

06

Fecha de presentación: febrero, 2022

Fecha de aceptación: mayo, 2022

Fecha de publicación: agosto, 2022

LA AUSENCIA

DEL ERROR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN LA CONDUCTA DELICTIVA DEL PROCESADO EN ECUADOR

THE ABSENCE OF ERROR IN THE CODE ORRGÁNICO INTEGRAL PENAL IN THE CRIMINAL CONDUCT OF THE DEFENDANT IN ECUADOR

Diego Francisco Granja Zurita¹

E-mail: ua.diegogranja@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1305-3895>

Mario Holger Abad Tandazo¹

E-mail: ua.diegogranja@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8192-0911>

Julio Alfredo Paredes López¹

E-mail: ua.julioparedes@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6982-1742>

Cristoval Fernando Rey Siquilanda²

E-mail: us.cristovalrey@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5820-0430>

¹Universidad Regional Autónoma de Los Andes. Ambato. Ecuador

²Universidad Regional Autónoma de Los Andes. Santo Domingo. Ecuador

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Granja Zurita, D. F., Abad Tandazo, M. H., Paredes López, J. A., & Rey Siquilanda, C. F., (2022). La ausencia del error en el código orgánico integral penal en la conducta delictiva del procesado en Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S4), 59-69.

RESUMEN

La ausencia del error en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), como causa de justificación de la antijuricidad en la conducta delictiva del procesado, es un tema importante porque nace en la doctrina del Derecho Penal, y específicamente en la Teoría del Delito como sistema capaz de conceptualizar el delito en elementos estructurales. Es así que, una vez que puede observarse que el COIP de Ecuador, vigente desde el 10 de agosto de 2014, plantea en su artículo 18 el concepto estructural de delito o dígase de, infracción penal, puede observarse también que, sigue una corriente impulsada por la Escuela Finalista de Derecho. El presente trabajo se centra en el elemento antijuricidad dentro de la estructura del delito y sobre él. Para esta investigación han sido empleados los métodos de investigación Inductivo – Deductivo, Analítico – Sintético, Histórico – Lógico y como técnicas de investigación, la Observación y la Revisión Bibliográfica. El análisis de las causas excluyentes o causas de justificación, que conoce la doctrina, permitió identificar que, en el COIP, se regulan cuatro causas de justificación obrantes todas en su artículo 30, pero deja de establecer el error como causa excluyente de la antijuricidad o como causa de justificación. Sobre la necesidad de su regulación legal versará este trabajo.

Palabras clave: Antijuricidad, Causas de Justificación, Error, Código Orgánico Integral Penal, Ausencia legal.

ABSTRACT

The absence of error in the Organic Comprehensive Criminal Code (COIP), as a justification for illegality in the criminal conduct of the accused, is a very important issue because it is born in the doctrine of Criminal Law, and specifically in the Theory of Crime as system capable of conceptualizing crime in structural elements. Thus, once it can be seen that the COIP of Ecuador, in force since August 10, 2014, raises in its article 18 the structural concept of crime or, say, criminal offense, it can also be seen that it follows a trend driven by the Finalist School of Law. The present work focuses on the unlawful element within the structure of the crime and on it. For this research, the Inductive - Deductive, Analytical - Synthetic, Historical - Logical research methods have been used and as research techniques, Observation and Bibliographic Review. The analysis of the excluding causes or causes of justification, known to the doctrine, made it possible to identify that, in the COIP, four causes of justification are regulated, all of them in its article 30, but it fails to establish the error as an excluding cause of unlawfulness or as justification. This work will deal with the need for its legal regulation.

Keywords: Unlawfulness, Grounds of Justification, Error, Comprehensive Organic Criminal Code, Legal Absence.

INTRODUCCIÓN

La ausencia del error en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), como causa de justificación de la antijuricidad en la conducta delictiva del procesado, es un tema de gran importancia que ha motivado la realización de la presente investigación, entre otras razones porque la Teoría del Delito establece elementos estructurales que conforman su concepto. Según la Escuela Finalista, se define el delito como la conducta típica, antijurídica, culpable y que tiene prevista una sanción.

Por ende, esa conducta puede ser una acción u omisión humana, que está descrita en la ley y ahí se constata su tipicidad conformada por una serie de elementos normativos que describen dicha conducta, la cual daña o pone en peligro bienes jurídicos protegidos por la ley penal y en este daño o peligro a bienes jurídicos encontramos el elemento antijuricidad o antijuricidad; sobre estos elementos y previa su integración, se realiza un juicio de culpabilidad sobre el autor y el hecho, así como sobre el vínculo del autor con el hecho delictivo en cuestión, todo lo que, servirá como sustento para imponer una sanción penal (Esbec & Echeburúa, 2016).

Dentro de estos elementos se puede observar la presencia del elemento antijuricidad o antijuricidad, el cual es sinónimo de anti-normatividad, o, contrario a derecho. Este elemento de la estructura del delito es lo que convierte la conducta delictiva en ilícita y va fundamentada, sobre todo, por el hecho de dañar o poner en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal como se decía anteriormente. (Guarnizo, et al., 2021)

Sobre estos puntos propios de este tema de investigación existe muchísima doctrina y literatura técnica que se estará consultando y referirá cuando sea oportuno. Ahora bien, el caso estriba en que, en ocasiones, existen circunstancias o causas, que pueden justificar la conducta delictiva y su comisión, tanto así que de ser ilícita, pasará a ser lícita, basado sobre todo en la justificación que favorece al acusado o procesado, o al simplemente comisor del delito, para cometer dicha conducta a pesar de constituir delito, por estar descrita como tal en la ley penal en cuestión, en nuestro caso, es de decir, a pesar de estar descrita en el COIP dicha conducta delictiva. (Macazana, et al., 2022)

De ahí se desprende la existencia de las causas de justificación de la conducta delictiva, o, lo que es lo mismo, las causas eximentes de la responsabilidad penal que excluyen al elemento antijuricidad. La exclusión referida del elemento antijuricidad se debe precisamente a que inciden sobre este elemento estructural del concepto de delito, formulado por la teoría del delito. La doctrina

conoce cinco causas de justificación de la conducta, a decir:

- Legítima defensa.
- Estado de necesidad.
- Cumplimiento del deber.
- Obediencia debida.
- Error.

