

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**Nuevas perspectivas del error de prohibición en la legislación y
jurisprudencia constitucional ecuatoriana**

Mauricio Javier Villarroel León

Tutor: Pablo Encalada Hidalgo

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Mauricio Villarroel León, autor de la tesis intitulada “Nuevas perspectivas del error de prohibición en la legislación y jurisprudencia constitucional ecuatoriana”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra referida, yo asumiré la responsabilidad frente a terceros y la Universidad.
3. En esta fecha entrego en la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, Julio de 2020.

Firma: _____

Resumen

En el año 2014 entró en vigencia un nuevo sistema penal que en la parte sustantiva estableció una importante modificación en la concepción del delito, pues en esta nueva legislación se construye la culpabilidad a partir de la satisfacción de varios requisitos en los que se encuentra el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, lo que quiere decir que el sujeto activo de la infracción debe conocer, al nivel del profano o del lego, las normas jurídicas prohibitivas que condicionan la realización de la conducta criminal. Por manera que cuando se actúa criminalmente bajo este desconocimiento, la dogmática penal coincide, mayoritariamente, en que el sujeto ha obrado bajo un error de prohibición, es decir aquel que ocurre cuando el autor del delito cree que actúa lícitamente, así también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho.

Sin embargo de lo anterior, en la teoría del error de prohibición, se reconoció la existencia del denominado error por condicionamiento cultural o error de prohibición culturalmente condicionado, bajo el cual se analiza aspectos más subjetivos del autor de la infracción, tales como son su pertenencia a una minoría étnica, las prácticas culturales, sus tradiciones, su cosmovisión, el proceso de socialización y educación en una escala de valores que no siempre es compatible con la que le es impuesta por el grupo social hegemónico, de manera que entre su cultura, oprimida, y la dominante se generan serios conflictos en los cuales el Derecho penal interviene reconociendo las diversidades culturales, lo que le obliga a establecer este nuevo tipo de error derivado exclusivamente de una poca o nula introyección de los valores de la cultura dominante en los sujetos pertenecientes a la minorías étnicas.

Palabras clave: minoría étnica, error de prohibición, condicionamiento cultural, grupos sociales, culpabilidad.

Dedicatoria:

Para mi amada madre, apreciado padre y mis encantadores sobrinos, quienes son mi fortaleza. Con la terminación de este trabajo y todos los retos que vendrán les seguiré demostrando que la confianza depositada en mí no ha sido en vano.

Agradecimientos:

Mi eterno agradecimiento a la Universidad “Andina Simón Bolívar”, casa de estudios que me instruyó y preparó para mi vida profesional y personal, conocimientos que han permitido ejercer de la mejor manera la carrera jurisdiccional a lo largo de estos años.

Como no agradecerles a mis docentes, ya que gracias a ellos el cariño y amor por esta profesión ha ido en auge.

También es necesario reconocer la confianza depositada sobre mí, por parte de Pablo Encalada, quien fue el tutor de este trabajo.

Tabla de contenidos

Introducción.....	15
Capítulo Primero	
Dogmática jurídico-penal del error de prohibición	
1. Introducción.....	17
2. Precisiones conceptuales.....	18
2.1. La culpa.....	18
2.2. El Principio de Culpabilidad.....	19
2.3. La responsabilidad penal.....	20
3. La categoría dogmática de la culpabilidad.....	21
4. El conocimiento o conciencia de la antijuricidad de la conducta	25
4.1. El contenido de la comprensión de la antijuricidad.....	28
4.2. La eventualidad en el conocimiento de la antijuricidad.....	30
5. El Error de prohibición.....	31
5.1. La teoría del dolo.....	32
5.2. La teoría de la culpabilidad.....	35
6. Las modalidades de error de prohibición.....	36
6.1. Error de prohibición directo.....	37
6.1.1. Error sobre la existencia de una prohibición	37
6.1.2. Error sobre la validez de la norma.....	39
6.1.3. Error de subsunción.....	41
6.2. Error de prohibición indirecto o mediato.....	42
6.2.1. Error sobre la existencia de una causa de justificación.....	42
6.2.2. Error sobre los límites de una causa de justificación.....	43
6.2.3. Error sobre los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación.....	44
6.3. Error de prohibición al revés.....	46
7. Evitabilidad – vencibilidad e inevitabilidad – invencibilidad del error de prohibición.....	46

Capítulo Segundo

El error de prohibición en la legislación y jurisprudencia ecuatoriana

1. Introducción.....	51
2. El error de hecho y el error de derecho en el sistema penal previo a la expedición del COIP	52
3. Análisis de la jurisprudencia sobre el error de prohibición.....	56
4. Aportes de las decisiones judiciales sobre el error de prohibición.....	66
5. Referencias normativas al error de prohibición en el sistema penal ecuatoriano.....	68
6. Un breve repaso sobre el error de prohibición en la legislación comparada.....	74

Capítulo Tercero

El error de prohibición culturalmente condicionado en Ecuador

1. Introducción.....	81
2. Aproximación histórica.....	82
3. El derecho a la cultura, la diversidad cultural, la cultura, grupo social y minoría étnica.....	85
3.1. Multiétnico, pluricultural, plurinacional e interculturalidad.....	92
4. Reconocimiento constitucional de la diversidad cultural.....	97
5. Intervención del Derecho penal en la diversidad cultural.....	101
5.1. Interpretación intercultural.....	104
6. Error de prohibición culturalmente condicionado en Ecuador.....	115
6.1. Alcance del error de prohibición culturalmente condicionado.....	117
6.2. Análisis de casos.....	119

Conclusiones y Recomendaciones.....	127
-------------------------------------	-----

Bibliografía.....	131
-------------------	-----

Abreviaturas

CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CGONUECC:	Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
CIETFDR:	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
COIT:	Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales
DADDH:	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DNUDPI:	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos
DUNESCO DC:	Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC:	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Introducción

El reconocimiento a la diversidad cultural como un derecho fundamental protege a los ciudadanos como a las distintas nacionalidades, obligando así al Derecho penal a asumir una mayor prolijidad en su aplicación en aquellos casos en que existen conflictos penales que vinculan a personas pertenecientes a las minorías étnicas, debido a que puede existir un nivel nulo de introyección de las normas jurídicas de la cultura dominante. En estos supuestos, la categoría dogmática de la culpabilidad, en su contenido referido al conocimiento o conciencia de la antijuricidad, puede diluirse por el desconocimiento de la lesividad de la conducta amparado en el error de prohibición culturalmente condicionado, generando que la conducta lesiva sea imposible de ser sancionada, o al menos que sea sancionada con una pena disminuida.

No obstante, la legislación penal ecuatoriana hasta la presentación de este trabajo no ha reconocido la existencia del error de prohibición y peor del error de prohibición culturalmente condicionado y pese a ello las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional del Ecuador, ha marcado un camino plagado de confusiones y de errores conceptuales que dificultan la tarea de juzgar los conflictos penales, cuando un integrante de esos grupos minoritarios étnicos participa como sujeto activo de la infracción.

El problema de esta investigación es por tanto resolver las contradicciones jurisprudenciales, y el poco entendimiento que de esta materia han tenido las altas corte de cierre del Ecuador sobre el error de prohibición y el error de prohibición culturalmente condicionado y sobre esa base establecer una correcta base dogmática que sirva de sustrato para la adecuada utilización jurisdiccional de esta última clase de error.

Como objetivos trazados en esta investigaciones tenemos: a) el determinar el contenido del artículo 34 del COIP, que regula la categoría dogmática de la culpabilidad y, dentro de ella el elemento referido al conocimiento de la antijuricidad así como de su antítesis el error de prohibición en sus distintas modalidades; b) analizar la utilización de la categoría jurídica del error de prohibición por el tribunal de cierre de la jurisdicción común, la conceptualización que se ha dado, la forma de aplicarlo y la pertinencia de su aplicación; y, c) estudiar la jurisprudencia constitucional sobre el error de prohibición culturalmente condicionado vertido por la Corte Constitucional, y su aporte al sistema penal ecuatoriano.

La metodología aplicada en esta investigación jurídica es el método dogmático, basado en una investigación de carácter bibliográfico, que ha sido complementada por un análisis casuístico de procesos que fueron conocidas por la jurisdicción común del que se demuestra la pobreza dogmática y argumental de los aspectos esenciales de la teoría de la culpabilidad y de su antítesis que es el error de prohibición y, particularmente su modalidad que es el error de prohibición culturalmente condicionado.

Para profundizar estos aspectos esenciales de la investigación, en el Capítulo Primero se realiza un estudio profundo de la culpabilidad, como parte de la teoría del delito, y se desmenuza uno de sus contenidos que es el conocimiento de la antijuricidad de la conducta y su antítesis que es el error de prohibición en sus diversas modalidades.

En el Capítulo Segundo se analiza el tratamiento del error de hecho y el error de derecho antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, y su divergencia conceptual con el error de tipo y error de prohibición, así también se abordará la jurisprudencia existente sobre el error de prohibición pues en la legislación ecuatoriana no se ha previsto su inexistencia en norma expresa.

En el Capítulo Tercero se aborda el error de prohibición culturalmente condicionado o los delitos culturales, realizando una aproximación histórica de su origen y tratamiento dogmático, así como la utilización específica del mismo en varios casos sometidos al sistema penal ecuatoriano, en los cuales participan individuos pertenecientes a las minorías étnicas.

Capítulo Primero

Dogmática jurídico-penal del error de prohibición

1. Introducción

En el presente Capítulo se procederá a realizar un análisis sobre el error de prohibición que se lo estudia como parte de los contenidos de la categoría dogmática de la culpabilidad y que conforma junto a la tipicidad, a la antijuricidad y a la punibilidad la denominada teoría del delito, es decir aquel sistema categorial, clasificatorio y secuencial en el que se estudia gradualmente los diferentes elementos esenciales y sustanciales que se manifiestan en todas las formas de delitos.¹

Debido a la enorme complejidad y avance doctrinario y jurisprudencial de la noción de culpabilidad como categoría dogmática, esta requiere de una precisión conceptual que tiende a distinguirla de otras categorías jurídicas, que por su denominación, puede dar lugar a confusión de allí que es necesario establecer las diferencias entre la culpa o imprudencia, el principio de culpabilidad y la responsabilidad., que si bien es cierto son elementos importantes a ser considerados en el estudio de las conductas antijurídicas, en el presente estudio requieren ser distinguidas para lograr una mejor comprensión y ubicación sistematizada de los contenidos que se dilucidan en líneas posteriores.

Luego de esta necesaria delimitación conceptual, se abordará ya el concepto de culpabilidad, su sistematización en la teoría del delito y los requisitos que son necesarios para su configuración de entre los cuales merece especial importancia el presupuesto del conocimiento o conciencia de la antijuricidad que se establece como uno de los requisitos indispensables para asegurar la imposición de la pena por la conducta cometida.

El conocimiento de la antijuricidad en consecuencia, de forma general, se refiere al grado de conocimiento de la norma prohibitiva que ostenta el sujeto activo de la infracción al momento del cometimiento de la conducta lesiva de bienes jurídicos, pues de ese grado de conocimiento puede ocurrir que el sujeto haya incurrido en un error, que

¹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal Parte General* (Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2010), 205.

este sea vencible o invencible y que sea impuesta una pena en los casos en que la ley lo estime.

Adicionalmente a ello se abordará la teoría del error de prohibición cuyo corolario es justamente la conciencia del injusto que pudo tener el agente. Como parte integrante de ella se analizará la teoría del dolo, de la escuela causalista, y la teoría de la culpabilidad, de la escuela finalista, y se pasará revista por las distintas modalidades en las que aparece el error de prohibición con un respaldo jurisprudencial que permita entender su conceptualización a nivel de la aplicación práctica de esta clasificación.

Finalmente se analiza los casos de vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición y se consignaran los elementos que la doctrina considera necesarios para establecer cuando un error de prohibición es vencible o invencible así como las consecuencias prácticas de la vencibilidad o invencibilidad.

2. Precisiones conceptuales

Previamente a realizar el análisis de la categoría dogmática de la culpabilidad, es importante realizar varias aclaraciones sobre algunos términos que se utilizan en la teoría del delito y por ende en la categoría dogmática de la culpabilidad, y que por su similitud pueden provocar confusión y oscuridad en esta materia, de manera que para evitar dudas y confusiones y entender de una manera adecuado el tema de esta investigación se procederá a realizar las precisiones conceptuales.

2.1. La culpa

La culpa o imprudencia es una modalidad de la conducta delictiva en la cual el sujeto activo de la infracción lesiona el deber objetivo de cuidado o actúa sin la diligencia debida, creando en consecuencia un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido o tutelado, por más allá de las fronteras que está jurídicamente permitido. El riesgo creado por la lesión del deber objetivo de cuidado es un riesgo que es previsible y evitable.²

En la imprudencia el sujeto activo de la infracción no quiere el resultado aunque realice la conducta lesiva del bien jurídico tutelado o protegido, de tal manera que a

² Carmen Ruiz López, *La graduación del delito imprudente* (Bogotá, COL: Universidad Externado de Colombia, 2012), 27.

pesar de desarrollar una conducta peligrosa, esta se mide en función del riesgo permitido y del desaprobado así como en la eliminación de los cuidados más elementales y particulares exigidos por las normas jurídicas.

La ubicación de la imprudencia o culpa en la teoría del delito está prevista en la tipicidad subjetiva y solamente es sancionable cuando el precepto penal establece una sanción para la conducta imprudente, por lo que se debe concluir que si el tipo penal no prevé la modalidad culposa o imprudente de la conducta penalmente relevante, entonces esta no se sanciona como en el caso del art. 214 del COIP en el que no se establece la sanción por la conducta imprudente derivada del delito de manipulación genética.

La culpa es distinta a la culpabilidad porque estas son dos categorías jurídicas cuyo análisis corresponde a categorías dogmáticas distintas también, así la culpa o imprudencia, como se señaló antes es analizada en la tipicidad y dentro de ella en la tipicidad subjetiva (dolo – imprudencia o culpa), mientras que la culpabilidad es la tercera categoría dogmática que se analiza solo después de la tipicidad y de la antijuricidad, o sea después de analizar el injusto penal.

2.2. El principio de culpabilidad

También a menudo se tiende a confundir la culpabilidad con el principio de culpabilidad. Este último es un principio³ tendiente a limitar el poder punitivo del Estado pues se considera que la culpabilidad es un presupuesto necesario e indispensable para legitimar la pena.

En su configuración dogmática se ha advertido la necesidad de que este principio se vuelva latente en la elaboración de las normas penales, en las cuales se debe reconocer el hecho de que no existe pena sin culpabilidad, pero aún se requiere que las normas penales eliminen la responsabilidad objetiva, propia de la escuela clásica, la que se fundamenta en las características personales del sujeto, su peligrosidad y otras características que eliminan el Derecho penal de acto que rige actualmente y que se encuentra conforme al Derecho penal mínimo.

Ferrajoli, en sus diez axiomas o principios axiológicos fundamentales del garantismo penal, considera que el axioma A6 titulado como “*Nulla actio sine culpa*”,

³ Hans Jescheck y Thomas Weignd, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Granada, ES: Comares, 2000), 22; Enrique Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal y el Estado de Derecho* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 110.

es el principio de culpabilidad o de las responsabilidad penal,⁴ dando a entender que se requiere una intencionalidad para cometer el delito.⁵ Bajo este principio se considera que el establecimiento de la pena depende de que al sujeto le sea imputable el hecho delictivo.

Además bajo este principio subyacen otros principios importantes como son el de personalidad de las penas, el de responsabilidad por el hecho, el de responsabilidad subjetiva en sentido estricto; y, el de atribuidad, imputación personal o de culpabilidad en sentido estricto, bajo el cual sólo puede imponerse una pena a sujetos culpables en el sentido de la categoría dogmática culpabilidad.⁶

2.3. La responsabilidad penal

Ferrajoli⁷ al mismo tiempo establece una distinción en los términos culpabilidad y responsabilidad. Por el primero de ellos, en sentido lato, se debe entender a la intencionalidad del delito, a la finalidad de la acción, mientras que en sentido estricto, se aplica para referirse a los elementos⁸ o a las condiciones subjetivas que permiten construir la responsabilidad en el modelo penal garantista. Es justamente este último contenido el que da pie a la distinción de la categoría dogmática de culpabilidad del principio que se analizó antes.

La responsabilidad, en consecuencia, debe ser entendida como el hecho de que el agente del delito se sujeta a la sanción que viene aparejada como consecuencia de un delito, cualquiera que sea la relación normativamente exigida entre el sujeto llamado a responder y el delito de que responde.

⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid, ES: Trotta, 1995), 93.

⁵ *Ibíd.*, 99.

⁶ Margarita Martínez Escamilla, María Martín Lorenzo, Margarita Valle Mariscal de Gante, *Derecho Penal. Introducción. Teoría jurídica del delito Materiales para su docencia y aprendizaje* (Madrid, ES: Universidad Complutense de Madrid, 2012), 321.

⁷ Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 488

⁸ *Ibíd.*, 499: “a) la personalidad o suidad de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito; b) la imputabilidad o capacidad penal, que designa una condición psico-física del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y de querer; c) la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto, que designa la consciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de dolo o de culpa, según la intención vaya referida a la acción y al resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible”.

Para la construcción de la responsabilidad se requiere de un nivel de imputación normativo, pues la concepción de culpabilidad que se emplea en la actualidad es una concepción, incluso normativa, que implica el conocimiento o conciencia de la ilicitud de la conducta antijurídica que se preocupa de negar el principio de la *ignorantia legis non excusat*.

La construcción teórica antes explicada no es baladí, pues sus repercusiones prácticas puede apreciarse en el nuevo sistema penal ecuatoriano, cuando establece por una parte la no vigencia de la presunción, *jure et de jure*, del conocimiento de la ley penal, razón por la cual la concepción normativa de la culpabilidad del art. 34 del COIP se sustenta en el conocimiento o conciencia de la antijuricidad de la conducta.

3. La categoría dogmática de la culpabilidad

Dentro de la teoría del delito, después de la tipicidad y la antijuricidad (injusto penal), la tercera categoría dogmática que se analiza es la correspondiente a la culpabilidad. A esta se la denomina también como reprochabilidad, imputación subjetiva o imputación personal y bajo ella se realiza el estudio de las condiciones bajo las cuales se puede imputar el hecho categorizado como injusto y, en consecuencia, hacerle responsable por dicho hecho típico y antijurídico.

La culpabilidad es definida como la posibilidad del conocimiento de la desaprobación jurídico penal y en la capacidad de motivación,⁹ lo que implica el reproche que se realiza al autor del hecho típico y antijurídico, debido a su motivación contraria a la norma (contraria al deber).¹⁰

De manera mayoritaria se ha aceptado el hecho de que las condiciones que requieren para establecer la culpabilidad de la conducta se basa en el cumplimiento de tres requisitos que son, a saber los siguientes:

- La imputabilidad, entendida esta como la capacidad amplia del sujeto activo de la infracción para comprender el injusto y, en consecuencia, comportarse conforme a la comprensión de la ilicitud de la conducta. Su antítesis es la inimputabilidad, que comprende el estudio de los trastornos

⁹ Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito* (Buenos Aires, AR: Hammurabi, 1994), 75.

¹⁰ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva. Tomo II* (Buenos Aires, AR: Astrea, 1995), 182.

mentales y la intoxicación por sustancias sometidas a fiscalización y bebidas alcohólicas según la regulación de los artículos 36 y 37 del COIP.

- El conocimiento de la antijuridicidad, es decir la comprensión de que la conducta esta categorizada como delito. Su antítesis es el error de prohibición.
- La exigibilidad de la conducta del sujeto conforme a las previsiones normativas. Su antítesis es la inexigibilidad de dicha conducta en la cual se analizan las causas de exculpación penal.

El segundo de los requisitos, que tiene estrecha relación con el tema de esta investigación, es el referido al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta como uno de los requisitos para la construcción de la responsabilidad penal. En este sentido, es importante establecer que este presupuesto trata de una creación de corte garantista que permite la construcción de la responsabilidad penal en base a elementos subjetivos que refieren de forma estricta a las capacidades individuales del sujeto activo de la infracción penal.

Bajo esta forma de construcción de la responsabilidad penal se evita que el ciudadano común y corriente se vea afectado por la inflación normativa y la hipertrofia del Derecho penal,¹¹ cuyo crecimiento resulta cuantitativamente muy amplio y cualitativamente amplio, complejo y confuso. En efecto, la expansión¹² del Derecho

¹¹ Gonzalo Fernández, *Bien jurídico y sistema de delito. Un ensayo de fundamentación dogmática* (Montevideo, UR: B de F, 2004), 157.

¹² Para este efecto se ha considerado las definiciones del término “expansión” propuestas por el Autor Jesús María Silva Sánchez empleadas tanto en la primera como en la segunda edición de su obra: “La “expansión” sería la tendencia general maximalista representada por la “creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía” (Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*); “No es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía, no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término de “expansión”” (Jesús María Silva

penal se constata gracias a la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación hacia la introducción de nuevos tipos penales así como, la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantías.¹³

La doctrina penal que explica las causas del apareamiento de esta expansión, si bien es cierto depende de cada autor y son distintas,¹⁴ han procurado seguir con la propuesta planteada por Silva Sánchez, quien las explica basado en ocho razones.¹⁵

Las críticas al planteamiento del fenómeno de la expansión han sido muchas. Mendoza Buergo,¹⁶ por ejemplo se muestra en desacuerdo con la sectorización propuesta de las dos velocidades del Derecho penal (Primera velocidad: Derecho penal nuclear; Segunda velocidad: flexibilización de las reglas de imputación y las garantías penales y penas pecuniarias). Martínez-Buján¹⁷ critica las causas de la expansión, en particular los gestores atípicos de la moral, para lo cual establece que gran parte de ello surgieron con posterioridad a formas previas de agresión diversas a las del Derecho penal clásico, y que responden a las actuales relaciones de mercado;¹⁸ así también establece que la huida al discurso punitivista no es patrimonio exclusivo de la izquierda sino de todos los sectores y actores políticos.¹⁹ Carrasco Jiménez²⁰ refiere que el

Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*), 4-5.

¹³ *Ibíd.*, 18.

¹⁴ Juan Terradillos Basoco, "Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico", *Nuevo Foro Penal*, n.º 70 (2004): 89, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3823053>>.

¹⁵ Estas causas son: a) es el riesgo en las sociedades modernas de procedencia humana; b) la crisis del modelo del Estado de bienestar; c) la sensación social de inseguridad o de miedo; d) es la conformación de la sociedad en una de sujetos pasivos; e) constituye la identificación social de las mayorías con la víctima del delito; f) se construye a partir del descrédito de otras instancias de protección, que se visualiza en la ausencia de una ética social que asegure protección de bienes jurídicos; g) la orientación de la izquierda científica criminología, y política, en cuanto "gestores atípicos de la moral"; y, h) la implementación de mecanismo de descongestión del conflicto penal referidos a la mediación, conciliación o negociación en el área penal.

¹⁶ Blanca Mendoza Buergo, *Derecho penal en la Sociedad del Riesgo* (Madrid, ES: Civitas, 2001), 184.

¹⁷ Carlos Martínez-Buján, "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)", en *Mutaciones de leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, coord. Guillermo Portilla Contreras (Madrid, ES: Akal, 2005), 395-399.

¹⁸ *Ibíd.*, 405.

¹⁹ *Ibíd.*, 406.

