



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
DEPARTAMENTO DE POSTGRADO

El desconocimiento de la Antijuridicidad de la Conducta, como
Error de Prohibición, en el Código Orgánico Integral Penal

Tesis previa a la obtención del título de:

Master en Derecho Penal

Autor: Edmundo Pino Andrade

Director: Álvaro Román Márquez

Cuenca-Ecuador

2016

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	3
RESUMEN	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCION	1
CAPITULO I EL TRATAMIENTO DE LA NORMA PENAL EN LA DOCTRINA	3
1.1. EL DERECHO PENAL COMO ORDENAMIENTO NORMATIVO	3
1.2. LA EXISTENCIA DE LA NORMA Y EL NACIMIENTO DEL DEBER JURÍDICO.....	4
1.3. TEORÍAS DE LA NORMA.....	11
1.3.1. Según Karl Binding.....	11
1.3.2. Las Normas de Cultura de Max Ernesto Meyer.....	13
1.3.3. Los planteamientos de Hans Kelsen y Carlos Cossio.....	14
1.3.4. El Funcionalismo Sistémico de Gunther Jakobs.....	17
1.3.5. El Garantismo de Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli.....	18
1.4. EL ERROR EN EL DERECHO PENAL.....	20
CAPITULO II LA ANTIJURIDICIDAD Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN	24
2.1. LA ANTIJURIDICIDAD	24
2.2. EL ERROR DE PROHIBICIÓN	26
2.3. CONCIENCIA Y CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD.....	29
2.3.1. Conciencia de la Antijuricidad.....	30
2.3.2. Conocimiento de la Antijuricidad.....	32
2.3.2.1. Conocimiento eventual.....	33
2.3.2.2. Conocimiento actual y potencial	34
CAPITULO III TEORÍAS QUE DAN SUSTENTO AL ERROR DE PROHIBICIÓN	36
3.1. LA CONTROVERSIAS ENTRE LA TEORÍA DEL DOLO Y TEORÍA DE LA CULPABILIDAD.....	36
3.1.1. Teoría estricta del dolo.....	36
3.1.1.1. Para Edmund Mezger	37
3.1.1.2. Para Eugenio Cuello Calón.....	38
3.1.1.3. Para Juan Córdoba Roda	38
3.1.1.4. Para Edgardo Alberto Donna.....	40
3.1.2. La Teoría de la Culpabilidad.....	42
3.1.2.1. Para Hans Welzel.....	42
3.1.2.2. Para Reinhart Maurach y Zipf.....	43
3.1.2.3. Para Juan Córdoba Roda	44
3.1.2.4. Para Edgardo Alberto Donna.....	47
CAPITULO IV BASE LEGAL DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL COIP	49
4.1. EL SUSTENTO NORMATIVO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.....	49
4.1.1. Disposiciones Constitucionales.....	49
4.1.2. Disposiciones del Código Orgánico Integral Penal.....	54
CONCLUSIONES	60
BIBLIOGRAFÍA	62

AGRADECIMIENTOS

Al finalizar este trabajo de investigación, dejo constancia de mi profundo agradecimiento a las personas que han formado parte directa en su elaboración. A mi padre, por su ejemplo, y por sembrar en mí el valor de la educación. A mi madre, fuente inagotable de alegría, aún en los momentos de tristeza. A mis hermanos, por su apoyo constante. A Tirsá, por el tiempo del que la privé para dedicárselo a esta tarea. Al profesor Álvaro Román Márquez, que nunca guardó secreto académico alguno que pudiera beneficiar mi aprendizaje, y haberse convertido, luego de largas conversaciones, en un maestro y amigo.

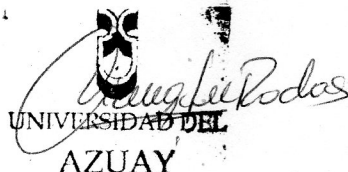
RESUMEN

Este trabajo examina la presencia de la figura de error de prohibición en el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano. Para lograrlo se realizó un análisis doctrinario y empírico, en base al estudio dogmático-penal y al examen de instrumentos legales nacionales e internacionales. El estudio se condujo en cuatro momentos. Primero, se estudió la problemática en torno a la norma penal, pues su inobservancia es causa de antijuricidad formal. Segundo, abordamos la conciencia y el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, para seguidamente analizar la evolución del error, en especial una de sus derivaciones: el error de prohibición. Tercero, se estudiaron las teorías del dolo y de la culpabilidad, así como sus efectos en el error de prohibición. Finalmente, se analizaron las disposiciones del ordenamiento legal ecuatoriano que permiten fundamentar la figura del error de prohibición. El presente estudio demuestra que del proyecto inicial de Código Orgánico Integral Penal (COIP) se eliminó todo aquello que significaba un ejercicio abusivo del poder estatal, manteniendo así coherencia con el texto de la constitución ecuatoriana, de carácter garantista. El proyecto del COIP tuvo, dentro de su articulado, la figura del Error de Prohibición. Con posterioridad, esta figura fue eliminada taxativamente por considerarse “peligrosa” y sospechosa de dar paso a impunidad. Sin embargo, los redactores de este cuerpo normativo mantuvieron la figura del error de prohibición de forma implícita en el Art. 34 del COIP, de manera que, a través de un ejercicio lógico, es posible determinar que quien actúa con desconocimiento de la antijuricidad (ilicitud) de su conducta incurre en la figura de error de prohibición. De esta manera queda demostrado que la figura del error de prohibición está presente en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

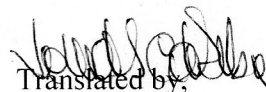
Palabras clave: Derecho Penal, Error de Prohibición, Antijuricidad, Conciencia de la antijuricidad, Conocimiento de la Antijuricidad, Código Orgánico Integral Penal, Norma.

ABSTRACT

This paper examines the figure of Mistake of Law in the Ecuadorian criminal legal system. In order to achieve this, a doctrinaire and empirical analysis based on the legal dogmatic-criminal study and on the review of national and international legal instruments were performed. The study was conducted in four stages. First, the dilemma around criminal law was studied, since its non-observance leads to formal unlawfulness. Second, we address the awareness (*mens rea*) and knowledge of conduct unlawfulness; so as to then analyze the evolution of error, especially one of its derivations: mistake of law. Third, theories of fraud and guilt, as well as their effects on the Mistake of Law were studied. Finally, the provisions of the Ecuadorian legal system that allow substantiate the figure of Mistake of Law were analyzed. The present study demonstrates that the drafters of this legal body maintained the figure of Mistake of Law implicitly in Art. 34 of the COIP, so that through a logical exercise, it is possible to determine that who acts in disregard of the unlawfulness (wrongfulness) of his or her conduct, incurs in the figure of Mistake of Law.



Dpto. Idiomas


Translated by,

Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCION

Tradicionalmente se ha definido al Derecho Penal como un conjunto de normas jurídicas. Sin embargo, ¿Qué se entiende por norma jurídico-penal? Norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre la diversidad de personas que forman parte de la sociedad. Los individuos no pueden vivir aislados en sí mismos, para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades, requieren de la comunicación con otras personas y hasta su auxilio. Es decir, la existencia del *ego* supone necesariamente la existencia del *alter*, dicho de otra forma: la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia con el *otro*¹. Pero esta convivencia no es, ni mucho menos, idílica, sino ciertamente conflictiva.

De ahí que, para regular la convivencia de las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser aceptadas por los miembros de la comunidad. De la misma manera, para que sean aplicables, dichas normas se las interpreta en forma de leyes, ya más específicas que las propias normas, para la común aplicación en el cotidiano vivir de las personas. Es por este motivo que la inobservancia de la norma genera algunas consecuencias en la teoría del delito entre las que tenemos: antijuridicidad; que no es solo con relación al derecho penal sino con relación a todo el ordenamiento jurídico del estado. El desvalor de la acción, que es cuando el autor contraviene con su acción la norma, y por último el error que es materia del presente trabajo.

El presente trabajo busca, así, dar a conocer el origen del error de prohibición, su alcance y consecuencias. Además se buscará establecer si esta figura de la dogmática penal se encuentra establecida en el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), ya sea de forma expresa o tácita, y si esta figura está inmersa en las regulaciones del cuerpo normativo anteriormente citado. El resultado, como se verá fundamentado a lo largo de este trabajo es que, efectivamente, es posible establecer la existencia de la figura de error de prohibición en la legislación ecuatoriana. En ese sentido, se definirá el origen, controversias y discusiones alrededor del tema con el fin de asentar la reflexión al plano ecuatoriano y, así, llegar a conclusiones en base al análisis de la literatura.

¹ **Velásquez Velásquez, Fernando.** *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis. 2002. p.105. Mientras un sujeto (*ego*: autor) actúa generalmente en forma activa sobre otro sujeto (*alter*) víctima, recae esta actuación en un tercero (el juez), quien está llamado a reaccionar a ella con una pena.

En ese sentido, y para cubrir lo propuesto, desarrollaremos este trabajo a lo largo de cuatro capítulos que darán cuenta de los distintos elementos necesarios para sustentar nuestros planteamientos. El primer capítulo tratará sobre la Teoría de las Normas; el capítulo dos se ocupará de lo concerniente a la antijuricidad y el error de prohibición; el tercer capítulo será dedicado a las Teorías que dan sustento al error de prohibición; finalmente, en el capítulo cuarto, se desarrollará un análisis sobre las disposiciones legales que permiten sustentar el error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal.

CAPITULO I

El Tratamiento de la Norma Penal en la Doctrina

Este capítulo tratará sobre el Derecho Penal como Ordenamiento Normativo, la existencia de la Norma y el Deber Jurídico, y se introducirá el estudio del error en el Derecho Penal. Como veremos de aquí en adelante, el análisis de la norma nos servirá de asiento para desarrollar los siguientes elementos analíticos de este trabajo en un orden lógico, moviéndose desde el plano más abstracto hacia el más material de la normativa penal ecuatoriana.

1.1. El Derecho Penal como Ordenamiento Normativo

Los individuos que forman parte de la sociedad deben tener límites al momento de actuar. Dejar a la libre voluntad del sujeto la fijación de mínimos propios en sus actos sería posible de concebir únicamente en una sociedad idílica. Es por esta razón que se deben crear normas para regular las conductas de los sujetos en sus relaciones sociales, razón por la cual la Teoría de las Normas en el Derecho Penal actualmente ha cobrado interés, suscitando la preocupación de los doctrinarios. Impone a todo aquel que incursiona en el tema la necesidad de adherirse a una corriente intelectual y erigir el camino por donde va a transitar su construcción teórica del delito. En ese sentido, iniciamos con las señalando que:

Todo el Derecho tiene una imprescindible dimensión normativa: todo Ordenamiento Jurídico es un complejo de normas. El concepto de norma jurídica es uno de los elementos esenciales integrantes del propio concepto de Derecho Penal.²

La consecución del orden social solamente puede alcanzarse mediante la articulación de determinadas normas jurídicas. Ahora bien, no todo conjunto de normas constituye un ordenamiento, aunque todo ordenamiento es un complejo (ordenado) de normas. El orden es por tanto, un elemento esencial del Derecho, que junto a otras notas características, hacen del ordenamiento jurídico un sistema: el derecho es un sistema de normas, ordenado, unitario y coherente.³

El control jurídico-penal es, además, un control normativo, porque se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto. Las normas penales están dirigidas a la persona. Con ellas el estado pretende vincular sus conductas. *v. gr.* cuando el Estado dicta una norma prohibiendo que una persona lesione, con la amenaza de una pena si lo hace, como lo establece el artículo 152 del COIP⁴, o bien manda que se auxilie a una persona que se encuentra en peligro, amenazándola también con una condena, pero esta vez sí no lo hace, advirtiendo que no está dispuesto a soportar estos comportamientos.⁵

² Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas*. Lima: Grijley. 2004.

³ Obra. Cit. p.387

⁴ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nro. 180, Quito, lunes 10 de febrero del 2014.

⁵ Bustos Ramírez, Juan. *Obras Completas "Derecho Penal Parte General"*. Editorial Jurídica del Ecuador. 2008

Pertenece a la propia esencia del Derecho Penal su naturaleza normativa. En este mismo sentido Muñoz Conde indica: “Tradicionalmente, se define al Derecho Penal, objetivamente, como un conjunto de normas jurídicas.”⁶ Luís Gracia Martín, también, anota: “El Derecho Penal, como todo conjunto de reglas jurídicas que ordena la convivencia social desde una perspectiva determinada constituye un *Corpus Normativo*”⁷. Así también, “Suele decirse que el Derecho Penal, en cuanto sector del ordenamiento jurídico positivo, establece prohibiciones (normas prohibitivas, *v.gr.*, no matar, no robar, etc.) y mandatos (normas preceptivas, *v.gr.*, alimentar al hijo menor, socorrer al desvalido, etc.), cuya estricta observancia impone a los destinatarios de tales normas, es decir, a los ciudadanos.”⁸

Sin embargo, como indica Polaino Navarrete, las normas que constituyen el cuerpo social revisten una complejidad tal que una descripción superficial sería altamente deficitaria, por ello, “Para el estudio de la norma jurídica, es preciso analizar su concepto, su naturaleza y su estructura.”⁹ El Derecho Penal en general, y por ende el ecuatoriano, está compuesto por normas, entendidas estas como reglas de conducta humana que pretenden regular la convivencia del hombre en sociedad. Estas reglas de conducta (normas) se objetivizan cuando de cada una de ellas el legislador va desprendiendo leyes en virtud de la modernidad, del avance técnico y científico, del avance social, etc. las mismas que van a ser respetadas por el ciudadano en el cotidiano vivir, y se convertirán en un límite de su actuar.

Es así que podemos ver que la Constitución del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008, es un cuerpo normativo en el cual se plasman los principios de carácter general que servirán para interpretar los derechos consagrados en ella y, por lo tanto, poder aplicarlos. Estos principios, al objetivizarse, dan lugar a las leyes penales contenidas en el actual Código Orgánico Integral Penal. Es preciso, en este punto, citar al académico Ramiro Ávila Santamaría, quien manifiesta: “que los principios, son mandatos de optimización. Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas.”¹⁰

1.2. La Existencia de la Norma y el nacimiento del Deber Jurídico.

Juan Bustos Ramírez, en relación a la norma penal, señala que esta surge, en un estado social y democrático de derecho: “desde la base social como resultado de un juego interactivo de los sujetos que lleva, dentro de un conflicto, a un compromiso entre las partes. Constituyen en consecuencia, una valoración relativa y de compromiso siempre revisable. Es así que son,

⁶ **Muñoz Conde, Francisco.** *Derecho Penal y Control Social. Monografías Jurídicas.* Bogotá: Temis 2004.

⁷ **Gracia Martín, Luís.** *Fundamentos de Dogmática Penal.* Lima: IDEMSA. 2005

⁸ **Polaino Navarrete, Miguel.** *Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas.* Lima: Grijley. 2004. P. 387

⁹ Obra. Cit. p.388

¹⁰ **Ávila Santamaría, Ramiro.** *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos.* Quito: Centro de Estudios y Difusión del derecho Constitucional. 2012. p.63.

en última instancia, una imposición del Estado pero que surge desde la misma base del sistema social.¹¹

Concordamos con lo señalado por Juan Bustos Ramírez, pues la norma se origina en la sociedad, formada esta por personas ya sea individual o colectivamente considerados, no basta un orden ideal racional para completar aquello a lo que aspira la naturaleza¹², sino que precisa un orden real y efectivo, con poder, fuerza, y coacción, a fin de superar el estado de confrontación de todos contra todos, como la manifestaba Thomas Hobbes en el Leviatán. Este estado de poder y fuerza tampoco puede ser ejercido sin límite por parte de un Estado que únicamente coaccione a los ciudadanos de acuerdo a sus intereses, o los intereses de grupos dominantes, imponiendo discrecionalmente normas que regulen el actuar de los individuos.

Históricamente hemos experimentado lo que sucede cuando el estado toma para si esta prerrogativa de manera abusiva. Huelga citar lo que sucedió en Europa con la Alemania Nacional-Socialista, donde el Estado pudo ordenar válidamente cualquier contenido jurídico,¹³ o con la sombra que se cernió sobre el pueblo durante la España de Franco. La realidad Latinoamérica tuvo, tristemente, su generosa dosis de terror con la Argentina del General Videla, o el Chile de Augusto Pinochet, en donde el Estado era el que imponía normas a ser cumplidas por los ciudadanos con la “única” amenaza de una coacción o “pena”, sin que exista una verdadera conciencia jurídica para su cumplimiento por parte de la sociedad. Ciertamente con alivio podemos señalar que, en la realidad ecuatoriano, no hubo gobiernos de facto ni de lejos tan crueles, autoritarios, y canallas que hayan tenido tanta injerencia como los citados en líneas anteriores.

Al ser el Ecuador un Estado democrático, conforme lo dispone el artículo 1 de la Constitución, y en la creación de sus normas intervienen distintas funciones del estado con un trasfondo democrático. En este proceso, la creación de estas normas tiene las siguientes vertientes formales, de conformidad a lo que dispone el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa: a) los asambleístas; b) El Presidente de la República; c) las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia; d) la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública, en las materias que les corresponda; e) Los ciudadanos y a las organizaciones sociales.¹⁴

¹¹ **Bustos Ramírez, Juan.** *Obras Completas. Derecho Penal Parte General.* Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.2008.475

¹² **Welzel, Hans.** *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico.* Montevideo - Bueno– Aires: B de F. 2013. p. 5.

¹³Obra. Cit. p. 8.

¹⁴ **Ley Orgánica de la Función Legislativa.** Publicado en el Registro Oficial Suplemento 642 de 27-jul.-2009. Artículos 53 al 66

Debemos tener presente que la ley debería plasmar la voluntad del pueblo regulando aspectos que garanticen sus derechos y libertades, el procedimiento que se sigue para la aprobación de la ley está en manos de la Asamblea, la que sigue un procedimiento reglado en la Constitución para su aprobación, donde los verdaderos factores que determinan su génesis no es necesariamente el bienestar de la sociedad en su conjunto, sino un entramado de intereses varios de grupos, por ejemplo, económicos o políticos.

Las normas penales, de esta forma, se entenderán dirigidas a los actores sociales, para regular sus relaciones con su mundo social, colectivo, circundante. De ahí que el estado puede emitir normas penales que reprochan ciertos actos, dotándoles de una valoración negativa, como al hecho de matar o lesionar personas. Esta valoración, sin embargo, es independiente de quien realiza esta acción, por lo tanto tiene características objetivas.¹⁵ A continuación citamos parte del análisis pertinente desarrollado por Polaino Navarrete en su *Derecho Penal, Parte General*:

Es evidente que la norma jurídica, para su formación emplea como medio básico de expresión una concreta “estructura lingüística”, es decir, que el derecho se integra ante todo de “palabras”. De este modo, la palabra es instrumento básico para la comunicación social, y por ende también un instrumento básico para el jurista, las normas se expresan mediante palabras.¹⁷ Las palabras presentan un aspecto formal (“significante”) y un aspecto material (“significado”). A concretos “significantes” se asocian concretos “significados”. Pero hay que hacer dos precisiones al respecto: por un lado, es cierto que no cualquier significado forma parte del contenido normativo del derecho (hay muchos cuya importancia queda al margen de la norma jurídica, siendo indiferente para el derecho); por otro, aun determinados significados que se emplean comúnmente en el habla coloquial adquieren en el derecho un significado (jurídico) concreto, que puede variar incluso en las diferentes ramas del ordenamiento jurídico.¹⁸

La palabra que conforma la norma jurídica (lo que interesa al jurista) no es cualquier significante ni cualquier significado (no es, en suma, cualquier “palabra”) sino la “palabra jurídica”, esto es *la palabra positivada en una norma jurídica: la palabra entendida como expresión de sentido, dotado de un concreto contenido normativo.*¹⁹

En este sentido podemos afirmar que el derecho al ser un conjunto de normas supone admitir que el mismo pertenece al mundo del deber ser, las normas jurídicas son proposiciones prescriptibles²⁰

¹⁵ **Bustos Ramírez, Juan.** *Obras Completas. Derecho Penal Parte General. Volumen II.* Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 2008. 475

¹⁷ **Polaino Navarrete, Miguel.** *Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas.* Lima: GRIJLEY. 2004. p. 388

¹⁸ Obra. Cit. p. 389

¹⁹ Obra. Cit. p. 390

²⁰ **Correras, Francesc.; Rovira, Enoch.** *Fuentes del Derecho.* UOC, Catalunya: La Universidad Virtual. 2003. p. 11, 12.

Coincidimos con lo expresado por Polaino pues no existe otro medio que permita formar a la norma sino a través de una estructura lingüística que debe acoplarse a la realidad social cultural que busca regular. Sin esta estructura las normas solo quedarían en ideas o intenciones de regular comportamientos en el mundo del ser, jamás se objetivizarían, por ende no tendrían una utilidad material para regular conductas sociales.