De entre ellos, se estará investigando teóricamente en este trabajo o artículo científico, sobre el error. Sobre el error existen varias acepciones e incluso, puede existir error que incida en diferentes elementos de la estructura del delito y sobre ellos se estará explicando, pero concretamente, este trabajo versará sobre el error que es capaz de excluir el elemento antijuricidad.

Y es que, el error de prohibición en el Derecho Penal se da como una causal eximente de la responsabilidad, por cuanto, desvirtúa la antijuricidad, la cual, dentro de la imputación objetiva del delito se encuentra inmersa dentro de la culpabilidad, lo que quiere decir, que, contrario al principio que reza en la cotidianeidad: “el desconocimiento de la norma no excusa al culpable”, pero, en el caso del error de prohibición, dicha ignorancia, sí se podrá constituir en un factor que excluya el hecho culpable del sujeto activo que ha vulnerado el tipo penal. Dicho error se refiere tal y como lo explica Balanguera y Pallares:

“el autor de un hecho punible no podía alegar en su favor el desconocimiento o ignorancia de la norma como motivo de ausencia de responsabilidad, con lo cual también, se vulneraba el principio de presunción de inocencia.” (Balanguera & Pallares, 2011).

Debe referirse que, con la entrada en vigor del COIP, el 10 de agosto de 2014, dejó de existir en la ley penal ecuatoriana, la eximente del error, pues fue suprimida, a pesar de que anteriormente existía consignada en ley. Dígase que el Código Penal anterior establecía en su art. 36 que:

“Cuando la acción u omisión que la Ley ha previsto como infracción es, en cuanto al hecho y no al derecho, resultante del engaño de otra persona, por el acto de la persona engañada responderá quien le determinó a cometerlo.” (Ecuador. Asamblea Nacional. 2014).

Refiriéndose así, a que quedaría perdonado en su conducta delictiva el que actuara influenciado por el error de hecho y no de derecho.

Analizando específicamente el hecho en que el acusado por un delito, que bien podría ser el estupro, actúa con desconocimiento de la concurrencia de un hecho o circunstancia que convierte al acto en delictivo y de no

existir dicho elemento o circunstancia no sería delito dicho acto, como puede ser el caso, de un señor que conoce a una mujer en determinadas circunstancias, por ejemplo, en una discoteca y, el tamaño, complexión física y comportamiento de la mujer describe a una persona mayor de edad, además del lugar donde la conoce, es atractiva a su gusto y la invita a bailar y comienzan a conversar y reírse y surge una atracción mutua, tomando y compartiendo cervezas, él, la invita a pasar la noche juntos en su casa y ella acepta, sin embargo, al amanecer tocan a su puerta unas personas que resultan ser los padres de la mujer, y le refieren que está acusado de estupro, pues ha sostenido relaciones sexuales con una mujer que tiene 17 años de edad, manifestando él, que no existía nada que lo hiciera pensar o suponer que esta mujer tuviera esa edad, pues el lugar donde la conoció, su complexión física y su comportamiento representan una mujer con madurez suficiente como para suponer su mayoría de edad (Riega-Virú, 2016).

De modo que él ha desconocido un elemento o circunstancia objetiva que de haberlo sabido se habría abstenido de yacer carnalmente con dicha señorita, pues sabe que no es lícito, pero incurrió en error al desconocer un elemento objetivo que convertía el acto en delictivo, por ende, está amparado por una causa de justificación o causa que excluye la antijuridicidad. Pero debido a que no está recogido legalmente en el COIP, ante un caso como este no habría cómo excluir de responsabilidad penal al procesado en cuestión.

La teoría del delito establece cuáles son los elementos estructurales que conforman el delito, como concepto sistematizado, así como, establece también, el contenido de cada uno de los elementos estructurales de delito, así como, las circunstancias tanto, de hecho, como de derecho, que prevé la ley y que, de concurrir son capaces de excluir cada uno de estos elementos.

Ya se explicaba que la antijuridicidad es uno de esos elementos estructurales y se anuncia también que la doctrina reconoce cinco causales o causas de exclusión de dicho elemento estructural. Quiere decir que, de integrarse alguna de esas causales que cumpla los requisitos que expresamente la ley exige quedaría excluido el elemento de antijuridicidad, al quedar excluido este elemento en la conducta, dejaría de ser delito.

El hecho de que, el error como causa de justificación y excluyente de la antijuridicidad, no esté contemplado en el COIP, vulnera la aplicación correcta de la teoría del delito, causa indefensión al procesado, vulnerándose con ello su derecho a la defensa, material y técnica, así como, incide de la tutela judicial efectiva y en la falta de seguridad

jurídica, pues aun y cuando en su actuar quede demostrado la concurrencia de esta circunstancia o causal, no puede aplicársele, por el hecho de que la ley no la regula.

Este error que se pretende argumentar en la presente investigación en cuanto a la necesidad de regulación legal puede tener varias vertientes y acepciones doctrinales, pero el error cuya presencia se reclama es el error de tipo, que también se estará argumentando. De este tema se ha derivado entonces el siguiente problema científico: La falta de tipificación en el COIP, del error como causa de exclusión de la antijuridicidad, vulnera los derechos y garantías constitucionales del procesado (Aristizabal, et al., 2017).