²⁰ Edisson Carrasco Jiménez, "El concepto de expansión del Derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de inflación" penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII (2017): 49, <<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3059>>.

concepto de “expansión” es equiparable al de “inflación” que fuera utilizado por la doctrina anterior²¹ y posterior²² al aparecimiento del libro de Silva Sánchez,²³ y por ello no existe mayor aporte al concepto de “inflación”.²⁴ Adicionalmente, se critica el fenómeno desde el punto de vista de la existencia de problemas de tipo metodológicos, como por ejemplo la ambigüedad semántica del término *expansión*, cuestión que trae consecuencias a la hora de analizar los fenómenos asociados a la descripción que el concepto involucra. Es decir, que el problema metodológico puede traer como consecuencia el error de diagnóstico de la realidad que pretende ser explicada por el autor.

Con críticas y opositores, ninguna doctrina ha desvirtuado el reconocimiento del aumento del Derecho penal, del trasuntar de un bien jurídico lesionado a un bien jurídico tutelado, de la existencia de nuevos bienes jurídicos, así como tampoco se desconoce el trasuntar de los delitos de lesión a los de peligro, concreto o abstracto, y la existencia de bienes jurídicos colectivos tutelados particularmente bajo la modalidad del peligro abstracto con el consecuente adelantamiento de las barreras de protección. Es decir, no se desconoce que las posibilidades de intervención del Derecho penal aparecen de forma más extensa (para fenómenos jurídico-penales tales como introducción nuevos tipos penales, agravación de los ya existentes, reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y procesal penal, creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía),²⁵ como intensa (reinterpretación de garantías, *in malam partem*, sustantivas, procesales e incluso penitenciarias; la relativización de los principios político criminales de garantía, la ampliación de los espacios de riesgo, de toda forma en que sea el autor considerado un peligro, donde se transfiere el riesgo del hecho al autor;

²¹ Antonio Beristaín Ipiña, *Cuestiones penales y criminológicas* (Madrid, ES: Instituto Reus, 1979), 72; Carlos Martínez-Buján Pérez, “La inflación del Derecho penal y del Derecho Administrativo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 6 (1981-1982): 201, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104245>>; José María Rodríguez Devesa, Alonso Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, ES: Dykinson, 1994), 248.

²² María Isabel Sánchez García, *El moderno derecho penal y la anticipación de tutela penal* (Valladolid, ES: Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico, Universidad de Valladolid, 1999), 274; Dulce María Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos* (Madrid, ES: Dykinson, 2000), 159.

²³ Carrasco Jiménez, “El concepto de expansión del Derecho penal puesto en cuestionamiento”, 79.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 1998*, 5.

la flexibilización de las reglas de imputación, por ser estas menos estrictas penal y procesalmente; aumento de la pena intramural al ser usada abarcando mayores situaciones y por más tiempo).²⁶

El conocimiento de la antijuridicidad por tanto se convierte en un requisito *sine qua non* tanto para la construcción de la responsabilidad penal así como para la imposición de una pena, pues cuando este requisito no se cumple se opta por la alternativa de atenuar o excluir la culpabilidad.

En efecto, el art. 34 del COIP determina de forma expresa, que para que exista y sea declarada la responsabilidad penal, el sujeto activo de la infracción no solamente debe ser imputable, sino que además debe actuar con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

La redacción antes transcrita deja a entender que el Derecho penal ecuatoriano se sustenta en una base teórica, mayoritariamente aceptada por la doctrina, en la que se establece la culpabilidad como una categoría dogmática en la teoría del delito y dentro de ella se realiza el estudio del conocimiento o comprensión de la antijuridicidad de la conducta como uno de los requisitos indispensables para la construcción de la responsabilidad penal.

También la redacción anterior, da pie para considerar que el esquema de diseño y construcción de la comprensión de la antijuridicidad, al ser ubicada en la teoría de la culpabilidad y no como parte de la teoría del dolo, constituye una aceptación de las proposiciones dogmáticas de la escuela finalista.

4. El conocimiento o conciencia de la antijuridicidad de la conducta

En la teoría del delito se recurre al estudio del conocimiento de la antijuridicidad tanto en el tipo subjetivo como en la categoría dogmática de la culpabilidad, pero es importante destacar, conforme lo afirma Muñoz Conde, que el dolo no se afecta por el desconocimiento de la antijuridicidad dando a entender que dolo y conocimiento de la antijuridicidad en la teoría de la culpabilidad son conceptos distintos y por ende su función dogmática también es distinta.²⁷

²⁶ *Ibíd.*, 183-5.

²⁷ Francisco Muñoz Conde, *El error en el Derecho penal* (Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 1989), 33.

En consecuencia de lo anterior el conocimiento o conciencia de la antijuridicidad para la categoría dogmática de la culpabilidad implica conocer, a nivel profano, que las normas jurídicas que regulan la convivencia social prohíben el comportamiento que el sujeto activo de la infracción realiza. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia extranjera cuando define al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta como un conocimiento muy amplio y genérico, no especializado ni pormenorizado:

La conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, y sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: "Creencia errónea de estar obrando lícitamente", decía el anterior art. 6 bis a); "error sobre la ilicitud del hecho", dice ahora el vigente art. 14.3 (SSTS 1301/1998, de 28 de octubre; 86/2005, de 21 de julio; 411/2006 de 18 de abril, 429/2012, de 21 de mayo o 670/2015 de 30 de octubre).²⁸

El conocimiento o conciencia de la antijuridicidad por tanto radica en que el sujeto activo de la infracción sabe que lo que está haciendo no está permitido por el Derecho sino que resulta ser una conducta prohibida. Ese conocimiento, además, se refiere a un conocimiento general, no jurídico, pues se habla del conocimiento propio a nivel del profano o en otras palabras al conocimiento que puede tener quien es lego en el área jurídico penal. Por ende, el conocimiento requerido solo debe ser en verdad una posibilidad de conocimiento, no necesita ser actual o actualizable²⁹ ni tampoco potencial³⁰ de ahí que se establece por parte de la doctrina que el conocimiento requerido de la ilicitud es en menor intensidad que el requerido para el dolo.

Ahora bien, dado que la conciencia de la antijuridicidad se basa fundamentalmente en el conocimiento del desvalor de acción de una conducta penalmente relevante, resulta interesante y trascendental establecer qué nivel de conocimiento es el que se requiere para llegar a la conclusión de que la conducta es o no antijurídica. Por esta razón cuando el legislador emplea el término "conocimiento" no se

²⁸ España Tribunal Supremo Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Caso n.º 748/2018*, 14 de febrero de 2019, 5.

²⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alaglia, Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte General* (Buenos Aires, AR: Ediar, 2002), 553.

³⁰ Hans Welzel, *Derecho penal alemán* (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1970), 221.

está refiriendo sino solo al conocimiento de la afectación de la conducta a ciertos bienes jurídicos, es decir a una afectación material en concreto³¹ y es la que se produce en el sujeto que es considerado como lego o profano.

A distinción de lo anterior la “comprensión” de la antijuricidad implica ya no un conocimiento indiciario sino una verdadera asimilación de la norma de prohibición o mandato así como de su contenido, lo que determina una asimilación más profunda de la norma penal.

Por esta razón Zaffaroni considera no solo que la comprensión es posterior al mero conocimiento sino además que para aquellos grupos sociales a los que se denomina como “minorías culturales” se requiere no de un “conocimiento” sino más bien de la “comprensión” de la norma, de ahí que el autor en referencia considera la existencia de un “error directo de comprensión”.³²

Bajo esta última nomenclatura se enmarcan aquellos “casos en que el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigirse la comprensión de la misma, es decir sus supuestos tiene lugar especialmente cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles (la llamada socialización exótica)”.³³

En este contexto, si se piensa que los delitos más comunes son mayormente conocidos por la gran parte de la población, ello no sucede con otros delitos que como en el caso de la manipulación genética o el tráfico de especies protegidas de la fauna representan mayor complejidad aun para las personas que han dedicado sus esfuerzos para comprender las normas penales, lo que implica que el sujeto medio desconozca la conminación penal abstracta y por ende la antijuricidad de la conducta que está llevando a cabo.

Se agrava más el panorama cuando la introyección de la antijuricidad de la conducta se debe no a causa de inimputabilidad por una afectación o trastorno mental, sino a cuestiones que refieren a la introyección de otra estructura normativa que es formal y materialmente diversa a la que es mayormente conocida y en consecuencia de aquella introyección o comprensión se confronta con la generalmente aceptada

³¹ Alejandra Castillo Ara, “La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición”, en *Revista de Derecho Valdivia*, n.º 2 (2014): 255, <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v27n2/art11.pdf>>.

³² Zaffaroni, *Derecho penal. Parte General*, 736.

³³ *Ibíd.*

provocando una afectación de la comprensión de la antijuricidad según el esquema punitivo dominante.

Según Jakobs este caso trataría de una concurrencia de ordenamientos específicos en los cuales el Derecho penal debe reaccionar disculpando total o parcialmente la conducta lesiva.³⁴

A pesar de lo anterior, la comprensión o conciencia de la antijuricidad, como formulada aplicada por el legislador ecuatoriano, es el concepto central del nuevo sistema de Derecho penal establecido desde el año 2014 con la vigencia del COIP, lo que denota a su vez que este presupuesto es adoptado como requisito inexorable en base el cual se construye la responsabilidad penal, restando solamente delimitar el contenido de dicho conocimiento así como la eventualidad del mismo.

4.1. El contenido de la comprensión de la antijuricidad

Antes se había advertido ya que las personas generalmente tienen un conocimiento aproximado de lo que está permitido o no realizar, lo cual se verifica en los delitos más conocidos como son el homicidio, el abuso sexual, el robo, etc., pero en aquellos delitos en que la norma jurídica penal es más compleja, las posibilidades de este conocimiento van prácticamente aminorándose.

En ese escenario la posibilidad de que el legislador exija un conocimiento técnico de la norma puede resultar no solo contraproducente sino prácticamente irrealizable. Pese a ello, se establece como elementos objetivos indicadores del conocimiento de la antijuricidad el hecho de que la conducta sea lesiva para los intereses legítimamente protegidos por la colectividad, lo que se reduce a la consideración de que la conducta afecten seriamente bienes jurídicos cuya tutela corresponde al orden penal imperante,³⁵ por manera que el conocimiento de la antijuricidad radica ya no solo en la contraposición de la conducta con la norma jurídica, sino que esa contraposición lesiones gravemente a un bien jurídico derivado del reconocimiento realizado por una sociedad determinada.

³⁴ Günther Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (Madrid, ES: Thomson – Civitas, 2004), 48.

³⁵ Yesid Echeverry Enciso, "Voluntad y conocimiento como presupuestos del dolo en materia penal", en *Revista Científica Guillermo de Ockham*, n.º 1 (2009): 125 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=2404704>>.

Luzón Peña, por su parte considera al respecto del contenido de la antijuricidad que adicionalmente del conocimiento genérico de la contraposición de la conducta con la norma, se debe tomar en cuenta que el sujeto activo de la infracción ha de conocer que su conducta antijurídica merece una sanción penal pues la capacidad de motivación en la norma penal está estrechamente vinculada a la posibilidad del conocimiento de la penalidad que afronta esa conducta.³⁶

En el mismo sentido Bacigalupo considera que:

Al contrario, en el ámbito de la nueva criminalidad, todavía no internalizada, la existencia de una amenaza penal es inclusive un presupuesto necesario para la elaboración de la disposición de conducta leal al orden jurídico, pues de otra forma no existiría siquiera una prevención por medio de la coacción. De ello surge el principio general de que una pena sólo puede ser impuesta si, por lo menos, el autor pudo ser motivado a un comportamiento leal al orden jurídico.³⁷

En definitiva, el contenido de la comprensión de la antijuricidad implicará por una parte que el sujeto activo de la infracción conozca de forma general que su conducta va en contra del ordenamiento jurídico, que esa conducta lesiona gravemente un bien jurídico y que al mismo tiempo su conducta, contraria a las normas jurídicas, esta sancionada con una pena, lo que implica en resumidas cuentas un conocimiento de la norma penal sin mayor tecnicidad.

Esta posición dogmática, se advierte por parte de la doctrina, no es aceptada de forma pacífica por cuestiones que alterarían seriamente esta delimitación del contenido del conocimiento de la antijuricidad. Las normas penales en blanco eliminarían en parte este conocimiento; y, así mismo la notable expansión del Derecho penal daría lugar a que el ciudadano se vea compelido a buscar fuentes de información lo que resulta en la construcción de un Derecho penal totalitario y absoluto con pretensiones de imposición exagerada. Con todo parece ser que esta es la respuesta más racional para la construcción de la culpabilidad puesto que no exige la certeza o conocimiento absoluto y técnico de las normas penales sino al menos una representación psicológica mediana que le permita adecuar su comportamiento a los requerimientos del sistema.

³⁶ Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho penal* (Madrid, ES: Universidad, 1996), 464.

³⁷ Enrique Bacigalupo, *Principios constitucionales del Derecho penal* (Buenos Aires, AR: Hammurabi, 1999), 49.

4.2. La eventualidad en el conocimiento de la antijuricidad

Este elemento es el más complicado en la teoría de la culpabilidad pues se fundamenta en el aspecto cognitivo y volitivo del conocimiento de la antijuricidad. En este contexto se requiere establecer el grado de certeza que tuvo el sujeto activo de la infracción sobre el conocimiento de la antijuricidad, y en ese sentido se establecería el elemento de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición.

Según la doctrina el conocimiento de la antijuricidad ha de ser potencial o eventual,³⁸ o sea sería suficiente, en principio, que el sujeto activo de la infracción “hubiese podido conocer lo ilícito de su hacer para que pudiese reprochársele como culpable”, o dicho de otra manera, el autor a pesar de no contar con la certeza de que su conducta es antijurídica, puede llegar a alcanzar un grado tal de conocimiento que le permite comprender que su conducta es antijurídica de forma suficiente como para imputarle la responsabilidad penal. Esta teoría, permite que se amplíen “desmesuradamente las posibilidades de considerar culpable a todo el que, con capacidad de culpabilidad, comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición.”³⁹

Para Silva Sánchez:

El análisis acerca de cuándo cabe hablar de conocimiento de la antijuricidad se producirá a partir del caso límite en que el sujeto no sabe seguro si su conducta infringe el Ordenamiento, teniéndolo simplemente por posible, del mismo modo que tiene por posible el actuar en el marco de lo adecuado a Derecho. Tal punto de partida no es casual. Es este, probablemente, uno de los dos temas esenciales en materia de conocimiento; el otro es el del conocimiento marginal o «co-consciencia.....existe dicho conocimiento eventual siempre que el sujeto considera seriamente la probabilidad de que su conducta sea antijurídica y conforma con ello. Es decir, que son precisos dos elementos. El primero, una situación de duda, en la que el sujeto advierte la probabilidad seria de que su conducta infrinja el Ordenamiento. El segundo, una postura del mencionado sujeto, dentro de la duda, favorable al resultado «lesión del Ordenamiento», que aparece caracterizada con las expresiones o conformarse», «decidirse por», u otras similares...⁴⁰

³⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del Delito* (Madrid, ES: Civitas, 1997), 804; Inés Olaizola Nogales, *El error de Prohibición, especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad* (Madrid, ES: La Ley, 2007), 69.

³⁹ Muñoz Conde, *Derecho penal Parte General*, 382.

⁴⁰ Jesús María Silva Sánchez, “Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, Tomo XL (1987): 649, 647-663, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46312.pdf>>.

Certeza, duda, incertidumbre en consecuencia son los grados que se aplican doctrinariamente para establecer sobre la gradualidad del conocimiento de la antijuricidad que determina en consecuencia si el error de prohibición era vencible o no. La ordenación de estas categorías obedece a una relación lógica pues conforme lo advierte Silva Sánchez, entre la certeza y la incertidumbre opera la duda, la que por supuesto aún se la analiza bajo las figuras de duda resoluble e irresoluble, entendiéndose por la primera aquella en la cual no se debe realizar un tratamiento privilegiado respecto al conocimiento seguro en vista de que el deber de información es el criterio rector en este ámbito, lo cual implica que quien tiene el deber de informarse debería hacerlo y esta es la razón que hace equiparable la duda irresoluble a quien obra bajo conocimiento de la antijuricidad. Pero en el caso de la duda irresoluble es lo que se considera como error de prohibición invencible se está en la posibilidad de que se elimina la culpabilidad porque no está en la facultad del autor el mejorar el conocimiento del que efectivamente dispone al momento del cometimiento del ilícito.⁴¹

Ahora bien, los aspectos volitivo y cognitivo considerados necesarios en el conocimiento de antijuricidad, pasaron a reducirse exclusivamente al elemento cognitivo para fundar este conocimiento, de allí que el conocimiento eventual consistiría apenas en la simple representación de las posibilidad o probabilidad de la antijuricidad de la conducta. El elemento volitivo, que se identificaba para la construcción del dolo en la escuela causalista, se lo desestimo porque entre el conocimiento eventual del autor y la antijuricidad no opera la voluntad del sujeto activo de la infracción, lo que hace por tanto innecesario su análisis en el tema de gradualidad de la comprensión o conciencia de la antijuricidad.⁴²

5. El Error de prohibición

De forma general se requiere advertir que existe error cuando el sujeto activo de la infracción penal ostenta una falsa representación de la realidad, cuando existe una suposición equivocada de la realidad por lo tanto el error consiste en una discrepancia que existe entre el conocimiento del sujeto y la realidad. A diferencia de lo anterior existe ignorancia cuando la discrepancia se trata de la falta de representación de la

⁴¹ *Ibíd.*, 655.

⁴² Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho, un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición* (Barcelona, ES: Atelier, 1999), 217.

realidad, es decir la ignorancia opera cuando el sujeto desconoce la realidad. Por manera que el error ocurre en los supuestos de discrepancia de la realidad o de desconocimiento de aquella

Estos supuestos de error, además, en el Derecho penal se manifiestan tanto en los elementos del tipo delictivo como en la prohibición jurídico penal,⁴³ por lo que se concluye en la existencia del error de tipo y el error de prohibición que nada tiene que ver con los denominados antiguamente error de hecho y de derecho.

El error de tipo ocurre cuando el autor desconoce, por ignorancia o por conocimiento equivocado según se advierte antes, de que está realizando el hecho típico, lo que implica la existencia de una divergencia entre la conducta objetivamente realizada y la representación que el sujeto se hace de ella.⁴⁴ En otras palabras puede decirse que esta clase de error se presenta cuando el sujeto desconoce o ignora en el hecho aquellos elementos que pertenecen al tipo objetivo del delito sobre los cuales se fundamenta el desvalor de acción.

El error de prohibición, en cambio, ocurre cuando el autor del delito cree que actúa lícitamente, así también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho.^{45 46} En otras palabras se puede establecer que el sujeto tiene conocimiento de los elementos que fundamentan la prohibición penal, que llevan al hombre medio a reconocer tal prohibición, pero por circunstancias particulares suyas, desconoce la valoración negativa y la prohibición jurídica de la conducta cometida.⁴⁷

El error de prohibición ha sido explicado desde las distintas corrientes doctrinales (causalismo y finalismo), las cuales se van particularizando y distinguiéndose, entre otros aspectos, según su ubicación, contenido y alcance según se verá en líneas posteriores.

5.1. La teoría del dolo

Esta teoría responde al esquema causalista en donde el análisis del delito se limita al estudio de la acción del sujeto activo de la infracción como un factor causal en la producción del resultado lesivo del bien jurídico, de manera que la mera causalidad

⁴³ Muñoz Conde, *El error en el Derecho penal*, 15.

⁴⁴ Antoni Llabres Fuster, "El error de tipo", en *Comentarios al Código penal*, dir. Manuel Gómez Tomillo, 104-109, (Valladolid, ES: Lex Nova, 2010), 105.

⁴⁵ Muñoz Conde, *Derecho penal Parte General*, 382.

⁴⁶ Muñoz Conde, *El error en el Derecho penal*, 15.

⁴⁷ Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 55.

en la conducta determina la responsabilidad penal, sin importar la intención o finalidad de la conducta, lo que se resume en la afirmación de que el delito es un resultado de diversos cursos causales pero no del obrar humano libre.

Para el casualismo la culpabilidad está conformada por el dolo, de manera que el dolo es una forma de culpabilidad, por eso lo denominaba como *dolus malus* que comprende el lado subjetivo del hecho por lo que se identifica con el conocimiento de los elementos del tipo y la antijuricidad de la conducta.⁴⁸ El actuar de forma dolosa en consecuencia implica la presencia necesaria e indispensable de estos dos requisitos, que debía existir de forma real, actual y efectiva al momento de producirse la conducta penalmente relevante.

Si se quisiera exigir, sin embargo, una representación actual de la antijuricidad del hecho, en el momento de su realización, apenas habría delitos dolosos en este sentido. La teoría del dolo tendría que conformarse, más bien, con un "conocimiento" de lo injusto en el sentido de un "saber" inactual, actualizable en todo momento, pero tendría que tener en cuenta entonces que esta forma de "saber" no basta para el dolo del tipo. El dolo y el conocimiento de lo injusto requieren psicológicamente dos formas distintas de conciencia: aquél exige necesariamente la representación, o la percepción, actual en el momento del hecho; el segundo se conforma con un "saber" inactual.⁴⁹

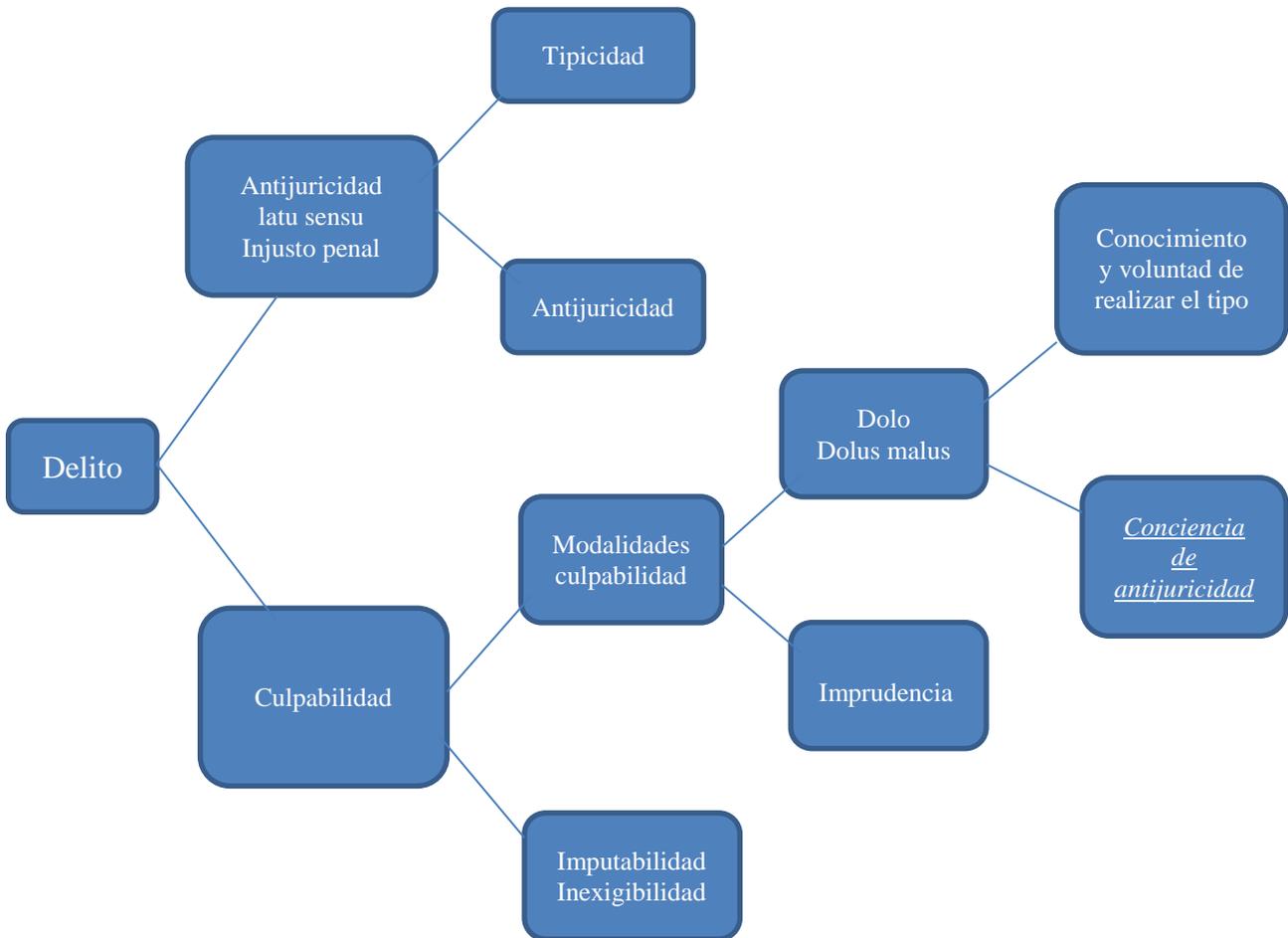
En la teoría del dolo por lo tanto se consideraba que el dolo requería del conocimiento de la antijuricidad denotándose que la falta de este requisito tendía a eliminar también el dolo (teoría estricta)⁵⁰, por eso en el error esencial vencible se excluye únicamente el dolo mas no la imprudencia y este criterio se traslada también al error de prohibición.