En cuanto a las funciones del lenguaje y sus fines, Correrías y Rovira desarrollan una sucinta tipología de tipos de proposiciones:

Función descriptiva: Son aquellas que pretenden informar de un hecho determinado, en este tipo de proposiciones la distinción entre verdad o mentira juega un papel esencial, ya que se basa en criterios objetivos.²¹

Función valorativa o emotiva: son aquellas que transmiten una opinión personal (valorativa), se formulan desde criterios subjetivos.²²

Función prescriptiva: pretende influir en el comportamiento de los otros y modificarlo, responden a criterios imperativos y constituyen mandatos. Por tal fin se emiten proposiciones prescriptivas.²³

Es por esta razón que las normas en cuanto al lenguaje pertenecen al lenguaje prescriptivo, imperativo: no describen la realidad (no operan en ellas) ni la valoran, sino que pretenden modificar esta realidad para que se adapte a su voluntad.²⁴

Vale aclarar, a este nivel, que la norma no crea la realidad, lo que hace es regular la conductas del individuo para que este se comporten conforme los parámetros que ha fijado la sociedad a través de sus normas sociales. Podríamos decir que lo que logra es alterar, finalmente, la conducta, y su inobservancia le puede acarrear una sanción al individuo, quien deberá abstenerse de realizar determinada conducta si esta es contraria al ordenamiento jurídico.

Fernández Molina, en relación a la capacidad de la norma de “modelar”, si se quiere, la conducta, señala:

Un comportamiento es contrario a una norma directiva de conducta cuando infringe el “deber hacer” impuesta por ella. La norma fija un modelo de comportamiento debido que el obligado no cumple. El requisito previo que debe darse para poder afirmar que alguien ha infringido una norma es evidentemente que tal norma *exista*. Como ha destacado Von Wright “el problema ontológico de las normas es esencialmente una cuestión de qué significa que hay (existe) una norma a tal efecto. [...] Son distintos los sentidos en que se puede hablar de existencia de una norma. Puede hablarse de existencias de las normas al menos en tres sentidos, que se

²¹ Obra. Cit. p.1

²² Obra. Cit. p.11

²³ Obra. Cit. p.12

²⁴ Obra. Cit. p.12

corresponden a su vez con los tres elementos que suelen barajarse al analizar el concepto de derecho.²⁶

Además, Fernández Molina, añade, en cuanto a los elementos que han de usarse para responder a las normas del derecho, que estos son:

Su *legalidad* conforme con el ordenamiento jurídico (adecuada promulgación), su *eficacia social* y su *corrección material* (ética); con los que se corresponden tres conceptos: jurídico, sociológico y ético". Si el concepto positivista del derecho, basado en lo que Alexy ha denominado "tesis de separación" entre derecho y moral, sirvió para efectuar sobre todo el concepto jurídico y también el social de validez, dejando en un segundo plano la cuestión de la correcta ética, hoy se percibe un renacimiento de esta última perspectiva. De estos tres conceptos nos interesa el primero, que es el que alude directamente a la existencia de las normas en cuantos directivos de conducta. La determinación de las circunstancias que condicionan la contrariedad a una norma así entendida es independiente de su efectividad social y su corrección moral.²⁷

Sin embargo, consideramos que son todos estos tres elementos los necesarios para dar cuenta de las normas. La norma debe nacer correctamente, promulgada (principio de legalidad), solo en ese momento se podría generar una limitación al actuar del individuo y su consecuente sanción. Debe tener una eficacia social, por lo tanto no debe responder a efectos simbólicos, sino a problemas sociales que deben ser combatidos. Y finalmente, corrección material (ética), las normas deben ser concebidas para lograr la armonía, el respeto entre los miembros de la sociedad, la justicia.

Tenemos que tener presente que, cuando utilizamos el lenguaje, uno de sus propósitos es la comunicación entre los individuos, para cumplir con este objetivo es requerimiento elemental que tanto el hablante como el oyente, es decir, emisor y receptor, tienen que manejar el mismo idioma. En el Ecuador, por mandato constitucional, el idioma oficial es el castellano, situación que dificulta erigir como único modelo de creación de normas la construcción lingüista.

Cuando utilizamos este método de creación lingüística de las normas las palabras se utilizan no en su sentido común, sino en un sentido jurídico, este sentido legal será entendido por toda la población, sea esta: quechuas, mestizos, shuar, ashuar etc., donde la línea de enlace entre los sujetos se busca sea el castellano. Es por eso que, a nuestro juicio, este modelo no se puede utilizar en forma única pues se encuentra reconocido en nuestra constitución varias culturas interrelacionadas entre sí, varios idiomas, existiendo palabras en castellano que no tendrán homologas en otros idiomas; incluso, al existir pueblos no contactados en el Ecuador, donde ni siquiera existe registro del dialecto que emplean para su

²⁶ **Fernández Molina, Fernando.** *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*. Madrid: Bosch. 2003. p.586

²⁷ Obra. Cit. p.586-587

comunicación, se hace complejo trasladar y aplicar de forma única este modelo de construcción de normas a nuestra realidad. Ahora bien, continuando con el análisis de la norma como instrumento de ordenamiento del comportamiento de los individuos dentro de la sociedad, Fernández Molina nos dice:

Los requisitos de eficacia instrumental de la norma son: determinación del contenido por el emisor; determinación del carácter prescriptivo; comunicación con el destinatario; identificación de las circunstancias en las que nace la obligación, capacidad de cumplimiento y voluntad de cumplimiento. La determinación del contenido, la determinación del carácter prescriptivo junto al acto de promulgación se corresponden con la actividad del emisor.

Es pertinente recalcar que, desde una visión instrumental de la norma, todos los requisitos señalados son importantes, y la omisión de uno de ellos generaría que la norma sea ineficaz. Es necesario establecer cuáles son los elementos para el cumplimiento de la norma, y con ello para el surgimiento de un deber jurídico.²⁸

Uno de estos elementos es la voluntad de cumplir la norma. Una voluntad contraria a lo dispuesto no hace desaparecer la prescripción.²⁹ Pero es imperante que el destinatario de la norma tenga capacidad para decidir si cumple o no con lo dispuesto por la norma, su inobservancia por un grupo de la sociedad generaría una norma ineficaz (parcialmente) pues no estaría siendo acatada por todos los individuos que forman parte del grupo social. Si lo prescrito en la norma no influye en el comportamiento del sujeto podríamos decir que se trata de una norma no idónea.³⁰

Otro requisito es “seguir afirmando que es un instrumento pese a ser ineficaz en el caso concreto, y ello solo es explicable a través de la idea de libertad. Se sigue aconsejando pese a que no se siga el consejo, pidiendo, aunque no se obtenga nada y mandando aunque no se obedezca”.³¹ Fernández Molina distingue también entre:

Intentar dar un mandato, orden, consejo etc. Sin conseguirlo; *dar* un mandato, orden, consejo etc., *con éxito*. En el primer caso no hay tal directivo, aunque el emisor intento que lo hubiera. En los casos segundo y tercero si lo hay. Pero la distinción del primero y del segundo es imposible frente a un destinatario que no puede actuar voluntariamente; en particular no existiría el escalón segundo y sí tan solo el primero y el tercero. En realidad en estos casos, más que de una función directiva del lenguaje, habría que hablar del lenguaje como elemento desencadenador de una respuesta autentica previamente aprendida.³²

²⁸ Obra. Cit. p.587

²⁹ Obra. Cit. p.587

³⁰ Obra. Cit. p.587-588

³¹ Obra. Cit. p.588

³² Obra. Cit. p.588

El Ecuador, como estado de derecho, utiliza normas para regular la vida de los ciudadanos, es por eso que las normas se las debe entender como normas de determinación con carácter imperativo según, lo expresa Ramiro García Falconi,³³ pues estas, mediante la amenaza de una pena, determinan o motivan *ex ante* a los ciudadanos para que se abstengan de realizar conductas prohibidas. Con relación a la amenaza de la pena como motivadora de conductas, consideramos que no se ajusta fielmente a nuestra realidad; para clarificar debemos realizar una breve nota en relación a los fines de la pena. Sobre este punto, Santiago Mir Puig, analizando a Feuerbach, indica:

Dentro de las teorías que pretenden otorgarle un fin a la pena, es la prevención general la que se ajustaría al criterio objeto de este comentario, esta teoría es defendida por Feuerbach, misma que establece la conminación penal en la ley. Para este autor, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como “*coacción psicológica*” en el momento abstracto de la tipificación legal. La ejecución de la pena solo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal. Por eso la prevención general supone la prevención frente a la colectividad. Concibe a la pena como medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad.³⁴

Bajo esta construcción se daría un retroceso en el sentido que se estaría volviendo al casualismo valorativo, donde los elementos objetivos se encontraban en el injusto, siendo la culpabilidad el lugar donde se asienta los elementos subjetivos, por eso se concebía una culpabilidad psicológica. Más acertada es, a nuestro parecer, la teoría que mantiene el profesor Claus Roxin, quien:

Centra la problemática en las tres fases esenciales de la vida de la pena: la conminación penal, la medición de la pena y la ejecución de la condena. A cada una de estas etapas corresponde una respuesta distinta a la función de la pena, pero a tal punto que cada una presupone a la anterior. En el primer momento lo que debe preguntarse ¿Qué puede prohibir el legislador bajo pena? Ninguna de las teorías tradicionales da respuesta a esta pregunta, Roxin afirma que la pena solo es lícita para conductas que lesiones o ponen en peligro los bienes jurídicos. Al segundo y tercer momento de la realización del Derecho Penal, el de la imposición, medición y ejecución de la pena, corresponde en primer lugar, servir de complemento, a la función de prevención general propia de la conminación típica: la imposición de la pena por parte del juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta por la ley. Pero en la medición de la pena el juez debe someterse a otra limitación: la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor, de lo contrario el autor sería utilizado como medio para los demás. La teoría de Roxin permite conseguir unidad en que encuentra adecuada las distintas funciones a que sirve la pena.”³⁵

³³ **García Falconí, Ramiro.** *Código Orgánico Integral Penal Comentado, Tomo 1.* Lima: Ara editores. 2014, p. 309

³⁴ **Mir Puig, Santiago.** *Introducción a las Bases del Derecho Penal.* Montevideo – Buenos Aires: B de F. 2007. p 53

³⁵ Obra. Cit. p 65,66

No queremos agotar este comentario sin mencionar el fin que nuestro Código Orgánico Integral Penal da a la pena. Según este cuerpo normativo, la finalidad de la pena es la prevención general (*artículo 52 COIP*). Para Ramiro Ávila Santamaría la finalidad de la pena es la rehabilitación así como la resocialización, además, subraya que:

Más allá de que estemos de acuerdo o no con esta finalidad (enseñar a vivir en sociedad excluyendo a la persona no suena lógico. El fin es de imposible cumplimiento estando encerrados), ese es el principio constitucional. En la doctrina esto se llama prevención general positiva, porque la pena pretende algo bueno para el infractor y es algo personal. La doctrina distingue la prevención general, cuando piensa en la sociedad en su conjunto. Puede ser positiva, cuando trata de respetar el sistema jurídico por parte de la sociedad. Es negativo cuando las penas buscan venganza y disuasión, mediante el uso de penas severas. La lógica es que se sanciona con penas severas para que otros se inhiban de delinquir. A la prevención general no le importa la persona sino la sociedad. Esta prevención, la general, no está en la constitución. Sin embargo, el COIP lo establece inconstitucionalmente”³⁶.

A nuestro criterio esto contraviene el criterio antropocentrista consagrado en la Constitución, pues, como señala Ramiro Ávila, esta concepción ve a la sociedad y no al individuo. Además, al no estar determinado qué tipo de prevención general es, si positiva o negativa, consideramos que la política criminal del estado actualmente se ha inclinado por la prevención general negativa. Esto lo podemos apreciar de manera cotidiana, no es raro que lo que se persiga sea la vindicta pública y la disuasión de los que están en oposición del sistema político imperante.

1.3. Teorías de la Norma.

La Teoría de las Normas es un asunto del cual se discutió y se discute actualmente. Muchos de los postulados esgrimidos datan de 1850 y siguen vigentes hasta nuestros días, por eso es necesario ver cómo se desarrolló la discusión en torno al tema sometido al análisis, dando un visión histórica del mismo desde que nos guie hasta los actuales momentos.

1.3.1. Según Karl Binding.

En referencia a la teoría de la norma desglosamos las apreciaciones sobre el tema según Karl Binding. Para ello recurrimos a los tratadistas que, con autoridad, han analizado el tema.

En toda regla penal se aperciben, incluso a la más somera inspección, dos partes distintas, aunque relacionadas como antecedente a consiguiente: el Precepto y la Sanción. El Primero, aunque a veces-harto a menudo por desgracia- se reduce al verbo activo, suele ser la descripción sintética de un supuesto de hecho humano. Las

³⁶ Ávila Santamaría, Ramiro. “El código orgánico Integral Penal y su potencial aplicación garantista.” En Ávila Santamaría Ramiro. (Ed.) *Código Orgánico Integral Penal, Hacia una mejor comprensión y aplicación*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar

Sanción es la pena que se asocia a esa conducta. *La communis opinio* era la que el delincuente, con sus actos violaba ese precepto; o mejor dicho, quebrantaba la ley.³⁷

Francisco Carrara comienza refiriéndose al hecho punible como “la infracción de la ley del Estado.”³⁸ Carlos Binding levantó su autorizada voz contra ese común sentir. Sobre este planteamiento de Binding, Jiménez de Azua dice: “Si nos fijamos en la redacción de los preceptos contenida en la ley penal, se ve claramente que la prohibición está implícita, pues la forma de expresar los hechos hipotéticos es meramente descriptiva. Por tanto, el delincuente no viola ley, sino algo que está por encima de las reglas escritas.”³⁹ Con razón también escribe Binding: “ante la ley penal y sobre ella, está la norma”.⁴⁰ De igual manera y, de forma muy expresiva, Jiménez de Azua, refiriéndose a lo planteado por Binding, añade:

El delincuente en vez de transgredir la ley penal, conforme a la que es enjuiciado, debe, en todo caso y por el contrario, obrar en conformidad con la primera parte de esa ley, en consecuencia con ella. En primera parte exige caracterizar precisamente la acción punible; en ello reside una trasgresión legal. En otras palabras: la ley que transgrede el delincuente va delante, en el concepto y en la regulación, pero no así en el tiempo de la ley que prescribe la manera y la naturaleza del juicio. De esta equivocada identificación depende la idea tan extendida como errónea, de que el delincuente transgrede una (ley penal) por lo cual hemos de demostrar que su acto significa, en todo caso, la infracción penal de una ley en sentido amplio; esto es, de un principio jurídico, pero en modo alguno la infracción a una pena conminada o descrita por la ley penal.⁴¹

Concebida la norma de este modo, a saber, como un precepto objetivo autónomo, atribuye al Estado, según el propio Binding un derecho subjetivo para exigir la obediencia al imperativo contenido en dicha norma. La infracción de este derecho subjetivo estatal, hace surgir lo injusto o antijurídico, cuya esencia consistirá por tanto, en la mera violación de un derecho; el acto que entraña esa simple violación es un *Delik*. En cambio la ley penal atribuye al estado un derecho subjetivo que le autoriza a castigar. En tal caso la violación de la norma lleva aparejada una sanción penal y constituye ya una infracción punible: *Verbrechen*.⁴²

Si para ejemplarizar lo afirmado recurrimos al Código Penal Español o el Argentino, vemos que, en referencia al robo, dice el primero:

Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucrarse, se apoderen de las cosas muebles ajenas, con violación o intimidación en las personas o empleado fuerza en las cosas”. Este es el precepto. Y, no en el mismo artículo, sino en los siguientes, figura la sanción adoptada a los medios de violencia o fuerza, estableciéndose en ellos que quien tal haga “será castigado” con esta o la otra pena. *Mutatis Mutandi*, y salvo que precepto y sanción aparecen en el mismo

³⁷ Carrara Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Temis 2004. Tomo 1

³⁸ Obra. Cit.

³⁹ Jiménez de Azua Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Buenos Aires: Losada. 1965

⁴⁰ El subrayado es nuestro.

⁴¹ Jiménez de Azua Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, Tercera edición. Buenos Aires: Losada. 1965

⁴² Obra. Cit. p.314

artículo, lo mismo ocurre en el 164 del Código penal argentino. El ladrón, al “apoderarse” de las “cosas muebles ajenas”, no quebranta la ley.

En el mismo sentido señala el Art. 180 del Código Orgánico Integral Penal⁴³. Continuando con la cita anterior, no existe este quebrantamiento de la ley sino, el Ladrón es quien, a criterio de Binding:

La “realiza”: ejecuta una conducta totalmente adaptada al precepto. No es está, pues ni infringiendo ni siquiera susceptible de serlo, pues que se trata de una mera descripción que el hombre ejecuta, vivificando así el supuesto legal. Lo que el delincuente ha infringido es lo que esta antes y por encima de esa descripción: la norma prohibitiva “no robaras”. “La ley que el delincuente ha trasgredido, procede conceptual y casi siempre temporalmente, a la ley que dispone la clase y modo del enjuiciamiento”, ha dicho Binding que las normas pueden asumir un aspecto negativo, como “no mataras” y entonces dan lugar a delitos de acción, o cometer un mandato de “auxilio”, y en tal supuesto se originan los delitos de omisión.⁴⁴

Con razón ha escrito Binding: “la norma crea lo antijurídico: la ley crea el delito. O dicho más exactamente: la norma valora; la ley describe. Es esta la que atribuye al estado el poder coercitivo. Por eso estampo aquél esta expresiva frase: “ley sin pena es una campana sin badajo.”⁴⁵

Podemos concluir, en relación a Binding, que el delincuente cumple lo descrito en la ley penal y lo que inobserva, o contraviene, es la norma, que es anterior a la prohibición.

1.3.2. Las Normas de Cultura de Max Ernesto Meyer

Para Meyer, las reglas del Estado ya han sido aprovechadas como norma de cultura en la sociedad, por lo que la formación del ordenamiento jurídico es el reconocimiento, por parte del estado, de las normas de cultura.⁴⁶ Sobre este punto, Jiménez de Azua, abunda:

La doctrina de “Las normas de cultura”, expuesta por Max Ernesto Meyer el año de 1903 en una interesante monografía utilizada después en la construcción del Derecho Penal en su famoso *Lehrbuch*. Cultura es el cultivo- como el latín lo expresa- de un interés común y de la situación resultante, situación que esta matizada con un asentó de valor. La cultura es una realidad trasformada en realidad valiosa. Solo la naturaleza es ciega para el valor. No pueden identificarse civilización y cultura. Esta es un poder crítico. Su forma más interesante para nosotros es el momento en que el Estado, en sus leyes, adopta una determinada aptitud ante la misma, reconociendo ciertas normas culturales y rechazando otras, con lo que separa la

⁴³ **Código Orgánico Integral Penal**. Registro Oficial Nro. 180, Quito, lunes 10 de febrero del 2014.

⁴⁴ **Jiménez de Azua Luis**. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, Tercera edición. Buenos Aires: Losada. 1965

⁴⁵ Obra. Cit. p.315-316

⁴⁶ **Velásquez Velásquez, Fernando**. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Temis. 2002. p.105

conducta jurídica de la que es contraria al orden jurídico. Pero el estado es una sociedad que no crea cultura, por eso en la ley no se agota todo el derecho.⁴⁷

El profesor Meyer, llega, pues, a la conclusión:

De que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico la sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por los que la sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. "es antijurídico-concluye- aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado". Y explicando su tesis añade: "Se debe repetir una vez más que para *fundamentar* el orden jurídico y no para suplantarle es preciso retroceder la teoría hasta aquel complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el Derecho. Para poder interpretar las líneas de la ley. Para poder leer entre líneas, para preservarnos de la confusión y, últimamente, para prestar a las resoluciones de la práctica una medida objetiva fija, se tiene que saber lo que es una conducta antijurídica.⁴⁸

Queda sentado, entonces, que el delito es la contradicción de las normas de cultura reconocidas por el estado. Las normas de cultura como las del estado deben siempre ser coincidentes para que exista armonía social.

1.3.3. Los planteamientos de Hans Kelsen y Carlos Cossio.

Para estos autores, el sustrato de la norma es establecer deberes. La norma es un juicio hipotético que, unido a determinadas conductas, genera ciertas consecuencias jurídicas. Sobre estos planteamientos cabe anotar:

La corrección metódica con la cual planteo Kelsen la formulación relativa a la norma jurídica, es digna de su prestigio.⁴⁹ [...] No concuerda con Binding en su concepto sobre lo ilícito. Pues mientras para este último lo ilícito es anterior y previo a la ley, en cambio para Kelsen un hecho solamente surge como ilícito, cuando la norma se ha establecido como un presupuesto, cuya consecuencia de transgresión es la sanción.⁵⁰ [...] Es tan complejo el planteamiento de Kelsen que, en ningún momento ni manera, deja nada vagando fuera del derecho.⁵¹

Asegura Kelsen que las normas jurídicas, no pueden deducirse a fórmulas imperativas como: No matar. Amar al prójimo. Hacer el bien. Evitar el mal. Cumplir los pactos. Ser correcto. Pues así no podemos distinguir la norma jurídica de la norma moral; no queda especificada la coacción que es posible ejercitar para lograr el cumplimiento de la norma jurídica; no se

⁴⁷ Jiménez de Azua Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, Tercera edición. Buenos Aires: Losada. 1965.