Para dar respuesta al problema científico se ha definido como objetivo general de la presente: Elaborar una propuesta de reforma jurídica legislativa, dirigida a incluir en el artículo 30 del COIP, la institución del error como causa de exclusión de la antijuridicidad. Siendo necesario cumplimentar los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar teóricamente las causas de justificación de la conducta o causas de exclusión de la antijuridicidad y cómo su ausencia típica, afecta a los derechos de los procesados.
2. Determinar la naturaleza, contenido e importancia del error como causa de exclusión de la antijuridicidad y su ausencia en el COIP.
3. Determinar los componentes de un anteproyecto de reforma legislativa con los elementos necesarios para proponer la configuración legal en el COIP, del error, como causa de exclusión de la antijuridicidad y ayudar al Juzgador a la aplicación correcta de la ley.

MATERIALES Y MÉTODOS

Se emplearon los métodos tales como el Inductivo – Deductivo, con él que se pudo extraer, a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, una adecuada aplicación legal del error como institución jurídica del Derecho Penal, en este caso como causa de justificación de la conducta delictiva o como causa de exclusión de la antijuridicidad, su no aplicación conllevaría a, y, de hecho, conlleva a un tratamiento erróneo de la teoría del delito en el derecho penal ecuatoriano.

Analítico – Sintético: Para poder realizar una auténtica valoración del problema, separar sus partes hasta llegar a conocer la correcta aplicación del error como circunstancia eximente de la responsabilidad penal, acorde a sus clasificaciones.

Histórico – Lógico: Porque previo al desarrollo de la propuesta este trabajo se basará en el origen y evolución del

error como causa de exclusión de la antijuricidad y su trascendencia y clasificación jurídico-técnica.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La antijuricidad o antijuridicidad es el elemento en la estructura o concepto del delito, según el cual, la conducta para que sea delictiva primero y necesariamente ha de ser típica, es decir, ha de estar descrita en la ley, en la norma y luego derivado de ello, podrá ser o no antijurídica, la antijuricidad, significa contrario a derecho, contrario a la norma, que daña o pone en peligro alguno o algunos de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal en cuestión. La antijuricidad está regulada en el art. 29 del COIP:

“Artículo 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014).

Ahora bien, en ocasiones las conductas delictivas que están descritas en la ley penal en cuestión, diríamos en este caso, en el COIP, pueden llevarse a cabo, en determinadas circunstancias y ante determinadas situaciones fácticas en las que, el agente comisario del delito, resulta estar justificado a cometerlo, y surgen ahí las posibles causas eximentes de la responsabilidad penal, también conocidas como causas de exclusión de la antijuridicidad o causas de justificación, esto es así porque, en definitiva, justifican haber cometido el delito (Robles, 2016).

Cuando concurre una de las causas, que la doctrina conoce y la ley establece como causas de justificación, el delito deja de ser delito porque pierde el elemento antijuridicidad, es decir, la conducta típica deja ser antijurídica en base a que el agente, actuó bajo justificación, estaba justificado a cometer dicha conducta (Esbec & Echeburúa, 2016).

Una vez entendidas las causas de justificación como ciertas circunstancias que eximen de responsabilidad al autor, es necesario indicar lo que se menciona en el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal el mismo que indica que las causas de exclusión de la antijuridicidad serán entendidas como que:

“no existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014).

De modo que, en la norma penal ecuatoriana, exactamente en el art. 30 del COIP, actualmente se conciben

cuatro causas de justificación o excluyentes de la antijuridicidad, a decir:

- La legítima defensa,
- El estado de necesidad,
- El cumplimiento del deber,
- La obediencia debida.

Sin embargo, contrario a la doctrina, a la vida práctica y a la propia dogmática jurídica penal, así como, a la norma y principio de legalidad, el COIP, deja de regular al error como otra posible causa excluyente de la antijuridicidad o, dicho de otro modo, no la establece como una posible causa de justificación.

Concepto y posiciones teóricas sobre el error, como causa excluyente de la conducta delictiva

Sobre la existencia del error excluyendo la antijuridicidad existen opiniones opuestas como la del autor italiano, Ricardo Núñez, defensor de la vigencia, en el derecho penal, del principio error iuris nocet, (Zaffaroni, 1988), principio romano del que se deriva que, el desconocimiento de la ley no exime al culpable. Sin embargo, esta máxima de derecho alcanza diversos matices y sobre esto se estará hablando en este trabajo (von Feigenblatt et al, 2021).

Y es que, contra esta opinión ha reaccionado un amplio sector de la doctrina, encabezado por Enrique Bacigalupo enfocándose en el error de prohibición, y focalizar en este trabajo cómo el error puede influir en la punibilidad excluyendo la culpabilidad, y como, puede, sobre todo, influir en la exclusión de la antijuridicidad (Arzate & de Paz González, 2015).

Se dice que este tipo de error se presenta cuando el agente desconoce la existencia del mandato prohibitivo, cuando analiza mal o de modo defectuoso sus implicancias, o cuando yerra sobre la aplicación al caso de una causal de justificación o su basamento fáctico. Siguiendo a Donna, también se puede decir que: el autor de un hecho antijurídico se encuentra en error de prohibición cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o condicionada (Busto Lago, 1995).

Resulta claro que, si el sujeto no pudo conocer el mandato prohibitivo o erró inevitablemente sobre sus alcances, entonces no pudo motivarse en la norma y actuar conforme a ella. “A la capacidad de una motivación adecuada a la norma es el elemento constitutivo del reproche de culpabilidad de carácter decisivo” (Bacigalupo, 1995).

