedor a profundidad de la doctrina existente al respecto. Es en base a los informes entregados por sus asesores que asegura que la existencia del error de prohibición es una institución que soslaya los derechos de los ciudadanos en vez de garantizarlos sin profundizar en el hecho de

que la realidad social de nuestro país y de prácticamente todos los demás Estados hacen imposible que los individuos conozcamos a cabalidad cada una de las normas en ellos existentes, como por ejemplo es el caso de los pueblos y culturas aborígenes de nuestro país.

La presunción de conocimiento de la ley es sólo eso, una presunción, misma que puede ser contradicha, se puede probar a cabalidad que un sujeto desconocía la antijuridicidad de su actuar y como consecuencia no puede ser sancionado.

Una vez vetado el articulado referente al error de prohibición por parte del ejecutivo, la Asamblea Nacional se acogió al mismo y lo eliminó finalmente en la forma expresa en la que estaba enunciado dentro del COIP, sin que ello signifique que de su texto haya desaparecido por completo.

3.3 La Aparente Eliminación del Error de Prohibición en el COIP Aprobado

No existe dentro de la redacción del COIP vigente un artículo que haga referencia expresa a la existencia del error de prohibición dentro de la legislación ecuatoriana pues dicho articulado fue objetado por el ejecutivo en el proceso de aprobación de la misma.

Incluso la sección referente a la culpabilidad, y que en el artículo 35 señala que se excluye la existencia de responsabilidad penal cuando el individuo padece de un trastorno mental, siempre que este haya sido válidamente comprobado, a simple vista da la ilusión de que las demás causas de inculpabilidad reconocidas por la doctrina como son la imputabilidad por minoría de edad, alteración de la percepción y el trastorno mental transitorio; el *conocimiento de antijuridicidad*; o, la exigibilidad de

un comportamiento distinto no son razones para eximir de responsabilidad a los individuos.

Sin embargo, el COIP en sus artículos 36, 37 y 38 si ha desarrollado estos supuestos y como serán tratados por el Derecho al momento de juzgarlos.

En cuanto al conocimiento de antijuridicidad o error de prohibición el artículo 34 dispone que el individuo para considerado como responsable de la comisión de un delito tiene que ser imputable y *“actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”* (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 37), es decir, que se debe probar y justificar el conocimiento que se tenga o no de las normas en el caso en concreto que se esté juzgando.

En la forma en la que está redactado nuestro Código Orgánico Integral Penal, es difícil ubicar al error de prohibición como una institución reconocida por el ordenamiento jurídico; es deber de los profesionales del derecho conocer muy bien las normas penales, analizarlas y poder darse cuenta de que a pesar que no se encuentre redactado el error de prohibición de manera expresa, del texto en general se desprende su existencia.

La definición que se da de culpabilidad en el artículo 34 del COIP es la siguiente: *“Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”* (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 37). Entonces, es válido afirmar que el conocimiento de antijuridicidad es elemento indispensable para determinar la culpabilidad y por tanto la responsabilidad penal de un individuo, su actuar debe enmarcarse dentro del conocimiento de la ilicitud para que le pueda ser reprochado.

Son varias las definiciones que de la culpabilidad se han dado, en el caso de Roxin estima que:

“La culpabilidad es reprochabilidad, que es una responsabilidad social donde se castigan conductas que lesionan bienes jurídicos... es un juicio de valor, que se hace de la conducta del individuo que comete el injusto, es una valoración de responsabilidad del sujeto” (Gutiérrez, Reyes, & Pimentel, 2010, p. 43).

Cerezo Mir la define como:

“La culpabilidad, en el aspecto material, consiste en la capacidad de obrar de otro modo, es decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad supone, por ello, en primer lugar, un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biopsíquicas que le permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad es, por ello, un presupuesto de la culpabilidad” (Cerezo Mir, 2006, p. 891).

Para Welzel:

“Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica –tanto si va dirigida dolosamente a la realización del tipo, como si no responde a la medida mínima exigida de dirección final- una resolución de voluntad conforme a la norma” (Welzel, El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista , 2004, p. 133).