⁴⁸ Obra. Cit. p.317

⁴⁹ Jaramillo Ortega Rubén. *Introducción al Derecho*. Loja (Ecuador): Ed. Universidad Técnica Particular de Loja. 1995

⁵⁰ Obra. Cit. p.18

⁵¹ Obra. Cit. p.18

concede a la transgresión el lugar intrasistemático que le corresponde en el problema; supuesto que la sanción no es sino el medio compulsivo que traen las normas jurídicas, para que su cumplimiento sea coercitivamente obligatorio; es decir que la transgresión a la hipótesis de la norma es la condición jurídica de la sanción.⁵²

Por todo esto, no se puede expresar que es un propósito jurídico completo (inicio de la ley, y de la norma, por tanto), sin esta formulación doble (compuesta de dos partes); la misma proposición que se integra por una norma primaria y una norma secundaria (Cassio prefiere llamar perinorma, a la parte que trae la nota de coacción y endonorma a la que presenta la hipótesis. Y allí el único punto de discordia).⁵³ [...] Ahora, para la perfecta comprensión del asunto, partamos de elaborar una proposición jurídica completa: que comprenda por tanto, la endonorma y la perinorma, siguiendo la terminología de Cassio.⁵⁴

En primer lugar, digamos las equivalencias exactas, de los signos A, P, S, que son, en su orden: conducta, prestación y sanción (sanción debe entenderse como consecuencia al incumplimiento, aun cuando no sea pena).⁵⁵ [...] En tal forma que, una proposición completa, de carácter general, sería por ejemplo: *Dado el estado de convivencia en una comunidad humana, debe ser el resto de sus integrantes, a la vida, a la honra, a los bienes de todos; dado el no respeto, debe ser la sanción al responsable* (esa sanción o consecuencia, se determina en la ley para cada caso).⁵⁶

Y, a manera de ejercicio, descomponiendo la fórmula completa de esta proposición jurídica, que contiene por lo mismo una norma jurídica, expresemos algunas normas primarias o perinormas.

Fórmula: Dado: no P, debe ser S

- Dado el homicidio (no P, en cuanto al respeto debido a la vida de los demás), debe ser la sanción al delincuente, antisocial, o como se quiera llamar al responsable.

- Dado el latrocinio (no P, en cuanto al respeto a los bienes y a la vida), debe ser la pena responsable.⁵⁷

Ahora bien, la forma más normal de evitar la acción de la norma primaria o perinorma, es cumplir voluntariamente y espontáneamente con la norma secundaria o endonorma, sobre cuyo contenido, en igual forma, vamos a ejemplificar.

⁵² Obra. Cit. p.18

⁵³ **Kelsen Hans.** *La Teoría Pura del Derecho, Introducción a la Problemática Científica del Derecho.* Buenos Aires: Lozada.

⁵⁴ **Jaramillo Ortega Rubén.** *Introducción al Derecho.* Loja (Ecuador): Universidad Técnica Particular de Loja. 1995

⁵⁵ Obra. Cit. p.18

⁵⁶ Obra.Cit. p.18

⁵⁷ Obra.Cit. p.24

Formula: Dado A, debe ser P.

- Dada la suscripción de un pagare, debe ser el cumplimiento de la obligación que contiene, en el plazo convenido.

- Dado el empeño de una cosa, debe ser la conservación sin uso, de la misma, en poder del acreedor (prenda con desplazamiento).

Es incuestionable que hay merito en la teoría de Kelsen, quien pudo demostrar de la manera más práctica y metódica que las proposiciones jurídicas y por tanto, las normas, no pueden ser correctamente expresadas con la formula Aristotélica: Dado A es B. pues el razonamiento para el derecho es distinto, porque las normas jurídicas no son causales. Por eso es que la formula kelseniana ha sustituido el verbo copulativo *ser*, con la formula perifrástica *debe ser*. Pues el supradicho verbo copulativo y sustantivo resulta demasiado inflexible para expresar exactamente lo que ocurre con la norma jurídica, en relación a que puede o no puede producirse su cumplimiento, en cuanto a la hipótesis que contiene.⁵⁸

Continuamos con lo planteado por Bustos Ramírez en relación a lo indicado por Kelsen en cuestión de provisiones, mandatos y autorizaciones. Bustos señala que estas:

Juegan un rol completamente accesorio o secundario, pues las acciones de los individuos son simples presupuestos de la acción del Estado, que es entonces lo único fundamental a la hora de analizar la regla jurídica. En el fondo Kelsen plantea nuevamente un monismo dentro del campo del derecho y desde un doble punto de vista.⁵⁹[...] Por una parte, lo único que interesa al Estado, el individuo con su actividad, carece de importancia, es un simple presupuesto. Por otra parte, todas las normas son de sanción, no hay otra posibilidad y todo el resto es accesorio o dependiente. Es decir, con Kelsen se llega a un monismo todavía más exagerado que el que existía en la teoría de las normas.⁶⁰

Kelsen viene a distinguir entre norma primaria y secundaria. La primaria es aquella que establece la sanción. v. gr. a "quien mata" se le impondrá una sanción que, en el caso del derecho penal, será privativa de la libertad. La secundaria se dirige al ciudadano, prescribiendo la conducta que debe abstenerse de realizar. En conclusión, la primera norma se dirige al juez, la segunda al ciudadano.

Consideramos oportuno no limitar la exposición sobre la norma en la llamada escuela Causalista, a pesar de que fueron estos los que más aportes brindaron al desarrollo de la teoría de las normas como uno de los ejes fundamentales de la teoría del injusto penal. Es pertinente exponer, aunque sea de manera sucinta el pensamiento de las escuelas: Finalista, Garantista y Funcionalista del Derecho Penal, para así poder dar un enfoque global del estado de la discusión actual sobre la teoría de las normas.

⁵⁸ Obra.Cit. p.20

⁵⁹ **Bustos Ramírez, Juan.** *Obras Completas. Derecho Penal Parte General.* Editorial Jurídica del Ecuador.2008

⁶⁰ Obra. Cit. p.110

El finalismo de Hans Welzel

Hans Welzel regresa a la teoría de los imperativos planteado por Karl Binding, que son órdenes o mandatos dirigidos a los ciudadanos, el autor realiza su construcción desde una plataforma filosófico-ontológica. Donna, al respecto de Welzel, señala:

La teoría final de la acción deja de lado la teoría que el neokantismo había estructurado, esto es, considerar a la norma como de determinación y como de valor, para volverla a entender según la teoría de los imperativos.⁶¹

Welzel había sostenido su idea que las normas jurídicas, las prohibiciones y los mandatos del derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino solo a acciones que permitan una configuración del futuro dirigida finalmente. La primera afirmación que surge de Welzel es que solo acciones finales y, por ende esencialmente voluntarias son los comportamientos que están ligados a los deberes de protección. En consecuencia, no se puede prohibir al hombre ser causal de un alud, sino solo comportarse de manera final, es decir, no provocar de manera libre el alud. El primer paso hacia la norma lo da Welzel, quien razona sobre el objeto de esta, la acción, que fue considerada una de sus estructuras lógico-objetivas. La idea de Welzel sobre la acción le permitía distinguir los procesos causales en base al fin de la acción.⁶²

Las normas como proposiciones del derecho fundamentan los deberes concretos de las personas y para ellos necesitan un sujeto obligado, que son, en principio, todas las personas y, por ende, en estas surgiría el deber incondicionado de cumplirlas. Estas normas se dirigen a destinatarios y su infracción fundamenta la antijuridicidad y el injusto. Son descritas y reconocidas como normas de conducta, que son infringidas por el delincuente.⁶³

Consideramos que Welzel no realiza un aporte significativo a la teoría de las normas jurídicas, más bien, lo que pretende es acoplar la teoría final a la teoría de los imperativos para que, de esta forma, el objeto de regulación sean las conductas finales y no conductas causales ciegas.

1.3.4. *El Funcionalismo Sistémico de Gunther Jakobs*

Para Jakobs, una parte de las normas tienen su génesis en el mundo racional, con la comunicación como interface, razón por la cual son de común entendimiento, y son asimiladas por la vía cognitiva.⁶⁴ El autor, en relación al funcionalismo seguido por él, señala:

⁶¹ Donna, **Edgardo Alberto**. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, Editores. p.191

⁶² Obra. Cit. p. 192

⁶³ Obra. Cit. p. 192

⁶⁴ **Jakobs, Gunter**. *Nuevo Concepto de Derecho Penal. Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Tomo I. Universidad Autónoma de Madrid 2008. p.217

El funcionalismo jurídico penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad. Partiendo de esta concepción, no se entiende la sociedad, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos, o se expande de forma similar. Esta perspectiva puede abarcar conceptualmente durante algún tiempo los problemas existentes.⁶⁵

[Para Gunther Jakobs] “La identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir por medio de normas. Una parte de las normas viene dada por el mundo racional, dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es de común entendimiento, y que no necesita de una estabilización especial, esta parte de las normas se encuentran aseguradas de modo suficiente por la vía cognitiva. v. vg., Las casas cuyos cálculos de estática son incorrectos se derrumbarán pronto, y quien ofrece brujería para que llueva, encontrará, en todo caso, seguidores en los márgenes de la sociedad moderna.”⁶⁶

Todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes naturales, y en el momento actual tampoco como leyes reveladas, sino como normas hechas, aunque hechas por buenas razones. Las normas del primer tipo forman una base de comportamiento obligada para todo aquel que le resulten accesibles, el que no tenga acceso a ellas es socialmente incompetente, sobre las normas de segundo tipo cabe disponer subjetivamente, al menos en el caso concreto, v. gr., Nadie puede querer seriamente comenzar la construcción de una casa por el primer piso, pero desde luego que se puede desear e incluso realizar una construcción un lugar que se puede desear e incluso realizar una construcción en un lugar prohibido por el derecho urbanístico.⁶⁷

No compartimos el criterio del autor pues, para nosotros, el Derecho Penal protege bienes jurídicos y no, como los funcionalistas plantean, la vigencia de la norma. Más adelante, en este trabajo, analizaremos con mayor detalle las implicaciones de esta corriente en cuanto al COIP.

1.3.5. *El Garantismo de Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli*

Lo norma, para el Profesor Norberto Bobbio, constituye “toda norma (jurídica o no) que posee una estructura lingüística que puede ser llenada con los más diversos contenidos.”⁶⁸ A saber, los distintos contenidos pueden ser:

⁶⁵ Obra. Cit. p.209

⁶⁶ Obra. Cit. p.216

⁶⁷ Obra. Cit. p. 218

⁶⁸ **Navarrete Miguel Polaino.** *Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas.* Lima: GRILEY. 2004. p. 390

a. Un contenido *descriptivo*: la norma transmite neutral o asépticamente una información objetivamente contrastable. Por ejemplo, “A es B”: “El mar es azul”, “La luna es redonda”, “el alumno es aplicado”, “El hombre es mortal”, etc.⁶⁹

b. Un contenido *valorativo*: la norma emite un determinado jurídico de valor, más o menos subjetivo. Por ejemplo, “Cuando es A me gusta que sea B”: “Cuando amanece, me gusta que llueva”, “Cuando actuamos justamente, me gusta que seamos recompensados etc.”⁷⁰

c. Y, también, un contenido *prescriptivo*: la norma contiene una proposición que pretende influir el comportamiento del destinatario de la norma, a fin de que se adecue a la voluntad del ordenante. Así, v. gr., “Si es A, debe ser B”: “Si alguien comete asesinato, debe permanecer en prisión X años.”⁷¹

Según el citado autor [Bobbio], solo estas últimas, es decir, las proposiciones de carácter prescriptivo, son normas jurídicas. En su virtud, las normas jurídicas son las entendidas lingüísticas que se rellenan de un contenido *prescriptivo*, y no únicamente descriptivos ni valorativos. En consecuencia, para este autor, la *norma es una entidad lingüística prescriptiva*, esto es, una entidad lingüística que contiene una proposición prescriptiva, entendiendo proposición como enunciado, enunciación o *proposición propiamente dicha*.⁷²

Para Luigi Ferrajoli, de otra parte, el concepto de norma nace como unacategoría general en la teoría del derecho. El autor, además, indica que las normas tienen dos elementos:

El primero concerniente a la naturaleza de las normas: las normas son reglas y poseen todas las características de las reglas. En primer lugar, o son directamente prescripciones, y en concreto modalidades, expectativas o estatus, o preveen el posible nacimiento de prescripción, o sea, de modalidades, expectativas o estatus, cuando se verifican los objetos regulados por ellas. En segundo lugar tienen naturaleza lingüística: como todas reglas, en efecto son significados cuya efectividad depende de su dimensión pragmática, o sea, del hecho de que sean socialmente aceptadas como criterios de calificación y de interpretación de sus objetos y valgan por consiguiente para generar una práctica social. En tercer lugar tienen contenido universal, en el sentido que su significado prescriptivo se refiere siempre a un tipo de objetos: son normas, en efecto, todas las prescripciones jurídicas positivas de carácter genera, por se imputan a una clase de sujetos, de carácter abstracto, porque regulan una clase de actos.⁷³

El segundo elemento del concepto de norma es la positividad. Las normas son reglas que pertenecen al derecho positivo en cuanto son efectos jurídicos puestos o por actos, en tanto que reglas, las normas son significados de preceptos, a la que vienen asociada la interpretación jurídica.⁷⁴

⁶⁹ Obra. Cit. p. 390

⁷⁰ Obra. Cit. p.390

⁷¹ Obra. Cit. p 390-391

⁷² Obra. Cit. p.391

⁷³ Obra. Cit. p 396

⁷⁴ Obra. Cit. P. 396

Una vez que hemos citado *in extenso* la doctrina más relevante sobre la teoría de las normas, para una comprensión de la temática a ser posible de mano de los principales doctrinarios, consideramos que la teoría dualista guarda coherencia con la teoría del delito adoptada en el presente trabajo. Como lo expresa Xavier de la Fuente citado por el Álvaro Román Márquez: “la acción final o voluntaria o de resultado, es vista como la estructura personal (objetiva-subjetiva) de la tipicidad y de la antijuridicidad no como una cuestión ontológica (lo que debe derivarse de la realidad) sino una opción normativa y valorativa.”⁷⁵ Según este planteamiento teórico, “las reglas jurídicas no solo son normas objetivas de valoración, sino además normas subjetivas de motivación (o determinación); la primera tiene influencia en el injusto penal, la segunda en la culpabilidad. La norma penal es, entonces, igual a un juicio de valor más un imperativo. En otras palabras: el derecho no solo es un imperativo, esto es, norma de determinación, sino que también es norma de determinación.”⁷⁶

1.4. El Error en el Derecho Penal

Consideramos indispensable abordar, en un primer momento, la discusión dogmática sobre las normas, pues, cuando el sujeto libre y responsable no tiene conocimiento de la norma penal, o tiene un conocimiento errado o alterado, y consecuentemente considera lícito su proceder, está frente a un error. Juan Córdoba Roda, al comentar sobre el error, nos dice que: “la falta de conocimiento puede estar integrada por la ignorancia o por el error, esto es, por la ausencia de un conocimiento o por la falta de apreciación de un objeto. Error e ignorancia, conceptualmente distintos, se deben equiparar, como veremos, en el sentido jurídico.”⁷⁷

En este trabajo dirigiremos la atención al análisis del error en Derecho Penal, figura discutida y muchas veces inadmitida por los ordenamientos penales, como es el caso de nuestro ordenamiento penal ecuatoriano. En este sentido, Muñoz Conde nos ilustra sobre las consecuencias del error en términos prácticos y por ende para la eficacia preventiva del Derecho Penal, el autor señala: “La relevancia del error refleja la imagen de un estado dispuesto a negociar con el ciudadano la relevancia de sus prejuicios y su propia concepción del derecho. La experiencia histórica demuestra que el Estado no siempre está dispuesto a conceder relevancia al error del ciudadano respecto a los límites o a la vigencia de las normas jurídicas y que solo muy parcamente comienza a darle alguna.”⁷⁸

⁷⁵ Román Márquez, Alvaro. *Teoría del Delito en el Ecuador*. Quito: El Fórum Editores. 2015. p. 223

⁷⁶ Velásquez Velásquez Fernando. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Temis. 2002. p. 103

⁷⁷ Córdoba Roda, Juan. *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito*, Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F 2013, Montevideo – Buenos Aires, p.7

⁷⁸ Muñoz Conde, Francisco. *El error en Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003, p.15

Podremos, entonces, decir que el error es la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia. En el Derecho Penal, durante mucho tiempo, predominó la distinción del derecho civil entre el error de hecho y de derecho. En palabras Francisco Muñoz Conde: “la teoría del error en Derecho Penal se ocupa del error cuando este se refiere o recae sobre algún elemento configurador de la definición legal del comportamiento delictivo o sobre la prohibición juridicopenal misma.”⁷⁹ Juan Córdoba Roda añade que: “Tradicionalmente, se ha establecido una distinción entre el error de hecho y el error de derecho, atribuyendo eficacia excusante al primero y considerando irrelevante al segundo.”⁸⁰

Juan Bustos Ramírez describe lo que constituye tanto el error de hecho como de derecho. En sus palabras:

El error de hecho era aquel que recaía sobre las circunstancias fácticas del delito, el error de derecho recaía sobre las circunstancias jurídicas valorativas del delito. Esta clasificación no entraba en general en contradicción con una posición causalista naturalista, que separaba en el injusto lo objetivo – descriptivo (factico), como lo perteneciente a la tipicidad, y lo objetivo – valorativo como contenido de la antijuridicidad. Se admitía, sin embargo, solo la eficacia del error de hecho, en virtud del principio romano y privatista *error iuris nocet* la ignorancia de ley no excusa, la ley se presume conocida por todos.⁸¹

Consideramos que esto se dio porque el antiguo Código Penal, de vertiente Causalista, dividía a la teoría del delito en dos fracciones: la primera, conformada por la tipicidad y antijuridicidad (injusto) que era netamente objetivo; y la segunda, formada por la culpabilidad que era subjetiva, esta culpabilidad no se la podía probar, razón por la cual se estableció ficciones como la presunción de derecho sobre el conocimiento de la ley. Recordemos que esta presunción no admitía prueba en contrario, en este caso estaríamos supuestamente frente a un error de prohibición.

Además de esta presunción se estableció presunciones de hecho, que admitían prueba en contrario, como los actos voluntarios, v. gr., artículo 33, 448 del Código Penal derogado. Con la promulgación y posterior entrada en vigencia del Código Integral Penal se pasa del Causalismo al Finalismo con sus respectivos cambios en la teoría del delito, la culpabilidad deja de ser subjetiva y pasa a ser normativa.

Continuando con lo indicado arriba por Bustos Ramírez, este señala:

⁷⁹ Obra. Cit. p.13

⁸⁰ **Córdoba Roda, Juan.** *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito*, Buenos Aires: Editorial B de F. 2013. p.7

⁸¹ **Bustos Ramírez, Juan.** *Derecho Penal, Parte General*: Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 2008, p.919.

Este planteamiento tan claro se tornó confuso con la constatación de los elementos normativos del tipo, que implicaban momentos de valoración ya en la tipicidad. Luego, a partir del causalismo valorativo, esta clasificación entre el error de hecho y de derecho apareció como contradictoria con la estructura del delito. Por ello mismo se planteó, con lo cual en parte se resolvía el problema de los elementos normativos (que remitían a disposiciones ajenas al CP), que el error sobre disposiciones extrapenales era un error de hecho y no de derecho ya que solo constituían un dato fáctico a analizar y no una valoración a la estructura misma del elemento normativo. De ahí que con posterioridad se acogiera en forma predominante la clasificación de error de tipo y de prohibición, el error de tipo es aquel que recae sobre circunstancia de tipo legal y el error de prohibición aquel que recae sobre la antijuridicidad o injusto de hecho. Esta clasificación aparece bastante consecuente con la posición del finalismo o, por lo menos, con la de todos aquellos que distinguen entre el dolo (natural) en la tipicidad, referida entonces al aspecto objetivo de ella y, por tanto, relacionada con un error sobre ese aspecto objetivo; y, la conciencia de la antijuridicidad, situada como aspecto de la culpabilidad, y referida entonces al injusto como tal, con lo cual aparece relacionada con error sobre el injusto del comportamiento⁸².