En cuanto a la fundamentación supranacional de la impunidad por error de prohibición, se le puede encontrar

en las previsiones de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Clasificaciones del Error

El estudio y comprensión del error conlleva a su clasificación, es así como, podrán encontrarse:

Error de prohibición directo: cuando el sujeto desconoce la existencia del mandato de ley o de sus alcances, y, error de prohibición indirecto, que es cuando se cree contar con una causa de justificación (y en realidad no cuenta) o yerra sobre el sustrato fáctico de la misma (Díaz, 2016).

Para Jescheck, hay error de prohibición directo cuando el autor no conoce la existencia de la prohibición. A su turno, habrá error indirecto cuando el autor supone un precepto permisivo, el cual no existe, nos podemos encontrar con error directo abstracto (sobre la existencia de la norma), error concreto o indirecto (el autor supone que su accionar está permitido) y el error sobre una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho (Gardinetti, 2004).

Bacigalupo sistematiza los distintos casos de error sobre la antijuridicidad en (Balanguera & Pallares, 2011):

- a) Error sobre la existencia de la norma abstracta (casos en que el autor desconoce que el ordenamiento jurídico prohíbe determinado hecho);
- b) Error sobre la existencia de una causa de justificación (el autor supone que el ordenamiento jurídico contiene una permisión determinada, que en realidad no contiene);
- c) Error sobre los presupuestos de una causa de justificación (se trata del error que versa sobre circunstancias en las que el ordenamiento jurídico otorga una autorización para obrar); y
- d) Error sobre los límites de la necesidad (en este caso el autor ha obrado en la creencia de que su acción era necesaria para la defensa de un bien jurídico determinado, cuando objetivamente no lo era).

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados o según determine la ley en cuestión, pues así generalmente acostumbra a establecer los diferentes ordenamientos jurídicos penales que establecen al error en su norma penal sustantiva.

La culpabilidad requiere la comprensión potencial de la antijuridicidad con relevancia penal, lo que demanda que el autor tenga la posibilidad de comprender la naturaleza y entidad del carácter injusto de su acto. Cuando por

cualquier error invencible al autor no pueda exigírsele la comprensión de que su injusto tenía entidad penal por más que comprendiera su simple antijuridicidad, no habrá culpabilidad. Así, quien cree que su injusto es convencional cuando es penal, mediando un error invencible al respecto, no será culpable, porque no habrá podido comprender la criminalidad, sin que importe si fue o no un "error de subsunción", porque la culpabilidad desaparece sólo porque es un error de prohibición, porque no pudo comprender que su conducta estaba prohibida con relevancia penal (Flórez-Garay, 2017).

Sin embargo, en opinión de los autores, esta clase de error defendida por el Doctor argentino no impide, propiamente comprender el carácter antijurídico de la acción, o sea, existen elementos suficientes que le permiten al agente comisor del hecho comprender que su acción u omisión va contra la norma penal, y, por ende, este agente debe responder por la realización del delito cometido, aunque su responsabilidad penal pueda ser atenuada o no. Esta es la opinión que esgrime también Sancinetti, cuando dice: "Por el momento debe quedar clara esta consecuencia: que un error sobre la gravedad de la acción antijurídica, reconocida como tal, no excluye la reprochabilidad [la culpabilidad]" (Sancinetti, 1990).

Ante este tipo de error la solución que ofrece Donna es neutral y justa, y refiere que, no debe excluirse la culpabilidad, sino tan sólo tenerlo en cuenta como circunstancia a la hora de mensurar la pena (Donna, 1995). Se dice que el error de prohibición es evitable en ocasiones y, en consecuencia, se han establecido varias pautas de evitabilidad por parte de la dogmática penal. Esto estriba en determinar previamente si, cuando el agente obró en el delito con error, este error era o no, evitable.

Al respecto Zaffaroni, admite tres aspectos:

- a) Si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la antijuridicidad, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información;
- b) Si el de sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del tiempo de que disponga para la decisión, reflexión, etc.; y,
- c) Si al autor le era exigible que concibiese la antijuridicidad de su conducta, lo que no acontece cuando, cualquier sujeto prudente y con igual capacidad intelectual que el autor, no hubiera tenido motivos para sospechar la antijuridicidad (Zaffaroni, 1988).

Al respecto, Enrique Bacigalupo sostiene el siguiente esquema progresivo de análisis:

"El acusado alega haber desconocido la antijuridicidad de su acción (ignoraba, dice, que el hecho estaba

prohibido, que era punible, que era delito, etc.) y el Tribunal estima creíbles sus dichos. ¿Pudo evitar el autor su error de prohibición?

- a) ¿Tuvo razones para pensar en la antijuridicidad? Las tuvo: - si tuvo dudas sobre la antijuridicidad; - si sabía que producía un daño a otro o a la sociedad; si actuaba en un ámbito regido por regulaciones especiales;
- b) ¿Tuvo posibilidades de despejar su error? Las tuvo: - si pudo despejar el error mediante el autorreflexión; - si pudo acudir a una fuente fiable de información jurídica que hubiera podido dar una respuesta adecuada a la cuestión jurídica planteada” (Bacigalupo, 1995).

Indudablemente, este esquema contribuye mucho a determinar si era evitable o vencible el error en cuestión.

El error como causa de justificación de la conducta delictiva. Dentro de la antijuridicidad

La teoría estricta del dolo considera, en efecto, que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho por parte del autor del mismo es un elemento integrante del dolo y que, por tanto, debe tener el mismo carácter que cualquier otro tipo de conocimiento necesario para imputar el hecho a título de dolo.

