

09

LA AUSENCIA DEL ERROR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO, COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DELICTIVA

THE ABSENCE OF ERROR IN THE COMPREHENSIVE ORGANIC CRIMINAL CODE OF ECUADOR, AS A CAUSE OF JUSTIFICATION OF CRIMINAL CONDUCT

Mario Holger Abad Tandazo¹

E-mail: ab.mariabadt@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8248-7489>

¹ Abogado en libre ejercicio. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Abad Tandazo, M. H. (2021). La ausencia del error en el código orgánico integral penal ecuatoriano, como causa de justificación de la conducta delictiva. *Revista Conrado*, 17(83), 70-79.

RESUMEN

En el artículo se analiza la doctrina del Derecho Penal en Ecuador, y específicamente la Teoría del Delito como sistema capaz de conceptualizar este término en elementos estructurales. El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, vigente desde el 10 de agosto de 2014, plantea el concepto estructural de delito o dígase de, infracción penal, puede observarse también que, sigue una corriente impulsada por la Escuela Finalista de Derecho. Este trabajo se enfoca en el elemento antijuridicidad dentro de la estructura del delito, apreciando las causas excluyentes o causas de justificación, que conoce la doctrina, donde se regulan cuatro de justificación obrantes todas en su artículo 30, pero deja de establecer el error como causa excluyente de la antijuridicidad o como causa de justificación, sobre la necesidad de su regulación legal. Finalmente se reconoce la importancia de este tema en la enseñanza del derecho.

Palabras clave:

Antijuridicidad, causas de justificación, error, código orgánico integral penal, ausencia legal.

ABSTRACT

The article analyzes the doctrine of Criminal Law in Ecuador, and specifically the Theory of Crime as a system capable of conceptualizing this term in structural elements. The Comprehensive Organic Criminal Code of Ecuador, in force since August 10, 2014, raises the structural concept of crime or, say, criminal offense, it can also be observed that it follows a trend promoted by the Finalist School of Law. This work focuses on the unlawful element within the structure of the crime, appreciating the exclusive causes or causes of justification, which the doctrine knows, where four of justifications are regulated all in its article 30, but it stops establishing the error as a cause exclusive of unlawfulness or as a cause of justification, on the need for its legal regulation. Finally, the importance of this topic in the teaching of law is recognized.

Keywords:

Unlawfulness, causes of justification, error, comprehensive criminal code, legal absence.

INTRODUCCIÓN

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 de los protegidos por la ley penal y en este daño o peligro a bienes jurídicos encontramos el elemento antijuridicidad 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, que al final, servirá como sustento para imponer una sanción penal.

Dentro de estos elementos se puede observar la presencia del elemento antijuridicidad 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.

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.

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 antijuridicidad.

La exclusión referida del elemento antijuridicidad 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 versara sobre el error que es capaz de excluir el elemento antijuridicidad.

Y es que, el error de prohibición en el Derecho Penal se da como una causal eximente de la responsabilidad, por cuanto, desvirtúa la antijuridicidad, 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 & Pallares (2011), *“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”*.

Debe referirse que, con la entrada en vigor del Código Integral Penal, dejó de existir en la ley penal ecuatoriana, la eximente del error, pues fue suprimida, a pesar de que anteriormente existía consignada en ley (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014).

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. Comisión Jurídica, 1971)

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

Pensamos específicamente en 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.

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 Código Integral Penal, ante un caso como este no habría cómo excluir de responsabilidad penal al procesado en cuestión.

METODOLOGÍA

Se realizó una revisión bibliográfica sustentado sobre todo en métodos generales de la investigación científica, tales como análisis de contenido, analítico-sintético, el histórico-lógico, y el exegético.

A través del método de la revisión bibliográfica y el de análisis de contenido se realiza la interpretación, comparación y evaluación de diferentes textos, publicados y científicos sobre el tema, tocando aspectos como los antecedentes de las categorías principales dentro del tema de la presencia del error como causa de justificación en los diferentes ordenamientos jurídicos penales, lo cual es obtenido desde la doctrina y la propia jurisprudencia, nos coloraba en ese alcance el método exegético.

DESARROLLO

La antijuridicidad 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 y derivado de ello, podrá ser o no antijurídica, la antijuridicidad, por ende, 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 antijuridicidad está regulada en el art. 29 del Código Integral Penal: *“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 comisor 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.

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.

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 ar. 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 jurídico 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, Núñez (1988), defensor de la vigencia, en el derecho penal, del principio *error iuris nocet*, 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.

Y es que, contra esta opinión ha reaccionado un amplio sector de la doctrina, encabezado por Bacigalupo (1974), 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.

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 (1995), también podemos 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.

Resulta claro, pues, 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.

En cuanto a la fundamentación supranacional de la impunidad por error de prohibición, la podemos encontrar, en las previsiones de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos

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

1. Error de prohibición directo cuando el sujeto desconoce la existencia del mandato de ley o de sus alcances, y,
2. 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.