⁴⁸ Hanz Welzel, *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (Montevideo, UR: B de F, 2001), 163.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Donna, *Teoría del delito y de la pena*, 274.

Gráfico No. 1
La conciencia de la antijuricidad en la teoría del dolo.



Elaboración Propia.

Desde otro sector, la teoría del dolo consideraba que el requisito del conocimiento de la antijuricidad no debía ser exacta sino apenas debía consistir en un conocimiento actual y actualizable (teoría restringida).⁵¹

Las graves objeciones a esta teoría se manifestaron en que el nivel de conocimiento de la antijuricidad se exigía tanto para el dolo como para la culpabilidad los que no era compatible pues en el dolo se exigía el conocimiento de los elementos del tipo mientras que en la culpabilidad apenas se exige un conocimiento potencial no

⁵¹ *Ibíd.*, 275.

caracterizado por ser cierto, de manera que la exigencia en el dolo y en la culpabilidad es una diferencia de grado o de intensidad de conocimiento.

5.2. La teoría de la culpabilidad

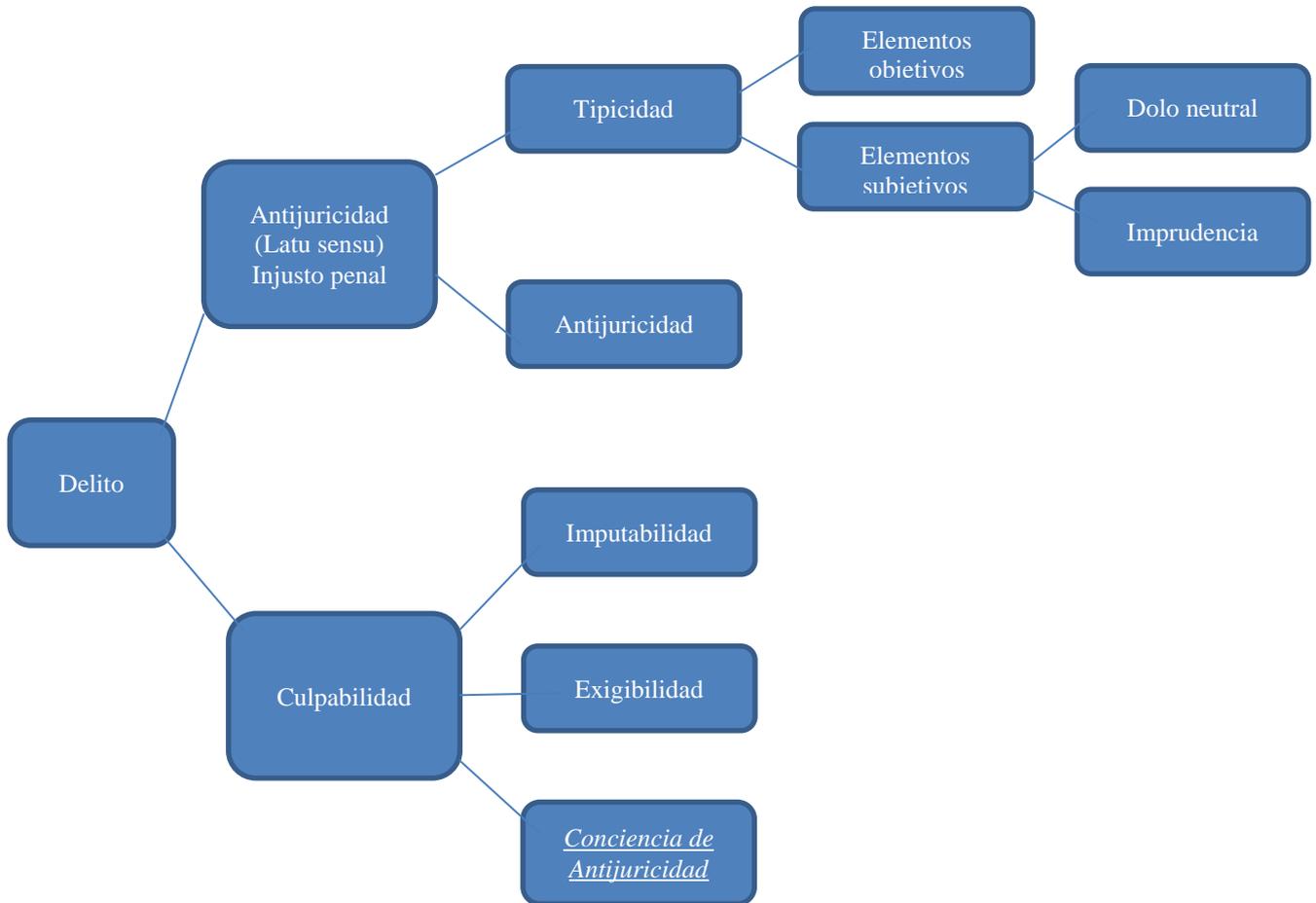
La culpabilidad es una teoría de corte finalista en la cual se considera que la acción es un ejercicio de la voluntad final, de allí que el legislador no puede prohibir las simples relaciones de causalidad o cursos causales, sino que debe prohibir los comportamientos que están dirigidos voluntariamente hacia una finalidad.

Bajo esta concepción de la acción finalista, elaborada por Welzel, la estructuración del dolo sufre una modificación pues pasa de la culpabilidad a la tipicidad subjetiva en donde se empezó a estudiar tanto el dolo como la imprudencia; y, el conocimiento de la antijuricidad se convierte en uno de los tres presupuestos necesarios para el establecimiento de la culpabilidad.

Según el nuevo diseño conceptual, que modifica la teoría jurídica del delito, se realiza una identificación clara sobre la ubicación sistemática del dolo y el conocimiento de la antijuricidad las cuales se convierten en dos categorías dogmáticas distintas que se analizan tanto en el tipo subjetivo (dolo), como en el conocimiento de la antijuricidad (culpabilidad). Por ello se sostiene en líneas generales que el error de prohibición no afecta al dolo sino a la culpabilidad.

La teoría de la culpabilidad, dependiendo de la consideración del error en las causas de justificación, al igual que la del dolo, puede ser de carácter estricta, en la cual la concepción del dolo es de carácter neutral o natural pero requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo en sentido estricto, de allí se concluye que los errores en las causas de justificación son errores de prohibición. En cambio, en la teoría limitada de la culpabilidad se sostiene que el error sobre las causas de justificación es en verdad un error de tipo.⁵²

⁵² Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 49.

Gráfico No. 2**La conciencia de la antijuricidad en la teoría de la culpabilidad.**

Elaboración Propia.

6. Las modalidades de error de prohibición

La doctrina y la jurisprudencia han establecido una sistematización sobre el error de prohibición y sus diferentes modalidades. En ese sentido se acepta mayoritariamente la siguiente clasificación del error de prohibición:

- Error de prohibición directo o inmediato:
 - Error sobre la existencia de una prohibición
 - Error sobre la validez de la norma
 - Error de subsunción

- Error de prohibición indirecto o mediato:
 - Error sobre la existencia de una causa de justificación
 - Error sobre los límites de una causa de justificación
 - Error sobre los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación.

- Error de prohibición al revés.

A más de estas clases de errores de prohibición se establece también el error de prohibición culturalmente condicionado el cual será desarrollado con mayor detenimiento en el siguiente Capítulo de esta investigación.

6.1. Error de prohibición directo

Se categoriza como error de prohibición directo o inmediato a aquel en el que el sujeto activo de la infracción penal no es consciente del carácter injusto del hecho,⁵³ es decir, es el error en el cual la ilicitud es desconocida por el sujeto que a su vez no conoce el contenido de la norma penal. Esta clase error recae sobre los mandatos o prohibiciones de la norma penal.

Este tipo de error se lo ejemplifica con el siguiente caso: El funcionario judicial que ignorándolo aplica una norma que ha sido declarada inexecutable, a un hecho acaecido después de tal declaratoria, actúa en un error de prohibición (de interpretación) que excluye la culpabilidad de la conducta.⁵⁴

6.1.1. Error sobre la existencia de una prohibición

Este tipo de error de prohibición ocurre cuando el sujeto cree que la conducta que está realizando no está prohibida, es decir, se refiere al no conocimiento de la

⁵³ Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 69.

⁵⁴ Fernando Velásquez, "Inculpabilidad por error de prohibición directo", en *Nuevo Foro Penal*, n.º 49 (1990): 561, <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/.../335>>. 560-565.

existencia de la prohibición o mandato de una norma que ordena una determinada conducta, y refiere igualmente a que el sujeto considera que su actuación no es ilegítima ni tampoco injusta por el desconocimiento de la prohibición.

La jurisprudencia ecuatoriana sobre el error de prohibición, tal como se analizara más adelante es exigua y confusa, lo que hace necesario que la jurisprudencia extranjera sea analizada para comprender la taxonomía que se está analizando.

En este sentido la Sala Penal del Tribunal Supremo español ha conceptualizado y delimitado el contenido del error sobre la existencia de una prohibición como la falta de conocimiento o el conocimiento equivocado de la antijuricidad de la conducta:

En el número 3º se otorga tratamiento jurídico al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva -error de prohibición directo- o un error sobre la causa de justificación - error de prohibición indirecto- En los términos de la STS 755/2003, de 28 de mayo , "la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación".

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP 1995) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso -recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre -, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuricidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 6 bis, a) tal y como se desprende de las Sentencias de 29 noviembre , 16 marzo 1994 , 12 diciembre y 18 noviembre 1991, entre otras muchas. Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» (SSTS 11 marzo 1996 , 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat , y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987).⁵⁵

En el desarrollo jurisprudencial se nota por añadidura cuestiones que son de mucha relevancia en el tratamiento de esta clase de error. Por una parte se aclara que

⁵⁵ España Tribunal Supremo Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Caso n.º 191/2015*, 13 de octubre de 2015, 10.

desde la significación gramatical del término “error”, este excluye la idea de duda, por lo que el error se vuelve latente ante la existencia de un conocimiento equivocado o de un desconocimiento que se caracteriza por ser firme. Ello ratifica asimismo las posiciones doctrinales que distinguen entre el error, cuando el sujeto ostenta una falsa representación de la realidad o cuando existe una suposición equivocada de la realidad; e ignorancia, que opera cuando la discrepancia se trata de la falta de representación de la realidad.

Otro de los aspectos que resalta la jurisprudencia es que el error o la creencia equivocada deben ser motivo de prueba por parte de quien los alega, lo que denota la necesidad de una obligación probatoria en cabeza del procesado cuando quiera demostrar que actuó bajo error o desconocimiento. Del mismo modo se considera que esta institución no puede ser empleada como un mecanismo de defensa en todas aquellos delitos que se caractericen por tener una ilicitud notoria y evidente, es decir en aquellas infracciones que de forma natural o elemental se puede colegir su antijuricidad intrínseca, así tampoco puede emplearse en aquellos casos en se vulneren las normas fundamentales en el Derecho Penal.

6.1.2. Error sobre la validez de la norma

Este error opera cuando el sujeto conoce la norma que prohíbe la conducta pero actúa bajo la creencia errada de que la norma no tiene validez, es decir es nula, porque contraviene el ordenamiento jurídico, porque el órgano productor de la norma no tiene competencia para ello, o que en determinados casos particulares no tiene validez la norma prohibitiva. El error ocurre entonces en el aspecto de la fuerza vinculante de la norma jurídica,^{56 57} pero no puede ser aplicado cuando el error sea el resultado de la rebelión del sujeto activo de la infracción frente a las normas. De igual forma, siguiendo a Roxin, solamente puede proponerse esta clase de error cuando el sujeto activo de la infracción invoque una causa de nulidad de la norma prohibitiva, la cual debe estar expresamente considerada en la ley.

La jurisprudencia española ha manifestado que:

⁵⁶ Muñoz Conde, *El error en el Derecho penal*, 69.

⁵⁷ Airmin Kaufmann, “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, Tomo 37 (1984): 16, 5-21. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46247.pdf>>.

Sea como fuere, lo que es evidente es que sólo podrá exigirse un comportamiento ajustado a la norma a aquel que se encuentre en una posición de igualdad respecto de lo que el órgano judicial considere el destinatario ideal de la norma. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala - no sin críticas doctrinales que cuestionan el presupuesto de una moral compartida por todos los integrantes de la sociedad- ha llegado a proclamar la existencia de una presunción *iuris tantum* respecto de lo que denomina infracciones de carácter material o natural. También lo es que la ejecución de actos sexuales con menores que carecen de capacidad de autodeterminación sexual, podría situarse, sin grandes esfuerzos argumentales, en esa categoría. El daño a la indemnidad sexual de un niño, cometido por quien convierte a éste en destinatario forzado o inconsciente de sus desahogos sexuales, no es, desde luego, cuestión menor. La definición del carácter vencible o invencible del error no puede prescindir de un dato que, a nuestro juicio, singulariza el supuesto de hecho que es objeto del presente recurso. En efecto, P. y JG inician una relación afectiva que incluye repetidos contactos sexuales a lo largo del año 2015. Y esta unión se forja en un escenario permitido por el derecho penal, que en esas fechas no criminalizaba la relación sexual con una niña de 14 años, siempre que la entrega fuera fruto de una decisión espontánea, libre y voluntaria por parte de aquélla. Los contactos sexuales mantenidos durante el primer semestre del año 2015 eran, por tanto, totalmente ajenos al derecho penal. Es a partir del 1 de julio de ese año cuando el legislador lleva a la práctica una decisión de política criminal que eleva la barrera de la protección de la indemnidad sexual de los menores, pasando de 13 a 16 años. Se produce así la paradoja de que una relación sentimental -la sentencia habla del "amor" que Laura sentía por el acusado y de su deseo de mantener una "relación de noviazgo"-, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, una decisión de política criminal - cuya legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente para el derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad.⁵⁸

Tal como se puede apreciar en el texto transcrito, el criterio de validez jurídica de la norma es uno de los criterios que son abordados por el este tipo de error, de allí que el Tribunal Supremo puede llegar a la conclusión de que la modificación normativa de la norma penal, bajo la cual antes se permitía cierta libertad de acción en los contactos sexuales con una niña de 13 años de edad, estaba amparada por el Derecho penal, pero cuando la norma se reformó y se estableció el límite en los 16 años, el margen de punición se aumentó, aunque para el acusado no existía la posibilidad de conocer esa reforma jurídica ni tampoco el deber de informarse sobre la modificación de

⁵⁸ España Tribunal Supremo Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Caso n.º 10413/2016*, 19 de octubre de 2016, 7.

los límites de edad en los cuales una niña puede consentir los acercamientos sexuales, convirtiéndose, en consecuencia, en una conducta caracterizada por existir error de prohibición invencible que excluye totalmente la culpabilidad.

6.1.3. Error de subsunción

*Para Olaizola Nogales el error de subsunción es el error de interpretación del significado jurídico exacto de un elemento normativo, debido al cual el sujeto interpreta erróneamente un elemento típico o supuesto de hecho de la norma, concluyendo que su conducta no produce el delito.*⁵⁹ Según Roxin el error de subsunción opera cuando el “sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta”⁶⁰

En este tipo de error existe dolo, porque el sujeto actúa con pleno conocimiento del contenido objetivo de todas las circunstancias del tipo de la ley penal.⁶¹

A manera de ejemplo se puede establecer el caso de que el sujeto que actúa dolosamente según el delito de blanqueo de capitales aunque consideraba que las actividades que generaban los recursos están considerados como un ilícito administrativo mas no penal.

La jurisprudencia española sobre este tipo de error considera que es irrelevante para el Derecho penal:

Abundando en lo anterior, la STS nº 795/16, de 25-10-2016 dice que el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción; es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concurre error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta. Añade la STS nº 813/16, de 28-10-2016 que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinado en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos. También la naturaleza del

⁵⁹ Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 64.

⁶⁰ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 187.

⁶¹ Welzel, *El nuevo sistema de Derecho penal*, 189.

hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido el mismo por el sujeto activo, puesto que han de distinguirse las infracciones de carácter natural y las de índole formal. Ciñéndonos al supuesto que nos ocupa, debemos concluir que en la conducta del acusado, a pesar de los esfuerzos argumentales de su abogado, no concurre ningún atisbo de error de prohibición, ni en su versión invencible ni en su versión vencible.⁶²

Para sustentar la irrelevancia del error de subsunción el Tribunal Supremo español se decanta en cuál es el grado de conocimiento de la antijuricidad, que como se había advertido antes, es el conocimiento potencial, genérico, no técnico de la conducta antijurídica e igualmente es propio de la esfera del profano. De esta forma se concluye, aunque lo manifiesta expresamente el alto Tribunal, que al ser un conocimiento potencial de la antijuricidad el exigido, el proceso de subsunción implicaría un conocimiento más técnico que no se le puede exigir al ciudadano medio, ello en vista de que la subsunción implicaría un proceso mental más profundo que le permitiría encuadrar algo como parte de un conjunto, lo que aplicado a la norma penal redundaría en el hecho se relaciona con los elementos normativos del tipo aunque también se puede presentar en el ámbito de la categoría dogmática de la culpabilidad.⁶³

6.2. Error de prohibición indirecto o mediato

Olaizola Nogales considera que este tipo de error ocurre cuando el sujeto si es consciente del carácter injusto de su conducta pero cree o se representa erróneamente que existe una causa que justifica su proceder.⁶⁴ Según Luzón Peña esta clase de error se va a producir en todos aquellos casos en los cuales el autor conoce muy bien la situación objetiva en la que se decide a intervenir aunque comete el error cuando piensa que actúa bajo la causa de justificación.⁶⁵

6.2.1. Error sobre la existencia de una causa de justificación

Este error recae sobre la concurrencia, en la conducta penalmente relevante, de una causa de justificación que en realidad no está prevista en el ordenamiento jurídico. En estos supuestos el autor conoce la prohibición pero cuando actúa considera que lo

⁶² España Tribunal Supremo Sala de lo Militar Sección 1, "Sentencia", en *Caso n.º 95/2004*, 21 de febrero de 2005,12.

⁶³ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 872.

⁶⁴ Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 69.

⁶⁵ Luzón Peña, *Curso de Derecho penal*, 450.

hace bajo el amparo y protección de una causa que justifica su actuar delictivo. Así por ejemplo cuando el sujeto que presencié la violación de su esposa termina por asesinar al culpable del hecho un día después de la violación creyendo que la legítima defensa le permitía responder de esta manera una vez que había finalizado la agresión.⁶⁶

La jurisprudencia española sobre estos aspectos considera lo siguiente:

Tampoco tiene trascendencia el hecho de que no se haya concretado el número de cabezas de ganado del denunciado que se han introducido en los terrenos del denunciante, pues, a los efectos de esta resolución, basta con saber que el ganado ha sido dejado suelto y ha pastado en dichos terrenos.

Al folio 3 del atestado se describen las diligencias llevadas a cabo por la Guardia Civil ante el denunciado, se relata que el mismo, como justificación de su conducta, explicó que era debida a que le habían "quitado" los pastos que pagaba todos los años, refiriéndose a que habían sido adjudicados en la subasta anual a otra persona.

Así pues, el comportamiento del denunciado no fue meramente culposo o negligente, sino que fue doloso, amparado en una supuesta causa de justificación existente solo en el peculiar entendimiento del recurrente.

En cuanto a que no se ha probado que el ganado pastara en los terrenos, esa circunstancia ha de presumirse necesariamente, pues el ganado vacuno pasa la mayor parte del tiempo haciéndolo, y además, el motivo confesado por el denunciado para dejar suelto el ganado era el aprovechamiento de los pastos que le habían "quitado" en la subasta.⁶⁷

Tal como se aprecia el sujeto consideró que existía una causa de justificación que le ampara en la realización de su conducta, es decir el yerro al que estaba sometido se encuadraba en la antijuricidad, pero el tribunal consideró que esto en verdad no se trata de un error puesto que solo existía en el entendimiento del autor pero no en el ordenamiento jurídico, por manera que lo que se requerirá en este caso es que se reconozca la existencia y validez de la causa de justificación.

6.2.2. Error sobre los límites de una causa de justificación

Ocurre cuando el autor incurre en un error en cuanto al alcance de una causa de justificación que está prevista en el ordenamiento jurídico, por lo que se ha excedido en el ejercicio de dicha causa.

A este respecto la jurisprudencia española señala que:

⁶⁶ Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general*, 734.

⁶⁷ España Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1, "Sentencia", en *Caso n.º 74/2004*, 27 de abril de 2004,2.

El error de prohibición directo es aquél que recae sobre los mandatos o prohibiciones (abstractos) de la ley penal: el sujeto no sabe que la ley penal prohíbe u ordena un determinado comportamiento. El error de prohibición indirecto es el que recae sobre las causas de justificación que excepcionalmente autorizan la violación de las normas penales, es decir, que aunque el sujeto sabe lo que hace y, además, sabe que lo que hace está abstractamente prohibido, se cree no obstante excepcionalmente autorizado por una causa de justificación -que en realidad no concurre- a actuar como lo hace. Y dentro de esta modalidad de error de prohibición (indirecto) suelen distinguirse, a su vez, distintos supuestos: error sobre la existencia de una causa de justificación, cuando el sujeto supone a su favor una causa de justificación que no existe en el ordenamiento jurídico; error sobre los límites de una causa de justificación, cuando el sujeto yerra sobre el alcance de una causa de justificación realmente admitida por el ordenamiento jurídico; o error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: el sujeto cree erróneamente que concurren las circunstancias fácticas que le hubieran autorizado a actuar como lo hizo.

Pues bien se alegraría en el caso de autos la posible concurrencia de la primera de las modalidades expuesto puesto que lo que se alega es, y como hemos dicho, que se desconocía que la prohibición de alejamiento mantenía su validez si el acusado acudía a ver a sus hijos, alegación ésta que tampoco se sostiene. En modo alguno consta acreditado en autos la afirmación que realiza el recurrente, que nada dijo en el acto del juicio sobre la supuesta creencia de que como iba a ver a sus hijos la orden de alejamiento quedaba " en suspenso". La pena de alejamiento se refería a su ex mujer, como sabía, y no la respetó como ha quedado probado.⁶⁸

Tal como señala el tribunal el error opera cuando existiendo una causa de justificación, el autor yerra sobre los límites de actuación que le permite esa causa de justificación. La forma de establecer este error es la verificación de la causa de justificación pero en cuanto a la conducta esta debe ser mucho más intensa que lo previsto en la norma que establece la justificación, por lo que dicha conducta rebasa los límites legalmente establecidos.