De este modo la clasificación aparecía sin contradicciones, ya que el error de tipo podría recaer tanto sobre circunstancias fácticas del tipo como sobre elementos normativos; pero solo referido a los aspectos de la tipicidad. En ellos se diferenciaba del antiguo error de hecho, que abarcaba tanto las circunstancias fácticas de la tipicidad como de la antijuridicidad (los presupuestos fácticos de las causas de justificación como la agresión o situación de peligro). Por su arte, el error sobre la antijuridicidad o la prohibición o el injusto recala sobre todos los aspectos de la antijuridicidad, tanto valorativos como fácticos (los presupuestos de las causas de justificación). También en eso se diferenciaba del antiguo error de derecho, que recaía solo sobre aspectos valorativos. En principio pues esta nueva clasificación aparece más adecuada con la reordenación que ha sufrido la estructura del delito en los últimos tiempos. Una variante solo de esta última posición estaría constituida por la teoría de los elementos negativos del tipo. El error de tipo abarcaría no solo los elementos positivos del tipo, sino también los negativos y, por tanto, los presupuestos fácticos de las causas de justificación. El error de prohibición se refiere solo a la antijuridicidad del comportamiento típico mismo. Es decir, para una teoría de los elementos negativos del tipo no se producen tampoco contradicciones al aplicar esta clasificación.⁸³

El sistema penal ecuatoriano dividía el error en “error de hecho” (excusable, al no existir una representación correcta de los elementos objetivos), y “error de derecho” (inexcusable, ya que la ley se presume conocida por todos), pero esta forma de ver el error cambió al entrar en vigencia el Código Integral Penal que elimina, de la Parte General, la presunción de conocimiento de la ley. Concordante con esta consideración García Falconí, en su obra: *Código Integral Penal Comentado Tomo I* expone: “De igual forma se abandona la división tradicional existente hasta entonces y mantenida en el Ecuador hasta antes de la

⁸² Obra. Cit. p. 919

⁸³ Obra. Cit. p.920,921

promulgación del COIP; nos referimos al error de hecho y error de derecho, que se sustituyen por los denominados error de tipo y error de prohibición.”⁸⁴

Consideramos que la postura del autor ecuatoriano García Falconí tiene yerros. Debemos recordar que Alexander Graf Zu Dohna reemplaza la terminología utilizada de error de derecho por la de error de prohibición.⁸⁵ El error de prohibición, tal como se lo concibe actualmente, no guarda relación alguna con los antiguos errores de hecho y de derecho. El error de prohibición se estudia a partir del conocimiento de la antijuridicidad, por lo que puede el error de prohibición presentarse en cualquiera de las formas que eran propias de aquella clasificación.⁸⁶

⁸⁴ **García Falconi Ramiro.** *Código Orgánico Integral Penal Comentado, Tomo 1.* Lima: Ara editores. 2014, p. 245

⁸⁵ **Welzel Hans.** *Derecho Penal Alemán.* Editorial Jurídica de Chile. 1970. p. 198.

⁸⁶ Citado en: Ceballos Patino, Pedro. El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=569&Itemid=34,

CAPITULO II

La Antijuridicidad y el Error de Prohibición

Este capítulo tratará sobre la antijuridicidad y el error de prohibición. En términos generales, la antijuridicidad corresponde a un juicio de desvalor en relación a una conducta típica. Cuando ocurre, esta no se refiere al individuo sino más bien al ordenamiento jurídico. De otra parte, cuando una persona considera que su actuación no es contraria al ordenamiento jurídico, existiendo una prohibición que el sujeto desconocía, cuando se origina el error de prohibición, ya por un conocimiento erado o por desconocimiento. Son estos dos puntos los que trataremos de forma extensiva en este capítulo, y que servirán para sustentar nuestros planteamientos de estudio.

2.1. La Antijuridicidad

Un nutrido número de estudiosos del Derecho Penal se ha dedicado al estudio de la antijuridicidad. Para introducir su estudio nos valemos de las apreciaciones que nos ofrecen Welzel, Molina y Bacigalupo.

Todo ordenamiento jurídico quiere crear, con sus normas y preceptos permisivos, un orden para la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta que menoscaba este orden valioso. Por ello se dice, frecuentemente, que la antijuridicidad es un “juicio desvalorativo” de la conducta típica. Es preciso tener presente, sin embargo, el carácter metafórico de esta expresión. El sujeto de este juicio desvalorativo no es un individuo (ni siquiera el juez), sino el ordenamiento jurídico, como tal.⁸⁷

La antijuridicidad surge como un concepto para expresar la ilicitud *formal* de un comportamiento por estar en contradicción con un orden jurídico dado; en segundo lugar, la antijuridicidad hace referencia a la lesividad *material* de la acción para bienes jurídicamente protegidos; por último, la antijuridicidad es un concepto *práctico* que debe contribuir a la construcción de un sistema que sirve para resolver problemas de explicación y, principalmente, aplicación del derecho.⁸⁸

Conviene tener presente que no todo comportamiento es contrario al ordenamiento jurídico. Son antijurídicas las acciones que encuadran la conducta en el supuesto de hecho de una norma jurídica. Solo esas conductas son relevantes para el Derecho Penal y, por supuesto, que no estén inmersas en una norma permisiva.

La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al Derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del ordenamiento jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento

⁸⁷ **Welzel, Hans.** *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.* Editorial B de f, Montevideo – Buenos Aires. 2006. p. 75.

⁸⁸ **Molina Fernández, Fernando.** *Antijuridicidad Penal y Sistemas del Delito.* Madrid: Bosch. 2003.p.24

está justificado equivale afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obro.⁸⁹

Una acción típica, por lo tanto, será antijurídica si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuridicidad. Precisamente porque aquella señala la posibilidad de esta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad. Es independiente porque solo cabe plantearse la cuestión de la antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal (al supuesto de hecho de una norma imperativa). A la vez es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación.⁹⁰

En tanto relación de contrariedad con el derecho la antijuridicidad no es cuantificable: un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico. En este aspecto no se debe confundir la antijuridicidad con la ilicitud (hecho típico y antijurídico) que, por el contrario, es cuantificable, dado que un hecho típico y antijurídico puede ser más o menos grave, ósea: más o menos ilícito.⁹¹

Es este caso *v. gr.*, no es lo mismo apropiarse ilícitamente de diez dólares que de mil dólares, pues la antijuridicidad es un concepto abstracto como dice *ut supra* no es cuantificable para nosotros, mientras que la ilicitud un concepto más práctico, por eso nuestro actuar puede ser más o menos ilícito dependiendo del caso en concreto.

En nuestro ordenamiento penal la antijuridicidad está regulada en el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal, la disposición legal reza: “Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.”⁹² Ramiro García Falconí, al comentar sobre el artículo citado, expone: “vemos que en materia de antijuridicidad, la poción que se adopta, obedece a una visión objetivista de la norma penal, al ligar la verificación de esta categoría dogmática a la existencia de lesión o amenaza al bien jurídico, en lugar de la contradicción de la conducta típica al ordenamiento jurídico y su no justificación.”⁹³

Consideramos que el académico ecuatoriano Garcia Falconí hace alusión a que nuestro ordenamiento penal toma como relevante la antijuridicidad material, pues esta se concibe como acción socialmente dañosa para los bienes jurídicos. De esta manera, relega a un segundo plano la antijuridicidad formal como contravención de la norma del estado, sea a través de sus mandatos o prohibiciones.

⁸⁹ **Bacigalupo, Enrique.** *Derecho Penal, Parte General*. Lima-Perú. Ara. 2004.p. 339

⁹⁰ Obra. Cit. p. 339

⁹¹ Obra. Cit. p 340

⁹² **Código Orgánico Integral Penal.** Registro Oficial, del 10 de febrero del 2014. Quito – Ecuador.

⁹³ **García Falconí, Ramiro.** *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo 1*. Lima: Ara. 2014.p.273.

De manera distinta, el académico Álvaro Román, al referirse a la antijuridicidad, expresa lo siguiente: “bajo mi juicio si existe la norma de valoración tanto positiva de los bienes jurídicos que son afectados por el resultado de la acción del autor del delito, como la valoración negativa de las conductas que contrarias las normas imperativas y con ello afectan el bien jurídico. Hacen que tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado cumplen funciones complementarias y al mismo tiempo esenciales entre ellas, con ello al momento en que no exista el resultado que afecte al bien jurídico no estaría en la capacidad de que exista una antijuridicidad.”⁹⁴

2.2. El Error de Prohibición

El proyecto primigenio de Código Integral Penal, que data de 28 de mayo de 2012 incluía la figura del error de prohibición, entre otras novedades de este cuerpo normativo. Es así que en el proyecto, al referirse a esta figura, lo hacía en los siguientes términos:

El error de tipo y el error de prohibición: el proyecto de COIGP aborda la modificación de preceptos como el error de hecho y de derecho,⁹⁵ que se consideran un obstáculo para la realización plena del principio de culpabilidad en el ordenamiento jurídico penal. Además, la simple importación de estas normas no significa que los conceptos se hayan estandarizado, sino que en el caso particular del error mantienen al causalismo, sobre todo debido a la mala redacción en el proyecto original que ha sido reformado acorde a los principios dogmáticos. El problema se ha solucionado con una mejor redacción y estructuración.⁹⁶

Es menester tener presente que son los administradores de justicia (jueces) los que tienen que asumir una posición dogmática clara en torno a la materia penal, pues van a ser en sus fallos donde se vea reflejada esa orientación, sea esta causalista, finalista, etc.

La figura del error de prohibición se mantuvo hasta el segundo debate del COIP, en su artículo 37, el cual rezaba: “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.”⁹⁷ Esta figura de la dogmática penal, que respondía a la necesidad de modernizar nuestro antiguo sistema penal, fue eliminada mediante veto parcial presidencial. Las razones esgrimidas para su supresión son las siguientes:

⁹⁴Román Márquez, Álvaro. *Teoría del Delito en el Ecuador*. Quito: El Fórum Editores. 2015. p 225

⁹⁵ Sobre este punto se trató en el capítulo uno.

⁹⁶ Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. (Borrador) Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Quito, 28 de mayo de 2012.

⁹⁷ Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. (Borrador) Segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Quito, 09 de diciembre de 2012

Sobre el artículo 35 del proyecto.

Este artículo determina cuales son las causas de inculpabilidad estableciendo que “No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible, trastorno mental, debidamente comprobado”

El error de prohibición es una institución propia de la escuela finalista, que considera la posibilidad a que una persona alegue que no conocía la antijuridicidad de su conducta, o que estaba dentro de una causa de justificación. En el caso de que este error o ignorancia sea vencible la sanción se atenúa, y en el caso de que sea invencible, daría lugar a una causa de inculpabilidad. Esta figura es bastante peligrosa, ya que podría ser utilizada por jueces inescrupulosos para dejar en la impunidad un sinnúmero de delitos, ya que bastaría la nueva alegación del desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta y la aquiescencia de un administrador de justicia corrupto o ignorante para que cualquier persona que haya cometido un delito pueda quedar en la impunidad, aumentando la desconfianza en la administración de justicia. Es por esto que no considero conveniente incluir esta causa de inculpabilidad tanto más cuanto que, en el presente Código se le otorga una gran preeminencia a los derechos de la víctima, pero que en este caso quedaría en una total indefensión si algún juez acepta y aplica esta institución ligeramente⁹⁸.

En consecuencia, propongo el siguiente texto: Artículo 35.- Causa de inculpabilidad.- No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado.⁹⁹

Como podemos apreciar, el veto presidencial no goza de argumento válido y coherente. Se constata un completo desconocimiento de esta figura de la dogmática penal, pues, so pretexto de una mala utilización de esta figura por parte de los operadores de justicia, prescindieron sin causa justa de esta figura que, a nuestro parecer, no es más que un elemento de contención del poder punitivo del estado, tal como sugiere, con razón, Zaffaroni.¹⁰⁰

Se alega que esta figura de la dogmática penal es una invención del finalismo, situación que no goza de veracidad. En trabajos de Alexander Graf zu Dohna, autor de la llamada escuela positivista, ya se teoriza al respecto.¹⁰¹ Es por estas razones que se tiene que hacer un estudio y análisis del error de prohibición en el ámbito local, pues el incipiente desarrollo teórico en nuestro país así lo requiere. Es así que, el error de prohibición, para la dogmática jurídico penal, es una figura de cuño moderno compatible con el Estado Social y Democrático de Derecho, y necesaria en un estado que quiera poner límites al ejercicio desmesurado del poder de penar. Esta figura dogmática puede excluir en forma total o parcial la culpabilidad del comportamiento, dependiendo si el error de prohibición es vencible o invencible. Cuando el sujeto responsable realiza una acción prohibida carece de conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Dicho de otra manera: no

⁹⁸ El subrayado es nuestro.

⁹⁹ Objeción parcial al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, con fecha 16 de enero de 2014.

Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/coip/objecion-parcial-coip-16-01-2014.pdf>

¹⁰⁰ **Zaffaroni, Eugenio.** *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Ediar.2006.

¹⁰¹ Citado en: Ceballos Patino, Pedro. El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=569&Itemid=34,

está en posibilidades de comprender que su accionar es antijurídico, ya que supone que su conducta es plenamente permitida o está autorizada por el derecho vigente, incurriendo así en esta figura, y por tanto en las consecuencias que esta acarrea.¹⁰²

La dogmática penal considera que si un sujeto actúa antijurídicamente, pero dentro de estas condiciones, no puede ser sometido al juicio de culpabilidad, puesto que no conoce ni puede conocer la ilicitud de su conducta. Según la doctrina dominante el conocimiento de antijuridicidad significa que “el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido.”¹⁰³ Para una mejor comprensión del error de prohibición consideramos pertinente echar revista de algunos autores, con el fin de observar sus criterios sobre esta figura de la dogmática penal.

Para Carlos Fontan Balestra, autor de orientación causalista: “el error de prohibición se limita a la creencia equivocada de que el hecho no está prohibido, sea porque el autor no conoce la norma jurídica, sea porque la conoce mal.”¹⁰⁴

Para Hans Welzel el error de prohibición:

Es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (por consiguiente, con dolo) “el autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido” [...] No conoce la norma jurídica, o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad si es disculpable, o la disminuye [...] si es culpable.¹⁰⁵

La expresión “error de prohibición”, que fue introducida sobre todo por Dohna en el Derecho Penal puede dar lugar también, sin embargo, a confusiones, por ejemplo a la que se trate solo de un error sobre la *prohibición*, es decir, sobre “las *reglas generales* de la conducta.” Error de prohibición es, más bien, la denominación abreviada del *error sobre la antijuridicidad* del hecho real. Este error impide ver al autor que su acción típica infringe el ordenamiento jurídico.¹⁰⁶

Reinhart Maurach, al referirse al error de prohibición, nos dice:

El delito es un concepto complejo formado por elementos singulares, cuyos elementos objetivos deben ser abarcados dentro de cierto margen por el cuadro de representación del autor. En la medida que esto falte, es decir que se dé una representación defectuosa se puede hablar de un error del autor. Pero hay error en el genuino sentido solo donde se precisa una congruencia entre el acontecer objetivo y el cuadro de representación, a fin de formar el hecho global del delito doloso. Las representaciones

¹⁰² Op cit.p. 83

¹⁰³ Op cit. p. 83-84

¹⁰⁴ **Fontan Balestra, Carlos.** *Tratado de Derecho Penal, Parte General.* Buenos Aires: Abeledo – Perrot. . 1995. p. 318.

¹⁰⁵ **Welzel, Hans.** *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.* Editorial B de f, Montevideo – Buenos Aires. 2006. p. 178.

¹⁰⁶ Obra. Cit. p.179.

defectuosas irrelevantes desde el punto de vista del derecho son descartadas de antemano para la teoría del error.¹⁰⁷

El error de prohibición tiene lugar en la teoría de la culpabilidad como *pendant* de la conciencia actual de la ilicitud y como manifestación complementaria de su conciencia potencial.¹⁰⁸

Esta figura, se puede presentar bajo tres formas. En primer lugar, lo puede hacer en cuanto el *desconocimiento del mandato jurídico general (error de prohibición abstracto o directo*, o error acerca de la existencia de la norma); en este caso no sabe el autor la existencia de una norma prohibitiva general y estima en consecuencia que su actuar es jurídicamente indiferente. En segundo término, se puede presentar como *error la inaplicabilidad de la norma*; aquí el autor conoce la existencia de esta, no obstante, lo cual supone estar autorizado para actuar, sobre la base de un determinado permiso (error de prohibición *concreto o indirecto*, error acerca de la existencia y alcance de una causal de justificación), por último, el error toma la forma de representación equivocada acerca de la *fuerza determinante de la norma*. Aquí el autor sabe que existe una norma prohibitiva, tampoco invoca para sí un derecho especial de actuar, pero cree que la obediencia a la norma le es inexigible (error acerca de una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho). Las consecuencias jurídicas de todas estas formas de error de prohibición son idénticas.¹⁰⁹

En base a los criterios expuestos por los autores citados concluimos que la relación entre antijuridicidad y error de prohibición es que el error (conocimiento equivocado) no recae sobre cualquier elemento del injusto, sino sobre la antijuridicidad, y en este punto se enlaza con el estudio emprendido en el primer capítulo, pues la antijuridicidad se da por la inobservancia de la norma.

2.3. Conciencia y Conocimiento de la Antijuridicidad

Para que se configure el error de prohibición es necesario que el sujeto carezca de conocimiento de la ilicitud de su conducta, no es relevante si este desconocimiento lo internalizo a un nivel de conciencia, razón por la cual lo consideramos objeto de análisis.

Para que la realización, por acción u omisión, de un injusto pueda ser vinculada normativamente (culpabilidad/responsabilidad) a una persona se requiere, entre otras exigencias: (i) imputabilidad y (ii) exigibilidad de otra conducta, que ella comprenda, en términos razonables, la antijuridicidad del injusto.¹¹⁰

Esa comprensión, supone no sólo conocer la ilicitud del injusto llevado a cabo sino también internalizar –introyectar, interiorizar– tal conocimiento. No es suficiente el simple saber, en un determinado grado, que lo efectuado es antijurídico, contrario a la normativa penal sino además saber la trascendencia de

¹⁰⁷ Maurach, Reinhart.; Zipf, Heinz. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Astrea. 1994. p. 671.

¹⁰⁸ Obra. Cit. p. 671.

¹⁰⁹ Obra. Cit. p. 671, 672.

¹¹⁰ Botero Bernal, José. “Algo más que decir sobre el error de prohibición en la normativa penal colombiana? Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130808_02.pdf

ese simple conocer, el brindarle sentido y ello se logra si ese simple conocimiento ha sido interiorizado por la persona, hecho suyo en un determinado grado.¹¹¹

Tal comprensión, que presupone un conocimiento en un determinado grado, alude exclusivamente a la ilicitud penal del injusto y no a una contrariedad con postulados éticos, morales o con normativas diferentes a la penal; por ello, esa comprensión y correlativamente su conocimiento no deben ser genéricos sino específica, es decir, esa comprensión debe estar referida a un determinado injusto v. gr, homicidio art 144 COIP, secuestro art 161 COIP ; por esto, es por lo que se habla de la divisibilidad del aspecto cognoscitivo de la ilicitud penal, es decir, el agente puede tener conocimiento que su actuar es contrario a Derecho Penal –ley- respecto de un supuesto de hecho pero ignorarlo respecto a otro, lo cual cobra gran importancia cuando se hace referencia al concurso de conductas punibles; en tal caso se debe indagar por la presencia de ese conocimiento, en un determinado grado, se reitera, propio de cada conducta punible. Por último, ese conocimiento específico no necesariamente debe darse en términos jurídicos es suficiente conforme a pautas generales propias de la esfera de lo profano o como conocimiento del lego.¹¹²

En consecuencia, la comprensión y por consiguiente el conocimiento de la antijuridicidad deben existir en un grado menor al requerido por el dolo y tal grado sería una comprensión y un conocimiento posibles de la ilicitud, ponderando tal grado en términos razonables. Así, la diferencia entre el conocimiento que le es propio al dolo y aquel que se debe predicar con relación al injusto no es de esencia sino de grado, ello es, el aspecto cognoscitivo del dolo requiere de un conocimiento efectivo mientras la actitud cognoscitiva propia de la antijuridicidad del hecho (von Hippel) debe ser tan solo posible.¹¹³

2.3.1. Conciencia de la Antijuridicidad.

Consideramos en esta sección que la conciencia de la ilicitud de la conducta se da por razones de índole social, cultural e incluso religioso, cuando a través del paso del tiempo se va internalizando, asimilando lo que es considerado bueno o malo, no en la esfera de lo legal sino de lo ético. Y esto, desde luego, tiene un trasfondo social. Zaffaroni, al respecto, señala: “sobre la conciencia de la antijuridicidad no puede ser entendido como sinónimo de “conciencia individual”, dado en su sentido lato, por eso preferimos hablar de “ética individual” para designar los valores, las pautas de conducta individual que responden a internalización de valoraciones o pautas sociales.¹¹⁴

Con relación a este punto, nos distanciamos de lo que manifiesta Zaffaroni pues consideramos que la conciencia individual debe ser vista en forma general, sin tomar en cuenta pautas de conducta individual o la internalización de valores individuales. Si nos adherimos a esta posición estaríamos generando un brecha entre estratos sociales, ya que estableceríamos que es la clase media la que generalmente goza de una cierta estabilidad económica, familiar y social, mientras

¹¹¹ Obra. Cit. p.4.

¹¹² Obra. Cit. p.5.

¹¹³ Obra. Cit. p. 6.