Es decir, que la voluntad del individuo es la que determinará el juicio de reproche

que pueda o no hacerse por la forma en que ha procedido, si el autor del delito tenía dentro de sus posibilidades y facultades en el caso en concreto los medios para conducirse de acuerdo a la norma y no lo hizo porque por libre albedrío así lo decidió voluntariamente será juzgado culpable y en ello se basa la culpabilidad pues es *“la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz de ella”* (Welzel, El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista , 2004, p. 144).

Para Welzel la antijuridicidad consiste en *“una relación de discordancia entre la acción y el ordenamiento jurídico: la realización de la voluntad no es como espera objetivamente el derecho que sean las acciones en el ámbito social.”* (Welzel, El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista , 2004, p. 125), esto no quiere decir que para juzgar la responsabilidad penal de alguien se deba determinar si su comportamiento fue ilícito o no, sino además, si ese injusto fue considerado como tal dentro del razonamiento hecho por el agente previo al cometimiento del mismo y si le era o no posible omitir aquella conducta.

Si bien, a criterio del primer mandatario cuando vetó el articulado del Código Orgánico Integral Penal referente al error de prohibición como causa de inculpabilidad se garantizaba que jueces corruptos e ignorantes dejaran en la impunidad un sin fin de delitos, este razonamiento no es del todo válido. Dentro del sistema judicial existen muchos delitos que pueden quedar sin sanción e individuos exentos de pena por varias razones, ya sea porque no se han logrado obtener las pruebas que justifiquen la existencia del ilícito o peor aún la autoría del sujeto, porque han existido causas de justificación válidas que exoneran el actuar del agente

e incluso porque quien actuó violentando el ordenamiento jurídico lo hizo bajo la firme convicción de que su comportamiento se ajustaba a Derecho sin importar cuales hayan sido sus razones; en general el hombre no se planteó la posibilidad de atentar contra el ordenamiento jurídico sino de ejercer sus derechos.

Como lo señala el numeral 3, del artículo 5 del COIP, *“el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”* (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 17). No puede suponerse por parte del magistrado que la ley es conocida por todos y que por lo tanto se conocen todas las leyes penales existentes dentro del Estado, cuando exista duda de ello la decisión judicial deberá ser a favor del acusado de forma que se respeta y asegura el principio constitucional que reconoce la presunción de inocencia de todo individuo. Para Raúl García quien menciona a Beccaria dentro de su obra, *“como si no hubiera peligro mayor de condenar a un inocente cuando la probabilidad de la inocencia supera a la del delito”* (García Falconí, 2014, p. 67), a decir del maestro no es responsabilidad del imputado el tener que probar su condición de inocencia sino que a él se le debe demostrar su vínculo con el cometimiento del ilícito y posteriormente una sentencia judicial debe señalarlo así.

Es entonces aparente la eliminación del error de prohibición dentro del COIP, pues como mencioné en líneas anteriores, no sólo se establece dentro del concepto de culpabilidad que el sujeto debe ser imputable sino que debe obrar con conocimiento de antijuridicidad, fuera de ello, dentro del capítulo referente a garantías y principios constitucionales ya no se habla de la presunción de conocimiento general de la población de las leyes penales como lo establecía el

Código Penal vigente hasta 2014 poniendo una camisa de fuerza a los jueces al momento de valorar y resolver un determinado proceso.

3.4 Error de Prohibición en el Actual COIP

Como se ha mencionado dentro del presente capítulo, si bien es cierto que el borrador del proyecto del Código Orgánico Integral Penal fue vetado por el Presidente de la República en algunos aspectos, uno de ellos siendo la redacción del error de prohibición como institución reconocida expresamente dentro del ordenamiento jurídico y posteriormente aprobado por la Asamblea Nacional acogiendo la postura del Presidente Correa; haciendo un análisis de la doctrina y las teorías que priman actualmente en el mundo sobre el Derecho Penal, cabe afirmar que el error de prohibición existe dentro de nuestra legislación.