6.2.3. Error sobre los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación.

La problemática que existe en este tipo de error es que la doctrina se halla dividida en cuanto a si se trata de un error de tipo que elimine el dolo o un error de prohibición que elimine la culpabilidad.⁶⁹

⁶⁸ España Audiencia Provincial de Cádiz Sección 7, "Sentencia", en *Caso n.º 133/2008*, 27 de marzo de 2008, 9.

⁶⁹ Javier de la Fuente, "Error sobre los presupuestos objetivos de justificación", en *Panorama Internacional sobre justicia penal. Política Criminal, Derecho penal y Criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre justicia penal*, coords. Sergio García Ramírez y Olga Islas de González (México DF: UNAM, 2007), 399-433,

Si se aplica a teoría estricta de la culpabilidad, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación configura una modalidad de error de prohibición. Pero para los teóricos de la teoría restringida de la culpabilidad que reconoce que el dolo no incluye el conocimiento de la antijuridicidad el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación configura un error de tipo para lo cual se recurre: a) a la teoría de los elementos negativos del tipo en la cual el tipo positivo está conformado por los elementos con los cuales se fundamenta positivamente el injusto y que constan en la descripción de la conducta que es contraria al bien jurídico; y, el tipo negativo que se refiere a la ausencia de las causas de justificación.⁷⁰; b) a la aplicación analógica del error de tipo⁷¹ pues considerar que es un caso especial de error que no logra encuadrarse en el error de tipo ni el de prohibición, no obstante aquello por analogía se debe resolver los casos aplicando el error de tipo en virtud de las semejanzas que los emparentan.

El caso ejemplar con el que se abordan las diversas respuestas dogmáticas es el de la legítima defensa putativa⁷² y por eso se requiere delinear la respuesta dogmática jurídico penal o desde la Política criminal a fin de evitar soluciones perjudiciales para los derechos humanos y la intensidad de la intervención del ius puniendi.

Sobre este supuesto de error el Tribunal Supremos español señala:

El recurrente viene a plantear el carácter invencible del error. Al tratarse de error sobre una causa de justificación, en el caso la legítima defensa, el error puede basarse sobre la existencia de un hecho o sobre su significación normativa. En estos casos, debe comprobarse si el autor pudo haber comprobado más intensamente o con mayor detalle esos aspectos, siempre que pudiera hacerlo sin perder con ello la posibilidad de defenderse, definitivamente o con una alta probabilidad. En el caso de que, desde una perspectiva objetiva en función de las circunstancias del caso, el sujeto hubiera podido comprobar la existencia del hecho o la necesidad de la defensa y no lo hubiera hecho, el error será vencible. En el caso, el acusado, a causa de la influencia del miedo, creyó que existía una agresión, lo que determinó su respuesta defensiva. Pero según el hecho, los asaltantes aún no habían iniciado el ataque al bar donde se encontraban y al verlo aparecer con el arma iniciaron la huida, disparando el acusado sobre ellos inmediatamente. Era, por lo tanto, perfectamente posible para el recurrente comprobar, sin riesgo para su defensa, si realmente la agresión se producía o si, por el contrario, se interrumpía y, tal como efectivamente ocurrió, los asaltantes abandonaban su propósito inicial. En las circunstancias descritas en los hechos, solo la existencia del miedo que disminuyó su capacidad de valorar los hechos, permite apreciar la legítima defensa putativa, pues en el plano objetivo la acción

⁷⁰ Luzón Peña, *Curso de Derecho penal*, 464; Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 72.

⁷¹ Gunter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte General* (Madrid, ES: Edersa, 1982), 161.

⁷² Francisco Muñoz Conde, "¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación", en *Studia iuridica*, n.º. 1 (1992): 275, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/9_LEGITIMA-DEFENSA.pdf>.

no estaba justificada al no existir agresión ni por lo tanto necesidad de defenderse. Consecuentemente, el motivo se desestima.⁷³

La jurisprudencia considera que el autor actuó bajo miedo lo cual le provocó una perturbación, aunque si bien es cierto, esta forma de actuar podía, en otras circunstancias, provocar una causa de exculpación, en los hechos demostrados no existió la agresión de los bandidos. El miedo, como se sabe ya, y sobre todo el miedo insuperable, permite un actuar presionado por medios externos pero en el caso concreto no se refirió más que al miedo, el cual no alcanzó la subjetivación de ser insuperable, de allí que el alto Tribunal no estableció sino la inexistencia de una agresión a los bienes o a su persona así como una defensa putativa.

6.3. Error de prohibición al revés

En estos supuestos el autor del delito considera de forma equivocada que su actuar se encuentra tipificado en la norma prohibitiva, cuando en verdad la norma penal no prohíbe la conducta y en consecuencia no infringe ninguna norma del ordenamiento jurídico. Se trata de los casos a los cuales la doctrina denomina como delito putativo, que por no afectar bien jurídico alguno carece de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.⁷⁴ Para graficar este error se plantea el siguiente caso: Una mujer que tiene relaciones lésbicas con otra considera que ese tipo de relaciones son delictuales, cuando en verdad no existe tal prohibición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

7. Evitabilidad – vencibilidad e inevitabilidad – invencibilidad del error de prohibición

Según la doctrina actual el concepto de la evitabilidad radica en el poder – conocer la antijuricidad de la conducta.^{75 76} Esto quiere decir que la evitabilidad y vencibilidad y sus antítesis inevitabilidad e invencibilidad son conceptos análogos y así son identificados también por la doctrina.

⁷³ España Tribunal Supremo Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Caso n.º 143/2007*, 22 de febrero de 2007, 10.

⁷⁴ Miguel Díaz y García Gollado, *El Error sobre Elementos Normativos del Tipo Penal* (Madrid, ES: La Ley, 2008), 249.

⁷⁵ Fernando Jorge Córdoba, *La evitabilidad del error de prohibición* (Madrid, ES: Marcial Pons, 2011), 25.

⁷⁶ Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 55.

La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad entonces constituye el sustrato sobre el cual se construye la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición, pero todavía es este el sustrato en el cual se puede ampliar o disminuir los límites de punibilidad. En efecto, el mayor esfuerzo de conciencia e información posibles que se endilgan al autor permiten evitar todo error de prohibición, con lo que en pocas palabras se establecería una plena vigencia del principio *error iuris nocet* que fue totalmente eliminado en el COIP a diferencia de lo que ocurría en la normativa penal derogada en donde se reconocía expresamente la presunción del conocimiento de la ley penal y el hecho de que su ignorancia o desconocimiento no exime su cumplimiento. Bajo este presupuesto se exigiría, como se dijo antes un Derecho penal que requiera obligatoriamente ser conocido por el ciudadano, aunque este tipo de conocimiento sea potencial o eventual, y, bajo este presupuesto casi todo los errores serian evitables por la obligación impuesta de conocer el derecho que se exige al ciudadano.

Esta obligación de conocer e informarse sobre el derecho ha sido objeto de duras críticas, no solo porque si se aceptase esa obligación prácticamente desaparecería cualquier recurso al error de prohibición, sino además porque a las pretensiones de validez general de la norma jurídica se contraponen con una realidad que se sustenta en un desconocimiento normativo que es predicable tanto a los ciudadanos comunes y corrientes como aquellos cuyas vidas se dedican al estudio de las leyes, ello en base a la cada vez más intensa producción de normas jurídicas, así como a la promulgación leyes cuyos contenidos científicos son muy escasamente conocidos por los juristas. Así por ejemplo nos encontramos con leyes que regulan la energía nuclear, la reproducción asistida, la biotecnología, la manipulación genética, etc., en cuyos contenidos el conocimiento científico en temas tan puntuales es prácticamente desconocido por los hombres de derecho, quienes a pesar de su formación jurídica se vuelven en legos en determinadas áreas del derecho.⁷⁷

A pesar de la previsión del art. 13 del Código Civil ecuatoriano que dispone que la ley es conocida por todos y su ignorancia no excusa a persona alguna, se considera que esta apenas puede llegar a interpretarse en base a los principios de seguridad jurídica y certeza del derecho, como un deber de todos los ciudadanos a informarse

⁷⁷ Diego Manuel Luzón Peña, "Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética", en *Genética y Derecho penal*, ed. Carlos María Romeo Casabona (Bilbao, ES: Comares, 2001), 50.

sobre el derecho, pero en ninguna forma como un mecanismo que permite la expansión del Derecho penal ni su intervención más intensa, cuanto más que esta regla del art. 13 no opera en el campo penal.⁷⁸

No obstante lo anteriormente referido, la delimitación de cuando el error es vencible o invencible presenta mayor dificultades en su tratamiento dogmático puesto que es necesario siempre, que se verifique en cada caso particular tanto las circunstancias objetivas en las que se desarrolló o produjo el hecho⁷⁹ así como las circunstancias personales del sujeto activo de la infracción,⁸⁰ lo que conduce a que el error de prohibición sea analizado desde el punto de vista del autor concreto.

En consecuencia de lo anterior el error de prohibición es vencible o evitable cuando el autor haya tenido la oportunidad de verificar si su conducta estaba prohibida por el ordenamiento jurídico, es decir si ha podido conocer, al menos de forma potencial, la antijuricidad de su conducta, lo que implica en resumidas cuentas esa posibilidad real de que el autor haya podido informarse sobre el derecho, en una forma sencilla y de fácil acceso.

En contraposición a la afirmación anterior existe error de prohibición invencible no sólo cuando fuera imposible la formación de dudas, sino también, cuando a pesar de las dudas, el sujeto posea razones sensatas para creer que su conducta está permitida y por tanto con su conducta demuestre una actitud de respeto hacia el Derecho.⁸¹ Dicho de otra manera, existirá error invencible cuando el autor realiza todas las diligencias posibles para alcanzar un grado de conocimiento de la antijuricidad de su conducta y, pese a ello no le es posible salir del error o superarlo.

En cuanto a las circunstancias objetivos del caso en concreto se debe valorar si la infracción es notoriamente evidente, así como la contrariedad a los principios ético-morales y lesividad social de la conducta; la infracción del ordenamiento valorativo material del Derecho, el conocimiento de la punibilidad o del carácter penal de la prohibición y el conocimiento de lo injusto específico del hecho.⁸² En estos casos operan los principios de tolerancia, insignificancia y adecuación social, bajo los cuales

⁷⁸ Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*, 113.

⁷⁹ Luzón Peña, *Curso de Derecho penal*, 444.

⁸⁰ José Cerezo Mir, "La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, Tomo 38 (1985): 279, 277-284, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46267>>.

⁸¹ Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 84.

⁸² David Saborit, *Error Iuris, El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal* (Barcelona, ES: Atelier, 2000), 121-149.

se estima que el análisis debe referirse al bien jurídico protegido o tutelado lesionado pues si estos resultan de poca relevancia el error puede estimarse como invencible, pero si son bienes jurídicos como la vida, la libertad, el trabajo, eventualmente puede predicarse la invencibilidad del error para lo cual debe requerirse el análisis de las circunstancias personales.⁸³

Asimismo se debe tomar como parte del análisis el aspecto de la indeterminación legislativa puesto que cuando la protección del derecho penal no es lo suficientemente clara o existen imprecisiones en la ley, no es imposible atribuirle los errores legislativos al ciudadano, por manera que esto dará lugar al error invencible; y, para complementar el análisis se debe analizar el principio de confianza y buena fe bajo el cual se establece si el autor acudió a fuentes de información en las cuales depositó su confianza para establecer si su conducta era antijurídica, lo que provoca la existencia de la invencibilidad del error.

Ahora bien, en cuanto a las circunstancias personales del autor, se requiere para establecer la vencibilidad o invencibilidad del error del cumplimiento efectivo de varios requisitos que detallamos a continuación:

- a) Que el sujeto tenga un motivo para informarse. El motivo puede provenir: 1) de dudas del propio sujeto (bien espontáneas o bien por terceros)/ 2) bien porque, aun no teniendo dudas, el sujeto sabe que está actuando en un ámbito específicamente regulado/ 3) bien cuando sabe que con su conducta daña a un tercero o a la colectividad. En este sentido, el dolo de una conducta normalmente hará que el sujeto reconozca la dañosidad social de la conducta y ello supondrá un motivo para informarse. Ahora bien, son pensables casos, tanto en el Derecho penal accesorio, como incluso en el Derecho penal nuclear (relaciones sexuales con menores de 13 años en supuestos de sujetos educados en otras culturas más permisivas al respecto) en el que no sea tan evidente dicho reconocimiento de la dañosidad. Si no hay motivo, el error será invencible.
- b) Existiendo el motivo, el ciudadano deberá consultar a una persona versada en Derecho (abogado, juez, catedrático, instancia oficial, consultando la jurisprudencia, o incluso, en algunos casos, intentando aclararlo él por sí mismo).
- c) Incluso existiendo motivo y no realizando suficientes esfuerzos, el error seguirá siendo vencible si se confirma que una persona versada en derecho al sujeto le hubieran confirmado su conformidad con el Derecho.⁸⁴

Al referirse a las condiciones personales del sujeto se debe tomar en cuenta que esta descripción se refiere a la tesis normativista que pretende establecer los límites entre vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición tomando en cuenta la no vulneración de los fines preventivos de la norma penal.⁸⁵

⁸³ Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 168.

⁸⁴ Olaizola Nogales, *El error de prohibición*, 170.

⁸⁵ *Ibíd.*, 171-2.

Por ello se comparte el criterio que para apreciar cualquier tipo de error se debe tomar en cuenta tanto las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos así como también el aspecto psicológicas y de cultura del agente como se verán en el siguiente Capítulo en el que se desarrolle el error de prohibición culturalmente condicionado.

Capítulo Segundo

El error de prohibición en la legislación y jurisprudencia ecuatoriana

1. Introducción

La legislación penal ecuatoriana vigente hasta antes de la expedición y vigencia del COIP, en materia de error se caracterizaba por una particularidad: reconocía el error de hecho y lo regulaba expresamente en el artículo 36 de la Codificación del Código penal derogado, aunque la aplicación del error de derecho estaba totalmente proscrita no solo por su prohibición expresa derivada del mismo artículo 36 bis, sino que adicionalmente en el artículo 3 ejusdem se establecía que la ley penal era conocida por todos razón por la cual su incumplimiento no podía fundarse en la ignorancia o desconocimiento.

A pesar de que estas categorías eran construcciones propias de la escuela causalista, es decir del siglo pasado, se las mantuvo hasta finalizar la primera década del siglo XXI, pues ya para entonces la Corte Nacional de Justicia había advertido en varios fallos que el error de hecho y el error de derecho debían ser superados por el error de tipo y el error de prohibición.

Se pasa de esta manera a un importante avance en materia del error de prohibición pues, por un lado se empezaba a utilizar esta figura sin necesidad de que exista una norma positivizada que lo regulara, pero, así mismo, se generaba una inutilización o falta de aplicación del artículo 3 de la Codificación del Código penal, pues ya no era posible argumentar que la norma penal era conocida obligatoriamente por todos.

Ahora bien, ese trasuntar no puede explicarse sino por una serie de fallos dictados por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en los cuales se puede apreciar tanto esta evolución, cuanto una construcción argumental, muy pobre y limitada, que se utiliza en la aplicación práctica del error de prohibición.

Con dudas y aciertos, más de lo primero que de lo último, el alto tribunal se esfuerza por aplicar el error de prohibición, llegando en algunos casos a confundirlo completamente.

Desde otra perspectiva, el desarrollo normativo del error de prohibición ha sufrido serios tropiezos pues, reconocido en distintos proyectos de ley y aprobado como parte de la normativa del COIP, fue eliminado en razón del veto presidencial que denotaba un serio desconocimiento de la dogmática penal y de la teoría del delito. Con ello se vislumbraba la preferencia de un sistema penal que prefiere desesperadamente aplicar la pena, aun en los casos en que no exista culpabilidad por la no verificación del conocimiento de la antijuricidad del agente de la infracción.

2. El error de hecho y el error de derecho en el sistema penal previo a la expedición del COIP

Antes del apareamiento del error de tipo y del error de prohibición, propios del finalismo, el Derecho penal ecuatoriano reconocía la existencia de los errores de hecho y de derecho, elaborados por el causalismo, y reconocidos tempranamente por la dogmática de la teoría del delito.⁸⁶

Bajo la idea del error de hecho o *error facti* se entendía aquel error que se relaciona con los elementos que constituyen el delito en concreto. Jiménez de Asúa, un representante de la doctrina del error de hecho en el ámbito penal consideraba que este se presentaba cuando al desviado no le era posible representarse el acontecimiento de forma real:

Para que el error se considere de hecho, ha de referirse a la representación de las características objetivas esenciales sin atender a su significado jurídico; es decir, estrictamente fácticas, que han de hallarse en correspondencia con el núcleo o las exigencias terminantes al objeto o a los sujetos expresados en el tipo legal. Es, en suma, el error sobre la materialidad del hecho ejecutado.⁸⁷

De esta forma el error de hecho podía recaer sobre los hechos que están contenidos en el tipo penal como son, por ejemplo, el nexo causal, la persona, el objeto material, etc., ello en virtud de que el conocimiento del sujeto activo de la infracción es un conocimiento limitado y deformado de los hechos.

La jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, compartía hasta el año

⁸⁶ Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del delito* (México DF: Porrúa, 1995), 124.

⁸⁷ Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal, Tomo IV* (Buenos Aires, AR: Losada S. A., 1964), 325.

2014 este criterio decimonónico del error de hecho, pues consideraba que esta clase de error eliminaba la culpabilidad del agente, tal como se puede observar en el siguiente pronunciamiento:

El Código Penal vigente al tiempo de los hechos materia del procesamiento en su artículo 32, dispone: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia.”

Estableciendo la capacidad de culpabilidad de las personas, para luego, en el artículo 36, considerar: “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.”

Permitiendo que por medio del error de hecho se excluya la culpabilidad del agente.

Estas reglas son expresiones de la teoría clásica del error, de hecho y de derecho, que como efecto el primer caso excusa la actividad, si el error de hecho es inevitable; mientras que en el segundo caso no cabe tal excusa, ya que el modelo penal del Código ecuatoriano tiene por fundamento al principio de conocimiento de la ley, suprimió por el Código Orgánico Integral Penal, desde su vigencia total a partir del 10 de agosto de 2014.⁸⁸

De los párrafos antes transcritos no solo es relevante el hecho de la utilización de las estructuras dogmática superadas mucho tiempo atrás por el finalismo, sino igualmente la limitación conceptual en la concepción del error del derecho que se emplea bajo el criterio del conocimiento de la ley penal.

Sobre este último aspecto es necesario destacar que el error de derecho, aunque reconocido por la doctrina, era negado expresamente en el sistema penal ecuatoriano por cuanto existía tanto la norma del artículo 13 del Código Civil ecuatoriano, vigente hasta la actualidad, que presumía conocida la ley por todos sin que su ignorancia puede ser causa alguna de justificación; y, adicionalmente la legislación penal vigente hasta antes de la expedición del COIP establecía en su artículo 3 un principio bajo el cual se presumía de derecho que las leyes penales eran conocidas por todos aquellos sobre quienes imperan, sin que se pueda invocar su ignorancia como causa de disculpa.

El *error juris nocet* así previsto en la legislación penal antigua, consistía en una presunción de derecho que garantizaba la generalidad, eficacia y obligatoriedad de las normas punitivas, a las que se consideraba, además, como claras. Es así que estas

⁸⁸ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 1851-2013-VR*, 10 de noviembre de 2014, 7.

características, en teoría, permitían establecer la presunción de su conocimiento, escapando por completo a la realidad en la que la norma jurídica es muy poco conocida aún por los juristas debido a la complejidad de los sistemas jurídicos.

Pero este tipo de error según Zaffaroni es el elemento configurador de un Estado de policía, porque encima de creer falsamente que las normas penales son conocidas por todos se afectaba los principios de justicia y seguridad jurídica.

En este contexto la legislación penal ecuatoriana eliminaba por completo la consideración del error del derecho,⁸⁹ porque partía de la asimilación de los conceptos error de derecho e ignorancia de la ley, los cuales no constituyen materialmente algo que sea equiparable puesto que en el error existe un conocimiento previo de algo en particular; y, en la ignorancia este conocimiento es inexistente.

De igual forma, se confundían las categorías jurídicas de derecho y ley, las cuales se encuentran en diversos planos: la ley, desarrolla el derecho, es posterior a él, y este último es un principio superior, por decirlo de una forma resumida. La ley es una directriz de la conducta en cuyo contenido se engloba un grado de cultura de la sociedad en la que aparece, por ello mismo, en el caso de la ley penal, proporciona los elementos necesarios para la punición según lo afirma Binding.

El error de derecho, doctrinalmente hablando, recaía sobre las normas jurídicas que se aplican al hecho o caso en concreto, razón por la cual la ignorancia, falsa interpretación o el desconocimiento parcial o deformado de dichas normas hacen que la conducta se determine en una equivocada manera:

El error de derecho es aquel que se produce cuando la voluntad se determina hacia tal conducta por ignorancia o por falsa interpretación de la norma jurídica...El error de derecho recae sobre la existencia, términos y el sentido de la ley. Por tanto, puede referirse al tipo (Por ejemplo, sí se califica a una persona de funcionario público cuando en realidad no lo es) o a la antijuricidad (cuando se ignora que un hecho está prohibido por la ley, como por ejemplo el casarse dos veces -bigamia-).⁹⁰

El error de derecho en consecuencia implica la ignorancia o equivocación que el sujeto activo de la infracción tiene sobre los contenidos de la ley, la cual como se había

⁸⁹ A este respecto es importante establecer que el art. 36 del código penal derogado establecía 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...".

⁹⁰ Luis Miguel Bramont-Arias Torres, *Manual de Derecho penal Parte general* (Lima, PER: Edili, 2008), 323.

manifestado antes, se presumía conocida por todos y su ignorancia no era causa de excusa.

La distinción entre error de hecho y de derecho provocó serias críticas a esta posición doctrinal pues se considera que la base teórica de la distinción era completamente falsa ya que los hechos, a los que refieren el error de hecho, al producir un efecto jurídico pasaban a ser incorporados al ordenamiento jurídico lo que implica que el error sobre ellos constituya también un error de derecho.

Otra crítica refería al conocimiento de la ley penal, que en definitiva constituye una ficción que no se ajusta a la realidad y por ende es contraria a esta, pero además no tomaba en cuenta que la realidad no es reproducida por la norma jurídica ni aquella la contiene de forma exacta, porque las normas jurídicas son normas generales que se construyen mediante procesos de abstracción y concreción y por esa misma razón existen zonas de penumbra que resultan ser complicadas para el conocimiento del “profano”.

Así mismo, se establecía que el error de hecho y el error de derecho respondían a una categorización propia del causalismo que fue superado con la corriente finalista de Welzel, en la que se pregona el error de tipo y el error de prohibición, y bajo esa nomenclatura ha sido trasladada hasta nuestros días, sin que ello signifique en forma alguna que se trate de las mismas instituciones.

La Codificación del Código penal ecuatoriano⁹¹ vigente hasta el 2014, mantenía esta categorización de error de hecho y de derecho, y contenía el sistema de construcción de la culpabilidad, basado en el causalismo, cuando el acto lesivo hubiere sido cometido con voluntad y conciencia, haciendo depender por tanto la culpabilidad de la preexistencia de estos requisitos volitivo e intelectual (artículo 32).

Las causas de inculpabilidad radicaban en la preexistencia de una enfermedad o de un estado mental que afecte las esferas volitiva e intelectual (artículo 35), pero también de la intoxicación por bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes (artículo 37-38), así como por la minoría de edad (artículo 40).