¹¹⁴ **Zaffaroni, Eugenio.** *Derecho Penal, Parte General. Tomo IV.* Buenos Aires: EDIAR. p.89.

que la llamada clase baja no reconoce de igual forma las reglas ético sociales de la comunidad en general, ya que dichas reglas fueron impartidas desde su hogares, v. gr, pedir algo sin el consentimiento del dueño es un valor ético que casi todos los individuos de clase media lo interiorizaron como malo, pues en los hogares se enseña que ese actuar no es correcto, este valor ético es internalizado al individuo desde temprana edad, pero el mismo acto en individuos de inferior estrato social podría carecer de la misma connotación.

Continuamos señalando lo planteado por Zaffaroni en cuanto a la ética individual. Para el autor “esta ética individual, puede diferir por completo de los valores o pautas de conducta que establece el orden jurídico. Las causas de esta distanciaci3n son varias, como el condicionamiento cultural, hasta las convicciones políticas religiosas y morales, el fenómeno del etnocentrismo se observa hace mucho. En la historia pueden verse los más dramáticos ejemplos de choques de cultura.”¹¹⁵ En este último punto, como ya lo manifestamos *ut supra*, incluso sociales. Así también, Zaffaroni indica, en relación al llamado autor consciente, que es:

Aquel que obra de conformidad a un imperativo de su ética individual, diferente de los valores jurídicamente objetivos: sus valores subjetivos son diferentes a los valores subjetivos del legislador o grupo de valor dominante objetivados jurídicamente. Aquí yace el problema para la culpabilidad: *en la existencia de conflicto entre el imperativo de la norma y el de la ética individual.*¹¹⁶

En este evento el sujeto es autor “por conciencia”, “por una serie de decisiones de conciencia”, lo que acontece en “toda seria decisi3n moral”, es decir, una decisi3n orientada a las categorías de lo bueno y de lo malo que el individuo percibe como vinculante e incondicionalmente obligatorio, tal que él no podría actuar contra ella sin una seria necesidad de conciencia.¹¹⁷

Lo que esta fuera de toda duda es que la validez del orden jurídico no puede depender de la conciencia individual que la llamada consciencia de la antijuridicidad no pueda identificarse con la voz de la conciencia individual.¹¹⁸

Necesario para comprender las ideas propuestas, es útil plantear lo que Welzel señala en relación al objeto de la conciencia de la antijuridicidad y el error de prohibici3n. Al respecto, el autor indica que estos dos elementos señalados constituyen:

La antijuridicidad de la conducta (planeada). El autor tiene que ser consciente de la contradicci3n de su conducta con el orden de la comunidad en la cual se basa la prohibici3n jurídico-penal y que es puesta de manifiesta por esta. No es necesario, sin embargo, que el autor conociese o pudiese conocer el precepto jurídico (por consiguiente la ley penal) o incluso la amenaza de la pena. No basta tampoco, sin embargo, con que el autor pudiese ser consciente de la mera inmoralidad de su conducta.¹¹⁹

¹¹⁵ Obra. Cit. p.89.

¹¹⁶ Obra. Cit. p.89.

¹¹⁷ Obra. Cit. p.89.

¹¹⁸ Obra. Cit. p. 90-91.

¹¹⁹ **Welzel, Hans.** *El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Una introducci3n a la doctrina de la acci3n finalista.* Montevideo-Buenos Aires: B de F.2006. p. 187.

Tratando de graficar lo que explica el Prof. Welzel tendríamos *v. gr.* la quema de un monigote por parte de un ciudadano ecuatoriano, el 31 de diciembre, en un parque de New York. Un ecuatoriano consideraría que su conducta no estaría prohibida, puesto que en el Ecuador esta actividad es permitida, sin existir regulación legal alguna al respecto, situación que difiere en los EEUU en donde se requiere obtener permisos en diferentes estamentos, como en la oficina de bomberos de la jurisdicción más cercana etc. para llevar a cabo la actividad antedicha. Caso contrario el ciudadano incurriría en error de prohibición. Continuando con Welzel, se plantea que la resolución de voluntad es antijurídica y: “es reprochable solo al autor en la medida en que este podía conocer su antijuridicidad. En caso de que el hecho sea antijurídico desde distintos puntos de vista, la cognoscibilidad debe referirse a cada uno de ellos.”¹²⁰

A lo anotado, sumamos lo indicado por Maurach, quien señala, en relación a la conciencia de la ilicitud que esta “no está en el dolo, sino en el juicio de reproche, la culpabilidad, pero como esta misma es una valoración y no un hecho psicológico, tampoco se precisa que la conciencia de la ilicitud sea exigida en un forma *actual*, más bien basta con la *posibilidad* de la conciencia de la ilicitud.”¹²¹ En términos generales, para que a un individuo se le impute responsabilidad penal, este ha de ser consciente de que sus acciones conllevan transgresión del ordenamiento jurídico y que, a su vez, el sujeto a inobservado la norma prohibitiva. Siendo importante señalar que, aquel que trasgrede la norma prohibitiva actúa por desconocimiento de este ordenamiento.

2.3.2. Conocimiento de la Antijuridicidad

Francisco Muñoz Conde establece, como elemento de la culpabilidad, el conocimiento de al antijuridicidad. Consideramos, así, que Muñoz hace referencia a la culpabilidad normativa, formado, entre otros elementos, por la antijuridicidad de la conducta. El autor, en esta línea, señala:

Constituye un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa, por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. Así como decimos antes que la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, podemos decir ahora que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañado de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuando el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión sea uno de los fundamentos para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el Derecho Penal.”¹²²

En este sentido, Muñoz anota que el conocimiento de la antijuridicidad se conforma como la razón de ser de la culpabilidad, consecuentemente es de importancia únicamente para quien conoce de la prohibición establecida en la ley penal. Además, “La función motivadora de la norma penal solo puede ejercer su eficacia a nivel individual si el individuo en cuestión, autor de un hecho prohibido

¹²⁰ Obra. Cit. p.187.

¹²¹ **Maurach, Reinhart.; Zipf, Heinz.** *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Astrea.1994

¹²² **Muñoz Conde, Francisco; García Aran , Mercedes.** *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. p.381.

por la ley penal (por tanto típica y antijurídica), tenía conciencia de la prohibición pues, de lo contrario, este no tendría motivos para obtenerse de hacer lo que hizo.”¹²³ Sumado a lo anterior, cabe señalar, en cuanto al conocimiento de la antijuricidad, que “no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o de la penalidad concreta del hecho; basta que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido esta *jurídicamente prohibido* y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia. Por ello, también la consecuencia de la falta de conocimiento de la ilicitud debe operar como error de prohibición.”¹²⁴

Sobre este último punto, a nuestro juicio Muñoz Conde asimila la conciencia con el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Del análisis realizado consideramos a estos dos elementos similares porque se dan en la esfera del conocimiento, pero diferentes, porque el primero se da en la esfera de lo “vulgar” (*conocimiento*), mientras que el segundo elemento se da en una esfera volitiva más profunda, que sería la de internalización y asimilación (*conciencia*).

2.3.2.1. Conocimiento eventual

En relación a este punto, Silva Sánchez considera como posible que la conducta del autor de un hecho ilícito sea antijurídica, estaríamos así frente a un conocimiento eventual de la antijuridicidad de la conducta, la cual tiene que ser estudiada en la esfera de la culpabilidad. Abundando en relación a este punto, Silva señala:

La doctrina dominante en Alemania suele aplicar al «conocimiento eventual de la antijuridicidad» los mismos criterios que emplea en el tipo positivo para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. Así, son mayoría los autores que entienden que existe dicho conocimiento eventual siempre que el sujeto considera seriamente la probabilidad de que su conducta sea antijurídica y conforme con ello. Es decir, que son precisos dos elementos.¹²⁵ El primero, una situación de duda, en la que el sujeto advierte la probabilidad seria de que su conducta infrinja el Ordenamiento. El segundo, una postura del mencionado sujeto, dentro de la duda favorable al resultado «lesión del Ordenamiento», que aparece caracterizada con las expresiones «conformarse», «decidirse por», u otras similares. Sin embargo, esta postura, que he calificado como dominante, tiene una mayor dimensión. Pues no sólo equipara «conocimiento eventual» y «conocimiento con seguridad» de la antijuridicidad en cuanto a excluir el error de prohibición en ambos casos. Además, en los planteamientos de muchos autores, niega toda posibilidad atenuadora, por otros motivos, a las situaciones de «conocimiento eventual» que, así, no podrían verse privilegiadas de ningún modo respecto a aquéllas de conocimiento seguro de la prohibición.

Las discrepancias doctrinales frente a la reseñada postura dominante han seguido dos líneas. La primera, que entiende que basta con representarse seriamente la posibilidad de que el hecho esté prohibido para hablar de conocimiento (eventual) de la antijuridicidad. Según ello, pues, no haría

¹²³ Obra. Cit. p.381.

¹²⁴ Obra. Cit. p.382.

¹²⁵ **Silva Sánchez Jesús María.** *Observaciones sobre el conocimiento <eventual> de la antijuridicidad.* p. 649. http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1987

falta el elemento (voluntativo o emocional) de «conformidad» o «aceptación» que la doctrina dominante requiere para el dolo eventual y traslada —por sistema— al conocimiento eventual de la antijuridicidad. La segunda, que, con independencia de que sus posiciones en torno a los supuestos en que concurre conocimiento eventual de la antijuridicidad coincidan con las dominantes, entiende que dicho conocimiento, aunque desde luego excluye el error de prohibición, no necesariamente debe quedar sin tratamiento privilegiado respecto al «conocimiento con seguridad». Según los casos, podrá verse privilegiado o no. Por supuesto, cabe también que coincidan en algún autor las dos líneas, la «cognoscitivista» junto con la que admite la relevancia atenuatoria, en algún caso, del conocimiento eventual.¹²⁶

En la misma línea de autores que equiparan la conciencia con el conocimiento, Torribio Castro Cornejo, en su obra *El error en el Derecho Penal, el error de prohibición y el error culturalmente condicionado*, expone: “Conciencia Eventual de la antijuridicidad: para terminar de delimitar el concepto de error de prohibición es preciso estudiar cuando se puede afirmar la existencia del conocimiento de la antijuridicidad. Es decir, se trata de averiguar qué grado de certeza debe tener el sujeto para que se pueda excluir el error de prohibición.”¹²⁷ Como sostuvimos *ut supra*, el conocimiento puede ser superficial, incluso insipiente, pero la conciencia significa una internalización y comprensión de lo que se realiza.

Siguiendo con la línea explicativa del autor, él señala: “Lo normal es que el sujeto autor del hecho sepa que la conducta está prohibida, pero durante la ejecución dirige sus pensamientos al éxito de su empresa y no al carácter prohibido. Un conocimiento así es suficiente para la conciencia de la antijuridicidad.”¹²⁸ Para que el sujeto excluya el error de prohibición como causa de inculpabilidad, no requiere un conocimiento pleno de la ilicitud de su conducta. A nuestro criterio, únicamente es necesario un conocimiento en la esfera del ego, para que este conocimiento excluya, como se manifestó, el error de prohibición y su conducta sea sancionada como conducta dolosa.

2.3.2.2. Conocimiento actual y potencial

Abordamos el tema del conocimiento actual y potencial ya que el error de prohibición tiene dos vertientes, a saber: su carácter vencible, esto es cuando el autor pudo tener conocimiento de la ilicitud de su conducta; además tenemos el carácter invencible cuando el autor desconocía completamente la prohibición. El conocimiento actual está relacionado con el carácter vencible del error, en tanto que el potencial se vincula con el carácter de la invencibilidad. La conciencia actual y potencial de la antijuridicidad tiene consecuencias en la teoría del error de prohibición cuando este es vencible. Al respecto señalamos lo indicado por Castro Cornejo, quien señala que:

¹²⁶ Obra. Cit. p.650.

¹²⁷ **Castro Cornejo, Toribio.** *El Error en el Derecho Penal, El Error de Prohibición y el Error Culturalmente Condicionado*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro.. 2010. P. 76.

¹²⁸ Obra. Cit. p.76.

La vencibilidad se define como la posibilidad por parte del autor de haber llegado al conocimiento de la antijuridicidad. Esto es, un error de prohibición será vencible cuando el autor tuvo la posibilidad de conocer el carácter prohibido de su conducta. Es lo que se denomina conocimiento potencial de la antijuridicidad.¹²⁹

En este sentido, deben diferenciarse cuatro situaciones distintas en cuanto al conocimiento del sujeto. Por un lado, el sujeto puede actuar con conocimiento pleno y actual de la antijuridicidad de su conducta. En estos casos, el sujeto actúa con plena culpabilidad, es decir, sin que se produzca ninguna clase de error. La segunda situación es la que Welzel denominó conocimiento inactual. Pero actualizable del sujeto: el sujeto sabe sin duda, la mayor parte de las veces, que su hecho es antijurídico, del mismo modo que sabe las reglas de sumar y restar y otras muchas cosas, aunque no piensa actualmente en ellas. Estos casos reconocidos por Welzel como conocimiento inactual son en su mayoría incluidos en la doctrina moderna dentro del concepto de conciencia. Esto es, para el conocimiento de la antijuridicidad. Desde este punto de vista, se trataría de una situación de conciencia, pero conciencia a fin de cuentas; puesto que en la mayoría de las situaciones a la conciencia de los actos acompaña una valoración que los mismos merecen.¹³⁰

Sobre la Conciencia y el Conocimiento, que se ha tratado en este capítulo, se abordará con más detalle en el siguiente capítulo, al tratar sobre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad.

¹²⁹ Obra. Cit. p. 97.

¹³⁰ Obra. Cit. p. 98.

CAPITULO III

Teorías que dan sustento al Error de Prohibición

Este capítulo tratará sobre la teoría del dolo y de la culpabilidad. Esto servirá para establecer la ubicación sistémica del error de prohibición. Como se verá más adelante, existe gran debate académico sobre los puntos señalados, de ahí que, para proveer de los elementos necesarios para la comprensión de esta discusión, nos apoyaremos, de manera profusa, en los tratadistas, haciendo, en muchos casos, que sus planteamientos aparezcan en su propia voz, esto con el fin de evitar una libre interpretación que perjudique, antes que contribuya, a la comprensión de sus teorías.

Importante a la hora de resolver los problemas que surgen en la discusión sobre el error de prohibición es si la consciencia del injusto o del ilícito pertenece al dolo o la culpa; esto da origen a la teoría del dolo y la culpabilidad respectivamente. Es esta la discusión más relevante y no tanto el lugar del dolo en la teoría del delito.¹³¹ En este sentido, Alberto Donna señala:

Bajo este contexto, podemos decir. Existe, por una parte, la teoría del dolo y, por otra, la teoría de la culpabilidad. Y esta última se subdivide en teoría estricta de la culpabilidad y teoría limitada de la culpabilidad, la distinción de ambas se encuentra en el tratamiento que se le da al error de tipo permisivo. Los autores que defienden la primera, esto es, la teoría estricta de la culpabilidad, son cercano a la teoría cibernética o mal llamada final de la acción: Wlezel, Hirsch, Maurach, entre los más conocidos, y Roxin, Zipf, Luzón Pena, entre los que siguen la Teoría Limitada de la Culpabilidad.¹³²

3.1. La Controversia entre la Teoría del Dolo y Teoría de la Culpabilidad.

El problema central no era tanto el lugar que ocupaba el dolo en la teoría del delito, sino la relación del dolo con la conciencia de la antijuridicidad. Ha sido Hruschka quien ha tratado el tema en su evolución a efectos de dar una visión actual del problema.

3.1.1. Teoría estricta del dolo

En relación a la Teoría del dolo, José Cerezo Mir señala:

La llamada teoría del dolo tuvo un gran auge en los años veinte y treinta, siendo aceptada por la mayoría de la doctrina en Alemania; en España la admitía Cuello y Calón, Antón Oneca, Jiménez de Azua, entre otros, hasta que se introdujo una regulación expresa del error sobre la antijuridicidad de la conducta. De acuerdo a dicho precepto: la creencia errónea e invencible de estar obrando

¹³¹ Obra. Cit. p.293

¹³² Obra. Cit. p.293

ilícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se atenuara la pena, en uno o dos grados.¹³³

Pese a esta favorable acogida la teoría del dolo tropieza con graves inconvenientes desde un punto de vista político-criminal, en los códigos en que rige el principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes, ya que se producen lagunas en la punibilidad.¹³⁴

En el caso ecuatoriano, consideramos que este principio se encuentra establecido en el artículo 27 del COIP, el cual reza: “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.”¹³⁵ Esto supone que, el COIP ecuatoriano, establece la excepcionalidad del castigo por imprudencia, razón por la cual, si se acogiera la teoría del dolo, caeríamos en lagunas de punibilidad. Es así que ni en Alemania ni en España se pudo aplicar la teoría del dolo debido a que existía la excepcionalidad del castigo por imprudencia.¹³⁶ A continuación detallamos lo que, en relación a la teoría del dolo, es planteado por la dogmática penal más relevante. Señalamos de manera particular lo indicado por: Mezguer, Cello Calón, Córdoba Roda y Donna.

3.1.1.1. Para Edmund Mezguer

Mezguer incorporó una salvedad a la teoría del dolo, a través de la llamada teoría de la ceguera jurídica o la enemistad hacia el derecho. El autor menciona que “pertenece al dolo no solo el conocimiento de las circunstancias del hecho, sino también la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo, el que no sobe que procede injustamente, no comete nunca un delito doloso.”¹³⁷ Añade Cerezo Mir que “el error sobre la antijuridicidad excluye el dolo salvo en los supuestos de error burdo, craso, que revele en el sujeto una ceguera jurídica, una enemistad hacia el derecho que se considere incompatible «con un sano sentimiento popular» sobre lo que es lícito o ilícito, aspecto en el que se pone de relieve la influencia de la escuela de Kiel, este criterio fue rechazado, entre otras razones, por atentar contra la seguridad jurídica.”¹³⁸ Recordando que esta fue la norma utilizada por el Nacional Socialismo para someter a castigo a todo aquel que era contrario al sano sentimiento popular.

Cabe también recordar que Mezguer fue uno de los autores de la llamada escuela causalista. Esta escuela concebía al dolo como parte de la culpabilidad, no así, como se concibe en la actualidad, como perteneciente al tipo subjetivo.

¹³³ **Cerezo Mir, José.** *Obras Completas, Derecho Penal, Parte General. Tomo I.* Lima: Ara Editores. 2006. p.972

¹³⁴ Obra. Cit.p.972-973

¹³⁵ Suplemento – Registro Oficial N° 180 - Lunes 10 de febrero de 2014 -19

¹³⁶ **Cerezo Mir, José.** *Obras Completas, Derecho Penal, Parte General. Tomo I.* Lima: Ara Editores. 2006. p.973

¹³⁷ **Mezger, Edmund.** *Derecho Penal Tomo I.* Buenos Aires: Valleta Ediciones. 2004.p.170

¹³⁸ **Cerezo Mir J,osé.** *Obras Completas, Derecho Penal, Parte General. Tomo I.* Lima: Ara Editores. 2006. p.973

3.1.1.2. Para Eugenio Cuello Calón

Cuello Calón señala su postura en relación al dolo. En su *Derecho Penal, Parte General* señala lo siguiente: “El dolo además del elemento volitivo que se concreta en la *voluntad* de ejecutar el hecho, concurre un elemento intelectual, anterior a aquel, constituido por la *representación o conocimiento* del hecho. Así son los elementos constitutivos del dolo: a) la representación o conocimiento del hecho; b) su volición. Es menester la concurrencia de ambos, si falta uno de ellos no es posible hablar de dolo.”¹³⁹

La representación o conocimiento del hecho comprende: a) el conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictuoso, *v. gr.*, en el hurto el delincuente debe saber que la cosa que toma es ajena (art. 196 COIP); comprende también el conocimiento y presupuesto de los hechos que determinan un agravamiento de la pena, *v. gr.* el actuar en pandilla, en la noche, durante el cometimiento del ilícito (art. 189 COIP), el conocimiento de los hechos agravados sufre una salvedad en los delitos llamados “cualificados por el resultado” en razón de que su grave resultado determina una pena de especial gravedad, como, por ejemplo, en la pena para por delito de odio, artículo 177 COIP. Consecuentemente, para Cuello:

El tener conocimiento de la antijuridicidad del hecho, no significa que el agente deba conocer que su acto constituye la figura del delito definido en tal o cual artículo del código, sino que conozca la pena conminada, basta que su conciencia le advierta que ejecuta algo que está prohibido. Tratándose de hombres normales no es posible que procedan a la ejecución de la mayoría de los delitos, sin que su conciencia les advierta la calidad moral de estos hechos ilícitos y su contradicción con el orden jurídico. Basta esta conciencia para que pueda declararse la existencia del dolo.¹⁴⁰

Con relación a este punto se ha manifestado que el que ejecuta un hecho creyéndolo lícito, el que ignora su carácter delictivo, no obra dolosamente sino incurriría en un error de prohibición.