La culpabilidad es el juicio de reproche que se le hace al individuo por no adecuar su conducta a aquello previamente tipificado, de acuerdo al grado del reproche, se le impondrá proporcionalmente una pena. Entonces, a pesar del veto del artículo 35 del COIP, aún se mantiene dicha institución en la redacción del artículo 34 y 36 y como consecuencia se encuentra vigente; si el error es invencible el sujeto no podrá ser culpado, mas si el error es vencible, independientemente de si actuó con dolo o con culpa, habrá una pena aunque esta sea disminuida.

La existencia de esta institución como lo sostiene el profesor Alfonso Zambrano es importante dentro de un *“Estado que se proclama constitucional de derechos y justicia”* y que tiene *“respeto por los derechos humanos”* (Zambrano Pasquel, s.f, p. 13), pero sobretodo se trata de conceptos desarrollados a nivel mundial por estudiosos como Welzel, Cerezo Mir, Zaffaroni, Donna, etc. Para superar este aparente impase con el que cuenta el texto aprobado del COIP, los jueces y

magistrados deberán someterse a lo prescrito en el artículo 28 de Código Orgánico de la Función Judicial:

“...Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia” (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, pp. 11-12).

De forma que, los jueces tendrán que aplicar al error de prohibición así como al error de tipo –motivadamente- en sus resoluciones y cuando el caso así lo amerite.

3.5 Aplicación Práctica en la Actualidad, en Razón de la Formulación

Dogmática de la Culpabilidad en el COIP del Error de Prohibición

Aún no se ha cumplido un año de la vigencia de nuestro nuevo ordenamiento jurídico penal, es entonces difícil, en razón de la poca celeridad con la que se tramitan los procesos judiciales en nuestro medio, encontrar un caso sentenciado en el que los administradores de justicia hayan resuelto absolver a un individuo bajo la premisa de que su actuar se enmarcó dentro de la figura del error de prohibición.

Tampoco en el Código Penal anterior al COIP la institución del error de prohibición era muy aceptada y por lo tanto tampoco se admitía con mucha frecuencia dentro de juicio. Sin embargo, a pesar que su aceptación no fue muy generalizada, estoy segura que en la forma en la que se ha definido a la culpabilidad en el artículo 34 del COIP actualmente, es decir: *“Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”* (Asamblea Nacional del

Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 37)., la realidad de hoy será otra; es cuestión de estudiar a la norma y de conocer la doctrina para darse cuenta que quien actúa sin conocimiento de la juridicidad de sus actos no puede exigírsele un comportamiento distinto al que tuvo y este factor excluye su responsabilidad penal, a más de ello, dentro del COIP se suprimió aquella primicia de que la ley penal es conocida por todos.

Entonces, a pesar del veto expreso que se dio por parte del ejecutivo al articulado que definía al error de prohibición en el borrador del COIP, la mentada figura jurídica puede considerarse como válida y vigente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y por tanto como un mecanismo que permitirá en muchos casos fungir como medio para la obtención de justicia cuando el sujeto haya actuado sin conciencia de la antijuridicidad de sus actos ya sea porque desconocía la ilicitud de su accionar, cree erróneamente que existe una causa de justificación para que proceda como lo hizo, porque pensaba que la norma se encontraba derogada, o cuando en su mente ni si quiera llegó a plantearse la posibilidad de que su proceder contrarie las normas.

El individuo será juzgado como culpable cuando la norma no logró su función de motivación, es decir, cuando la voluntad y conciencia del individuo, de acuerdo a sus capacidades y posibilidades, a pesar conocer y entender los preceptos legales no lograron disuadirlo de ajustar su conducta a los mandatos en ellas contenida.

El artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal no contiene bajo la premisa de error de prohibición a éste último mas sí se desprende e interpreta de su contenido, pues quien es imputable penalmente lo es siempre y cuando se haya encontrado al tanto de la antijuridicidad de su conducta.