Para Jescheck & Weigend (2003), 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.

Bacigalupo (1974), sistematiza los distintos casos de Error sobre la antijuridicidad en:

- 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).
- 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 acostumbran a establecer los diferentes ordenamientos jurídicos penales que establecen al error en su norma penal sustantiva.

Para Zaffaroni (2002), que sostiene la irrelevancia del error sobre la punibilidad, sí asigna importancia, en cambio, al error sobre la gravedad o entidad penal de la conducta ilícita: 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 desparece sólo porque es un error de prohibición, porque no pudo comprender que su conducta estaba prohibida con relevancia penal.

Sin embargo, en opinión nuestra, 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 (1995), 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.

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 (2002), 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.

Al respecto, Bacigalupo (1974), 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”

Indudablemente, este esquema contribuye mucho a determinar si era evitable o vencible el error en cuestión. 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 Muñoz Conde (2012), 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 fundamentadoras 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 (Muñoz, 2012).

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 de Ecuador, 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 sus arts. 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 Super-Yo, etc (Muñoz, 2012).

El conocimiento de la antijuridicidad sería, como dice Welzel (1956), “*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 equívoco 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, recogiendo 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 equívoco o desconocimiento de la norma jurídica.

Por lo que el error de derecho radica, conforme expresa Quirós Pires (2002), en uno de los términos de la contradicción (el derecho) y el error de prohibición recae en la contradicción misma.

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:

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, 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.

Pero 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 y la teoría del injusto personal.

Como puede apreciarse, existe una discrepancia esencial entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad, ero 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 amen 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.

Cobo del Rosal & Vives Antón (1987), al referirse al tema tras definir el error de prohibición expresaron 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”*. (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1987)

Mientras que Roxin & Sancinett (2004), lo estudian bajo el título “Las formas de manifestación de la conciencia de la antijuridicidad”, que 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

Por ejemplo, encontramos el error en la Sentencia del Tribunal Federal Alemán (1952), de ese entonces, de fecha de 18 de marzo 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 dice así: *“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”*. El Código Penal español vigente (España. Jefatura del Estado, 1995), lo regula en su art. 6 bis a) tercer párrafo.

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 (Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, 1974).

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 (Perú. Congreso de la República, 1991), 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 (Argentina. Congreso General Constituyente, 1994) y sin embargo, no se encuentra regulado en la legislación penal, pues de estarlo debiera ser en los arts. 34 inciso 1º, o en art. 35 CP. Y no está.

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 debe 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, pero aun perjudica la aplicación ingenieril, armónica y acertada de 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.

Por ende, nuestra propuesta 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 y 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, por ende, 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”

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, por ende, 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

- Argentina. Congreso General Constituyente. (1994). Constitución de la Nación Argentina. <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>
- Bacigalupo, E. (1974). Lineamientos de la teoría del delito. Ed. Astrea.
- Balanguera, M., & Pallares, L. (2011). Error de prohibición el derecho penal. Revista Verba Iuris, 1.
- Cobo, M., & Vives, T. (1987). Derecho Penal Parte General. Tirant lo Blanch.
- Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. (1974). Código Penal Tipo para Latinoamérica. Jurídica de Chile.
- Donna, E. (1995). Teoría de delito y de la pena, t. 2. Editorial Astrea.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180. <https://es.slideshare.net/radioencantada/registro-oficial-180-cdigo-orgnico-integral-penal>
- Ecuador. Comisión Jurídica. (1971). Código Penal. Registro oficial 147. https://sherloc.unodc.org/cld/document/ecu/1971/codigo_penal_de_1971.html?lng=es
- España. Jefatura del Estado. (1995). Código Penal español. Ley Orgánica 10/1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
- Jescheck, H., & Weigend, T. (2003). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Comares.
- Muñoz, F. (2012). Teoría general del delito (3ra. ed.). Editorial Temis.
- Núñez, R. (1988). Tratado de Derecho Penal. Parte especial, t. III. Lerner.

- Perú. Congreso de la República. (1991). Código penal. Decreto legislativo No. 635. https://www.imolin.org/doc/amlid/Peru_Codigo_Penal_Extractos.pdf
- Quirós, R. (2002). Manual de Derecho Penal. t. III. Editorial Félix Varela.
- Roxin, C., & Sancinetti, M. (2004). Desviación del curso causal y “Dolus generalis”. Universidad Externado de Colombia.
- Sancinetti, M. (1990). Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino. Hammurabi.
- Tribunal Federal Alemán. (1952). Sentencia del Tribunal Federal Alemán, 18 de marzo de 1952.
- Welzel, H. (1956). Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor.
- Zaffaroni, E. (2002). Derecho penal, parte general (2da. ed.). Editorial Sociedad Anónima Editora.