El autor, de origen español, continua la línea de pensamiento de los autores alemanes causalistas (Binding, Mezguer, Merkel, etc.) sin generar un desarrollo sustancial con relación a la teoría del dolo.

3.1.1.3. Para Juan Córdoba Roda

Juan Córdoba Roda parte de Binding para reflexionar sobre la teoría del dolo. A continuación indicamos lo que, en relación a esta teoría, el autor plantea. Transcribimos *in extenso* su postura en relación al tema contenida en su obra *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito*.

De la separación del conocimiento del injusto del ámbito de las valoraciones (de la potencialidad) y de su inclusión en el de los procesos psicológicos (actualidad) deriva el lugar sistemático del conocimiento de la antijuridicidad: constituye un elemento integrante del dolo. Desaparece el dolo

¹³⁹ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Barcelona: Editorial Bosch. 1975. p.430

¹⁴⁰ *Obra cit.* p.430

siempre que el sujeto actué sin la representación actual de la contrariedad de su conducta con el ordenamiento jurídico. El error de la prohibición resulta, pues, equiparada con el relativo al tipo, trayendo aparejada las mismas consecuencias que este. Si el error era evitable y la ley incrimina la respectiva conducta imprudente, el comportamiento será punible. Por el contrario, el sujeto permanece sin sufrir ninguna sanción cuando el error era evitable o cuando falta el correspondiente tipo de incriminación de la conducta imprudente.¹⁴¹

La teoría estricta del dolo se basa en la dogmática de Binding, según el cual el dolo está integrado por la consiente y querida oposición a la norma. La imprudencia está constituida por la voluntad inconscientemente antijurídica, es decir, por la voluntad dirigida a la producción de un resultado delictivo, ignorando el sujeto su carácter contrario al ordenamiento por un error de hecho o de derecho.¹⁴²

Además, Córdoba Roda, continuando su argumento sobre la teoría del dolo, señala:

La teoría del dolo tiene el mérito de haber destacado la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto de la punibilidad. Para la teoría estricta del dolo, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho pertenece al dolo, concepto citado por el profesor José Cerezo Mir, quien expone: “según la teoría del dolo, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta es un elemento del dolo”¹⁴³, de suerte que el dolo integra en su seno el conocimiento actual de los elementos objetivos del tipo (normativos y descriptivos), el conocimiento de los presupuestos objetivos de las causas de justificación y el conocimientos de la antijuridicidad del hecho, dispensado idéntico tratamiento al error sobre cualquiera de dichos elementos o de la antijuridicidad. Se dice, por los defensores de esta teoría, que la falta de ese conocimiento actual debido a un error vencible o evitable respecto a alguna de los elementos citados podrá determinar, en su caso, una conducta imprudente, pero no un delito doloso. El principal defensor de la teoría estricta del dolo fue Karl Binding, quien fundamentaba la esencia del delito en la desobediencia consiente frente a la norma, lo que necesariamente determina la especial relevancia del error de prohibición.¹⁴⁴

En cuanto a las objeciones sobre la teoría estricta del dolo, Córdoba Roda indica:

La principal objeción a la teoría estricta del dolo deriva de dispensar idéntico tratamiento al error de tipo y al error de prohibición, lo que provoca, en el ámbito del error de prohibición – habida cuenta de la imposibilidad de verificación práctica en innumerables casos de la actualidad en el conocimiento de la antijuridicidad, inevitables lagunas de punibilidad, inasumibles desde una perspectiva político criminal.¹⁴⁵

¹⁴¹ **Córdoba Roda, Juan.** *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito*. Montevideo- Buenos Aires : Editorial B de F. 2013.p.116

¹⁴² Obra. Cit. p.117

¹⁴³ **Cerezo Mir, José.** *Obras Completas, Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Lima: Ara Editores. 2006. p.972

¹⁴⁴ Castro Cornejo, Toribio. *El Error en el Derecho Penal, El Error de Prohibición y el Error Culturalmente Condicionado*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro. 2010. p. 37

¹⁴⁵ Castro Cornejo, Toribio. *El Error en el Derecho Penal, El Error de Prohibición y el Error Culturalmente Condicionado*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro. 2010. 38

3.1.1.4. Para Edgardo Alberto Donna

Alberto Donna aborda el tema tratado realizando una relación histórica en amplitud para, desde ahí, señalar su postura en relación a la teoría del dolo. Donna señala:

El problema esencial no era tanto el lugar que ocupaba el dolo en la teoría del delito, sino la relación del dolo con la conciencia de la antijuridicidad.¹⁴⁶ [...] Algunos autores, especialmente entre los años 40 y 50, mantuvieron la conciencia de la antijuridicidad en el dolo, como, por ejemplo, Shonke, que afirma que la conciencia errónea sobre la antijuridicidad excluye el dolo y solo permite la punición a título de imprudencia.

Ha sido Hruschka quien ha tratado el tema en su evolución a efectos de dar una visión actual del problema. El concepto de dolo, que contenía la conciencia del ilícito, esto es, lo que luego se dio en llamar *dolus malus*, se remonta al derecho romano y en especial a Ulpiano. Esta idea de dolo pasó de Tomas de Aquino, quien habló también de *dolus malus*.¹⁴⁷

La consecuencia evidente es que la conciencia de la antijuridicidad integra el dolo, es parte de él, pero junto con esta idea los juristas romanos siguieron otra posición que luego también pasó al Código Napoleón y de allí al Código Civil Argentino. *Ignorantia iuris nocet*, esto es, el desconocimiento del Derecho perjudica al autor, tal como está escrito en el Digesto.¹⁴⁸

Consideramos que de igual forma pasó al Código Civil Ecuatoriano, ya que dicho cuerpo normativo tienen la misma vertiente que el Código Civil Argentino.

Si esto es así, bien lleva razón Hruschka cuando afirma que la fórmula del *dolus malus* quedaba vacía. Porque si integraba el dolo la conciencia de la antijuridicidad debía tener consecuencias teórico-prácticas evidentes, sino quedaba fuera de ella. En consecuencia, como ya se advirtió, esto en la antigüedad se sostuvo en la Glosa L que “cualquier desconocimiento del Derecho, excluye el *dolus*”¹⁴⁹.

Posteriormente, en el siglo XIX esta concepción del dolo se diluye. Afirma Hruschka que “en las legislaciones de los Estados particulares alemanes, por una parte, se sigue utilizando la expresión dolo, incluso *dolus*, y, por otra, a lo largo del siglo el error de prohibiciones va declarando irrelevante”. Claro ejemplo fue el Código Penal Austriaco de 1852 (art. 233).¹⁵⁰

En este punto, cabe señalar lo indicado por Fernando Pérez en relación al caso Ecuatoriano. En este punto es necesario recordar que “nuestro código penal tiene una influencia del código penal Belga, el cual fue inspirado en el Francés, y este por el Español, mismo que era un cuerpo

¹⁴⁶ Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal, Parte General, Tomo IV*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2009. p.292

¹⁴⁷ Obra. Cit. p. 294

¹⁴⁸ Obra. Cit. p. 294

¹⁴⁹ Obra. Cit. p. 294

¹⁵⁰ Obra. Cit. p. 294

normativo con fuerte tendencia clerical, ya que fue redactado por el entonces presidente García Moreno, de rasgo conservador.”¹⁵¹

Continuando la cita de Donna, in extenso:

En la actualidad, para la teoría del dolo, el dolo constituye un elemento de la culpabilidad y, como tal, exige no solo la conciencia de los elementos objetivos del tipo concreto, sino también la ilicitud de la conducta. Es decir, para que exista dolo, el autor debe ser consiente de los presupuestos de hecho descritos en el tipo penal y además debe conocer que su conducta es antijurídica.¹⁵²

Según esta posición, no es posible diferenciar conceptualmente el error de tipo y de prohibición. Como el dolo supone también la conciencia de ilicitud. Tanto el error de tipo como el de prohibición producirán idénticos efectos. Ambos deberían excluir la culpabilidad dolosa.¹⁵³

La consecuencia más importante que genera esta teoría es que, al incluir la conciencia del ilícito en el dolo, debería exigirse para la culpabilidad dolosa una conciencia “actual” no solo de las circunstancias del hecho descritas en el tipo, sino también de la antijuridicidad de la conducta. Dicho de otra forma, solo puede haber dolo cuando el autor conozca efectivamente los elementos del tipo y, además, la ilicitud de su comportamiento. Ello significa que cualquier error sobre la antijuridicidad debería excluir el dolo del autor, por más que se trate de error evitable.

Es decir, la teoría del dolo debería general una consecuencia extrema: solo puede condenarse por el delito doloso cuando se demuestra que el autor tenía un conocimiento cierto, actual y efectivo, no solo de los elementos objetivos del tipo, sino también de la ilicitud de su comportamiento.¹⁵⁴

Las consecuencias prácticas de esta posición vuelven muy importante en aquellos tipos penales que no admiten la forma imprudente por ejemplo la mayoría de los delitos contra la propiedad. En estos casos, cualquier error sobre la prohibición, aunque sea evitable, generara la impunidad de la conducta, puesto que la ley únicamente a previsto la responsabilidad dolosa.¹⁵⁵

Debemos recordar, para finalizar este punto, que el dolo (que formaba parte de la culpabilidad) estaba formado por el elemento cognitivo y volitivo. Esto es: querer realizar el hecho ilícito, en el primer caso, y, tener conocimiento de lo que se va a realizar, en el segundo. Esta situación difiere del concepto actual de dolo, que consiste en la intención de realizar los elementos objetivos del tipo.

¹⁵¹ **Álvarez Pérez, Fernando.** *Fundamentos del Derecho Penal Ecuatoriano*. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana. 1994. p. 47

¹⁵² **Donna, Edgardo Alberto.** *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2009. p.523

¹⁵³ Obra. Cit. p. 524

¹⁵⁴ Obra. Cit. p. 524

¹⁵⁵ Obra. Cit. p. 524

3.1.2. La Teoría de la Culpabilidad.

A continuación detallamos lo que, en relación a la teoría de la culpabilidad, es planteado por la dogmática penal más relevante. Señalamos de manera particular lo indicado por: Welzel, Maurich, Córdoba Roda y Donna. Nos valemos de citas completas para señalar los planteamientos de nuestros autores referenciales.

3.1.2.1. Para Hans Welzel

La denominada Teoría Final de la Acción de Hans Welzel significó una ruptura de la teoría del delito, pues se dejó de lado al casualismo naturalista imperante hasta la época. En este casualismo naturalista, la teoría del delito tenía dos momentos claramente definidos: el injusto, netamente objetivo; y la culpabilidad, netamente subjetiva. Lo que logró el finalismo es que el injusto no conlleve únicamente un elemento subjetivo sino también valorativo; pasa el dolo, que anteriormente estaba en la culpabilidad, a formar parte del tipo subjetivo, y la culpabilidad pasa a ser de orden normativo (no meramente psicológico o subjetivo). Acotamos, acto seguido, lo planteado por Welzel, de mano del análisis conducido por Donna.

Welzel, en cambio, sigue la otra posición, quizá por la fuerte influencia de Pufendorf, sobre quien había hecho su tesis, y en 1948 califica la posición de Schoke como “teoría del dolo” y afirma que la postura que él representa se llama “teoría de la culpabilidad”. Así, Welzel escribe que “en verdad la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, y no al dolo del hecho, de manera a que su ausencia no modifica en lo más mínimo el carácter doloso del hecho. Quien cree erróneamente que se encuentra autorizado para matar a otro, lo mata dolosamente, pero su culpabilidad, esto es, la reprochabilidad del hecho se excluye si el error era inevitable; pero si el error era evitable aplicando el cuidado exigible, entonces la reprochabilidad disminuye en función del grado de culpabilidad del error”.¹⁵⁶

Hruschka asegura, en síntesis, que “no es casualidad que acabara imponiéndose la teoría de la culpabilidad” y no la “teoría del dolo”. En la medida en que el *dolus* se entendiera en primera línea como *dolus malus*, la conciencia de la antijuridicidad era un elemento decisivo del concepto de dolo. Si, en cambio se busca y se da con una definición de dolo independiente de la conciencia de la antijuridicidad, entonces la cuestión no versa sobre cómo se comportan los nuevos elementos articulados de dolo- el conocer y querer la realización del tipo- respecto a la conciencia de la antijuridicidad del hecho. Aceptada una definición así, no hay motivo, fuera del recuerdo del *dolus malus* de los romanos, para colocar dichos elementos junto con la conciencia de la antijuridicidad en un único concepto¹⁵⁷.

Al contrario, en lugar de mezclar las cosas, habría que diferenciar entre dolo y conciencia de la antijuridicidad. Welzel afirmaba: “la teoría del dolo no advierte que el dolo es objeto de reproche de culpabilidad y que por eso pertenece a la acción y al tipo, mientras que la conciencia de la

¹⁵⁶ Donna, **Edgardo Alberto**. *Derecho Penal, Parte General, Tomo IV*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.. 2009. p.296

¹⁵⁷ Obra. Cit. p.296

antijuridicidad es una parte integrante de la reprochabilidad. La conciencia de la antijuridicidad no es algo que le sea reprochado al autor, sino la razón por la cual le será reprochado el dolo antijurídico. Al autor se le reprocha la decisión de acción antijurídica, porque podía reconocer su antijuridicidad y, por consiguiente, porque podía omitirla. De esto se deduce que el conocimiento del injusto no es un elemento del dolo, sino únicamente de la reprochabilidad.”¹⁵⁸

3.1.2.2. Para Reinhart Maurach y Zipf.

Maurach y Zipf logran subdividir la teoría de la culpabilidad en dos apéndices: teoría estricta y restringida de la culpabilidad. A continuación citamos una larga porción de lo planteado por los autores en su obra: *Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Tanto la teoría estricta y restringida son expuestas *in extenso*.

Teoría Estricta de la Culpabilidad

Esta teoría está representada por una parte de la literatura preponderantemente finalista, mientras que la jurisprudencia se acopla, a la denominada teoría restringida de la culpabilidad. Expresamente opuesta a la teoría estricta del dolo, trata la conciencia de la ilicitud, no como componente del dolo, sino exclusivamente como elemento de la culpabilidad separada de aquel. El dolo pertenece al tipo en cuanto parte subjetiva de este y en cuanto factor de dirección de la acción. En consecuencia, no puede ser recargado con elementos valorativos (conciencia potencial de la ilicitud) o con aquellas representaciones psicológicas que, la conciencia actual de la ilicitud, solo puede ser propias del dolo *normativa* en el sentido de un *dolus malus*; este dolo se agota en el querer del tipo objetivo.

En consecuencia, la conciencia de la ilicitud es presupuesto o componente de la culpabilidad, y representa un simple juicio acerca de la posibilidad que el autor concreto tiene de reconocer, en el caso dado, lo no permitido de su actuar: obra con culpabilidad el autor que actúa en forma dolosa u que es capaz de inmutabilidad, cuando él ha tenido semejante posibilidad. Si el error de prohibición no es capaz de excluir el dolo; pero si, en determinadas circunstancias, eliminar la culpabilidad.

En efecto, si el error era inevitable, dada la situación de hecho y las condiciones del autor, excluye la culpabilidad y lleva a la absolución; al contrario, si era evitable subsiste la responsabilidad del autor por su actuar doloso, no obstante lo cual cabe la posibilidad de atenuación de la pena, por tratarse de una culpabilidad disminuida.¹⁵⁹

La ventaja de la teoría estricta de la culpabilidad en relación con la teoría restringida de la culpabilidad se advirtió, en primer término, en que con aquella se evitan las lagunas legales que en ciertos casos afloran con la teoría restringida de la culpabilidad. Fuera de ello, solo la teoría estricta de la culpabilidad capaz de restringir el error de tipo al tipi legal, y el error de prohibición al ámbito de la antijuridicidad.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Obra. Cit. p.297

¹⁵⁹ **Maurach, Reinhart.; Zipf, Heinz.** *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Astrea.1994.p.651

¹⁶⁰ Obra. Cit. p.651

Teoría Restringida de la Culpabilidad

Los puntos básicos de la teoría *restringida* de la culpabilidad coinciden con aquellos de la *teoría estricta* (de la culpabilidad). También aquí se distingue el *error de tipo* destructor del error de prohibición. Dentro de este último, no obstante, hay que distinguir si el error de prohibición consiste en el desconocimiento de la existencia de una *norma prohibitiva general* (el autor no sabe que la exportación de cierta mercancía está prohibida), la inevitabilidad del error hace desaparecer la culpabilidad, en tanto en el caso de su evitabilidad subsiste tanto el dolo como la culpabilidad (atenuada) por lo cual se produce una rebaja de pena. Sin embargo cuando el autor, conoce de la existencia de la norma, supone erróneamente en el caso concreto que ella *no resulta aplicable* o que ella renuncia al *efecto* de determinación (es decir, en la práctica, un error acerca de las causales de justificación o de exclusión de la responsabilidad por el hecho), esta concepción obliga a formular una nueva distinción.

Si el error del autor (error sobre las circunstancias de hecho) consistió en que supuso una circunstancia de hecho inexistente, que en el caso de haber existido pudo haber excluido el ilícito, o al menos la responsabilidad por el hecho, tal error debe ser tratado del mismo modo que el error de tipo, en todo caso queda excluido el dolo; para que opere una pena por culpa, depende si el error fue evitable y la existencia del correspondiente tipo culposo. Si, en cambio el autor capto las circunstancias de hecho en forma correcta, pero extrajo de ella conclusiones equivocadas acerca de sus facultades para actuar; en otros términos, si el error acerca de “la naturaleza y ámbito de una causal de justificación” (o también acerca de una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho) se aplicaría las reglas comunes al trato del error, vale como error de prohibición con las consecuencias previstas para este, falta de culpabilidad en el caso de inevitabilidad, culpabilidad por dolo atenuado en el caso de evitabilidad de la representación equivocado.

La necesidad de semejante diferenciación es vista por la praxis en los siguiente: en el error, en las circunstancias de hecho, el autor sería en si “fiel al derecho”; el desea respetar la ley; si ello no ocurre, es solo debido a que desconoce los datos de hecho; por ello, debe también afectarle “la idea fundamental”. Al contrario en el error de valoración, el autor infringe lo correcto “por un error de conocimiento en el plano del deber jurídico”. Aquí, según la judicatura, la reconocibilidad de la violación del derecho es obviamente mayor que en el caso de error acerca de hechos. Es por ello que un autor en tal situación se hace merecedor de la pena por el actuar doloso, lo que solo podrá atenuarse.¹⁶¹

3.1.2.3. Para Juan Córdoba Roda

Córdoba Roda inicia su exposición, al respecto de la culpabilidad, manifestando que esta teoría es mantenida por los partidarios de la teoría finalista de la acción. Estos conciben al dolo “como la voluntad de realización del tipo objetivo, no pueden gravar dicho elemento con criterios valorativos (potencial conocimiento del injusto). Al constituir el conocimiento de la antijuridicidad un elemento de la culpabilidad, el error inevitable de la prohibición excluye este elemento del delito, y el evitable

¹⁶¹ Obra. Cit. p.652

da lugar a que el juez pueda atenuar la pena en virtud de la disminución de la culpabilidad.”¹⁶² Siguiendo a Córdoba Roda, este señala: “La teoría de la culpabilidad parte del pensamiento de von Hippel, que en 1908 adoptó el parecer del holandés van Hammel, de que los casos de actuar con error imprudente acerca de la ilicitud de la conducta se deben subsumir en el dolo.”¹⁶³ A continuación acotamos el análisis conducido por Córdoba Roda en relación a la culpabilidad.