⁹¹ Ecuador, *Codificación del Código penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

3. Análisis de la jurisprudencia sobre el error de prohibición

La jurisprudencia ecuatoriana en materia de error de prohibición es muy reducida, poco elaborada y hasta confusa en aspectos referidos a su definición, alcance, contenido, taxonomía y aplicación a los casos prácticos. Pero en cuestiones más genéricas, como por ejemplo su aplicación sin necesidad de norma positiva que lo regule, el uso de la dogmática penal propia del finalismo, la actualización del sistema del delito, etc., ha contribuido de forma importante con su reconocimiento y utilidad práctica.

En efecto, sobre este primer aspecto, en todos los casos en los que la Corte Nacional ha tenido la oportunidad de elaborar un fallo que particularice el estudio de esta institución importantísima para la construcción de la responsabilidad penal, la ha desaprovechado por los limitados niveles conceptuales y argumentativos establecidos en las sentencias, llegándose inclusive al punto de declararse por parte de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito del alto tribunal, que “revisada la sentencia recurrida, en el presente caso, no consta de ella que la Sala haya incurrido en error legal, ni de tipo ni en error de prohibición, al contrario motivo su decisión conforme los estándares jurídicos”,⁹² dando a entender, de esta forma total sorprendente e ilógica, que el error de tipo y el error de prohibición son cometidos o pueden ser cometidos por el juzgador al momento de dictar la sentencia condenatoria, lo que lo convertiría en un tema de la teoría de la decisión judicial pero no de la categoría dogmática de la culpabilidad, es decir, de la teoría del delito.⁹³

Para entender de mejor manera estas serias limitaciones, a continuación se analizarán varias resoluciones judiciales emitidas en los recursos de casación en los que el máximo tribunal de justicia ordinaria del Ecuador se ha visto en la necesidad de abordar el tema del error de prohibición:

⁹² Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 636-2011 VR*, 12 marzo de 2013, 16.

⁹³ Julio Armaza Galdos, “El error de prohibición”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, no. 21 (1993): 42, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_21.pdf

Primer caso:

Los hechos de este caso son los relatados a continuación: El doctor Paredes, urólogo, ha realizado una cirugía en el paciente Héctor Melquiades Bazurto Vives, quien fue diagnosticado como aquejado por el cáncer de próstata. Ante esta situación el médico tratante decide que el tratamiento para curar las dolencias es la operación de la próstata, para cuyo efecto su esposa otorga el consentimiento para la operación. No obstante de lo anterior el médico tratante el día de la operación, al percatarse que el equipo para realizar la operación estaba dañado, decide realizar otra operación consistente en la extirpación de los testículos del paciente, aduciendo para ello que eliminando los testículos la producción de testosterona reduciría y, en consecuencia, los efectos del cáncer de próstata desaparecerían también. Ante esta situación se presentó la denuncia por lesiones en contra del médico quien fue procesado y condenado a 8 días de prisión por el delito de lesiones imprudentes derivadas de la actuación sanitaria.

La defensa del procesado, estableció en el recurso de casación, como parte de su argumentación, que la sentencia en la que se declaraba la responsabilidad penal de su defendido, no había valorado el error de prohibición en el que había incurrido su representado porque este tenía conocimientos suficientes de que al extirpar los testículos se reduce la producción de testosterona que alimentan las células cancerígenas.

Sobre esta alegación la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito consideró que no existía el error de prohibición alegado, debido a la existencia del principio de que la ley penal es conocida por todos y su ignorancia no es causa de excusa de la infracción, pero además estableció que:

... es sabido que la “consecuencia del acto médico”, produjo en el paciente Héctor Melquiades Bazurto Vives, lesiones de consideración al realizarle la extirpación de los testículos, lesionando un bien jurídico protegido como es la salud, cuando el acto médico que debía realizar el Dr. Rodrigo Rafael Paredes, era una cirugía programada para la extracción de la próstata, mediante laparoscopia y al no tener los cuidados y precaución debida no la pudo realizar, porque no funcionó el equipo de urología (Resectoscopio), provocándole lesiones irreparables, tanto más que los exámenes realizados en SOLCA (Sociedad de Lucha contra el Cáncer) determinaron que no padecía de cáncer de próstata, únicamente una inflamación de la misma, como consta detallado en la sentencia atacada, evidenciándose como una infracción culposa, que al tenor de lo dispuesto en el último inciso del Artículo 14 del Código Penal, se presenta “cuando el acontecimiento pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de

la ley, reglamentos u órdenes” cuyo fundamento es la “Teoría de la Previsibilidad”...⁹⁴

Lo primero que resalta en esta decisión es que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito sólo se limita nombrar al error de prohibición sin definirlo ni explicar sus contenidos, lo que dificulta la tarea de entender cómo se lo aplica al caso concreto, sobre todo si consideramos que el menos existen dos modalidades de error de prohibición (directo e indirecto), las cuales a su vez se subdividen, según se dejó establecido en el Capítulo Primero de esta investigación.

Desde otra perspectiva, una serie de circunstancias jurídicas interesantes para el caso, pasan inadvertidas para el Tribunal de casación como son por ejemplo, el dolo, la falta de diagnóstico, la falta de la autorización para la operación en la que se extrajo los testículos, los cuales se revisarán como parte de este análisis.

En este sentido, si el dolo consiste en comprender y querer los elementos del tipo porque sabe lo que hace y dirige su voluntad a esa realización obteniendo el resultado esperado; y, la imprudencia o culpa, supone que la persona que realiza algo no quiere el resultado que se ha producido porque no se actuó con los debidos cuidados que se requerían, en el caso planteado la conducta del profesional sanitario en verdad es una conducta dolosa porque su actuar va dirigido a la extirpación de los testículos y consigue esa finalidad, de forma tal que actúa sin la autorización del paciente y sin comunicarle el procedimiento al que será sometido, pues originalmente se trataba de otra intervención quirúrgica.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito no podía establecer, en forma alguna, la imprudencia profesional en las lesiones causadas al paciente porque esta categoría se configura por la carencia de conocimientos que le son exigibles al sujeto en razón de una determinada cualificación profesional. En este caso, el procesado es un médico muy calificado para realizar la intervención quirúrgica, por manera que no es una violación al deber objetivo de cuidado lo que caracteriza su actuación, sino su intención de eliminar los testículos del paciente sin contar con un diagnóstico previo, el consentimiento informado y la autorización para la intervención quirúrgica.

⁹⁴ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 314-2011*, 11 de abril de 2012, 12.

La conducta adicionalmente se ve agravada por la circunstancia de la alevosía y de confianza prevista en el artículo 30.1 y 30.4 del Código penal derogado, lo cual se reafirma por la inexistencia de diagnóstico de cáncer de próstata, así como la falta de autorización y consentimiento informado del paciente, pues el no dio su consentimiento, ni tampoco se justificó que se trate de alguien que se encuentre en imposibilidad de consentir una intervención quirúrgica; tampoco se demostró que la vida del paciente, al momento de la intervención quirúrgica, se haya encontrado en riesgo grave que sin la actuación del profesional sanitario hubiera podido perderla o sufrir una seria lesión a este bien jurídico o a su integridad.

Ahora bien, en cuanto al error de prohibición en este caso concreto, conviene destacar que este tipo de error ocurre cuando el autor del delito cree que actúa lícitamente, asimismo cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho, por lo que en estos casos el sujeto conoce la realidad y en consecuencia sabe lo que está haciendo, pero desconoce que está prohibido, es decir, piensa que su comportamiento está permitido cuando en realidad está prohibido.

En el caso bajo análisis, el médico sabía y conocía por su preparación académica, y por su amplia experiencia de más de 28 años al momento de cometimiento del ilícito, que la existencia de un diagnóstico sobre la dolencia del paciente es uno de los requisitos que se prevén en la *lex artis* para iniciar el tratamiento así como para proceder con una intervención quirúrgica, so pena de que no existir dicho diagnóstico las intervenciones que se realicen sobre él carecería de una causa de justificación.

Sin el diagnóstico preciso de las dolencias del paciente, no se podía operarlo, de manera que la falta de este elemento genera un riesgo dañoso para su salud que debe ser identificado no como de riesgo propio que se asume cuando la actuación sanitaria se enmarca de la *lex artis*, sino que es mucho más intenso pues dadas las circunstancias del caso ni siquiera había diagnóstico. Esto hace que el actuar del médico sea doloso y agravado.

A más de ello no contaba con la autorización del paciente ni con su consentimiento informado, sobre la extirpación de los testículos, de manera que la intervención, sin una finalidad terapéutica demostrable, se caracteriza por el dolo de lesionar pues sin un diagnóstico preciso la extirpación de los testículos constituye una lesión muy grave porque elimina la capacidad reproductiva del individuo.

En consecuencia de lo anterior, sería impensable que pueda predicarse la existencia de un error de prohibición porque el médico conocía la prohibición, sabía que

era antijurídica su conducta y pese a lo cual determinó su comportamiento al cometimiento de las lesiones pudiendo actuar de otra manera.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, al descartar la existencia del error de prohibición, lo hace por argumentos que no se compadecen con la realidad procesal por las circunstancias antes analizadas, deviniendo en una resolución inmotivada que ratifica la existencia de una lesión apenas culposa cuando en verdad era dolosa.

Este razonamiento también permite concluir que al ratificar la pena de 8 días de prisión, por haberle privado de la capacidad reproductiva a una persona, tampoco se compadece en forma alguna con la adecuada dosimetría penal que debía aplicarse en este caso dado la gravedad de las lesiones provocadas voluntariamente.

Segundo Caso:

En este caso el procesado XYZ,⁹⁵ mantuvo relaciones sexuales con ABC, cuando tenía trece años de edad, aunque para ello la menor había dicho al procesado tener mayoría de edad. En consecuencia de dichas relaciones sexuales, la menor quedó embarazada, habiendo procreado un hijo, lo que se halla probado conforme a derecho con la prueba de paternidad (ADN) en la cual se señala que el padre del menor, es el procesado.

Una vez delimitada la plataforma fáctica la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito al referirse al error de prohibición estableció lo siguiente:

El error de prohibición consiste en el poco conocimiento del autor sobre una conducta típica o la antijuridicidad de la conducta. El error de prohibición es cuando el sujeto sabe que existe una norma jurídica que prohíbe una conducta, pero cree equivocadamente que en su caso concreto existe una causa de justificación. En el presente caso, la Fiscalía sostiene que la víctima tuvo relaciones “consentidas”, con el agresor, a pesar de haber contado a la época con trece años de edad, porque al ‘engañar’ al procesado sobre su edad estaba dando su consentimiento.⁹⁶

⁹⁵ Debido a que se trata de un caso en contra de la libertad sexual de una menor, los nombres han sido cambiados para proteger la identidad de la víctima.

⁹⁶ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 636/2011VS*, 12 de marzo de 2013, 11.

Sobre esta respuesta jurídica es importante destacar que el análisis realizado por los juzgadores carece en lo absoluto de una perspectiva de género, la cual permite entender de mejor manera la dinámica de la relación de poder existente entre el victimario y su víctima, e igualmente permite comprender la posición de desigualdad que aquella sufrió y la subordinación existente, como elementos objetivos que deben ser valorados en esta clase de conductas antijurídicas.

Un análisis adecuado con perspectiva de género hubiera permitido reconstruir e interpretar los hechos tomando en cuenta la asimetría de poder existente entre la menor de edad y su agresor y, así mismo, hubiera permitido establecer un valoración probatoria eliminando el criterio sexista que prima en el criterio de la Fiscalía cuando establece que el engaño sobre la edad de la víctima implicaba la entrega del consentimiento.

De esta manera, la edad de la víctima como una circunstancia desconocida por el procesado, debía ser establecida en función del contexto en el que se desarrollaba la dinámica entre víctima y victimario, su pertinencia a un grupo social tradicionalmente oprimido y la relación asimétrica de poder existente entre los dos, con lo cual se materializa, adicionalmente, el derecho a la igualdad de la mujer, evitando el uso del Derecho de forma prejuiciada y sexista.

El consentimiento de la víctima menor de edad por tanto es absolutamente irrelevante en este caso, pues no se trata de un consentimiento libre, voluntario e inequívoco,⁹⁷ y además porque según el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niños y el artículo 44 constitucional "...los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un sano desarrollo de su sexualidad propendiendo a un ejercicio de sus derechos sexuales, entendidos como el poder contar con condiciones seguras para construir dicho ejercicio, sin violencias ni abusos."

Merece especial atención la declaración realizada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de que "revisada la sentencia recurrida, en el presente caso, no consta de ella que la Sala haya incurrido en error legal, ni de tipo ni en error de prohibición, al contrario motivó su decisión conforme los estándares jurídicos".

Con esta afirmación lamentable y totalmente errada el juzgador da a entender que el error de tipo y el error de prohibición serían imputables no al autor de la

⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de México, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015), 17.

infracción sino al sujeto jurisdicente, lo cual es falso porque estas categorías jurídicas son propias de la teoría del delito y no de la teoría de la decisión jurisdiccional, en pocas palabras se puede aseverar que el juzgador no comete error de prohibición al resolver el recurso de casación, porque su labor jurisdiccional consiste en establecer si la sentencia del inferior ha violado la ley por contravenir expresamente a su texto, por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.⁹⁸

Tercer caso:

Los hechos en torno al presente caso son los siguientes: por denuncia presentada por Rosario Elizabeth Toledo y su cónyuge Fausto Ramiro Maldonado Silva, se establece que ellos son propietarios de un predio rústico ubicado en Izhcayluma, parroquia Vilcabamba, cantón y provincia de Loja, el cual estaba habitado por los ciudadanos Teodoro Toledo Lalangui y María de Jesús González Amay en calidad de arrendatarios. En el terreno arrendado el día 01 de julio de 2010, en horas de la tarde, por acción de los arrendatarios inicia un incendio en el que se quemaron árboles nativos y frutales, el cual se produjo con la intencionalidad de matar unas serpientes que se comían a las aves de corral.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito en este caso tampoco estableció la inexistencia del error de prohibición y para ello argumentó lo siguiente:

En cuanto al error de prohibición bajo el cual los casacionistas argumentan haber actuado, alegando la existencia de culpa y no de dolo, es preciso referimos a cada uno de estos aspectos: El error de prohibición, constituye error sobre el carácter prohibido del acto, es decir, “no supone el desconocimiento de la situación descrita por el tipo, sino (solo) del hecho de estar prohibida su realización”. Contempla, además, una distinción entre el error evitable e inevitable; verificándose en el caso sub judice, que el prender fuego al predio, no fue un error inevitable para los acusados que elimine la culpabilidad, por cuanto de acuerdo a la “evitabilidad del error” a la que hace referencia Edgardo Alberto Donna, esta “trata de ver la posibilidad real del “poder” del autor, esto es, sobre el “poder-conocer” del autor el concreto deber jurídico, para poder evitar el hecho antijurídico”; y, citando a Rudolph, expresa que el sujeto activo “debe haber tenido la ocasión de advertir cual era, en el caso concreto, la conducta ajustada a la norma. Por ello, es difícil alegar la inevitabilidad en supuestos en que se lesionan normas sociales elementales”⁹⁹

⁹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 656.

⁹⁹ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 970/2011*, 13 de diciembre de 2013, 11.

La primera observación sobre este pronunciamiento es que no se analiza el error de prohibición en el caso concreto, pues solo se lo enuncia teóricamente, pero para una adecuada motivación de la sentencia era necesario que la teoría del error sea aplicada al caso en el cual debía advertirse si el incendio provocado voluntariamente por los procesados se enmarcaba o no dentro de lo que se conoce como quema de biomasa para las ulteriores cosechas, o si era razonable y racional que se produzca la quema para combatir la existencia de serpientes que se comían las aves de corral.

El análisis de este aspecto hubiera permitido entender si los procesados conocían la prohibición de incendio, debido a que en el sector campestre ecuatoriano es muy común observar la quema de biomasa, es decir la quema de los residuos de las plantas o árboles para iniciar una nueva siembra. Nótese para este aspecto que los procesados alquilaban un predio rústico, que eran campesinos de una población alejada.

En este sentido, correspondía analizarse que el grado cultural de las personas procesadas, junto al reconocimiento voluntario de su autoría del incendio y las quemas de biomasa tradicionales en nuestro medio, elementos gracias a los cuales se podían aplicar, al mismo tiempo, la atenuante del artículo 29.8 del Código penal derogado, que consideraba la rusticidad del delincuente.

La segunda observación es que los juzgadores solamente reducen el estudio y aplicación del error de prohibición a su evitabilidad o inevitabilidad, estableciendo para este efecto que “el prender fuego al predio no constituye un error inevitable para los acusados que elimine la culpabilidad” (sic). Sobre esta apreciación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, es importante recordar que la evitabilidad del error se sustenta en el poder – conocer la antijuricidad de la conducta penalmente relevante, de ahí que la afirmación de la Sala no es sino incoherente e ilógica porque no se analiza si los autores de la infracción realizaron un esfuerzo de conciencia e información posibles sobre el incendio provocado.

El análisis anterior hubiera permitido establecer los esfuerzos realizados por los agentes del delito para evitar el error, pero también facilitaba la tarea de establecer si su actuar fue doloso o imprudente, lo que ubicaría la discusión ya no en el plano de la culpabilidad sino en la tipicidad.

De las constancias procesales aparece que los sujetos de la infracción actuaron con imprudencia o culpa, pues el incendio no fue controlado por la falta de los cuidados exigidos para ese tipo de conductas.

A más de ello es importante destacar que el juzgador, al asumir la existencia de un error de prohibición vencible y presuponer que el accionar del sujeto activo era de carácter culposo, debía considerar también que las acciones culposas son sancionadas en nuestro ordenamiento jurídico siempre y cuando expresamente lo señale la norma penal.

Cuarto Caso:

Los hechos son los siguientes: el 10 de julio de 2011, en horas de la mañana al domicilio de la ciudadana XYZ,¹⁰⁰ ubicado en el recinto San Lorenzo, vía Matilde Esther, cerca de la Escuela Haití No. 200, de la parroquia Febres Cordero, cantón Babahoyo, provincia de Los Ríos, arriba el ciudadano DRE para prestar un machete. En esas circunstancias la ciudadana XYZ, de 21 años de edad, con el 50% de discapacidad certificada por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), le abrió la puerta, para que luego DRE, la abrace, la bese y proceda a accederla sexualmente sin su consentimiento.

Sobre estos hechos la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito considera que:

En cuanto al error de prohibición, este se da cuando el sujeto activo no tiene conocimiento sobre la ilicitud de su comportamiento. Contempla, además, una distinción entre el error evitable e inevitable; verificándose en el caso sub judice, que el recurrente, al desconocer la incapacidad mental de la ciudadana a la que violó, no constituye un error inevitable que lo eximiría de culpabilidad, por cuanto de acuerdo a la “evitabilidad del error” a la que hace referencia Edgardo Alberto Donna, esta “trata de ver la posibilidad real del “poder” del autor, esto es, sobre el “poder-conocer” del autor el concreto deber jurídico, para poder evitar el hecho antijurídico”; y, citando a Rudolphi, expresa que el sujeto activo “debe haber tenido la ocasión de advertir cual era, en el caso concreto, la conducta ajustada a la norma. Por ello, es difícil alegar la inevitabilidad en supuestos en que se lesionan normas sociales elementales.”¹⁰¹

¹⁰⁰ Debido a que se trata de un caso en contra de la libertad sexual de una menor, los nombres han sido cambiados para proteger la identidad de la víctima.

¹⁰¹ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 894-2012JAS*, 13 de diciembre de 2013, 14.

En esta decisión resalta el hecho de que no se analiza el contenido de la antijuricidad del agente pues era un factor importante denotar la lesividad de la conducta respecto del bien jurídico protegido.

En este contexto la invencibilidad del error no radicaba en que el agresor conozca o no de la incapacidad de su víctima, sino en que se trataba de una conducta que lesionaba un bien jurídico tutelado por el Derecho penal (la integridad sexual), en tal forma que cualquier persona puede conocer que el acceso sexual no consentido libremente implica una conducta de por sí contraría a las más elementales normas de convivencia social.

Este parámetro objetivo, forma parte del contenido de la antijuricidad de la conducta que el sujeto debía conocer de forma potencial, tal como se apreció en el Capítulo Primero de esta investigación.

Es decir, para valorar el grado de conocimiento de la antijuricidad del agresor se debía analizar el bien jurídico protegido y llegar a la conclusión que no es posible utilizar la figura del error de prohibición debido al bien jurídico lesionado. Entonces, la incapacidad para consentir más bien es una agravante del delito, y desde esa óptica debía ser analizada, más no desde la vencibilidad o invencibilidad que como bien lo afirma la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito resulta difícil alegar la inevitabilidad en supuestos en que se lesionan normas sociales elementales.

Otro aspecto que debió ser analizado por los juzgadores del alto tribunal es el grado de incapacidad de la víctima pues a pesar de que la ley penal establece una protección especial para las personas que tienen una discapacidad, ellas no pierden por este solo hecho el instinto sexual, por esa razón cuando se trata de resolver casos penales con estos presupuestos de hecho se debe analizar, a más de lo antes referido, que las relaciones sexuales con estas personas no se caractericen por el aprovechamiento de esta incapacidad de consentir convirtiendo, en consecuencia, a las víctimas, en un mero instrumento para lograr el placer del agresor.

La incapacidad mental en consecuencia debe provocar en la víctima un déficit de la personalidad y de la inteligencia en particular, déficit que la convierten en una persona fácilmente sugestionable y de intensa credulidad, y que debido a su déficit

intelectivo, que es además fácilmente percibido por el agente del delito, no tiene capacidad para dar su consentimiento en las relaciones sexuales.¹⁰²

4. Aportes de las decisiones judiciales sobre el error de prohibición

El segundo aspecto que se enunció en el epígrafe anterior se refiere a varias cuestiones genéricas que giran en torno al error de prohibición, las cuales, permiten establecer un avance, al menos, desde su reconocimiento jurisdiccional, pues el mismo empezó a ser abordado por los juzgadores sin importar que este se encuentre expresamente regulado.

Para ello se resalta el hecho de que, en un primer momento, la jurisprudencia penal se encontraba reacia a aplicar el error de derecho puesto que se partía fundamentalmente de la prohibición expresa de su utilización según la previsión del artículo 32 del Código penal derogado, así como de la presunción del conocimiento de la ley penal regulada en el artículo 3 *ibídem*.¹⁰³

Estos dos presupuestos normativos impedían que el juzgador pueda siquiera considerar la posibilidad de la aplicación del error del derecho, por lo que no pueden ni encontrarse mayores pronunciamientos sobre este aspecto¹⁰⁴ ni tampoco construcción alguna sobre el error de prohibición.

En el segundo momento de esta evolución opera ya por un reconocimiento expreso del error de prohibición en las decisiones vertidas, al punto mismo que para referirse a él no hace falta la invocación de una norma jurídica que lo regule, por manera que la falta de positivización no impiden que el error de prohibición sea utilizado tanto como un mecanismo defensa al que recurren insistentemente los letrados en beneficio de sus representados, así como tampoco impide, en forma alguna, que sea empleado en la argumentación que utilizan los juzgadores al momento de resolver el recurso de casación interpuesto.¹⁰⁵

¹⁰² España Tribunal Supremo Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Caso n.º 558/2015*, 30 de septiembre de 2015, 7.

¹⁰³ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, "Sentencia", en *Caso n.º 128/2011*, 26 de julio de 2012, 15.

¹⁰⁴ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, "Sentencia", en *Caso n.º 1851-2013-VR*, 10 de noviembre de 2014, 7.