Es decir, para la teoría estricta del dolo, el conocimiento de la antijuridicidad debe tener, psicológicamente, el mismo carácter e intensidad que el conocimiento de cualquier otro dato configurador del hecho delictivo, sea este un simple elemento descriptivo del tipo de delito en cuestión, uno normativo o el presupuesto objetivo de una causa de justificación.

Según Conde (2004), el conocimiento de todos estos datos, incluido el de la antijuridicidad, tiene que ser, por tanto, actual y referido al momento del hecho. La falta de ese conocimiento, cualquiera que sea su causa u origen, determina la ausencia del dolo y con ello la imposibilidad de imponer la pena correspondiente a la realización dolosa del delito en cuestión.

Si esa falta de conocimiento se debe a error vencible o evitable, es decir, a negligencia, podrá venir en consideración la aplicación del correspondiente tipo imprudente del delito, siempre y cuando se den los presupuestos de esta forma de comisión y exista la correspondiente previsión legal de la misma.

Desde un punto de vista puramente lógico, nada hay que objetar a esta teoría que se comporta de un modo coherente con las premisas de las que parte: la concepción del dolo en su aspecto intelectual como el conocimiento de los hechos fundamentados de la pena y de la significación antijurídica de la acción.

Con independencia a cualquiera que sea luego la opinión que se adopte respecto a la posición sistemática del dolo en la teoría general del delito, como elemento del tipo o de la culpabilidad, y a la pertenencia de incluir en él el conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*), nadie podrá discutirle a esta teoría el mérito indiscutible de haber sido la primera en poner de relieve la necesidad, por consideraciones intrasistemáticas y político criminales evidentes, de exigir el conocimiento de la antijuridicidad como requisito indispensable para la imposición de una pena (Conde, 2004).

La distinción entre tipicidad y antijuridicidad obliga también a distinguir entre el conocimiento de los elementos que pertenecen a la tipicidad y el de los elementos que pertenecen a la antijuridicidad.

En el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), el dolo, que abarca el conocimiento de los elementos de la tipicidad es un dolo natural que nada tiene que ver con el conocimiento de la antijuridicidad que se sitúa en un plano sistemático distinto y con distinta función político criminal, de hecho, el COIP, ubica el dolo dentro del elemento tipicidad, así lo reflejan el artículo 25 y siguientes.

Existen incluso, disímiles ejemplos prácticos que podrían diferenciar estos tipos de error, sin embargo, acá abordaremos sobre los argumentos de tipo psicológico que se arguyen en favor de una separación entre el conocimiento de los elementos del tipo y el conocimiento de la antijuridicidad.

Así, por ejemplo, se dice: Mientras el conocimiento de un elemento perteneciente a la descripción del hecho en un tipo legal constituye normalmente un simple acto de percepción visual de un objeto (elemento descriptivo) o, en todo caso, una aprehensión del significado social o jurídico de ese objeto a través de una valoración paralela en la esfera del profano (elementos normativos); el conocimiento de la antijuridicidad es un acto psicológico más profundo que no se produce en un momento determinado, sino que es la consecuencia de todo un largo proceso de aprendizaje, de internalización de las pautas de conducta y sistemas de valores, de formación del Súper-Yo. El conocimiento de la antijuridicidad sería, un conocimiento inactual.

La teoría del dolo no incurre, por tanto, por este lado, en ninguna contradicción teórica. En todo caso, desde el punto de vista práctico, lo importante no sería tanto la diferente génesis de cada clase de conocimiento, sino el conocimiento mismo y la demostración de su existencia, es decir, se debe demostrar que el agente conocía la antijuridicidad del acto que llevó a cabo en toda su extensión

y ahí podría decirse que existía pleno conocimiento de la antijuridicidad.

Entre las formas de conciencia que admite el dolo hay que incluir también la co-consciencia, consciencia marginal o concomitante, es decir, aquella forma de conocimiento que no es explícitamente evocada en el momento de cometerse el delito. Por ejemplo, la edad de la víctima en la violación impropia (menor de doce años) o en el estupro (menor de dieciséis años en el estupro fraudulento, menor de dieciocho en el estupro de prevalimiento). Hay que determinar en estos casos qué posibilidades reales y vencibles, tenía el agente comisor de conocer el elemento fáctico de la edad de la presunta víctima, que convierte el hecho lícito en ilícito.

Para dar solución a esta problemática surgió en el Derecho Penal la Teoría del Error, con ella se aportan herramientas teóricas para determinar cuáles comportamientos humanos, resultado de un conocimiento equivoco de la realidad objetiva, no deben ser reprochables a su autor.

No obstante, este es un tema que a pesar de su antigüedad suscita numerosas y complejas cuestiones que reclaman exhaustivo esclarecimiento. Por ejemplo, no existe consenso en la doctrina sobre su naturaleza jurídica y modalidades del error como eximente de la responsabilidad penal, recogién dose en las legislaciones nacionales de diferentes formas según la posición teórica que haya asumido el legislador.

El nacimiento del error se fundamenta en la existencia de supuestos donde un sujeto (imputable) con capacidad para motivarse por la norma puede encontrarse en una condición que no le permita alcanzar esa motivación por la existencia de una situación en la que no le puede ser exigible que actúe de otra forma; en consecuencia, su comportamiento no debe ser objeto de reproche penal, aunque haya puesto en peligro o lesionado uno de sus bienes jurídicos quedando exento de responsabilidad. El primer punto que esclarecer es el relativo a la incorrecta identificación del conocimiento de la ley con el de la antijuridicidad pues del análisis de sus contenidos es posible concluir que no se trata de conceptos equivalentes.