El pensamiento de von Hippel adquirió trascendencia en la dogmática penal alemana, en virtud de su manifestación en varios Proyectos de reforma. El de 1913 (en su redacción intervinieron von Hippel, Kahl, Frank) declara en su párrafo 114: “Si el sujeto ha obrado en la creencia errónea de que el hecho estaba permitido por desconocimiento relativo a la ley o a su aplicabilidad, deberá ser atenuada la pena”. Esta disposición guarda correspondencia con el pensamiento de von Hippel, según el cual el error evitable sobre la ilicitud del hecho no excluye el dolo, pero disminuye la culpabilidad. El Proyecto de 1919 sigue la misma línea de pensamientos al declarar en su párrafo. 112: “Si el autor conoce la ilicitud del obrar deberá ser sometido a la pena señalada en la ley. Si actúa con error culpable acerca de la ilicitud deberá ser atenuada la pena correspondiente al comportamiento doloso. El error inevitable excluye la imposición de la pena”.¹⁶⁴

Además, von Hippel:

Ofrece la teoría de la culpabilidad, a su vez, dos vertientes derivadas del distinto tratamiento de que es objeto el error sobre las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad. Para unos debe ser tratado, en todo caso, como error de prohibición. Para otros se debe hacer una distinción: si el error consiste en la suposición de un hecho inexistente, originará un desconocimiento del tipo, con la consiguiente exclusión de dolo y la atribución a imprudencia, siempre que el error sea evitable y la conducta delictiva esté inculpada por este título; por el contrario, si el autor se representa la situación de hecho, pero incurre en error relativo a la clase o ámbito de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, se aplicarán los principios expuestos referentes al error de prohibición.¹⁶⁵

La primera postura, denominada por Maurach “estricta teoría de la culpabilidad” (strenge Schuldtheorie), ha sido defendida en primer lugar por Graf zu Dohna. Según este gran penalista alemán, “del concepto de dolo deriva que todo error sobre los elementos del hecho excluirá la concurrencia de aquél, restando sólo la posibilidad de castigar la conducta como imprudente. El error relativo a la prohibición no afecta al dolo. Debe comprenderse en él tanto el caso de quien lleva a cabo una acción por considerarla permitida como el del sujeto que representándose la prohibición general de la conducta cree que concurren especiales motivos que justifican su ejecución (obsérvese que el autor no hace en este último caso distinción alguna). Esta regulación ofrece la ventaja. De poner en armonía la teoría del error con la del delito. Del mismo modo en que distingue ésta entre

¹⁶² **Córdoba Roda, Juan.** *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito*. Montevideo- Buenos Aires :Editorial B de F. 2013.p.122-123

¹⁶³ Obra. Cit. p.123-124

¹⁶⁴ Obra. Cit. p.125-126

¹⁶⁵ Obra. Cit. p.126

tipicidad y antijuridicidad, se distinguirá en aquélla, entre el error que excluye la tipicidad y la falsa representación que desplaza la antijuridicidad”.¹⁶⁶

De otro lado, los detractores de esta teoría de la culpabilidad afirman:

Que la teoría de la culpabilidad carece de la claridad de sistema propia de la del dolo, de la que no se puede prescindir sin razones bien fundadas, y que falta la pretendida separación entre el error culpable de prohibición y la imprudencia en la comisión del hecho, al ser conceptos idénticos los correspondientes a los términos de “imprudencia en el acto” (el automovilista conduciendo peligrosamente causa la muerte de una persona) e “imprudencia en el desconocimiento de la prohibición” (el sujeto, por no esforzar sus facultades intelectuales, cree que la muerte de una persona está justificada).¹⁶⁷

Así también, se ha indicado que:

La teoría de la culpabilidad incurre en el defecto de dejar impune, en ciertos casos, al autor frente al que cabe formular un juicio de reproche, y, en otros, castigar excesivamente determinadas conductas, al conceder al juez un excesivo arbitrio en la aplicación de la pena. En efecto, se afirma que esta teoría, al señalar como limitación exclusiva de la eficacia excusante del error de la prohibición la “culpa de derecho”, no incluye dentro del criterio limitativo la conducta de aquellos sujetos que, por su inveterada falta de orientación durante su vida anterior, no tuvieron la facultad de poseer la conciencia de la antijuridicidad en el momento de realizar el acto delictivo.¹⁶⁸

Córdoba Roda, en cuanto a las consecuencias de la teoría de la culpabilidad y la del dolo, ofrece algunas consideraciones, de las cuales nos parece interesante acotar:

Superadas las objeciones presentadas a la teoría de la culpabilidad, de las razones expuestas resulta la necesidad de acoger los postulados propios de ésta. Me refiero a la teoría estricta de la culpabilidad, ya que juzgo insostenible la limitada, por la sencilla razón de que, reduciendo el dolo al conocimiento de las circunstancias del tipo legal, el error referente a una causa de justificación, por afectar a la antijuridicidad y no a la tipicidad, no puede constituir una falta de conocimiento relativa al tipo legal, sino sólo un error correspondiente a la antijuridicidad.¹⁶⁹

La jurisprudencia se ha inclinado, sin embargo, a adoptar por regla general los postulados propios de la teoría limitada de la culpabilidad. Este criterio se manifiesta con claridad en la siguiente resolución: “El error sobre la especie y el ámbito del derecho de corrección constituye un error de prohibición que conduce, si es evitable, a la punición de la conducta a título de delito doloso. Por el contrario, la suposición errónea de la concurrencia de una situación fáctica que, de producirse, justificaría el comportamiento, se debe tratar como un error del hecho que da lugar, si es evitable, a la punición de la conducta a título de imprudencia”. Tan sólo excepcionalmente ha mantenido la jurisprudencia el criterio opuesto.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Obra. Cit. p.127

¹⁶⁷ Obra. Cit. p. 136-137

¹⁶⁸ Obra. Cit. p. 138

¹⁶⁹ Obra. Cit. p.141

¹⁷⁰ Obra. Cit. p.141

3.1.2.4. Para Edgardo Alberto Donna

Como hemos venido sosteniendo, fue el finalismo el que sacó el dolo de la culpabilidad (psicológica) para ubicarlo en la tipicidad (con elemento tanto objetivo como subjetivo). Por esta razón, Donna inicia su análisis señalando que el dolo constituye un elemento de tipicidad, no así de culpabilidad. En esa línea, añadimos la posición del autor:

De acuerdo con la teoría de la culpabilidad, el dolo no constituye un elemento de culpabilidad sino de la tipicidad. Ello permite diferenciar dos problemas bien distintos. Por una parte el conocimiento de los elementos objetivos del tipo como un problema propio de lo injusto típico, es decir, de la tipicidad; y por otra, la conciencia de la ilicitud o antijuridicidad de la conducta como una cuestión que debe analizarse recién en la culpabilidad.¹⁷¹

El dolo como elemento de la tipicidad, únicamente supone y exige el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal correspondiente. En cambio, no exige la conciencia de la ilicitud o antijuridicidad de la conducta. Se afirma que se trata de un concepto de dolo “avalorado” o “neutro” porque no supone la conciencia de que se está actuando de manera ilegal. Pero debería tomarse esta afirmación con precaución y solo limitarla a este extremo, porque en el fondo, el dolo también es un elemento normativo. Hecha esta aclaración, se puede afirmar que para que exista dolo, basta con que el autor sea consciente de que está realizando los elementos objetivos mencionados en el tipo, dejando el análisis de la prohibición para el momento de la culpabilidad.¹⁷²

Por ejemplo, si A sabe que está matando a B, actúa con dolo de homicidio, por más que lo haga creyendo que el derecho lo autoriza a actuar de esa forma. Quien realiza conscientemente los elementos del tipo actúa con dolo, aun cuando lo haga ejerciendo el derecho de defensa y en creencia por cierto correcta de que la conducta no es ilegal. También actúa con dolo el sujeto que sabe que realiza la conducta típica conscientemente, aun cuando su comportamiento tenga alguna alteración psíquica que elimina la reprochabilidad de su conducta. El inimputable que mata como consecuencia de su delirio psicótico actúa con dolo, siempre que haya sido consiente de la realización de los elementos objetivos del tipo. Inclusive, y como tendremos ocasión de ver también existe dolo cuando el autor conoce los elementos objetivos del tipo, pero actúa de esa forma porque se representa erróneamente las circunstancias de hecho que sirva de base a una causa de justificación.¹⁷³

De este modo la conciencia del ilícito no es un elemento del dolo, sino un requisito necesario para fundar la culpabilidad. Este elemento implica básicamente formular un juicio de reproche contra el autor que haya podido motivarse en la norma. No puede haber posibilidad de motivación en la norma y, por lo tanto, juicio de reproche, si el sujeto no estuvo en la posibilidad de advertir la ilicitud de su comportamiento. Es decir, el desconocimiento inevitable de la prohibición o del mandato (de la norma) excluye la culpabilidad porque elimina la capacidad del autor. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el dolo, en la culpabilidad es suficiente con una conciencia “potencial” de la ilicitud, pues basta con que el autor haya “podido” advertir la antijuridicidad de su hecho para fundar un juicio de

¹⁷¹ Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal, Parte General Tomo II*. Buenos Aires: Buenos Aires. p 530

¹⁷² Obra. Cit. p.530

¹⁷³ Obra. Cit. p 530-531

reproche. Este es el punto a discutir, y en esto basaba Schmidhauser su crítica, en el sentido de que no se respetaba el principio de culpabilidad.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Obra. Cit. p 531

CAPITULO IV

Base legal del Error de Prohibición en el COIP

4.1. El sustento normativo del error de prohibición.

Una vez que hemos citado el sustento teórico del error de prohibición, desarrollado por la doctrina más relevante dentro del Derecho Penal contemporáneo, es menester establecer cuáles son las disposiciones Constitucionales, legales y el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que nos van a permitir fundamentar la existencia del error de prohibición en el código integral penal. Estas disposiciones son:

4.1.1. Disposiciones Constitucionales

Artículo 11 numeral 3.-

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Artículo. 424.-

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. *La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.*

Artículo. 425.-

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: *La Constitución; los tratados y convenios internacionales*; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Artículo. 426.-

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, *aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las Establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*

Las disposiciones legales precitadas tratan sobre la supremacía jerárquica que tiene la Constitución del Ecuador, al respecto consideremos lo expuesto por la magistrada española María Tena Aragón:

Las normas integrantes del Derecho Constitucional definidoras de los valores y principios esenciales del ordenamiento estatal, y reguladoras de la organización y distribución de los poderes del Estado se han expresado históricamente mediante formas muy distintas, pero entre ellas destaca una, que se puede considerar como la fuentes por excelencia del Derecho Constitucional, hasta el punto de determinar su mismo nombre. La fuente esencial, en efecto, del derecho Constitucional en la inmensa mayoría de los países contemporáneos es el texto de la constitución escrita: un texto único, con un contenido organizado sistemáticamente, al que se le confiere una superior fuerza vinculante, y cuya reforma se hace depender de procedimientos más dificultoso que los exigidos para la alteración del resto de las normas del ordenamiento.¹⁷⁵

La ordenación de los poderes del Estado por la Constitución tiene como consecuencia que estos se encuentren sometidos a los mandatos constitucionales. En pura lógica, ello significa que los mandatos constitucionales, que los crea y regula: de otro modo, la regulación Constitucional es inútil. Lo poderes del Estado y su actividad derivan su legitimidad de la Constitución, que es la norma que los habilita para actuar, si un poder público actúa fuera de los límites de la Constitución, su actuación no puede considerarse legítima, pues carecerá de base o de justificación en Derecho.¹⁷⁶

Por lo tanto, la Constitución se configura como norma suprema, e inatacable, con un rango superior al resto del ordenamiento jurídico. La afirmación de la supremacía de la Constitución, no es, en pura lógica, necesaria, pues resulta de su misma función de "*norma mormarum*". Pero no es infrecuente que se haga constar tal supremacía en el mismo texto constitucional. Así por ejemplo. La Constitución norteamericana de 1787 en su artículo IV declara que "esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella (...) serán la suprema ley del país". Y la Constitución Española de 1978 establece en su artículo 9.1 "los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".¹⁷⁷

Idéntica forma utiliza nuestra Constitución de 2008 para dejar sentada su supremacía. Tal es así que, en los artículos 224, 225, 226 a los que referimos, así se señala expresamente. Sin embargo, nuestra Constitución va mucho más allá al establecer a los tratados sobre Derechos Humanos a la par de la Constitución, siempre que estos tratados regulen aspectos que no regula nuestra Constitución, así como que esta regulación de derechos sean más favorables a los contenido a nivel constitucional. A esto se lo conoce como bloque de constitucionalidad.

¹⁷⁵ **Tena Aragón, María.** *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid. s/. s/fp 13

¹⁷⁶ Obra. Cit. p 14

¹⁷⁷ Obra. Cit. p 14

Añadimos lo indicado por Juan Montaña Pinto en relación a la aplicación de la constitución en conflictos jurídicos. Para tales casos, el autor indica que:

Habrà de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la constitución [...] el reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución significa que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para aplicar e interpretar la ley, lo cual significa que la constitución se aplica, *en lugar de, frente a*, o por lo menos, *junto al resto del ordenamiento*.¹⁷⁸

Entendiendo en su verdadero sentido el principio de eficacia directa implica que cualquier operador jurídico habrá de aplicar por sí mismo la Carta Constitucional, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aun cuando no haya funcionado correctamente el control constitucional.¹⁷⁹

La consecuencia práctica de que la Constitución sea *frente de derecho sin más* es que aquellos *temas fundamentales* del ordenamiento jurídico, que en el esquema de la codificación era materia de la ley ahora son regulados directamente por la constitución.¹⁸⁰

Es necesario sumar, a lo anteriormente expuesto, el criterio que tiene el autor en relación al reconocimiento de los Derechos Humanos. Juan Montaña, luego de señalar las modificaciones teóricas producidas por el modelo constitucional neoliberal en la década de los ochenta, expone que uno de los avances más trascendentales fue: “El reconocimientos de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas del Estado.”¹⁸¹ Abundando en esta línea, Montaña señala:

En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos más recientes se puede observar claramente una línea de desarrollo que reconoce la supremacía del derecho internacional, respecto de las normas internas, incluidas las constitucionales no referidas a derechos constitucionales. evidentemente este reconocimiento involucra una transformación radical del sistema de fuentes del derecho vigente puesto que, *a la Constitución y a la ley reconocida como fuentes principales de los ordenamientos, se incorpora una nueva fuente de creación de norma: el derecho internacional de los derechos humanos*. No es vano que en casi todas las constituciones vigentes en América Latina las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos se incorporan directamente al orden constitucional, sin necesidad de ser convertidas en leyes nacionales, con una jerarquía superior al resto del ordenamiento.¹⁸²

Aquí cabe comentar que es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el que ha desarrollado, de una forma más fecunda, las garantías con las que se debe cobijar a los justiciables. Ejemplo de lo que manifestamos es el desarrollo del principio de favorabilidad, que será objeto de análisis más adelante en este trabajo. Continuando con Montaña, él señala que, a

¹⁷⁸ **Montaña Pinto, Juan.** *El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En **Montaña Pinto, Juan.** (Ed) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de Trabajo. Tomo I.* (p. 97) Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición.

¹⁷⁹ Obra. Cit. p. 97

¹⁸⁰ Obra. Cit. p.97-98

¹⁸¹ Obra. Cit. p.111

¹⁸² Obra. Cit.p.112

nivel de aplicabilidad práctica: “El derecho internacional de los derechos humanos forma parte y se constituye en fuente axiológica de todos los órdenes constitucionales, actualmente vigentes en América Latina. De tal forma que la norma de derecho internacional son directamente aplicables por los tribunales y órganos del Estado sin que sea necesario su incorporación expresa en el ordenamiento nacional mediante ley.”¹⁸³

Principio de legalidad Art. 76. 3, Art. 66.29.d. la reserva de ley.

El principio de legalidad exige que tanto delitos como penas sean establecidos a nivel legal y no por instancias gubernamentales, esto es, por el poder ejecutivo. A decir de Fernández Carrasquilla, este principio es una conquista de la revolución francesa en opción al autoritarismo del monarca quien, prescindiendo de normas legales, sino recayendo en su capacidad para nombrar jueces, era quien impartía justicia.¹⁸⁴ En este sentido, la significación mayor de este principio toma cuerpo en la obediencia del juez a la ley. Fernández Carrasquilla añade: “[Esto de] ninguna manera supone convertir al juez penal en un nuevo autónomo de la aplicación del derecho objetivo, pero si enfrentarlo a reglas racionales para la fijación de su sentido objetivo. El principio de estricta legalidad apunta, en efecto, a que los efectos de garantía rigen en primer lugar el texto de la ley incriminadora y solo dentro del él puede regir su fin.”¹⁸⁵

Al respecto, el académico ecuatoriano Álvaro Román Márquez, anota:

El conocimiento de la ley es una premisa que el Estado se sirve para fijar su poder de legislador exclusivo y excluyente. Esto tiene relación con el Art. 76.3 de la Constitución de la Republica, cuando en esa norma constitucional se determina el principio de legalidad previa, cuando “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado, por un acto u omisión, que al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal...” esto implica que al existir la acción descrita en el tipo penal y descrita en el texto legal, es conocida por los ciudadanos ecuatorianos y extranjeros, esta es la regla general. Es justamente la ley previa uno de los elementos del principio de legalidad que tiene como función limitar el poder punitivo del estatal, además evitar la retroactividad de la ley penal a conductas anteriores, excepto en el caso que la ley sea favorable para el reo, en ese momento si es retroactiva.¹⁸⁶

Como ya analizamos *ut supra*, la ficción legal de conocimiento de la ley fue eliminada del Código Orgánico Integral Penal, precisamente para dar lugar a la figura del error. Recordemos que esta ficción, en términos de Román Márquez, estuvo regulada en el Código Penal en el artículo 3 bajo el título de “presunción de derecho”, además, nuestro autor clarifica el alcance de esta disposición legal al exponer que la presunción de conocimiento de la ley ha venido a equipararse con la exigencia de conocimiento o con la conciencia del hecho (esto es, conciencia de la

¹⁸³ Obra. Cit.p.114

¹⁸⁴ Carrasquilla Fernández, Juan. *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Leyer.1998. p.115

¹⁸⁵ Obra. Cit. p. 120

¹⁸⁶ Román Márquez, Álvaro- *Teoría del Delito en el Ecuador*. Quito: El Fórum Editores. 2015. p.77

antijuridicidad del hecho). Sin embargo esta identificación no es admisible porque el conocimiento de la ley remite a la cultura general de los ciudadanos y por esto a los medios de comunicación social disponibles, en tanto que el conocimiento de la antijuridicidad real o posible es un conocimiento jurídico-cultural relativo al hecho concreto (y por tanto implica una especie de subsunción valorativa del ego).¹⁸⁷

Un sub principio que se deriva del principio de legalidad es el de reserva de ley o, en términos de Juan Fernández Carrasquilla, reserva de ley formal, principio ligado al objeto de este trabajo. Para Fernández Carrasquilla la Constitución garantiza solo la ley formal, puede crear delitos y penas, y solo la autoridad jurisdiccional puede actuar las normas del Derecho Penal. Es así que en la nueva carta no se autoriza más la creación de normas de Derecho Penal por medio de decretos de excepción y, en cualquier caso, estos no pueden detener el vigor y efectividad de los derechos fundamentales.¹⁸⁸

Además de lo anotado, Álvaro Román Márquez, sobre el principio de reserva, nos ilustra:

En la misma Carta Suprema existe la norma del Art. 66.29.d) que determina “Que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo que no está prohibido por la ley”. Es decir, que no se puede exigir matar a alguien por el cumplimiento de una orden u obediencia debida cumplimiento del deber, ya que, por una parte, debemos partir del respeto a la dignidad humana es el valor de la persona como tal, ese momento la persona la consideramos con el derechos y en especial el derecho a la libertad de tomar decisiones, sin que sea obligado o coaccionado por ninguna forma , por lo cual el Estado en el momento en que existe dicha situación no le podrá exigir comportarse a derecho, por lo cual no será culpable. Por otra parte, también de esta norma nadie puede dejar de no hacer lo que no está prohibido por la ley, es decir si no se conoce o si antes no existía la ley debemos tener la comprensión de que nuestra actuación está dentro de la ley, lo cual provoca de que nuestro comportamiento no se contrario o hayamos comprendido en forma libre dicho prohibición y actuar conforme a esa comprensión. Es aquí donde se puede sustentar el error de prohibición, ya que se debe tener conocimiento de que se encuentra prohibido.¹⁸⁹

Román Márquez también acota que, en cuanto a las prohibiciones, estas deben estar en la ley. Es por tal motivo que la acción, al estar prohibida por la ley, se enmarca en el principio de legalidad del estado.¹⁹⁰ Es por ello que existe la prohibición. El criterio de Román Márquez es, a nuestro juicio, decisivo al momento de fundar el error de prohibición en nuestra legislación, pues el individuo solo puede abstenerse de realizar actos lesivos cuando este conoce de la prohibición; si el individuo la desconoce, y aun así actúa, habrá, por lo tanto, operado con error, pues está

¹⁸⁷ Obra. Cit. p.77

¹⁸⁸ Carrasquilla Fernández, Juan. *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Leyer.1998. p.137

¹⁸⁹ Román Márquez, Álvaro. *Teoría del Delito en el Ecuador*. Quito: El Fórum Editores. 2015. p.77-78

¹⁹⁰ Román Márquez, Álvaro. Comunicación personal. Diciembre 2015.

considerando que su comportamiento es lícito, a pesar de que exista una norma que limite tal proceder.

Artículo 76 numeral 5 de la Constitución

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.

5. en caso de conflicto de dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplica la menos rigurosa, aun cuando su promulgación se posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.¹⁹¹

4.1.2. Disposiciones del Código Orgánico Integral Penal

Artículo 5 numeral 2 del Código Integral Penal.

Artículo. 5.-

Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.¹⁹²

Analizaremos conjuntamente la norma constitucional con la norma contenida en el COIP puesto que las consideramos relacionadas entre sí. La norma constitucional enuncia, mientras la norma contenida en el Código Orgánico conduce a la aplicabilidad.

A nuestro juicio, el principio referido no tiene un desarrollo completo puesto que, en nuestro ordenamiento constitucional y legal, se lo limita al caso de existir dos normas contrapuestas. Esto último a pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le da un mayor desarrollo y alcance, convirtiéndolo en un verdadero principio que favorece al justiciable, poniendo así un límite a la potestad de penar del estado.