¹⁰⁵ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, "Sentencia", en *Caso n.º 894-2012JAS*, 13 de diciembre de 2013, 14; Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, "Sentencia", en *Caso n.º 970/2011*, 13 de diciembre de 2013, 11. Ecuador Corte Nacional de Justicia

Esta forma de proceder, encomiable por cierto, se asimiló a la memorable actuación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal Alemán, que el día 18 de marzo de 1952, reconoció la vigencia del error de prohibición a pesar de que carecía de norma positiva expresa, sustentando su fallo en que dicho error pertenecía a la teoría de la culpabilidad. Y, también estos pronunciamientos jurisprudenciales se apegan a la forma de proceder de la Corte Constitucional colombiana, que épocas no tan caducas, había reconocido la existencia del error de prohibición sin necesidad de una norma que expresamente la regule, para cuyo efecto declaró:

El ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal no prevé expresamente el error de prohibición culturalmente condicionado, pues se limita a señalar que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “*se obre con error invencible de la licitud de la conducta*”. Sin embargo una interpretación sistemática permite concluir que esa causal incluye el error de prohibición culturalmente condicionado, pues no sólo el nuevo estatuto penal eliminó la prohibición de invocar la ignorancia de la ley como excusa, la cual estaba prevista en el anterior ordenamiento penal, sino que, además, es claro que quien no puede comprender, por su particular cosmovisión, la ilicitud de su comportamiento, obra con un error sobre la licitud de su comportamiento.¹⁰⁶

A la par de este reconocimiento del error de prohibición sin necesidad de su existencia previa positivizada, la presunción de derecho consistente en que las leyes penales eran conocidas por todos aquellos sobre quienes imperan, sin que se pueda invocar su ignorancia como causa de disculpa del conocimiento obligatorio de la ley penal, también va diluyéndose hasta prácticamente eliminarse en el nuevo sistema penal, porque en las resoluciones ya no se la invoca más.

Por manera que se empieza también a generar un problema en cuanto a la validez jurídica y eficacia de este principio, ya que la norma deja de ser utilizada.¹⁰⁷ Sobre este último aspecto la doctrina reconoce que una norma duraderamente inaplicada o no acatada, pierde su validez por desuetudo o desuso, y ello se explica porque una norma jurídica aislada es válida por el acto de su instauración, antes de ser eficaz, no obstante aquello, una vez creada la norma válida, la eficacia se convierte en condición para que su validez no se torne en invalidez.¹⁰⁸ Ello explica de igual manera la razón por

Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 636/2011VS*, 12 de marzo de 2013, 11.

¹⁰⁶ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *caso C-370/02*, 14 de mayo de 2002, 24.

¹⁰⁷ Ricardo Guibourg, *Derecho, sistema y realidad* (Buenos Aires: AR: Astrea, 1986), 147.

¹⁰⁸ Carmen Pérez Sauquillo, *Una aproximación al concepto de validez y sus relaciones con la eficacia* (Madrid, ES: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2011), 120.

la cual el COIP ya no trae dentro de su normativa la presunción de conocimiento de la ley penal.

Adicionalmente a estas contribuciones, el actuar del alto tribunal permite que los juzgadores sean conscientes de que el error de hecho y el error de derecho forman parte de un conocimiento elaborado por la escuela causalista, y por tanto son construcciones obsoletas, superadas por las modernas figuras del error de tipo y de prohibición atribuidas al finalismo, lo que provoca una actualización de la dogmática penal que utiliza para construir sus argumentaciones en la resolución de los recursos de casación.

El cambio adoptado por la Corte Nacional de Justicia, en realidad no se trataba de un mero cambio de nomenclatura o de una institución por otra, sino que, entendido correctamente, implicaba la adopción un nuevo sistema del delito o de una nueva teoría del delito, con el cual se analizan los presupuestos generales de la acción punible (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad).¹⁰⁹ La adopción de esta nueva herramienta conceptual tiende también a propiciar una mayor racionalidad a las resoluciones judiciales y, obviamente, a justificar en mejor medida las razones para la imposición de la pena.

5. Referencias normativas al error de prohibición en el sistema penal ecuatoriano.

En el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, publicado en el año 2009 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,¹¹⁰ se pone a consideración de la opinión pública, y por ende al debate de todos los sectores de la sociedad ecuatoriana, la implementación de un nuevo sistema penal que tendía a garantizar los derechos de las personas involucradas en un proceso penal y combatir eficazmente la impunidad. Su construcción toma como línea de base el garantismo penal en el que se asegura un trato igualitario para desviados y no desviados, de allí que se considere que el proyecto es un verdadero Derecho penal de todas las personas y destinado también para las persona.

El artículo 16 de este Anteproyecto consideraba que no se puede construir la culpabilidad cuando el agente no pudo comprender la ilicitud por error o ignorancia

¹⁰⁹ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 78.

¹¹⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del Derecho penal* (Quito: MJDH, 2009), 49.

invencibles, sea sobre la prohibición misma o sobre los presupuestos de aplicación del principio de auto tutela. Si el error o la ignorancia fuesen vencibles, decía el Anteproyecto, se podrá atenuar la pena (artículo 16.2).

De esta forman, por primera vez se regulaba el error de prohibición, al cual sistemáticamente se lo ubica dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad con lo que se reafirma que el conocimiento de la antijuricidad pertenece a esta categoría y debe por tanto ser analizado en esta sede, pero también se reconoce que la construcción de la culpabilidad requiere necesariamente que el agente del delito tenga un conocimiento o conciencia de la antijuricidad de su conducta.

Este Anteproyecto, no fue presentado a la Asamblea Nacional para el trámite legislativo correspondiente, pero en su lugar y de forma sorpresiva se presentó un Proyecto de COIP, elaborado totalmente desde la Función Ejecutiva.

De hecho el 13 de octubre de 2011, el economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, a través del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, remitió al Presidente de la Asamblea Nacional, de conformidad con el artículo 134. 2 de la Constitución de la República y 54.2 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, el proyecto de COIP,¹¹¹ el cual sustituyó por completo el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, que desde el año 2009 venía debatiéndose ampliamente.

La propuesta en referencia contenía la regulación del error de tipo y el error de prohibición, en los artículos 11 y 12 respectivamente. Esta previsión normativa constituyo uno de los nudos críticos que afrontó la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, pues para ella la utilización de estos conceptos, que superan a los tradicionales de error de hecho y de derecho, son consideradas como un obstáculo para la realización plena del principio de culpabilidad en el ordenamiento jurídico penal, porque a su criterio están redactados desde el causalismo, pero además porque la simple importación de estas normas no significa que los conceptos se hayan estandarizado.

En el informe para el segundo debate legislativo del COIP se establecía que la culpabilidad requiere el actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta (artículo 35), pero que aquella no existe cuando el sujeto activo de la infracción actúa bajo error de prohibición invencible (artículo 36) y trastorno mental, debidamente

¹¹¹ Ecuador Presidencia de la República, *Oficio N.º T-6136-SNJ-11-1297*, 12 de octubre de 2011.

comprobados. Para estos efectos se considera que existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta (artículo 37).

No obstante de haberse aprobado el COIP con estas previsiones, el 16 de enero de 2014¹¹² se presentó la objeción parcial al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, por parte del Ejecutivo, contenida en setenta y tres observaciones, entre las que consta las objeciones del artículo 35 del Proyecto en donde se estableció que el error de prohibición es una figura peligrosa que podría ser utilizada por jueces inescrupulosos:

...para dejar en la impunidad un sinnúmero de delitos, ya que bastaría la nueva alegación del desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta y la aquiescencia de un administrador de justicia corrupto o ignorante para que cualquier persona que haya cometido un delito pueda quedar en la impunidad, aumentando la desconfianza en la administración de justicia.¹¹³

Lo lamentable de la argumentación antes transcrita no solo radica en el hecho de que la Función Ejecutiva consideraba que en el proceso penal las meras afirmaciones de desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta son suficientes para eludir la acción de la justicia, lo que en la realidad no se compadece con la práctica procesal porque las causas de justificación y de exculpación de la conducta penalmente relevante deben ser probadas jurisdiccionalmente por el que las alega, existiendo por tanto una carga de la prueba en cabeza del sujeto activo de la infracción que recurre a la utilización de estos supuestos.¹¹⁴

Desde la doctrina ecuatoriana los esfuerzos por impedir la eliminación del error de prohibición resultaron muy relevantes, pues la mayor parte de autores se habían decantado por explicar que el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta constituye el presupuesto del juicio de reproche, de culpabilidad,¹¹⁵ y que, en consecuencia, la imposibilidad de comprensión o introyección de la antijuridicidad generaba una causa de exculpación y de eliminación o disminución de la responsabilidad penal.

¹¹² Ecuador Presidencia de la República, *Oficio No. T.6136-SGJ-14-46*, 16 de enero de 2014.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Klaus Tiedemann, "Requisitos fundamentales de una regulación de la Parte General", en *Problemas fundamentales de la Parte General del Código penal*, edit. José Hurtado Pozo (Lima, PER: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009), 35. 25-48

¹¹⁵ Alfonso Zambrano Pasquel, "Comentarios sobre veto presidencial al COIP", *El Comercio*, 23 de enero de 2014, 2.

Por esa razón, no se entendía como el veto presidencial, con un “acto de prestidigitación jurídica”, logró el desaparecimiento del error de prohibición, sin una adecuada justificación que no sea “la supina ignorancia en el tema por parte de los actores legislativos y de gobierno. Por cierto, en esto no se salvó tampoco la oposición, que aportó al debate con una considerable sarta de idioteces”¹¹⁶ que lo único que dejaban en claro es que, a partir de su desaparecimiento, restaba someterse al criterio arbitrario del juzgador en la atribución de la culpabilidad pues, esta se puede configurar aun sin el conocimiento de la antijuridicidad, dando al traste más de dos siglos de construcciones dogmáticas que como el error de tipo y de prohibición tienden a limitar el poder punitivo del Estado.

Sorprendentemente también había voces minoritarias en favor de la eliminación del error de tipo y del error de prohibición pues se consideraba que:

El error de prohibicióncomo en el caso del error de tipo, también en este caso, la existencia de la responsabilidad penal y de la consiguiente sanción, no depende de la norma objetiva, ni de la tipicidad, ni de la comisión efectiva de la infracción, ni de las circunstancias en que se la cometa. No. Depende de que el imputado alegue, y pruebe, error respecto de la prohibición legal o ignorancia de derecho. En ambos casos, el tema depende de la apreciación del juez respecto de la cultura del sujeto. En este caso, no habrá tampoco jurisprudencia, porque el asunto está condicionado no a los precedentes, sino, en cada caso, al entendimiento de cada persona. b) La vigencia condicionada de la ley.- Esto quiere decir que la norma legal, el tipo penal, la descripción de la conducta punible pasan a segundo plano, y se convierte en asunto fundamental la comprensión o incomprensión de cada sujeto, de su buena o de su mala fe. Depende de que el imputado, en el momento oportuno, "se declare loco" y que, aun bajo juramento, declare que no comprendía la infracción, que estaba fuera del país, que habla otro idioma, etc.¹¹⁷

De la transcripción antes realizada se puede establecer que los criterios utilizados en la argumentación son obsoletos y anti técnicos, así por ejemplo, el argumento de la presunción de derecho sobre el conocimiento de la ley, se rebate fácilmente porque el conocimiento supuesto es prácticamente imposible de ser verificado empíricamente debido, entre otras razones, a la hipertrofia legislativa general y particularmente penal; pero además porque dicho conocimiento no significa que

¹¹⁶ Ramiro García Falconí, “La teoría del error en el nuevo Código Penal”, *El Universo*, 9 junio de 2014, 5.

¹¹⁷ Fabián Corral, “Los errores del Código Integral Penal”, *El Comercio*, 14 de noviembre 2013, 8.

también contenga el conocimiento de la antijuricidad porque lo que se puede conocer, y en muy sucinta manera, es la existencia de normas generales, hipotéticas, pero no los requisitos particulares para la imputación delictiva establecidas en la ley penal.

Debe recalcar el hecho de que el COIP no prevé en forma alguna el *error iuris nocet*, por manera que cualquier argumentación que lo sostenga amparado en criterios civilistas peca de anti técnico y equivocado pues el Código Civil no es norma supletoria del COIP y menos aún puede predicarse la posibilidad de que la categoría dogmática de la culpabilidad en cuanto al conocimiento de la antijuricidad, pueda ser matizada por esta legislación.

La posición minoritaria además se anclaba en argumentos de carácter civilista, no son compatibles en el Derecho penal, pues ya tempranamente Torio López había advertido de la inaplicación de ciertos principios del Derecho Civil, como aquel de la presunción de conocimiento de la ley, en la esfera del Derecho penal:

En la dogmática penal, la materia del error de prohibición ha sido estudiada previo un paso metodológico negativo. En primer término, se ha despejado el tema de que el artículo 2 del C. c. no se refería anteriormente al mismo problema. El artículo 2 C. c. según Antón Oneca alude a la obligatoriedad de las leyes de modo general, lo que es compatible con los efectos jurídicos del error en algunos casos, como sucede en el Derecho civil: en el penal, la excepción está impuesta por la exigencia del dolo o de la culpa para la existencia del delito y la contradicción evidentes del error de Derecho con el dolo. Es fácil observar aquí la repercusión del punto de vista propio de la dogmática civil antes mencionada. Para Jiménez de Asúa «el Código civil no rige en la materia penal», siendo inexacto que «tenga vigencia en todas las restantes ramas del Derecho». Este autor dice además que «el conocimiento o la ignorancia de la ley es distinta del conocimiento o ignorancia de la antijuricidad del deber de respetar la norma», con lo que no se trata sólo «de que el Código civil no tiene vigencia en el Derecho penal», sino de que aunque lo tuviera en abstracto no puede en concreto anular uno de los elementos intelectuales de la culpabilidad, el más decisivo para poder construir su concepción normativa de reproches.¹¹⁸

Resalta sobre todo, en la posición minoritaria, el amplio desconocimiento de lo que es el sistema de delito o la teoría del delito y la evolución que esta ha sufrido en cuanto a la construcción de los requisitos que forman parte de la culpabilidad (La imputabilidad – inimputabilidad; el conocimiento de la antijuricidad - el error de prohibición; la exigibilidad de la conducta – inexigibilidad).

¹¹⁸ Ángel Torio López, “El “error iuris”. Perspectivas materiales y sistemáticas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, Tomo XLIV (1991): 28, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13.2.4toriolopez.pdf>.

Para esta posición minoritaria resulta imposible concluir que de la lectura del actual COIP, el dolo, aunque este anacrónicamente definido, forma parte de la tipicidad¹¹⁹ y, en consecuencia, debe valorarse el conocimiento de los elementos del tipo, o su error, dentro del error de tipo, y, que como parte integrante de la culpabilidad se prevé el conocimiento de la antijuricidad,¹²⁰ de manera que los errores de este conocimiento son abarcados por el error de prohibición.

Tampoco se demuestra un conocimiento de la utilidad manifiesta y necesaria de la teoría del delito tanto para la restricción del poder punitivo del Estado, como para la eliminación del arbitrio judicial, así como para el respeto a los derechos fundamentales y la dignidad de quienes sufren la persecución penal.

Para finalizar este apartado solamente nos resta decir que en los actuales momentos, a casi 5 años de vigencia del nuevo sistema penal, se ha planteado un nuevo proyecto de reformas al COIP que inició el trámite legislativo el 3 de enero de 2019.

Como parte de estas reformas se considera necesario que el COIP reconozca expresamente tanto el error de tipo como el error de prohibición, para dotar de un reconocimiento normativo a estas instituciones con lo que se “facilitaría la aplicación uniforme de las normas contenidas en dicha codificación, en beneficio y garantía de la seguridad jurídica”.¹²¹

A pesar de estas argumentaciones, que son completamente valederas, es criterio del investigador que los legisladores realicen un poco de investigación jurídica sobre los aspectos que se analizan en este trabajo, pero particularmente de los avances jurisprudenciales existentes en torno al error de prohibición, de forma que en las discusiones legislativas se consideren los siguientes aspectos que son medulares:

- Que se ha realizado un reconocimiento expreso del error de prohibición en varias resoluciones emitidas por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia;
- Que estas resoluciones reconocen el error de prohibición aún sin que sea necesario su reconocimiento normativo tal cual como en su momento lo realizó

¹¹⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 26.

¹²⁰ *Ibíd.*, art. 34.

¹²¹ Ecuador, Asambleísta Paola Vintimilla, *Memorandum No. 049-PVM-AN-2017.*, 28 de septiembre de 2017.

la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal Alemán, y la Corte Constitucional colombiana;

- Que el *error iuris nocet* ya no es un concepto que este previsto en el COIP;
- Que el artículo 13 de la Codificación del Código Civil ecuatoriano no se puede aplicar al Derecho penal; y,
- Que al reconocerse el error de prohibición por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, también se ha efectuado una actualización de la dogmática penal del sistema del delito, empleándose por tanto el esquema finalista de la acción.

6. Un breve repaso sobre el error de prohibición en la legislación comparada

En el ámbito latinoamericano, varias legislaciones expresamente reconocen el error de prohibición culturalmente condicionado razón por la cual se la ha consignado en las normas punitivas.

Colombia por ejemplo, en su Código penal del año dos mil, lo describe dentro de la categoría dogmática de inimputabilidad, en los siguientes términos:

Artículo 33. Inimputabilidad

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

Sobre esta norma es importante destacar que el contenido gracia al cual se puede establecer una adecuada sistematización de los contenidos abordados de manera que se garantice la tutela judicial efectiva de los derechos de las víctimas, pero también se produzca un respeto a los derechos del procesado en función de los parámetros

constitucionales preestablecidos bajo la idea de un estado constitucional y un Derecho penal de ultima ratio:

Uno de esos aspectos tiene que ver con la vigencia de un Derecho penal caracterizado por sostener en la culpabilidad de las personas con lo cual se excluye y se proscribire la responsabilidad penal objetiva de manera que para que alguien sea penado por una conducta penalmente relevante requiere haber actuado con culpabilidad, o sea que pueda ser sometida a un juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.

Otro aspecto es la existencia de regímenes diferenciados desde los cuales se establece la responsabilidad penal de los individuos: el primero de ellos se sostiene en la idea de los sujetos que son imputables, o sea las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional colombiana, en estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva.

El otro régimen diferenciado es el de las personas que son categorizadas como inimputables, aquellos individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente.

En esos eventos, la norma punitiva no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad.

En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, “esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y

culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”.

Según la jurisprudencia colombiana, el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática.

La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de desvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades.

En una interesante jurisprudencia la Corte Constitucional Colombiana estableció magistralmente la situación de inferioridad en la que se califica al sujeto que es objeto de la inimputabilidad como categoría dogmática, en los siguientes términos:

De acuerdo con estas precisiones, es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, si no que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse.

Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez sicológica o transtorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: "retraso mental cultural". (Hernán Darío Benítez. Tratamiento Juridicopenal del Indígena Colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?. Temis. Bogotá, 1988, pg 119)

Ahora bien, el término con que empieza el artículo 96 del Código Penal también es desafortunado, pues las medidas de seguridad persiguen fines de "curación,

tutela y rehabilitación", que dentro de un régimen penal de pretendida validez universal, buscan "sanar a la persona, restablecer su juicio y lograr su readaptación al medio social". Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser "curada o rehabilitada". En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para "corregirlo". Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica.

No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas.¹²²

Tal como se aprecia, la cuestión radica en que el tratamiento desigual, discriminatorio y vejatorio a la dignidad humana proferido desde la norma jurídica creada por el legislador, en la que se establece la asimilación entre incapacidad mental y la pertenencia a un grupo cultural que no es el hegemónico en una sociedad determinada, según el cual se desconoce una importante cuestión sociológica y es que obviamente existe una diversidad cultural amplia que impide, en determinados casos, conocer todas las escalas de valores que pueden existir.

Perú, a diferencia de Colombia, lo aborda en su Código de mil novecientos noventa y uno, modificado en infinidad de veces siendo la última reforma la del año dos mil quince, pero desde la categoría dogmática de la tipicidad, no desde la culpabilidad, para cuyo efecto se establece lo siguiente:

¹²² Colombia Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso n.º C-370/02*, 14 de mayo de 2002, 34-35.

Error de comprensión culturalmente condicionado

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

Sobre la norma jurídica antes transcrita es importante indicar que, como en el caso colombiano, se tiende a regular las prácticas propias de la pluralidad étnica y cultural del Perú, para lo cual era necesario que en el Código Penal se resaltase normativamente el respeto de los valores culturales distintos en el sentido que no se criminalicen conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales diferentes.

Para entender mejor el contenido de esta norma, recurriremos a la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia de Perú, la cual en un fallo interesantísimo, al respecto de error de prohibición culturalmente condicionado, establece lo siguiente:

...la sentencia que lo condena por delito contra la Libertad Sexual-violación de menor de catorce años- a diez años de pena privativa de libertad interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Guillermo Cabanillas Zaldívar; con lo expuesto por el señor de toda persona, la presunción de inocencia reconocido en el artículo segundo, inciso 24, literal «e» de la Constitución Política Del Estado, la misma que sólo puede ser desvirtuada en base a una actividad probatoria que con las debidas garantías procesales produzca certeza en el juzgador sobre la responsabilidad del justiciable. Segundo. Que se inculpa al encausado haber mantenido relaciones sexuales con la agraviada en seis oportunidades, ocurriendo la primera en el mes de julio del dos mil dos, cuando la agraviada contaba con 13 años de edad, en circunstancias que dicha menor dormía en la vivienda del encausado luego de que bebiera el vaso con gaseosa que le invito, amenazándola posteriormente con un cuchillo para que no comente los hechos, prometiendo comprarle prendas de vestir, siendo la última de estas relaciones en el mes de setiembre de dicho año. Tercero: Que por el mérito de las pruebas actuadas durante el proceso, ha sido posible acreditar en forma plena e indubitable la comisión del hecho denunciado, debido a que este reconoció, tanto en su manifestación policial a fojas 11 como en su declaración instructiva de fojas 28, haber tenido relaciones sexuales con la agraviada como enamorados, cuando ya tenía 13 años, como es costumbre entre los habitantes de su comunidad, lo cual reafirma en los debates orales. Cuarto: Que en tal sentido a efectos de resolver la situación jurídica del procesado, se debe tener en cuenta su condición personal como natural de una comunidad campesina que se ubica en las alturas de la ciudad de Cuzco en donde es costumbre ancestral que las menores de edad sean entregadas por sus padres para que hagan vida marital desde los inicios de su pubertad, a lo que se suma que el autor aludido ha tenido una instrucción incipiente, de escasos recursos económicos y que para la comisión de los hechos no ha utilizado violencia alguna sobre la agraviada por lo que su conducta se adena a la figura del error

de prohibición culturalmente condicionado, previsto en el artículo 15 del Código Penal, pues como se reitera, el procesado se ha desarrollado en un medio sociocultural que no ha interiorizado la norma de prohibición que penaliza su conducta, como lo es la comunidad campesina de Huancabamba, en donde mantenían relaciones con una menor resulta ser un comportamiento normal y socialmente aceptado por los pobladores del lugar, por lo que de conformidad con el artículo 284 del código de procedimientos penales, procede disponer su absolución; en consecuencia: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fajas 142, su fecha 7 de noviembre del 2003, que condena a Jesús Quispe Amachi como autor del delito contra la libertad sexual -Violación Sexual de Menor de catorce años- en agravio de la menor de iniciales R. L. c., a diez años de pena privativa de la libertad y fija en 300 nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada; con lo demás que sobre el particular contiene y REFORMÁNDOLA, absolvieron al referido procesado de la acusación fiscal por el citado delito; en consecuencia mandaron archivar definitivamente el proceso; y de conformidad con lo expuesto por decreto ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, dispusieron la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; y encontrándose sufriendo carcelería, ordenaron su inmediata libertad, siempre y cuando no exista en su contra otra orden de detención emanada de autoridad competente oficiándose para tal efecto; y los devolvieron.¹²³

Es importante establecer que en las dos legislaciones antes estudiadas, la incorporación del error de comprensión culturalmente condicionado, previsto en el artículo 15 del Código Penal, deviene en el reconocimiento constitucional de una sociedad pluricultural como es la de los vecinos países Perú y Colombia, por manera que se puede anticipar que se trata de un desarrollo del derecho al respeto de la cultura propia y de los valores propios, los cuales merecen una tutela particular y reforzada, la que se materializa en una norma penal que establece el error de prohibición culturalmente motivado, que no es sino el reconocimiento de una realidad que está latente no solo en Latinoamérica sino en muchos países que se caracterizan por tener dentro de sus fronteras y como ancestros a pueblos originarios que paulatinamente con el tiempo dejaron de ser dueños de los territorios hasta ser prácticamente reubicados en pequeñas parcelas de tierra.