3.6 Análisis a Casos de Laboratorio

Los casos de laboratorio son argumentos que se fundamentan en datos y contenido de cualquier tipo con la finalidad de ser resueltos en base a teorías y la propia reflexión del individuo dando solución a diversos problemas que pudiesen llegar a presentarse en la vida práctica. En materia de Derecho, nos ayudarán a comprobar la eficacia de distintas normas en la aplicación práctica y de las teorías que rigen a una determinada legislación, de tal manera que pueda apreciarse su efectividad y real servicio. Donna, catedrático y uno de los mejores exponentes de Derecho en América Latina, ha diseñado un conjunto de casos prácticos a fin de ayudar a entender de mejor manera los principios y teorías que rigen al Derecho Penal y su utilidad en la praxis.

Primer caso:

“Unos turistas holandeses viajan a la Argentina para conocer sus paisajes exóticos. Algunos de ellos son consumidores habituales de hachís (estupefaciente). Al llegar a la aduana argentina son interceptados por la división narcóticos, acusándolos por contrabando de drogas. En la indagatoria prestada ante el juez competente los extranjeros adujeron en su favor que esa clase de droga estaba permitida en su país, desconociendo la legislación argentina sobre la materia” (Donna E. A., 2000, p. 409).

Analizando el presente problema a la luz de lo dispuesto en el artículo 34 de nuestro COIP y puesto que sostiene que la culpabilidad de un individuo está sujeta al conocimiento que esa persona en concreto tenga sobre la antijuridicidad de conducta tenemos necesariamente que recurrir sobretodo a la doctrina.

Es muy importante hacer un estudio minucioso de si los sujetos en el ejemplo estaban o no en las posibilidades de conocer, de informarse de las leyes argentinas con respecto a la tenencia y contrabando de estupefacientes.

Si se aceptara la teoría del error, se trata de un error directo en el caso en concreto porque los muchachos no encontraban ilícito alguno en su comportamiento, no se plantearon si quiera la posibilidad de que el ordenamiento jurídico argentino sancionaba su conducta. Sin embargo, es error sería vencible, primero porque los turistas están en la capacidad de informarse sobre las leyes que contra las drogas se tenga en otro Estado distinto de Holanda, también porque el derecho internacional en general prohíbe el transporte de narcóticos, la mayoría de legislaciones en el mundo lo consideran un delito, su consumo, distribución y venta están prohibidos e incluso constan en el listado de artículos prohibidos para transportación en la seguridad de los aeropuertos.

A mi parecer, en el caso en concreto, no se puede hablar si quiera de la existencia de error de prohibición, tal error es inadmisibles, el negocio del narcotráfico en el mundo ha crecido de manera incontrolable, y los países han juntado cada día más esfuerzos en combatirlo sin mucho éxito, es de conocimiento general que la gran mayoría de legislaciones prescribe el uso de drogas y por el contrario son contados los Estados que han legalizado la marihuana en sus sociedades. Dicho esto, y en razón de la facilidad con la que podían determinar la legalidad del uso de drogas en el país de destino serán penados por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y será necesario probar si la cantidad encontrada corresponde al de consumo personal o contrabando efectivamente.

Segundo caso:

“Inés, casada con Óscar, padece del síndrome de la mujer golpeada a raíz de los continuos maltratos que éste le propensa. Cierta día, Óscar encuentra que la cuchilla de la cocina estaba desafilada y se dirige, cuchilla en mano, hacia el jardín –donde estaba Inés arreglando las plantas- para señalarle tal circunstancia. Inés, al verlo con la cuchilla en alto, pensó que sería víctima de un nuevo ataque, y aterrada, sin dejarlo siquiera hablar, asestó a Óscar un golpe en la cabeza con la pala de cavar, provocándole lesiones graves” (Donna E. A., 2000, p. 409).

Se dice que las mujeres que padecen este síndrome sufren de depresión y baja autoestima y un estado mental severo como producto de los constantes maltratos físicos o psicológicos propiciados generalmente por su pareja. Esto produce que en ocasiones y en razón del temor que el maltrato les ha generado, teman por sus vidas y recurran a medidas extremas como medios de protección.