¹⁹¹ **Constitución de la República del Ecuador**, publicado en el registro oficial Nro.449 de 20 de Octubre de 2008.

¹⁹² **Código Orgánico Integral Penal**, publicado en el registro oficial año I –Nro. 180 de 10 de febrero de 2014.

En relación a este punto, el académico Ramiro García Falconí expone:

Los numerales 3 y 4 (comenta artículo 5 del COIP), tratan en forma conjunta sobre el principio *in dubui pro reo*; siendo este un principio probatorio del proceso penal según el cual, ante la duda, se debe decidir en favor del acusado. No obstante el principio *in dubio* no es un principio para la apreciación de las pruebas solamente, pues también se aplica solo después de la finalización de la valoración de la misma. En caso de duda siempre se interpretará a favor del infractor, este principio constitucional garantiza la presunción de inocencia.¹⁹³

Este principio se encuentra establecido en forma expresa en la Constitución de la República, pero se puede derivar indirectamente del principio de culpabilidad, porque es la parte negativa del principio de inocencia y el *in dubio pro reo* es parte del principio de inocencia; pues sí, de acuerdo con él, una condena exige que el tribunal esté convencido de la culpabilidad del acusado, toda duda en ese presupuesto debe impedir la declaración de culpabilidad.¹⁹⁴

En la misma línea de nuestro anterior comentario, García Falconí incurre en limitar el principio de legalidad, objeto de nuestro análisis, al ámbito procesal. Ya veremos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla, de una forma extensa, este principio, ampliándolo también a lo sustantivo, que no solo el ámbito procesal. Fernández Carrasquilla aporta su reflexión sobre el principio de favorabilidad. El autor señala que este “la “favorabilidad” es el principio inspirador, pero la norma es en verdad la prescripción de aplicación retroactiva de la ley penal posterior más benigna.”¹⁹⁵ Desarrollando este punto, Fernández señala que el principio de favorabilidad se extiende:

A la llamada “*ley procesal penal de efectos sustanciales*”, o sea que se confiere o garantiza derechos sustanciales o subjetivos para algún sujeto procesal, *v.gr.*, las leyes concernientes a la libertad del imputado por medio de instrumentos como la excarcelación o libertad provisional. la verdad es que resulta difícil precisar el concepto de “ley procesal de efectos sustanciales” porque prácticamente no existe ninguna que no sea susceptible de afectar la situación jurídica del procesado, aunque generalmente se piensa de ellas que se agotan en la prescripción de meros actos rituales o de trámite. Pero son tales en verdad, por ejemplo, las leyes que reducen los plazos procesales para impugnar una decisión, aceleran el trámite, o, incluso, cambian una competencia judicial?. Fuera de que no existen normas jurídicas tan asépticas, porque todas están teñidas de valoración, hay que destacar que la “materia penal” comprende tanto las normas de Derecho Penal material como las de derecho procesal penal, pues ambas son “materias penales” y también Derecho Penal; donde resulta dudosa la restricción introducida en torno a la no retroactividad de las leyes procesales penales posteriores. Una separación tajante de estas materias y sus respectivas disciplinas de estudio corresponde a “aquella antigua dicotomía muy común en las etapas pre científicas del derecho

¹⁹³ **García Falconí, Ramiro.** *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo I, Arts. 1 al 78.* Perú: Ara. 2014. p.66

¹⁹⁴ Obra. Cit. p.67

¹⁹⁵ **Fernández Carrasquilla, Juan.** *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal, Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho.* Bogotá: Editorial Leyer. s/f. p.385

procesal, pero completamente abandonadas en la actualidad- que solía oponer a un estelar “derecho sustantivo”, un minusválido “derecho adjetivo”, aparentemente secundario o accesorio”.¹⁹⁶

[...] el principio de favorabilidad como forma de resolver dudas insalvables a favor del acusado (que, como principio, trasciende el campo de lo meramente probatorio o de hecho). Naturalmente, el canon de la favorabilidad no es solamente aplicable al momento del fallo, sino en el curso de todo el proceso, cualquiera que sea el estado de este y cualquiera sea la decisión que se tome.¹⁹⁷

Fernández Carrasquilla desarrolla ampliamente el principio de favorabilidad, y describe cómo este principio da lugar a una serie de sub-principios como el principio *favor rei*. Este autor otorga un espectro de aplicación mucho mayor al principio de favorabilidad. Así también, Fernando Yavar, al escribir sobre el principio de Favorabilidad, expone: “el referido principio de favorabilidad también se encuentra reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 9.”¹⁹⁸ El mencionado artículo indica:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Canese vs. Paraguay* (2004) ha interpretado el principio de legalidad en los siguientes términos:

En este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación de la retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece límite en este sentido.¹⁹⁹

El alcance que la Corte Interamericana de Derecho Humanos da a este principio es claro. Este incluye la creación de nuevas causas de justificación o de inculpabilidad. De ahí que, a nuestro parecer, es este el alcance que debe tener este principio, y por esto nuestro ordenamiento lo debe acoger, porque significa un avance en el desarrollo de los Derechos Humanos en nuestro país, y, como ya lo analizamos *ut supra*, el artículo 424 de la Constitución del Ecuador es claro al establecer

¹⁹⁶ Obra. Cit. p.387

¹⁹⁷ Obra. Cit. p.388

¹⁹⁸ **Yavar Umpierrez, Fernando.** *Principio de Favorabilidad y COIP*. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/23092014/dp-principio_favorabilidad.pdf

¹⁹⁹ **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay Sentencia de 31 de agosto de 2004* (Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. p.88

que “[...] La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

Con relación a lo que dispone, en el ámbito legal, el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, este reza:

Principio de la obligatoriedad de administrar justicia. -

Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

*Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.*²⁰⁰

Esta norma de carácter legal es clara y significa una obligación, para el administrador de justicia, de no conformarse con la sola legalidad, su deber es más extenso: es dilucidar el verdadero alcance de las normas que se van a aplicar, valiéndose para esto de la doctrina, que es la que ha permitido sistematizar el Derecho Penal desde los maestros Italianos en la primeras épocas, hasta la actualidad con la influencia de la doctrina más elaborado como la Alemana. Sin embargo, esta disposición legal poco o nada sirve en la práctica si los operadores de justicias no analizan ni estudian la teoría del delito. Justamente es este el camino que deben seguir los operadores de justicia para poder atribuir, con grado de certeza, una responsabilidad penal. Cosa similar ocurre con la utilización de la jurisprudencia cuyo desarrollo es incipiente en nuestro país, por lo que no puede servir sustancialmente de referente.

No queremos agotar el comentario de esta disposición legal sin citar antes al académico ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel quien, sobre el principio de Obligatoriedad de la Administración de Justicia, expone: “El Código Orgánico de la Función Judicial es un verdadero Código de Justicia [...] No hay precedente en un cuerpo normativo en Ecuador que le reconozca a la doctrina el valor que realmente tiene; hoy, y gracias al nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, la doctrina tiene carta de ciudadanía propia y el justo reconocimiento como la importante herramienta que constituye en el proceso de interpretación y aplicación de leyes, en este caso de las penales y procesales penales.”²⁰¹

²⁰⁰ Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009

²⁰¹ **Zambrano Pasquel, Alfonso.** *Estudio Introductorio a las reformas al Código Orgánico Integral Penal, año 2009.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. p. 109

El comentario de Zambrano Pasquel, a nuestro parecer, peca de nutrido optimismo. Cabe reconocer que esta disposición no es aplicable por sí sola, se debe amalgamar con las disposiciones presentes en la Constitución y los tratados sobre Derechos Humanos. Es el juez, con su formación y con la posición doctrinaria, quien debe plasmar en sus resoluciones o sentencias un desarrollo de los elementos de la teoría del delito, ayudándose para ello de las disposiciones legales que hemos desglosado. Concluimos analizando el Art. 34 del COIP.

Artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal

En relación a la Culpabilidad, este artículo preceptúa:

Artículo 34. Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su Conducta.

Sobre este principio, señalamos tres son los elementos de la culpabilidad anotados por Álvaro Román Márquez; estos elementos son: capacidad de culpabilidad o de imputabilidad, comprensión de la antijuridicidad del acto, y por último exigibilidad de un comportamiento distinto. Como podemos apreciar, el tercer elemento de la culpabilidad fue omitido por los redactores del COIP.²⁰²

Para el objeto de este trabajo solo tomamos, como objeto de análisis, la comprensión de la antijuridicidad del acto, que es lo que da origen al error de prohibición y fue abordado en el capítulo III. Sin embargo, no queremos dejar pasar en este punto del análisis la opinión de varios autores ecuatorianos en relación a lo tratado.

Pablo Encalada señala que: “para que la sociedad haga un juicio de reproche a una persona por cometer un delito, esta debe haber tenido conocimiento, al menos potencial, de que la conducta era antijurídica. El error de prohibición es precisamente la falta de conciencia o el desconocimiento que la conducta es antijurídica. Lo cual cobra mayor relevancia en un estado plurinacional como el nuestro.”²⁰³ Este autor indica que la exigencia del conocimiento de la antijuridicidad debe ser potencial, en base a la ética de la responsabilidad, empero no explica que constituye, para él, esta “ética de la responsabilidad.”

Ramiro García Falconí expresa: “quienes actúan bajo desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta no pueden ser considerados culpables y es base para que se excluyan, por tanto, a inimputables y a quienes incurran en él denomina error de prohibición.”²⁰⁴ Cabe señalar que el autor no llega a desarrollar el tema del error de prohibición más allá de enunciarlo brevemente. Tampoco establece si es posible su aplicabilidad a nivel del Ecuador.

²⁰² Román Márquez, Álvaro. *Teoría del Delito en el Ecuador*. Quito: El Fórum. 2015

²⁰³ Encalada, Pablo. “El Dolo, La Culpa y la Teoría del Error en el Código Orgánico Integral Penal”. En Ávila Santamaría, Ramiro. (Ed). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación Editora Nacional. 2015. 77.

²⁰⁴ García Falconí, Ramiro. *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo I, Arts. 1 al 78*. Perú: Ara. 2014. p.66

A nuestro criterio, dentro de los autores nacionales, quien expone de manera más sistemática y clara el tema del conocimiento o comprensión de la antijuridicidad de la conducta es Román Márquez, quien parte de la filosofía para explicar el tema propuesto, posteriormente hace un análisis de los autores relevantes, para finalmente proceder a explicar el tema en el plano de la realidad ecuatoriana. Lo citamos para únicamente ojear lo indicado por el autor, quien expone:

¿Qué es el conocimiento? Kant plantea el “Dualismo entre sujeto y objeto”, esto quiere decir, que el conocimiento es un proceso por el cual el sujeto, a través de sus sentidos, observa el objeto a valorar, en este instante se produce el conocimiento consiente que origina el contenido de la conciencia del objeto. En la teoría del conocimiento de Kant, ese objeto se encuentra en el caos y en las intuiciones puras que son el tiempo y el espacio, en el momento que ingresa a nuestro intelecto este posee de categorías que van a ordenar a este objeto y lo convertirán en un fenómeno determinado por estas categorías a priori como son de calidad, cantidad, relación y modalidad.²⁰⁵ [...] En el caso del Derecho Penal, el sujeto que es autor del delito, debe poseer en el momento del acto una capacidad sensorial y percepción de las cuestiones descriptivas del hecho y de comprensión intelectual de las normativas y de los elementos esenciales y/o eventuales del tipo objetivo y de la norma²⁰⁶.

Aquí podemos incluir a nuestra realidad ecuatoriana, en la cual el Estado es plurinacional e intercultural, esto hace que exista varias nacionalidades que tienen, en primer momento, su propia cultura, sus propias normas de comportamiento social, así mismo sus derechos colectivos, su propia filosofía, como estudios de derecho de la sociología o de la antropología. Podemos hacer un estudio de conocimiento de la cultura Kiwcha describiremos en forma minuciosa en qué consisten sus comportamientos, sus ritos, sus pautas, su forma de juzgar, de sancionar, etc., eso se llama conocimiento, pero no comprensión. ¿Por qué sostiene estos? Menciona que “no nos podemos motivar en esos valores, en esas normas, porque no las comprendemos”. Hay indudablemente algo que nos impide motivarnos en esos valores, pese a que a veces podemos conocerlos hasta en su mínimo detalle.²⁰⁷

Con este corolario podemos concluir que solo el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta no basta para realizar el juicio de reproche al autor, sino que se necesita, además, la comprensión, la internalización de la antijuridicidad de la conducta. Ergo, el Art. 34 del COIP establece como requisito, para que una persona sea culpable del acto atribuido, que el actuar del sujeto sea con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, esto como aspecto positivo, pero el aspecto negativo es el desconocimiento de la antijuridicidad, y, como sostenemos, la faz negativa se configura con la falta de comprensión e internalización de la ilicitud del comportamiento. Si el sujeto no ha internalizado no comprende que su actuar es ilícito, habría una causa de inculpabilidad que es el error de prohibición.

²⁰⁵ Román Márquez, Álvaro. *Teoría del Delito en el Ecuador*. Quito: El Fórum Editores. 2015. p.58-59

²⁰⁶ Obra. Cit. p.59

²⁰⁷ Obra. Cit. p.60

Conclusiones

Luego del análisis realizado desarrollamos brevemente algunas de las conclusiones a las cuales hemos llegado. Una vez analizado sistemáticamente el error de prohibición, su origen y consecuencias, y demostrado que el código integral penal eliminó de sus postulados las disposiciones que podrían limitar la figura del error, podemos concluir que: el Sistema Penal Ecuatoriano está compuesto por reglas de conductas llamadas normas, estas normas son de determinación y poseen un carácter imperativo. La inobservancia de la norma acarrea como consecuencia la antijuridicidad formal del hecho cometido con relación a todo el ordenamiento legal, por eso el error de prohibición en la doctrina es considerado como la faz negativa de la antijuridicidad.

Con relación al injusto personal nos sumamos a la teoría de la culpabilidad, ya que el dolo es un elemento del tipo ubicado sistémicamente en el tipo subjetivo. Este dolo no contiene la conciencia de la antijuridicidad de la conducta por ser un dolo neutro, avalorado, por cuanto no se tiene conocimiento que se está obrando ilícitamente, o se piensa que el obrar se encuentra permitido, cuando legalmente está prohibido. La conciencia de la ilicitud o de la antijuridicidad de la conducta se analiza en la esfera de la culpabilidad cuando se realiza el juicio de reproche al autor del acto típico, antijurídico, por no haberse podido motivar con la norma.

Bajo este análisis podemos afirmar que, quien actúa con desconocimiento de la ilicitud de la conducta incurre en un error de prohibición, supuesto que está establecido en el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal. Por un lado está la imputabilidad, aspecto alejado del objeto de este trabajo, y por otro el actuar con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta; estos son los dos requisitos que deben concurrir para que una persona sea considerado responsable del ilícito que se le atribuye, empero, cuando no existe conocimiento de que se comete un ilícito se estaría incurriendo en una causa de inculpabilidad (error de prohibición), como ya lo manifestamos anteriormente.

Consideramos que el aspecto problemático no está en aceptar si existe o no error de prohibición en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues ya hemos demostrado que sí existe, la dificultad se presenta a la hora de su aplicabilidad por parte de los operadores de justicia. La solución requiere, entonces, que los jueces, a través de la interpretación constitucional, de la Constitución y tratados internacionales de Derechos Humanos, garanticen los derechos más favorables a favor del acusado. Ya vimos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos amplió el espectro de aplicación del principio de favorabilidad, incluso para crear nuevas causas de inculpabilidad, por ende, los operadores de justicia ahora deben asumir su verdadero rol y aplicar esta figura de la dogmática penal con el fin de contener el poder punitivo del estado que busca más la vindicta que el restablecimiento del orden social alterado.

En el plano legal, donde se objetiviza la norma, podemos ver claramente que es la doctrina, la jurisprudencia, la que debe llenar los vacíos legales de interpretación, pero para que esto sea así, deben ser los jueces los que asuman su rol y apliquen todo el desarrollo doctrinal que, en un siglo y medio, ha desarrollado el Derecho Penal. Debemos recordar, para concluir, que la inspiración filosófica de nuestra Constitución es garantista de los derechos de los ciudadanos, es por ello que consagra el principio de *ultima ratio* en materia penal, y este debe prevalecer sobre el punitivismo plasmado en el Código Orgánico Integral Penal, ergo, este cuerpo normativo debe guardar armonía con nuestra Constitución.

Bibliografía

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. Borrador del *Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 28 de mayo de 2012.
- Ávila Santamaría, Ramiro. (Ed). *Código Orgánico Integral Penal, Hacia una mejor comprensión y aplicación*. Quito: Corporación Editora Nacional. 2015
- Ávila Santamaría, Ramiro. "El código orgánico Integral Penal y su potencial aplicación garantista." En Ávila Santamaría Ramiro. (Ed.) *Código Orgánico Integral Penal, Hacia una mejor comprensión y aplicación*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del derecho Constitucional. 2012
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Ara. 2004
- Botero Bernal, José. "Algo más que decir sobre el error de prohibición en la normativa penal colombiana? Disponible en:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130808_02.pdf
- Bustos Ramírez, Juan. *Obras Completas: Derecho Penal Parte General*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 2008
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Tomo I*. Bogotá: Temis 2004.
- Castro Cornejo, Toribio. *El Error en el Derecho Penal, El Error de Prohibición y el Error Culturalmente Condicionado*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro. 2010
- Ceballos Patino, Pedro. "El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana" Disponible en:
[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=569&Itemid=34,](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=569&Itemid=34)
- Cerezo Mir, José. *Obras Completas: Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Lima: Ara. 2006
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nro. 180, Quito, lunes 10 de febrero del 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nro. 449, Quito 20 de Octubre de 2008.
- Córdoba Roda, Juan. *El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito*. Montevideo: Buenos Aires: B de F 2013

Correras, Francesc.; Rovira, Enoch. *Fuentes del Derecho*. Catalunya: La Universidad Virtual. 2003

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay Sentencia de 31 de agosto de 2004* (Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. p.88

Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Barcelona: Bosch. 1975

Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal, Parte General. Tomos I, II, IV*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2009

Encalada, Pablo. “El Dolo, La Culpa y la Teoría del Error en el Código Orgánico Integral Penal”. En Ávila Santamaría R. (Ed). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación Editora Nacional. 2015

Fernández Carrasquilla, Juan. *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal, Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Bogotá: Leyer. 1998

Fernández Molina, Fernando. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*. Madrid: Bosch. 2003

Ferrajoli, Luigi. *Principio Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. 1 Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2011

Fontan Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1995

García Falconí, Ramiro. *Código Integral Penal Comentado. Tomo 1*. Lima: Ara. 2014

Gracia Marín, Luís. *Fundamentos de Dogmática Penal*. Lima: IDEMSA. 2005

Jakobs, Gunther. *Nuevo Concepto de Derecho Penal. Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Tomo I*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid 2008

Jaramillo Ortega Rubén. *Introducción al Derecho*. Loja: Ed. Universidad Técnica Particular de Loja. 1995

Jiménez de Azua, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Buenos Aires: Losada. 1965

Kelsen, Hans. *La Teoría Pura del Derecho, Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Buenos Aires: Lozada. 1941

- Maurach, Reinhart.; Zipf, Heinz. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Astrea.1994
- Mezger, Edmund. *Derecho Penal Tomo I*. Buenos Aires: Valleta. 2004
- Molina Fernández, Fernando. *Antijuridicidad Penal y Sistemas del Delito*. Madrid: Bosch. 2003
- Montaño Pinto, Juan. “El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.” En Montaño Pinto Juan. (Ed) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de Trabajo. Tomo I*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá: Temis. 2004
- Muñoz Conde, Francisco. *El error en Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003
- Muñoz Conde Francisco.; García Aran, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007
- Objeción parcial al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, con fecha 16 de enero de 2014.
Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/coip/objecion-parcial-coip-16-01-2014.pdf>
- Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas*. Lima: Grijley. 2004
- Registro Oficial, Suplemento N° 180 - Lunes 10 de febrero de 2014
- Registro Oficial, Suplemento N° 544 de 09-mar.-2009
- Román Márquez, Álvaro. *Teoría del Delito en el Ecuador*. Quito: El Fórum. 2015
- Scheweitzer, Miguel. *El error de derecho en materia penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1964
- Silva Sánchez, Jesús María. *Observaciones sobre el conocimiento <eventual> de la antijuridicidad*. Disponible en:
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1987-30064700664_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Observaciones_sobre_el_conocimiento_%22eventual%22_de_la_antijuricidad
- Tena Aragón, María. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: s/e. s/f p 13
- Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis. 2002

Welzel, Hans. *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Montevideo - Bueno— Aires: B de F. 2013.

Welzel Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo - Bueno— Aires: B de F. 2006

Yavar Umpierrez, Fernando. *Principio de Favorabilidad y COIP*. Disponible en:
http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/23092014/dp-principio_favorabilidad.pdf

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General. Tomo IV*. Buenos Aires: EDIAR.

Zambrano Pasquel, Alfonso. *Estudio Introductorio a las reformas al código integral penal, año 2009*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009