Lo interesante de esta previsión legislativa no radica solamente en el hecho de consignar expresamente un mecanismo de protección de los excesos punitivos que se pudieran derivar en contra aquellos ciudadanos que pertenecen a determinados grupos que ostentan una minoría cultural, sino que en el aspecto más relevante se trata de un

¹²³ Perú Sala penal de la Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Caso n.º 755-2004*, 16 de junio de 2004, 9.

reconocimiento al derecho a la cultura, a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad de estos ciudadanos, los cuales están axiológicamente estructurados como derechos fundamentales.

Capítulo Tercero

El error de prohibición culturalmente condicionado en Ecuador

1. Introducción

En este Capítulo se analizará el error de prohibición culturalmente condicionado en Ecuador para lo cual se parte de una perspectiva histórica que permite entender el apareamiento y los fundamentos de esta doctrina y las instituciones similares en el sistema anglosajona si como en el Derecho europeo.

Se analizarán conceptos claves en la estructuración dogmática de esta clase de error como son la cultura, la minoría étnica, el grupo social dominante, el derecho a la cultura desde su reconocimiento individual y colectivo en los instrumentos internacionales y se analizarán también las repercusiones del reconocimiento constitucional ecuatoriano a la diversidad cultural.

Así mismo se estudia la forma como interviene el Derecho penal gracias a este reconocimiento y como se establecen los mecanismos de tutela y protección de las personas pertenecientes a minorías étnicas, tanto desde la tipificación de delitos como de la creación de normas que permiten que estas minorías y sus miembros reciban un tratamiento diferenciado y adecuado de conformidad con su socialización.

Se completa el estudio con la jurisprudencia vertida desde la Corte Constitucional del Ecuador en la que se establece varios matices para entender el error de prohibición culturalmente condicionado; y, los efectos prácticos y alcance de este tipo de error en el análisis de tres casos paradigmáticos en los cuales la aplicación de esta doctrina ha resultado, al decir lo menos, insuficiente por no corresponderse con la realidad procesal existente, lo que implica, en definitiva, que en la práctica penal el error debido a un condicionamiento cultural sea utilizado no para el análisis de la culpabilidad ni para determinar la vencibilidad o invencibilidad del error, sino para sustituir la pena intramural, en unos casos, o para conseguir que la pena intramural sea alivianada con liberaciones eventuales tendientes a evitar que el agresor rompa definitivamente sus vínculos con la minoría a la que se pertenece.

2. Aproximación histórica

Desde una perspectiva histórica la construcción dogmática sobre el error del prohibición culturalmente condicionado es atribuida al maestro argentino Zaffaroni, quien en la década de los ochentas consideró necesario que el Derecho penal dispense un trato más digno y respetuoso a los miembros de las comunidad indígenas existentes en Latinoamérica, quienes eran considerados como inimputables ante el cometimiento de la conducta penalmente relevante.

La referencia a su supuesta peligrosidad, sus pocos niveles de asimilación de la cultura hegemónica y su no pertenencia a la estructura social de aquellas épocas, eran prácticamente las notas características del tratamiento¹²⁴ dispensado por los códigos penales de aquellas épocas, por esa razón era que se los asimilaba a los inimputables, destacándose, de esta manera, un trato desigualitario, discriminatorio y vejatorio a los derechos fundamentales (derecho a la cultura, derecho a la autodeterminación, derecho a profesar su propia creencia, libertad de expresión, etc.) que para entonces ya poseían y que habían sido ya reconocido en varios documentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Zaffaroni, al proponer la tesis del error de prohibición culturalmente condicionado, afirmaba expresamente que el sustento de dicha construcción dogmática no radica en el desconocimiento de las normas prohibitivas de la cultura dominante, sino más bien en un problema de introyección o comprensión de dichas normas, por parte del sujeto activo de la infracción perteneciente a una cultura minoritaria, debido a que en su particular cosmovisión del mundo, en aquella que se había educado y civilizado, se impedía incorporar a su psiquis la prohibición del grupo social dominante, debido a que lo que él considera correcto, legal o jurídico, la cultura dominante lo considera ilegal y antijurídico. De esta forma, la asimilación e introyección de la norma prohibitiva hegemónica es realizada de forma distinta, por el condicionamiento cultural que recibió el agente de la infracción.¹²⁵ En este sentido se afirma que:

...la comisión de un delito no siempre releja un conflicto entre el sujeto y la norma, sino que más bien puede expresar la ausencia de legitimidad de la norma,

¹²⁴ Myrna Villegas Díaz, "Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal", en *Revista de Derecho Valdivia*, Vol XXV, no. 2 (2012): 178, 177-205, <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art08.pdf>>

¹²⁵ Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general*, 737.

pues en toda sociedad compleja existen contraposiciones entre distintas formas de modelos sociales de entender la vida, siendo la democracia la posibilidad de coexistencia pacífica entre distintas valoraciones, incluso contradictorias. En ocasiones, el delito significará que la coexistencia no ha sido bien regulada. Se trata de una problemática que se superpone en gran parte con la llamada conciencia disidente.¹²⁶

El problema de convivencias de culturas es, por tanto, otro de los aspectos importantes en la construcción teórica del maestro argentino, pues con la afirmación antes expuesta se denota que existen problemas subyacentes en la aplicación generalizada de una norma jurídica, que puede ser ilegítima, cuando aquella choca con las normas de las minorías culturales y, en consecuencia, con otras formas de ver el mundo y de interpretarlo.

En este sentido se afirma que uno de los mecanismos que perpetúan la existencia de la exclusión, la dominación y la discriminación en contra de la población indígena se manifiesta en la aplicación vertical de un sistema jurídico de corte occidental, inflexible y rígido, que desconoce la pluriculturalidad y las estructuración de una sociedad heterogénea conformada por distintas culturas y por ende por distintas formas de ver el mundo. De ahí que es necesario que los sistemas jurídicos y, particularmente, el Derecho penal, sea congruente con el reconocimiento jurídico de la diversidad cultural y con el pluralismo jurídico que ha sido realizada por otros sectores del ordenamiento jurídico, lo que implica que se reconozca que el condicionamiento cultural puede y de hecho genera la inculpabilidad, cuando el error es invencible, o la atenuación de la responsabilidad, cuando el error es vencible.

La discusión abierta por Zaffaroni, se vio además favorecida por el maestro español Torío López, quien asimismo en la década de los ochentas, del siglo pasado, consideró que la doctrina propuesta era, en verdad, una discusión apasionada entre el concepto clásico de culpabilidad (teoría del dolo) y la concepción moderna de ella (teoría de la culpabilidad), entre la permanencia de los esquemas clásicos (causalismo) de construcción de la responsabilidad penal, y la modernización de dichos esquemas (finalismo). En este contexto, Torío López consideraba urgente y necesaria la distinción de ciertos factores personales del sujeto activo de la infracción que debían ser analizados en el ámbito de la culpabilidad.¹²⁷ Así nació la teoría de la culpabilidad personal, en la cual se debe valorar minuciosamente el condicionamiento cultural del

¹²⁶ *Ibíd.*, 737.

¹²⁷ Muñoz Conde, *Derecho penal Parte General*, 353.

autor de la infracción, puesto que este genera mayor intensidad a la conducta antijurídica:

Esta ponderación no puede referirse solamente a factores biológicos, psicopatológicos, o en sentido más amplio naturalístico. Por el contrario, para la capacidad de culpabilidad poseen alta significación los factores sociales y culturales. La capacidad para responder al mandato o prohibición jurídica no le es dada de forma general al hombre. Esta capacidad depende fundamentalmente de sus relaciones sociales, defectos culturales, analfabetismo o pertenencia a culturas marginales.¹²⁸

En esta mismas épocas aparece la idea del *cultural defense*, propio del sistema anglosajón, bajo la cual se establece una “causa de exclusión o de disminución de la responsabilidad penal invocable por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con cultura, costumbres y usos diversos o, en cualquier caso, en contraste con los de la cultura del sistema anfitrión”,¹²⁹ de forma tal que se apreciaba la causa de inculpabilidad no desde el acto lesivo sino desde la defensa de la cultura de quien provocó el ilícito.

Se trata, en el *cultural defense*, de que el sujeto activo de la infracción ejerce un derecho a su cultura, por minoritaria que esta sea, y en función del ejercicio de este derecho, no puede ser sancionado, o al menos no sancionado tan duramente, por haber ejercido un derecho reconocido. En estos casos, dice la doctrina opera una causa de justificación porque el derecho a la cultura ampara la realización de la conducta. Los casos Kimura; Chen; Moua; Kargar; Saetern, son un ejemplo valiosos de esta institución y constituyen referencia obligatoria cuando se trata de analizar los delitos culturalmente motivados.¹³⁰

Posteriormente en Europa aparecerá la teoría de las *Kulturnormen* a inicios del siglo XX, elaborada por Mayer, bajo las cuales se considera que si la norma penal establece una sanción en contra de una conducta que no está catalogada como delito por las *Kulturnormen*, aquella debía ser expulsada del ordenamiento punitivo.¹³¹

Estas manifestaciones doctrinarias no solo significarán las bases para la existencia ulterior de los denominados delitos culturales, sino además denotarán la forma de intervención del Derecho penal en la resolución de los conflictos penales,

¹²⁸ Ángel Torío López, “El concepto individual de culpabilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, (1985): 297, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46268.pdf>>

¹²⁹ Cristina De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales* (Madrid, ES: Marcial Pons, 2012), 20.

¹³⁰ *Ibíd.*, 112-121.

¹³¹ *Ibíd.*, 21.

derivados de los choques culturales existentes entre una cultura hegemónica, dominante, que ha impuesto su cultura mediante la vigencia de la norma jurídico penal, y la minoría étnica, que se ve sometida a un sistema punitivo cuya antijuricidad no solo que ignora sino que es vista como lícita en su escala de valores.

En este contexto, existen varios conceptos como son el derecho a la cultura, diversidad cultural, cultura, grupo social y minoría étnica son importantes para entender el error de prohibición culturalmente condicionado, pues ellos aportan en su adecuada comprensión.

3. El derecho a la cultura, la diversidad cultural, la cultura, grupo social y minoría étnica

En la base teórica del error de prohibición culturalmente condicionado, de forma particular, la alusión a conceptos sociológicos así como la forma en cómo están organizadas las sociedades, constituyen el sustrato necesario e indispensable para construir sus cimientos y ello se debe a que gracias al apareamiento del Estado social y democrático de derecho, se necesita encontrar una nueva fundamentación racional a la coerción penal y a su monopolización por parte del Estado.

Para ello se abandona el auxilio otorgado por la filosofía y la teoría política y se utiliza a la sociología de Parsons que fue introducida en Alemania gracias a la teoría de sistemas Luhmann,¹³² sobre la que posteriormente se construirá el denominado funcionalismo sociológico. Estas teorías se caracterizan por considerar que el derecho es un reflejo de una estructura social y, por lo tanto, le corresponde al derecho ocuparse de esa estructura, lo que da a entender que el derecho es una ciencia eminentemente social. Por ello el funcionamiento de los sistemas sociales es el encargo de establecer las conductas que deben ser castigadas penalmente, así como la función que debe ostentar el derecho penal.¹³³

A más de ello, el juicio de valor vigente socialmente sobre los bienes y los comportamientos lesivos de los mismos en un momento histórico determinado (dañosidad social), constituye un límite que el legislador debe respetar a la hora de

¹³² Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método* (Buenos Aires, AR: B de F, 2003), 136.

¹³³ Claus Roxin, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15-01 (2013): 18, <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>.

disponer la tutela penal. Lo que importa, no es la posición objetiva del bien y del comportamiento lesivo, sino la estimación subjetiva de quien hace el juicio, con las variaciones del contexto cultural y social desde el que se estimen. Los bienes jurídicos tienden a visualizarse como estados de particular valor social, a los cuales se considera imprescindible tutelar penalmente, el bien jurídico, pasa a ser apreciado desde una óptica funcional y se entiende como situación fáctico-real positivamente valorizada.¹³⁴

Esa es la razón para que se revisen los conceptos de grupo social y minoría étnica, pues de otra manera la eliminación de esta forma de construcción de los valores sociales implicaría la construcción teórica del error de prohibición sin un sustento adecuado.

Por esa misma razón es necesario abordar el derecho a la cultura y la diversidad cultural, los están reconocidos normativamente en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y son categorizados como derechos fundamentales, pues constituyen un ámbito de libertad necesario para el desarrollo de la plena dignidad del individuo y de las colectividades.

En efecto, varios instrumentos internacionales los regulan así tenemos por ejemplo, la DADDH¹³⁵ de 1948, constituye la primera expresión de tutela supranacional de los derechos culturales mediante la regulación de los derechos a la libertad de investigación, opinión, expresión (artículo IV) y del derecho de participar en la vida cultural de la comunidad (artículo XIII). De esta forma se convierten en derechos fundamentales del hombre, propio de la autonomía de los ciudadanos libres. La importancia de esta Declaración no solamente se sostiene en el hecho de construir un dique de contención del poder estatal que no puede vejar las prerrogativas y libertades que en ella se consignan, sino que además plantea una visión integral de los derechos humanos pues en ella se establecen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que inspirarán posteriores instrumentos. Además, posee obligatoriedad jurídica por haber sido incorporada como fuente de la Carta de la Organización de Estados Americanos.¹³⁶

¹³⁴ Gonzalo Fernández D., *Bien jurídico y sistema de delito* (Montevideo, UR: B de F, 2004), 5.

¹³⁵ Héctor Fix-Zamudio, "Los tratados internacionales de derechos humanos y las constituciones latinoamericanas", en *Derecho Constitucional general. Materiales de enseñanza*, comp. Raúl Ferrero Costa (Lima, PE: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004), 382.

¹³⁶ Fabián Omar Salvioli, "Derechos, acceso y rol de las víctimas en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos", en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, edit. Juan E. Méndez y Francisco Cox, (San José, CR: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998), 303.

En la DUDH¹³⁷ de 1948, se consagra la libertad de expresión en el artículo 19; y, en el artículo 27.1 se prevé que el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad. Al igual que en la DADDH se regula de forma similar estos derechos culturales como parte de una taxonomía más amplia y conglobante de estándares mínimos a ser cumplidos y fomentados por los Estados parte.

En el PIDCP¹³⁸ de 1966, la cultura es reconocida como derecho fundamental, esta vez desde el punto de vista de una colectividad, pues en su artículo 1 se dispone que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación gracias al cual pueden establecer libremente su condición política, su desarrollo económico, social y cultural; y en el artículo 27 se establece que los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. La nota más importante de este derecho es que nace como parte del derecho de la libre determinación, lo que implica que es un ámbito de libertad que permite a cada pueblo o colectividad establecer su destino y su futuro sin más limitación que la no afectación de los derechos de las otras colectividades, pueblos o personas.

En el PIDESC¹³⁹ de 1966 se regulan de manera exhaustiva los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos fundamentales, los cuales tienen que ver con aspectos esenciales en la vida de las personas y con el desarrollo de condiciones básicas de la dignidad humana, como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado. Bajo la nomenclatura de “derechos culturales”, se presenta la más amplia regulación de estos derechos a nivel de declaraciones e instrumentos internacionales,¹⁴⁰ que incluye el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la sociedad (artículo 15.1.a), pero se reconoce también el derecho de los pueblos a su libre determinación y desarrollo cultural (artículo 1).

¹³⁷ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, A/RES/217 (III).

¹³⁸ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, A/RES/2200 (XXI).

¹³⁹ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, A/RES/2200 (XXI).

¹⁴⁰ Luis Anguita Villanueva, “La cultura en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, coord. Carlos Ruiz Miguel (Santiago de Compostela, ES: Servizo de Publicacions e Intercambio Científico, 2004), 96.

La CADH¹⁴¹ de 1969, reconoce también como derecho fundamental, la libertad de conciencia en el artículo 12; y la libertad de pensamiento y expresión, en el artículo 13. Gracias al Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador),¹⁴² de 1988, reconoce, en el artículo 14, que los Estados parte del Protocolo reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y artística de la comunidad.

Según la DUNESCO¹⁴³ de 2001, la cultura es considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias. Para esta Declaración la diversidad cultural constituye patrimonio común de la humanidad que debe ser reconocida por las generaciones presentes y futuras. Para llegar a esa conclusión considera que diversidad cultural se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad, la cual constituye una fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, por lo que es tan necesaria para el género humano como lo es la diversidad biológica para los organismos vivos. Además considera que el pluralismo cultural debe ser entendido como la respuesta política al hecho de la diversidad cultural, el cual propicia los intercambios culturales y el desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública.

La CGONUECC¹⁴⁴ de 2005, resalta que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad, pero además es indispensable para la paz y la seguridad y para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados por los instrumentos de protección de derechos humanos universalmente reconocidos. En los aspectos más importantes de esta Declaración define a la diversidad cultural como la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Esta definición abarca las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la

¹⁴¹ OEA *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José), 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹⁴² Inter-American Commission on Human Rights, *Inter-American Year Book on Human Rights* (Boston, EE.UU.: Martinus Nijhoff Publishers, 1985), 409.

¹⁴³ UNESCO, *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, 2 de noviembre de 2001.

¹⁴⁴ ONU, *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, 20 de octubre de 2005.

variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados. El término interculturalidad es definido como la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.

Así mismo resulta de carácter esencial el establecimiento de ocho principios rectores (artículo 2) para entender la diversidad cultural de los cuales, por su vinculación con esta investigación, se consideran el Principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, bajo el cual se considera que sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Por esa razón, nadie puede invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación.

En síntesis de lo anterior, aunque resulta difícil consignar un concepto de derecho a la cultura desde el ámbito jurídico de las declaraciones antes anotadas, porque en los textos no se lo define sino solamente se hace alusión a varios de sus componentes más o menos enlistados, se procede a intentar una definición conglobante de derecho a la cultura al cual se lo conceptualiza como un derecho fundamental que está previsto tanto para las personas individualmente consideradas, como para las minorías étnicas, que consiste en la facultad de desarrollar su propia cosmovisión, creencias, prácticas, tradiciones, idioma, el arte, las letras, el derecho, rituales y valores que le son propios y que le identifican y diferencian de otras, con las limitaciones establecida en la ley.

La diversidad cultural, conforme a los textos anotados, consiste en cambio, en la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Y la cultura o civilización, desde el punto visto antropológico etnográfico, que es utilizado hasta la actualidad, constituye un todo complejo en el cual se encuentran incluidos los

conocimiento, las creencia, el arte, la moral, el derecho, la costumbre y otras aptitudes y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad.¹⁴⁵

También, como consecuencia de los instrumentos internacionales antes invocados se puede establecer que los protagonistas o actores de la diversidad cultural son las denominadas minorías étnicas y los grupos sociales. Entre estas dos categorías hay elementos comunes tales como la lengua, la religión y la cultura, pero, a diferencia de la minoría étnica, el grupo social se ve caracterizado adicionalmente por un mayor de miembros y por una posición jerárquica, de dominio o hegemónica, en la que se encuentra con respecto de las minorías étnicas.

Los grupos sociales¹⁴⁶ son reuniones de personas de forma permanente y duradera en el tiempo, en la cual se han construidos varios tipos de relacionamientos de forma tal que permite referirse a ellas como un conjunto individualizado y una dimensión propia, dentro de la cual se verifica el proceso de socialización de sus miembros o asociados,¹⁴⁷ y que entre sus aspiraciones más importantes está el reclamo de derechos de autogobierno y autodeterminación.¹⁴⁸

En cambio, las minorías étnicas, o de inmigrantes que se forman a partir de aquellas personas que voluntariamente abandonan sus estados y se integran en otros que son culturalmente diferentes, a pesar de que también son identificadas por lazos comunes como la lengua, el sentimiento de pertenencia, el idioma, el territorio, son inferiores, no ostentan sino una posición de sumisión respecto del grupo social hegemónico, de ahí que ellos reclaman el derecho a expresar su cultura sin ser discriminados.¹⁴⁹

Las minorías, dice el autor Prieto Sanchís, desde su perspectiva ético-política, profesan creencias tenidas por extrañas en la sociedad, tienen un comportamiento diferenciado o incluso reprochable por la particular forma de vestir, hablar, etc., es decir lo que interesa desde esta perspectiva es no es el número de adeptos, sino el credo, la moral o las costumbres que se profesan.¹⁵⁰ Pero esta perspectiva resulta insuficiente de

¹⁴⁵ Edward Tylor, *Primitive Culture* (Madrid, ES: McGraw-Hill, 2007), 64.

¹⁴⁶ Oscar Pérez De La Fuente, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: Una aproximación iusfilosófica* (Madrid, ES: Dykinson, 2012), 225.

¹⁴⁷ Antonio Lucas Martín, *Introducción a la sociología: para el estudio de la realidad social* (Pamplona, ES: Eunsa, 2003), 74.

¹⁴⁸ Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías* (Barcelona, ES: Paidós, 1996), 48.

¹⁴⁹ *Ibid.* 49.

¹⁵⁰ Luis Prieto Sanchís, "Las minorías religiosas", en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, coord. Luis Prieto Sanchís (Madrid, ES: Escuela libre, 1994), 8.

manera que se debe acudir a la perspectiva sociológica, la cual se refiere a una cuestión numérica o estadística; y, a la perspectiva jurídica, que denota que la minoría tiene trato desventajoso.¹⁵¹

Pese al análisis realizado de las minorías étnicas, es importante destacar que la Constitución ecuatoriana ha superado la concepción de “minoría étnica” desde el año de 1998 y, en la actual Constitución, la del 2008, se reconocen expresamente en los artículos 56 y 57, a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a pesar de ello la superación del concepto no necesariamente ha implicado una mejora en su situación, pues estas agrupaciones se han caracterizado por ser conglomerados de personas que han merecido un trato desigual, no prioritario o humillante, por el simple hecho de pertenecer e identificarse en base a elementos característicos como la raza, la etnia, que son los criterios que sustentan la taxonomía constitucional adoptada en las normas jurídicas invocadas.

Por esta razón de sustrato material, podemos llegar a la conclusión de que aun las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas comparten los elementos de las minorías y por ello, aún respecto de aquellas, puede decirse que son un grupo de personas en el cual, a más de compartir una identidad común –étnica, religiosa, lingüística, etc.-, se encuentra una posición de exclusión o inferioridad respecto del grupo social dominante que es el que ha impuesto sus formas de organización, lengua, derecho y cultura, y, por esa razón, el sistema jurídico hegemónico tiende a protegerla mediante la concesión de prerrogativas normativas especiales que tienden a conseguir una materialización del derecho a la igualdad, formal y material.