A mi criterio Inés vivía en constante miedo por las agresiones de su marido, el momento en que actuó lo hizo bajo conocimiento de que podía matarlo y en el menor de los casos como sucedió de herirlo, pero aterrada por su vida creía que actuaba bajo la premisa de una causa de justificación que le autorizaba a proceder como lo hizo. Aquí existe un error de prohibición indirecto, Inés pensó que iba a ser agredida nuevamente y actuó, y normalmente hubiese estado en todo su derecho de defenderse pero el riesgo no era real en aquel momento, a más de ello el error es invencible ya que Inés en ese momento no estaba en la posibilidad de conocer que su actuar era ilícito y que no se justificaba en ese momento. No puede ser sujeto de pena y las lesiones causadas no le podrán ser reprochadas.

Tercer caso:

“A las nueve, aproximadamente, de la noche del 28 de enero último se dirigía Manuel a su casa, y al llegar un poco más allá de la Plaza de Toros, y frente a las casas números 81 y 83, en cuyo punto no había alambrado público, oyó la voz de un hombre que a una distancia de unos ocho pasos le decía: “Boca abajo, y entrega el dinero”, al oír lo cual Manuel le disparó inmediatamente y casi al mismo tiempo dos tiros con una pistola, y acto seguido distinguió la voz de su amigo Miguel, que era el que le había hecho la intimidación disimulando la voz, que le decía: “Ay, Manuel, ¡que me has matado!”, y acudiendo en auxilio de Miguel, sostuvo su cuerpo que se desplomaba, diciéndole: “Miguel, Miguel, habla, por Dios, ¡que me vas a perder!”; comprendiendo entonces que había sido objeto de una broma. Miguel fallece a consecuencia de los disparos.

Manuel creyó encontrarse en una verdadera posición de vulnerabilidad y de amenaza en cuanto oyó lo que parecía quería ser un intento por sustraerle sus pertenencias, es en base a ese temor que actuó voluntariamente, a decir de él, en ese momento “legítimamente”. Sin embargo, esa acción de Manuel tuvo como resultado la de producirle la muerte a su amigo que le estaba jugando una broma.

Se incurre en un verdadero error de prohibición indirecto por cuanto Manuel, creyéndose víctima de un atraco y sabiendo que generalmente el Derecho sanciona el que se de la muerte a una persona, pensó que su conducta era legítima y le era atribuible una causa de justificación que excusa su responsabilidad y culpa en ese momento.

Sin embargo, este error es completamente vencible pues Manuel estaba en la posibilidad de dudar y al mismo tiempo comprobar que su accionar contrariaba a la norma, no sufrió una agresión real, el dolo se elimina pero sigue subsistiendo la

responsabilidad por culpa lo que le significará a Manuel una atenuación de la pena mas no le exculpa.

CONCLUSIONES

1 El Delito es un Obrar Humano por Excelencia

El delito es el acto humano más despreciable y reprochado dentro de la sociedad y puesto que el Derecho Penal está llamado a reglar y proteger los bienes jurídicos considerados como más importantes, porque cuando se los transgrede se vulneran los derechos más trascendentes en la vida del ser humano, llámese derechos contra la vida, la propiedad, etc., las distintas comunidades han acordado que la mayor sanción sea la privación de la libertad.

2 El Delito tiene Elementos Estructurales

El delito se compone de algunos elementos para ser considerado como tal, se trata de un acto que jurídicamente debe estar tipificado, es decir, que la norma ha descrito la acción considerada como delito imponiéndole una pena que con anterioridad conocen los ciudadanos, si no existe el tipo, no hay infracción penal ni se puede hablar de delito. El acto también debe ser antijurídico, contraviene, es contrario a Derecho y finalmente tiene que ser culpable, es decir que se le pueda atribuir a un individuo por haber cometido el acto con conciencia y voluntad una vez que la función motivadora de la norma no cumplió su propósito de disuadir al sujeto de la comisión del injusto, para ser reprochado el sujeto debe ser imputable y actuar con conocimiento de antijuridicidad.