La ley es la norma escrita aprobada por los órganos competentes del Estado y la antijuridicidad de una acción es la relación de contradicción que se establece entre un hecho y el sistema jurídico. Por consiguiente, la eventual antijuridicidad de una actuación no radica en el hecho en sí ni tampoco en las leyes (sistema jurídico) sino en la contradicción que se establece entre ellos. Razón esta, que convence de la inequivalencia entre el error de prohibición y el error de derecho. El primero consiste en el desconocimiento o conocimiento equivocado de la

antijuridicidad de la conducta, mientras que el segundo, se debe al conocimiento equivoco o desconocimiento de la norma jurídica. Por lo que el error de derecho radica, conforme expresa Quirós Pires, en uno de los términos de la contradicción (el derecho) y el error de prohibición recae en la contradicción misma (Pírez, 1999).

Sobre este tema se advierte en la disciplina penal un enconado debate en el que se enfrentan dos interpretaciones que alcanzan tanto al error de prohibición como al error de tipo: las teorías del dolo propias del causalismo y las teorías de la culpabilidad originarias de la corriente finalista.

Para los partidarios de la teoría del dolo, todo error evitable de tipo o de prohibición excluye el dolo y deja subsistente la imprudencia si existe la forma culposa en la ley penal, mientras que si son inevitables excluyen el dolo y la culpa, es decir, no habrá responsabilidad penal en ninguna modalidad de culpabilidad, por ello, es que, los defensores de la teoría de la culpabilidad siguiendo un criterio diferenciador sostienen que solo los errores de tipo eliminan el dolo y la culpa, mientras que los de prohibición conducen a la exclusión de la culpabilidad dejando al dolo incólume en los supuestos de inevitabilidad por ser contenido del tipo.

Como se aprecia, para ambas teorías el error de tipo tiene iguales efectos prácticos y solo se diferencian en el ámbito del error de prohibición vencible, porque en el caso del error de prohibición invencible, aunque con fundamentos diferentes, el resultado es el mismo, la impunidad. Ello tiene su base en que, para el causalismo, la conciencia de la antijuridicidad forma parte del dolo y este a su vez de la culpabilidad.

Para el finalismo, corriente de pensamiento evidentemente manifiesta en el COIP, a contrario sensu, el dolo integra el tipo penal en tanto que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad. Por lo que su inexistencia en esta corriente termina afectando también la culpabilidad, pero deja intacto el dolo.

Por tanto, si una persona cree erróneamente que está obrando acorde a derecho, no actúa de forma dolosa. Conforme a sus postulados se exige que el autor conozca la ilicitud de su acción a través de una valuación paralela en la esfera del profano. Para proceder dolosamente, solo necesita saber que está haciendo algo prohibido por la norma.

Así para la teoría estricta de la culpabilidad de recto apego al finalismo el error sobre una causa de justificación es un error de prohibición en todas sus formas y, en consecuencia, si es invencible exonera de responsabilidad

penal y si es vencible, porque el sujeto pudo haberlo evitado, será sancionado por dolo, pero en forma atenuada.

A diferencia de esta, la teoría limitada de la culpabilidad propia de la dogmática del post-finalismo y el funcionalismo sostiene que existen dos formas de error sobre causas de justificación con diferente naturaleza:

- a) La del error que recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación que considera como un error de tipo permisivo con los mismos efectos del error de tipo, y,
- b) La del error que recae sobre la existencia o los límites de una causa de justificación cuya naturaleza es la de un error de prohibición.

Sin embargo, los partidarios de esta, en aras de la fundamentación del tratamiento como error de tipo que proponen a los casos del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, han seguido diferentes direcciones. Entre las principales se destacan:

- La teoría de los elementos negativos del tipo.
- La teoría del tratamiento analógico.
- La teoría del injusto personal.

Como puede apreciarse, existe una discrepancia esencial entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad, pero en ambas, si el sujeto ha desconocido inevitablemente la ilicitud de su acto, no hay punibilidad. En cambio, si el desconocimiento era evitable, la teoría del dolo llega a la conclusión de que debe aplicarse la pena del delito culposo si la ley castiga el hecho como delito culposo, pero la teoría de la culpabilidad afirma que el hecho debe ser reprimido como delito doloso, si bien la pena puede ser disminuida.

De lo expuesto hasta aquí se podría decir que independientemente de las críticas e inconvenientes de cada una de estas teorías, una vez determinada por el juez la situación de hecho como un error de prohibición solo restaría saber la teoría seguida por el legislador y se conocerían las consecuencias jurídicas. Haciendo sistematización de los diferentes criterios doctrinales se sostiene que la evitabilidad del error de prohibición ha de determinarse por las reglas siguientes:

- a) En primer lugar, el autor tiene que haber tenido una razón para verificar la licitud de su conducta. Se estima que existe una razón tal, cuando el autor tiene al menos, una leve duda acerca de la licitud de su comportamiento, cuando sabe que incursiona en una actividad sometida a una regulación legal específica o que su acción perjudica a terceros o a la generalidad.
- b) Los medios para alcanzar el conocimiento del ilícito son la reflexión y la búsqueda de información. Por ello,

se requiere en segundo término que el autor haya podido reconocer la ilicitud de su conducta, ya sea reflexionando o recabando información.

- c) En tercer lugar, se requiere que al autor le fuera exigible hacer uso de los medios para obtener el conocimiento del ilícito que tenía a su disposición.

El error de prohibición expresó que:

“El error acerca de la significación antijurídica de la conducta, puede ser directo, cuando el autor ignora la desvalorización que el Derecho atribuye al hecho, o indirecto, cuando conociéndola cree erróneamente que se halla desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación (de modo que un error inverso –una suposición errónea- provoca otro directo –el desconocimiento de la significación antijurídica-)”.