3 Invalidez de la Presunción de Conocimiento en Materia Penal

En el Derecho, incluido el Derecho Penal, se ha venido sosteniendo como máxima el “error iuris nocet”, es decir, la presunción general de conocimiento de la ley. Situación que difícilmente se ajustó a la realidad de las sociedades antiguamente

y mucho menos ahora en las nuestras. Existe un complicado y enredado conjunto de normas de distinta clase que imposibilitan al más sabio a conocerlas del todo. En materia penal se aplican las sanciones más fuertes de las que puede ser sujeto un individuo, es por eso que es incluso más dañino suponer que el autor sabe siempre lo que hace en materia penal pues su libertad es la que se encuentra en juego.

4 El Error de Prohibición Principio Respetuoso de los Derechos

Es por ello que acogiendo esta realidad, el auge del error de prohibición ha alcanzado bastante éxito, el conocimiento de antijuridicidad de un hecho definirá la culpabilidad o no de un sujeto cuando su actuar sea ilícito, no se puede reprochar a quien no tiene conciencia de ello porque no se ha planteado si quiera la ilicitud de su comportamiento. No existe conocimiento ni voluntad de cometer un injusto, menos libertad para decidir actuar de esa forma, mal podría entonces castigar a quien no decidió ni se le ocurrió infringir la norma.

5 El Error de Prohibición Principio Garantista

No existe duda de que el Derecho es un mecanismo utilizado para regular las relaciones de los individuos a través de órganos especializados creados por el Estado cuya misión es la de proteger y resguardar a los individuos en sus relaciones evitando que la justicia se tome por sus propias manos. Dentro de las tantas instituciones creadas por el Derecho, el error de prohibición es una de ellas, no significa que se contraponga al “error iuris nocet”, sino que por política criminal justamente no puede cegarse y olvidar que las sociedades no son todas homogéneas, que existen gran cantidad de factores y circunstancias que las moldean y que determinan el por qué son como son.

6 El Error de Prohibición como Institución Vigente en Nuestro Ordenamiento Jurídico

El haber eliminado expresamente al error de prohibición en la forma en la que estaba redactado en el borrador del COIP no significa que el derecho ecuatoriano no lo acepte, el Código Orgánico Integral Penal tiene que analizarse en conjunto con la doctrina, la jurisprudencia y demás fuentes del Derecho y sobre todo a la luz de la Constitución, los tratados internacionales y demás normas de igual jerarquía de las que se consagra que el autor de un delito goza de una presunción de inocencia, que mientras el juzgador no tenga la certeza de que es responsable del delito tendrá que ser declarado como inocente. El juzgador se encuentra en la obligación de favorecer al reo si no cuenta con los elementos de convicción suficientes que le aporten los conceptos necesarios para atribuirle de responsabilidad penal al individuo, sus fallos tienen que ser motivados y bien fundamentados.

7 El Error de Prohibición un Medio de Justicia.

Si bien la teoría del error de prohibición está para producir fallos más justos, es necesaria una conciencia y honestidad por parte de los profesionales del derecho, los jueces y todas las personas que intervienen dentro de un proceso de modo que no se de un mal uso a esta institución jurídica sino que sea realmente válida en los supuestos en los que el sujeto actuó en verdadero error de prohibición.

8 El Error de Prohibición Admite una Clasificación

No supone una regla que en todo proceso en el que se argumente la existencia de error de prohibición el sujeto va a salir libre de pena, ello dependerá de las posibilidades que el individuo tenga de conocer o no la antijuridicidad de su

conducta (error directo) en general que conozca la existencia del tipo; o que suponga el derecho le asiste por medio de una causa de justificación o confunde los límites de ella (error indirecto) y de si dicho error podía o no ser superado por el agente.

BIBLIOGRAFÍA

1. Kelsen, H. (2005). *Teoría Pura del Derecho*. México D.F., México: Porrúa.
2. Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General 1*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
3. Coello García, H. (2006). *Teoría del Negocio Jurídico*. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay.
4. Muñoz Conde, F. (1990). *Teoría General del Delito*. Bogotá, Colombia: Temis.
5. Congreso Nacional del Ecuador. (2011, Junio 24). Código Civil. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46.
6. Asamblea Nacional del Ecuador. (2014, Febrero 10). Código Orgánico Integral Penal. *Legislación Codificada* . Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 180.
7. Vicente, C. (1981). *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*. Talcahuano, Argentina: Hammurabi.
8. Donna, E. (1992 y 1995). *Teoría del Delito y de la Pena*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
9. Congreso Nacional del Ecuador. (1971, Enero 22). Código Penal. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 147.
10. Welzel, H. (2004). *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista* . Buenos Aires, Argentina: B de F.
11. Ceballos Patiño, P. (2005). *Breve Estudio del Error de Prohibición*. Guayaquil, Ecuador: Ara.
12. Righi, E. (2007). *La Regulación del Error de Prohibición en el Derecho Argentino*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni .
13. Armaza Galdos , J. (1993). *El Error de Prohibición*. Retrieved Agosto 12, 2014, from Derecho Penal: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_21.pdf
14. León Semanate, A. (2013). *Error de Prohibición: Nueva Institución en la Legislación Penal Ecuatoriana*. Retrieved Agosto 12, 2014, from <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/1397/1/UDLA-EC-TAB-2013-02.pdf>.

15. Welzel, H. (1997). *Derecho Penal Alemán: Parte General*. Chile: Jurídica de Chile.
16. Finocchiaro, E. (2013, Diciembre 26). *El Error de Prohibición Evitable en el Derecho Penal Argentino*. Retrieved Diciembre 20, 2014, from <http://www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/interno/boletines2/doctrina.php?id=3851>
17. Ceballos Patiño, P. (2009, Marzo 25). *El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana*. Retrieved Agosto 12, 2014, from Revista Jurídica Online: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2009/26/26_5_el_error_de_prohibicion.pdf
18. Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008, Octubre 20). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 449.
19. García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Perú: ARA.
20. Asamblea Nacional del Ecuador. (2012, Diciembre 9). *Borrador Segundo Debate Código Orgánico Integral Penal*. Retrieved Enero 23, 2015, from Derecho Ecuador: <http://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/Borrador%20Articulado%20COIP%20II%20DEBATE.pdf>
21. Asamblea Nacional del Ecuador. (2012, Junio 13). *Proyecto Código Orgánico Integral Penal*. Retrieved Enero 23, 2015, from Derecho Ecuador: <http://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/Borrador%20Articulado%20COIP%20I%20Debate.pdf>
22. El Tratamiento del Error en el Derecho Penal. (s.f). Retrieved Febrero 12, 2015, from <http://new.pensamientopenal.com.ar/01042010/doctrina04.pdf>
23. Balaguera Celis, M. Y., & Pallares Rodríguez, L. E. (s.f). *Error de Prohibición en el Derecho Penal*. Retrieved Diciembre 18, 2014, from Verba Iuris: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dp2.pdf>
24. De La Fuente, J. E. (s.f). *Error Sobre los Presupuestos Objetivos de Justificación*. Retrieved Febrero 3, 2015, from Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2506/21.pdf>

25. Ochoa Hoffman, A. (s.f, Agosto 2010). *La (In) Definición del Derecho*. Retrieved Agosto 9, 2014, from Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa:
<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/laindefiniciondelderecho.pdf>
26. Zambrano Pasquel, A. (s.f). *La Teoría del Delito y el Código Orgánico Integral Penal*. Retrieved Febrero 8, 2015, from http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/22062014/dp-teoria_delito_COIP.pdf
27. Asamblea Nacional del Ecuador. (2009, Marzo 9). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 544.
28. Donna, E. A. (2000). *Casos y Fallos de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
29. Gutiérrez, M., Reyes, M. A., & Pimentel, H. (2010). *La Culpabilidad y Responsabilidad Como Categorías de Interpretación en la Obra de Claus Roxin*. Retrieved Febrero 23, 2015, from Revista Relación Criminológica: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/relcrim23/art02.pdf>
30. Cerezo Mir, J. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Ara.
31. Albán Gómez, E. (2004). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
32. Carrara, F. (1999). *Derecho Penal*. México D.F., México: Oxford.
33. Hirsch, H. (2008). *Derecho Penal*. . Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
34. Recasens Siches, L. (2003). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México D.F., México: Porrúa.
35. Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General*. Madrid, España: Civitas.
36. Zaffaroni, E. (2000). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
37. Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Losada.