Y seguidamente especifican que:

“El error acerca de la significación antijurídica (o sobre la prohibición) indirecto, puede versar o bien acerca de la virtualidad de justificante de una determinada situación de hecho (esto es, acerca de la existencia jurídica de una determinada causa de justificación) o bien acerca de los límites en que el Derecho otorga eficacia a una determinada situación justificante, o bien, finalmente, acerca de la concurrencia, en el caso concreto, de los hechos que determinan la justificación”.

Mientras que Roxin & Sancinetti (2004) los estudia bajo el título “Las formas de manifestación de la conciencia de la antijuridicidad”, e introduce del modo siguiente: “Todos los errores de prohibición son iguales en que el sujeto se equivoca sobre la prohibición específica del tipo. Pero las razones en las que se basan los errores de prohibición pueden ser diversas y permiten hablar de formas específicas de manifestación del error de prohibición” ().

El error como causa de exclusión de la antijuridicidad en el Derecho Comparado

En la legislación comparada, se ha regulado expresamente el error de prohibición, así abarcaremos en este punto algunos ejemplos:

Europa: El Código Penal alemán, por ejemplo, en su parágrafo 17, encontramos el error en la Sentencia del Tribunal Federal Alemán de ese entonces, de fecha de 18 de marzo de 1952 que, en su apartado V, reconoce las consecuencias del error sobre la ilicitud invencible y vencible, respectivamente. La Sentencia señalada, en la parte pertinente, expresamente expresa:

“... y el error sobre la prohibición legal, cuando es insuperable, excluye la culpabilidad, y siendo evitable, la

reduce, sin excluir, empero, el dolo con respecto a la acción”.

Código Penal Español: Dice así el art. 14 (Iñesta Pastor, 2011):

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.
2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Código Penal tipo para Latinoamérica: En el Código Penal Tipo para Latinoamérica se ha regulado el error de prohibición en su art. 28. Aquí se admite la inculpabilidad del error invencible y la disminución de la pena si fuere vencible. Aquí se aprecia que el dolo fue enclavado en la culpabilidad y conforme a la solución que se da al error vencible, si es el caso determinar, a nuestro entender, el Código Penal Tipo acogió la teoría de la culpabilidad.

Perú: El Código Penal peruano en su art. 14, segundo párrafo regula el error sobre la ilicitud del hecho o de prohibición. Adopta, conforme a los postulados del finalismo, la teoría estricta de la culpabilidad. Significa esto, que, si el error de prohibición es invencible, elimina la culpabilidad y si, por el contrario, es sólo vencible, disminuye el juicio de reproche sobre la culpabilidad y atenúa obligatoriamente la pena.

Ecuador: El Código Penal del Ecuador anterior, no reguló el Error de una forma ordenada y precisa, por lo que se entiende que las situaciones de ignorancia se contemplan bajo los efectos del error, o al menos así lo ha manejado nuestra jurisprudencia. Hasta nuestros días y como ya se mencionó, el sistema penal ecuatoriano, dividió el error de acuerdo con la teoría clásica o causalista, esto es, en “error de hecho” (excusable, al no haber una representación correcta de los elementos objetivos o hechos) y en “error de derecho” (inexcusable, pues la ley se presume conocida por todos).

Sin embargo, hoy, ya no existe en ninguna modalidad el error en la legislación penal ecuatoriana, ni como eximente de la culpabilidad ni como causa de justificación, simplemente dejó de existir en la norma penal ecuatoriana con la entrada en vigor del COIP.

Argentina: El error sobre la antijuridicidad de la conducta (error de prohibición) como una consecuencia de la aceptación del principio de culpabilidad, está establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional argentina y caracteriza el sistema del error en el Código Penal Argentino, partiendo del texto art, 34 inciso 1 del CP., señalando que:

“a los efectos de excluir el dolo, solo admite la eficacia del error de hecho y no al de derecho cuya distinción vincula a la regla jurídica y la materia regulada por ella”.

Presentación de la propuesta

El error de prohibición es una institución jurídica penal que existe en la doctrina y dogmática penal y que además responde a situaciones prácticas que deben ser solubles dentro del Derecho Penal, el hecho de que el COIP, no regule la circunstancia del error en ninguna de sus modalidades además de afectar la doctrina al desconocerla e ignorarla, peor aún, perjudica la aplicación ingenieril, armónica y acertada del Derecho Penal, en cuanto a causas de exclusión de la conducta se refiere, afectando con ello a cualquier procesado en una conducta delictiva, al que, aun cuando se vislumbre los rasgos para que se integre o configure a su favor, no podría aplicársele por no estar regulada legalmente en el COIP, en su parte general.

Por ende, la propuesta que se realiza en la presente investigación consiste en que sea reformado el artículo 30 del COIP, en base a los fundamentos doctrinales y prácticos que han sido abordados en este trabajo y en adelante una vez realizada la reforma en cuestión, quede configurado dicho artículo en estos términos:

“Artículo 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad. - No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa, o cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

Tampoco existirá infracción penal, y no responderá penalmente la persona cuando actúa bajo error de prohibición de tipo, es decir, cuando actúe en desconocimiento inevitable e invencible, de circunstancias que convierten en ilícito un hecho que tal y como esa persona lo percibe sería lícito”.

Simplificación de la propuesta

Debe acogerse nuestra propuesta de reforma legislativa en el sentido de modificar el art. 30 del COIP para concebir como otra causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad la circunstancia del error de prohibición de tipo, garantizando con ello la correcta aplicación de

la teoría del delito, así como, garantizando el principio de derecho a la defensa técnica.

CONCLUSIONES

El error sobre la antijuridicidad de la conducta (error de prohibición) es una consecuencia de la aceptación del principio de culpabilidad, en tendencias causalistas y finalistas, sobre la teoría de la culpabilidad, pero según la teoría funcionalista el error podría incidir en el elemento antijuridicidad, y con ello podría ser un error de tipo en ocasiones inevitable e invencible, lo cual redundaría en que el agente actúe pensando que es lícito lo que hace, porque desconoce y no tiene como conocer los elementos de hecho que lo convierten en ilícito.

El error es una circunstancia muy debatida que ha generado teorías que conforman el derecho penal sustantivo y que responden a soluciones de la realidad fáctica y desconocerlo legalmente implica desconocer la dogmática jurídico penal y por ende, dejar indefenso al procesado frente al poder punitivo del Estado, cuando precisamente una de las funciones de la dogmática jurídico penal consiste en limitar el poder punitivo del Estado o dicho de otro modo, defender los derechos del procesado o reo, ante ese poder punitivo que tiene el Estado.

Desconocer la existencia normativa del error, como causa de justificación o excluyente de la antijuridicidad, vulnera principios tales como el derecho a la defensa técnica, ignora la dogmática jurídico penal, refleja desconocimiento de la teoría del delito, obvia la teoría del error y redundante en perjuicio de la justicia y de la correcta aplicación del Derecho Penal Sustantivo.

La práctica ha demostrado que la vida es más rica que cualquier ordenamiento jurídico, de tal manera que, cada circunstancia de hecho que encuentre respuesta en la dogmática jurídico penal y que garantice los derechos del procesado en cualquier proceso penal, ante la mínima intervención propia del Derecho Penal, es adecuado y además necesario que exista regulado en el ordenamiento jurídico penal en cuestión, mucho más si sus afanes son de avanzar y convertirse en un ordenamiento penal cada vez menos aflictivo, más humanitario y más cumplidor del debido proceso penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristizábal, D. M. B., Jaramillo, A. G., gallego, M. M., & Vargas, V. H. O. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. *Acta Sociológica*, 72, 71-94. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0186602817300257>

- Arzate, E. U., & de Paz González, I. (2015). Los efectos de los derechos fundamentales en el tiempo. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48(144), 1155-1196. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300449>
- Bacigalupo, E. (1995). La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición. *Revista Brasileira de Ciencias Criminales*, 1, 27-40.
- Balanguera, M., & Pallares, L. (2011). Error de prohibición el derecho penal. *Revista Verba Iuris*, 1, 1-8.
- Busto Lago, J. M. (1995). La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/18295/BustoLago_JoseManuel_TD_1995.pdf
- Conde, F. M. (2004). Teoría general del delito. Tirant lo blanch. <https://www.disiberoamericana.com/wp-content/uploads/Teor%C3%ADa-Gral-del-Delito-de-Mu%C3%B1oz-Conde.-pdf-1.pdf>
- Díaz, M. P. (2016). El dilema eterno: ¿pobreza o desigualdad en la explicación del homicidio? Hallazgos inesperados y propuesta para superar el dilema. *Acta Sociológica*, 70, 197-221. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0186602817300099>
- Donna, E. A. (1995). Teoría del delito y de la pena. Astrea Buenos Aires. https://www.academia.edu/download/49676048/083.-Teoria_Del_Delito_Y_De_La_Pena_Tomo_II_-_Donna_Edgar.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento N. 180. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf
- Esbec, E., & Echeburúa, E. (2016). Violencia y esquizofrenia: un análisis clínico-forense. *Anuario de psicología jurídica*, 26(1), 70-79. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1133074016000027>
- Flórez-Garay, M. F. (2017). Eficacia de la implementación del error de prohibición como eximente de responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo. Universidad Católica de Colombia.
- Gardinetti, J. P. (2004). El error sobre la antijuridicidad (error de prohibición) y su desarrollo en el derecho penal argentino. Algunas consideraciones. *Revista Jurídica (electrónica)* 219-225. http://dspace.uces.edu.ar:8180/jspui/bitstream/123456789/376/1/El_error_sobre_la_antijuridicidad.pdf

- Guarnizo, N., Niño, J., & Macazana, D. (2021). Niveles de satisfacción laboral (engagement) y desempeño profesional, en docentes que cursan el programa de posgrado. *Revista inclusiones*, 8(1), 267-276. <https://revistainclusiones.org/pdf/21%20Guarnizo%20et%20al%20VOL%208%20NUM%20ESPECIAL%20ENE%20MARZO%202021%20REVINC.pdf>
- Macazana, D., Rodriguez, C., Collazo, E., Pastor, J., & Castañeda, R. (2022). Evaluación autentica y autonomía estudiantil. *Universidad y Sociedad*, 14(S2), 185-193. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2780/2732>
- Iñesta Pastor, E. (2011). El Código penal español de 1848. Tirant lo Blanch. <https://personal.ua.es/va/emilia-ifesta/documentos/-gestadm/indice.pdf>
- Pírez, R. Q. (1999). Manual de derecho penal. Editorial Felix Varela. https://www.academia.edu/download/56568404/manual_de_derecho_penal_1.pdf
- Riega-Virú, Y. (2016). Ejecución y cumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 49(145), 195-226. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300607>
- Robles, M. Y. (2016). El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). *Cuestiones constitucionales*, 35, 199-246. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919318300064>
- Roxin, C., & Sancinetti, M. A. (2004). Desviación del curso causal y Dolus generalis. *Repec*.
- Sancinetti, M. A. (1990). Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino. Editorial Hammurabi.
- von Feigenblatt, OF, Pardo, P. y Cooper, M. (2021). Corporativismo y autoritarismo benévolo: antídotos viables contra el populismo. *Revista de perspectivas alternativas en las ciencias sociales*. 11(1), 95-98. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3835826
- Zaffaroni, E. R. (1988). Tratado de derecho penal. Cárdenas. <https://biblioteca.uazuay.edu.ec/buscar/item/42866>