A más de esas características o elementos, según los lineamientos dados por la Corte Constitucional ecuatoriana, la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado requiere la existencia de un sujeto activo que pertenezca a comunidades indígenas “ancestrales”, por lo que el sujeto activo es cualificado por tratarse de grupos humanos en donde existe una mayor preservación de la identidad, los usos y la costumbres, de ahí que es necesario acudir a la definición de pueblos indígenas o tribales que aporta el Convenio 169 de la OIT en el que se establece que pueblos tribales aquellos pueblos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o

¹⁵¹ *Ibíd.*

parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”;¹⁵² y, pueblos indígenas, son aquellos pueblos que descienden de las antiguas poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.¹⁵³

En consecuencia de lo anterior, para aplicar el error de prohibición culturalmente condicionado, será necesario la presencia de un sujeto activo del delito que pertenezca a los denominados pueblos indígenas o tribales, que posee una identidad común, y que adicionalmente se encuentra una posición de exclusión o inferioridad respecto del grupo social dominante, el que ha impuesto sus formas de organización, derecho y cultura.

Así han quedado ya delimitados los contornos de los conceptos esenciales que se utilizan para entender el error de prohibición culturalmente condicionado.

3.1. Multiétnico, pluricultural, plurinacional e interculturalidad.

Otras categorías jurídicas de igual modo son importantísimas para la adecuada comprensión del error de prohibición culturalmente condicionado. Esas categorías son los conceptos de multiétnico, pluricultural, plurinacional e interculturalidad, los cuales son parte de la arquitectura judicial sobre la cual se construye esta clase de error de prohibición, pero además son el componente sociológico indispensable para el establecimiento e identificación de un grupo de personas que tradicionalmente han sido excluidas.

De hecho cada uno de estos términos tiene un componente político bajo el cual se puede denotar tanto las luchas y cambios sociales impulsados por los sectores excluidos de la sociedad desde la época colonial hasta nuestros días, así como un proceso de ampliación del mercado respecto a los grupos excluidos, como un mecanismo de prolongación y sostenimiento para la posteridad del sistema capitalista y neoliberal.

Pero en su contenido jurídico, cada uno de estos conceptos describe un proceso de objetivación del derecho fundamental a la igualdad, de reconocimiento de derechos a

¹⁵² OIT ONU, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 27 de junio de 1989, art. 1.1.a.

¹⁵³ *Ibíd.*

grupos vulnerables y tradicionalmente olvidados y de establecimiento de garantías de protección de tales derechos, lo que en definitiva implica un reconocimiento de la dignidad humana de amplios grupos de personas que eran excluidas de un sistema jurídico hegemónico y autoritario.

Sin más preámbulos, veamos a continuación cada una de estas categorías y su contenido, para terminar delimitando los contornos del error de prohibición culturalmente condicionado.

Bajo el término “multiétnico” se hace alusión tanto a la heterogeneidad de la población como a la urgente necesidad de visibilidad de los pueblos indígenas y afro descendientes.¹⁵⁴ Se trata por tanto de que en el Estado, se reconozca la existencia de distintas etnias o grupos poblacionales, con culturas diferentes, que conviven en un espacio físico determinado, aunque la convivencia implique además la subyugación de unas etnias a grupos poblacionales respecto de otra u otras dominantes o hegemónicas. Se trata, en parte, de un concepto bajo el cual se denota un movimiento de resistencia y lucha por el reconocimiento de una pertenencia a un determinado linaje y ciertas prácticas culturales que le son propias; y, también de una política de inclusión auspiciada desde el capitalismo:

...el discurso sobre la diversidad promovido por las recientes reformas constitucionales, por las instituciones sociales y como parte de la nueva lógica del capitalismo multinacional, desdibuja las relaciones de poder y oculta la colonialidad. Dentro de la noción y del manejo de la diversidad en el Ecuador, "las culturas" aparecen como totalidades, cada una con su contenido, tradición y costumbres identificables, mantenidos en un tiempo mítico y utópico, bajo el supuesto actual de la tolerancia e igualdad. Pero, mientras que el Estado reconoce la diversidad étnica y otorga derechos específicos, el hecho de reducirlo a una salida solo para los grupos étnicos limita la esfera del cambio a la particularidad étnica (promoviendo así un cierto tipo de relativismo cultural) que supuestamente puede lograrse sin transformaciones sustanciales del Estado-nación. Esta táctica de reconocer la diversidad incorporándola dentro del aparato estatal y, a la vez, promoviéndola como particularismos externos a lo nacional-estatal no está limitada al Ecuador; por el contrario, es representativa de las nuevas formas de universalidad promovidas por el discurso y las políticas de la globalización neoliberal.

Lo multiétnico por tanto denota la existencia de diversas etnias que conviven en un mismo espacio físico y que están dotadas de derechos, garantías y, por su puesto, de

¹⁵⁴ Catherine Walsh, “(De) Construir la interculturalidad. Consideraciones críticas desde la política, la colonialidad y los movimientos indígenas y negros en el Ecuador”, en *Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú*, (2002): 120, http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Consideraciones_criticas_desde_la_politica.pdf

una voz que los representa, por lo que se trata de una definición que, al menos teóricamente, vuelve a las relaciones de poder en asimétricas con respecto del Estado al que se pertenecen.

Lo “pluricultural”, por su parte, “implica el fortalecimiento de lo propio al frente de las otras culturas”¹⁵⁵, pero también denota:

...pasar de la esfera de lucha de las culturas excluidas a convertirse en política del Estado. Es claro que en este paso, no solo pierde algo de su sentido reivindicativo, sino que entra por el medio, una serie de intereses distintos. Por eso, varios autores advierten que atrás de las nuevas políticas latinoamericanas del reconocimiento e inclusión, juega una nueva lógica cultural del capitalismo global, una lógica que intenta controlar y armonizar la oposición con la pretensión de eventualmente integrar a los pueblos indígenas y negros dentro del mercado.¹⁵⁶

En cambio, la “multiculturalidad” es “asumida como parte de políticas ya globalizadas, se basa en el reconocimiento, la inclusión e incorporación de la diversidad cultural, no para transformarla sino para mantener el *statu quo*, la ideología neoliberal y la primacía del mercado...”.¹⁵⁷

La diferencia entre lo pluricultural y lo multicultural no solamente es en el grado, sino también en la intensidad pues mientras que el primero refleja la coexistencia entre las distintas culturas mestizas, indígenas, negras y blancas así como la unión genética constante entre ellas dentro de un determinado territorio específico, el segundo implica apenas una descripción de distintas culturas individualmente consideradas en el marco de contención de una cultura que es dominante o mayoritaria.¹⁵⁸

El concepto de “plurinacionalidad”, en su aspecto más básico, “describe la realidad de un país en la cual pueblos, naciones o nacionalidades indígenas y negras – cuyas raíces predatan el Estado nacional– conviven con blancos y mestizos.”¹⁵⁹ Pero desde su vertiente material implica una discusión del poder que toma como sustrato el mestizaje originario y derivado de la época colonial, así como un reconocimiento a

¹⁵⁵ Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en *ICCSI REMAN* No. 36 (2002): 2, <http://icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html>

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ Catherine Walsh, “Interculturalidad, colonialidad y educación”, en *Revista Educación y Pedagogía*, no. 48 (2007): 30, https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1265909654.interculturalidad_colonialidad_y_educacion_0.pdf

¹⁵⁸ Catherine Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, en *Tabula Rasa*, no. 9 (2008): 140, <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>

¹⁵⁹ *Ibíd.*

distintas “lealtades”, en un solo Estado que posee también distintas nacionalidades de entre las cuales hay algunas o varias que han sido tradicionalmente excluidas, precarizadas y colonizadas.

La importancia de la plurinacionalidad entonces es su re-pensar y re-fundar de lo uni-nacional, colonial y excluyente dentro de un proyecto de Estado y sociedad que se construye desde la pluralidad y desde las diferencias ancestrales, perspectiva que también argumenta y comparte Boaventura de Sousa Santos (2007). Tal re-pensar y re-fundar requiere, para que lo plurinacional tenga real impacto y sentido y no sea simplemente un anuncio, unas políticas concretas enfocadas en construir la equidad y exigir la justicia social, como bien señala el reciente «Manifiesto en defensa da justiça e constitucionalidade das cotas» de Brasil, para que los grupos históricamente excluidos de lo uninacional puedan igualarse en acceso y oportunidad y, a la vez, posicionarse desde su diferencia a la construcción distinta de lo plurinacional. Pero la plurinacionalidad sola es insuficiente para un proyecto de decolonialidad; he aquí que la interculturalidad tiene que ser dimensión central y constitutiva. Veamos más detenidamente cómo ambas se juntan en las nuevas Constituciones ecuatorianas y bolivianas y las acciones de cambio decolonial que impulsan.¹⁶⁰

Finalmente, la “interculturalidad” debe ser vista como un principio ideológico, proceso y proyecto de transformación¹⁶¹ que está estructurado, al menos, en tres niveles: el primero es el relacional, con el cual se da a entender el “contacto e intercambio” entre las distintas culturas:

De esta manera, se asume que la interculturalidad es algo que siempre ha existido en América Latina porque siempre ha existido el contacto y la relación entre los pueblos indígenas y afro descendientes, por ejemplo, y la sociedad blanco-mestiza criolla, evidencia de lo cual se puede observar en el mismo mestizaje, los sincretismos y las transculturaciones que forman parte central de la historia y “naturaleza” latinoamericana caribeña. No obstante, el problema con esta perspectiva es que, típicamente, oculta o minimiza la conflictividad y los contextos de poder, dominación y colonialidad continua en que se lleva a cabo la relación. De la misma forma, limita la interculturalidad al contacto y a la relación - muchas veces a nivel individual-, encubriendo o dejando de lado las estructuras de la sociedad - sociales, políticas, económicas y también epistémicas- que posicionan la diferencia cultural en términos de superioridad e inferioridad.¹⁶²

El segundo es el funcional, pues “permite el reconocimiento de la diversidad y diferencia culturales, con metas a la inclusión de la misma al interior de la estructura social establecida”, es decir que “no toca las causas de la asimetría y desigualdad

¹⁶⁰ *Ibíd.* 143.

¹⁶¹ Catherine Walsh, “¿Interculturalidad Y (De)Colonialidad? Gritos, Grietas Y Siembras Desde Abya Yala”, en *Redivep* no. 4 (2018): 25, <https://redivep.com/sitio/wp-content/uploads/2018/04/CATHERIN-WALSH.pdf>; Catherine Walsh, *Interculturalidad crítica y (de) colonialidad. Ensayos desde Abya Yala* (Quito, EC: Abya Yala, 2012), 68.

¹⁶² Catherine Walsh, “Interculturalidad crítica y educación intercultural” [www.uchile.cl > documentos > interculturalidad-critica-y-educacion](http://www.uchile.cl/documentos/interculturalidad-critica-y-educacion).

sociales y culturales, tampoco cuestiona las reglas del juego, por eso es perfectamente compatible con la lógica del modelo neo-liberal existente”¹⁶³

El tercer nivel es la interculturalidad crítica que tiene por objeto el estudio de la permanencia colonial racial:

Es decir, de un reconocimiento de que la diferencia se construye dentro de una estructura y matriz colonial de poder racializado y jerarquizado, con los blancos y “blanqueados” en la cima y los pueblos indígenas y afrodescendientes en los peldaños inferiores. Desde esta posición, la interculturalidad se entiende como una herramienta, como un proceso y proyecto que se construye desde la gente -y como demanda de la subalternidad-, en contraste a la funcional, que se ejerce desde arriba. Apuntala y requiere la transformación de las estructuras, instituciones y relaciones sociales, y la construcción de condiciones de estar, ser, pensar, conocer, aprender, sentir y vivir distintas. La interculturalidad entendida críticamente aún no existe, es algo por construir. Por eso, se entiende como una estrategia, acción y proceso permanentes de relación y negociación entre, en condiciones de respeto, legitimidad, simetría, equidad e igualdad. Pero aún más importante es su entendimiento, construcción y posicionamiento como proyecto político, social, ético y epistémico -de saberes y conocimientos-, que afirma la necesidad de cambiar no sólo las relaciones, sino también las estructuras, condiciones y dispositivos de poder que mantienen la desigualdad, inferiorización, racialización y discriminación.¹⁶⁴

Las categorías jurídicas antes precisadas dejan entrever no solo el reconocimiento constitucional a la diversidad cultural, sino que además permiten identificar a una población minoritaria y tradicionalmente abandonada por el Estado que impuso y sigue imponiendo una cultura hegemónica, dominante y mayoritaria.

Pese a lo anterior, el elemento común a todas las categorías jurídicas analizadas es la materialización de un trato igualitario a estos grupos olvidados por la vía de una tutela reforzada dispensada en la categoría dogmática de la culpabilidad con fundamento de la exculpación penal por la poca o nula interiorización de la cultura mayoritaria.

Con ello se quiere resaltar, además, que la utilización de los términos multiétnico, pluricultural, plurinacional e interculturalidad, en el contexto del proceso penal, deben dar a entender a fiscalía y al juzgador que existe la necesidad de realizar un análisis más complejo de la reconstrucción de los hechos delictuales y de la valoración de la prueba por existir un procesado o una víctima que pertenece a un grupo de personas que fueron tradicionalmente discriminadas. Ello no quiere decir que se altere la presunción de inocencia y que el juzgador deba prejuiciarse para absolver o

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ *Ibíd.*

para condenar, pero si quiere decir que los análisis de la categoría dogmática de la culpabilidad deben ser mucho más complejos y sistemáticos por la existencia de una persona (víctima o procesado) que fue tradicionalmente discriminada por el Estado.

4. Reconocimiento constitucional de la diversidad cultural

La legislación ecuatoriana realizó importantes avances en cuanto al reconocimiento de los derechos de las minorías culturales, particularmente a partir de su previsión constitucional de la pluriculturalidad y de la multiculturalidad.

Así, cuando en la Constitución Política de 1998 se reconocía que el Ecuador es un estado social de derecho, pluricultural y multiétnico,¹⁶⁵ se daba a entender que existía una nueva estructuración jurídica del estado, por efectos del reconocimiento a la diversidad cultural, que permite mantener la unidad en base a un profundo respeto a la diversidad imperante en las sociedades. Pero adicionalmente la regulación constitucional profesaba una nueva forma de constitucionalismo, el constitucionalismo plurinacional, que se basa en el respeto de las relaciones interculturales derivadas de la coexistencia entre las distintas culturas, haciéndose, en consecuencia, necesaria una nueva visión de la institucionalidad estatal¹⁶⁶ así como una reinterpretación de los derechos constitucionales que deben ser observados ya no solo desde la óptica hegemónica, sino desde las particulares circunstancias culturales de las minorías étnicas.

A más de lo anterior, la Constitución de 1998 reconoce a los pueblos indígenas varios derechos colectivos como son la aplicación de sus normas consuetudinarias, la aplicación de sus sistemas de justicia, el desarrollar y fortalecimiento de su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico; y, así mismo, se garantiza el derecho a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

En ese contexto, el reconocimiento de la diversidad cultural permite dar un nuevo impulso a las grandes críticas efectuadas en contra de la idea del estado – nación,

¹⁶⁵ Ecuador *Constitución Política*, Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998, art. 1.

¹⁶⁶ Para ello la Constitución preveía que los indígenas tienen derecho a participar en la administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras (art. 84.4); se requiere consultarles sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente (art. 84.5); así como a participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen; y a participar con su representantes en los organismos designados establecidos por la ley.

aparecida como una construcción de la filosofía liberal, bajo la cual se imponía un ordenamiento jurídico a la sociedad que en normativamente se consideraba homogénea, aunque en la realidad era completamente heterogénea.

En su momento esta concepción y estructuración social, se presentó como un avance cultural, y permitió que exista tanto una unificación del poder en cabeza del monarca, así como la urgente necesidad de monopolio en la producción jurídica que lo sustente,¹⁶⁷ lo cual permitía también el monopolio de los aspectos cultural y religioso.¹⁶⁸

La Constitución de 2008, por su parte, caracteriza al Ecuador como un estado intercultural y plurinacional, y contiene un mayor reconocimiento y desarrollo de los derechos colectivos e individuales para las comunidades y pueblos indígenas, los afroecuatorianos y los montubios, pero este aspecto no es tan importante como la filosofía que inspira los orígenes del propio texto constitucional en el cual predomina la idea del *sumak kawsay*, es decir la filosofía y cosmovisión propia de una minoría étnica que tradicionalmente había sido confinada a la marginación y a la discriminación, pero que en dicha norma formula una propuesta que se contrapone a la filosofía occidental.

En efecto, la Constitución de 2008 incorpora en su Preámbulo la noción de Buen vivir y *sumak kawsay* estableciéndose para el efecto que el pueblo ecuatoriano ha decidido “construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”.

Esta declaración determina los altos ideales, convicciones y motivos del constituyente y resume las decisiones políticas fundamentales contenidas en el texto constitucional en forma de valores, principios y reglas, pero de igual forma tiene un valor hermenéutico que permite dar unidad y coherencia a la Constitución,¹⁶⁹ pudiendo inclusive invalidar una norma inferior que la contradiga.¹⁷⁰ Pero además establece cuales son los fines que tuvo el constituyente para dictar la nueva Constitución, entre los cuales cabe recalcar el buen vivir - *sumak kawsay*, el cual impregna todo el ordenamiento jurídico y por tanto, cumple un papel rector y ordenador de toda su orientación.

¹⁶⁷ Caridad Velarde. “Pluralismo jurídico y principio de igualdad”, en *Multiculturalismo, interculturalidad y Derecho. XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, coords. Jorge Douglas Price y Diego Duquelsky (Buenos Aires, AR: Infojus, 2014), 201.

¹⁶⁸ Octavio Salazar Benítez, “El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, no. 127 (2005): 302, <<https://core.ac.uk/download/pdf/148722688.pdf>>

¹⁶⁹ Josep María Castellá Andreu, *Jornada sobre el valor constitucional de los preámbulos de las leyes* (Cataluña: Fundación Ciudadanía y Valores, 2009), 12.

¹⁷⁰ Néstor Pedro Sagúes, *Teoría de la constitución* (Buenos Aires: Astrea, 2004), 261.

En el Título VI de la Constitución, que regula el régimen de desarrollo, se establece que este debe garantizar la realización del buen vivir, del *sumak kawsay* y que su consecución requiere del cumplimiento de ciertos deberes del Estado referidos a garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.

El *sumak kawsay* desde su previsión constitucional se constituye como el marco para un conjunto sustantivo de derechos, y como un contrapeso que impone un nuevo régimen de desarrollo. Aparece en un alto nivel de la jerarquía constitucional¹⁷¹ y aparece en distintas presentaciones: como derecho, como principio, o como principio-derecho¹⁷², aunque también es un sistema de vida,¹⁷³ una filosofía de vida y concepto ético, pero también un valor, un fin u horizonte que comprende el respeto a la diversidad, el ejercicio de los derechos y responsabilidades constitucionales y otros, como el derecho a la paz consigo mismo y con todo el entorno físico y humano en el que se desenvuelve la vida humana.¹⁷⁴

...un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional. El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática¹⁷⁵

Kymlicka ya había advertido la necesidad de redefinición de los clásicos derechos occidentales, pues establecía que los derechos humanos tradicionales debían ser complementados con otros derechos diferenciados por grupos, para aquellas culturas que son consideradas como minoritarias,¹⁷⁶ entendiéndose que no puede predicarse la universalización de los derechos humanos por efectos de que otras culturas, como la indígena por ejemplo, ostentan otros valores que son igualmente relevantes, de modo

¹⁷¹ Eduardo Gudynas y Alberto Acosta, "La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa", *Utopía y Praxis Latinoamericana* 16, n.º 53 (2011): 77, <<http://gudynas.com/publicaciones/GudynasAcostaCriticaDesarrolloBVivirUtopia11.pdf>>.

¹⁷² Ramiro Ávila Santamaría, "Introducción." en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila Santamaría, (Quito, EC: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 16.

¹⁷³ Raúl Llasag Fernández, "El *sumak kawsay* y sus restricciones constitucionales", *FORO Revista de Derecho*, n.º 12 (2009): 117, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2306/1/07-TC-Llasag.pdf>>.

¹⁷⁴ Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 46.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, 93.

¹⁷⁶ Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, 25.

que ninguna cultura, ni la occidental ni la indígena, poseen valores que pueden configurar verdades absolutas que puedan ser aplicadas con preferencia o jerarquía.

A diferencia de lo previsto en la Constitución de 1998, la Constitución actual profundizó el proceso de institucionalización en el tratamiento de las minorías, se materializó la jurisdicción y reconocimiento de derechos individuales y colectivos para los indígenas, afroecuatorianos y montubios, y se establecía la necesidad de valorar el aspecto de su cultura y valores cuando existan conflictos en la justicia ordinaria en los que participen personas pertenecientes a estas comunidades.

Estos avances del nuevo constitucionalismo pluralista ecuatoriano, obtenido gracias al reconocimiento de la diversidad cultural,¹⁷⁷ tiene efectos prácticos e irradiantes en el Derecho penal, pues implica, por una parte el reconocimiento de la jurisdicción indígena en base a libre determinación y autonomía que le son característicos, pues todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,¹⁷⁸ pero además el Estado debe reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente, pues; como parte de ese reconocimiento además deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.¹⁷⁹

Con fundamento de lo anterior se establecer que en Ecuador existe un pluralismo penal en el cual el Estado reconoce la jurisdicción y competencia para la resolución de los conflictos penales en las comunidades indígenas, lo cual se extrae tanto de las normas antes referidas como de los artículos 9.1, 57.9 y 171, segundo inciso, de la Constitución. Bajo estos parámetros normativos el estado deja de intervenir con su Derecho penal concediendo capacidad a los pueblos indígenas para que en determinados casos la jurisdicción indígena aplique su propio derecho en los conflictos penales.

Sin embargo de lo anterior la misma Corte Constitucional ha matizado la forma de entender en qué casos se aplica el Derecho penal indígena y el Derecho penal

¹⁷⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, arts., 3.3, 83.10, 275, 276.7.

¹⁷⁸ ONU Asamblea General, *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, 14 de diciembre de 1960, A/RES/1514.

¹⁷⁹ OIT ONU, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 27 de junio de 1989, art. 5 y 9.

mayoritario. Así por ejemplo en la sentencia del caso la Cocha la Corte estimó que en la justicia indígena que aplica el pueblo kichwa de Panzaleo no se juzga ni sanciona la afectación al bien jurídico vida sino que esta comunidad indígena lo juzga en consideración a los múltiples conflictos que por afectación a este bien jurídico se genera entre las familias y la comunidad, de manera tal que la vida no es un bien jurídico en sí mismo sino en función de la afectación que el hecho de la muerte de una persona genera en la vida de la comunidad.¹⁸⁰

En estos casos, dice la Corte, cuando ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el estado debe garantizar el juzgamiento de conformidad con las leyes del Derecho penal ordinario,¹⁸¹ y, adicionalmente en los casos en que se encuentren involucrados indígenas de manera obligatoria y en todas las fases procesales se debe tener en cuenta sus particulares características, condiciones económicas, sociales, culturales y, al momento de establecer la pena los jueces debe aplicar, de preferencia, sanciones distintas al encarcelamiento para cuyo efecto se ha de coordinar con las autoridades indígenas,¹⁸² reduciendo la jurisdicción indígena para conocer y resolver casos que ocurran dentro de su comunidad, dentro de su ámbito territorial, y, en aquellos casos que afecten valores comunitarios.¹⁸³

Desde otra perspectiva, el reconocimiento a la diversidad cultural configura la existencia de nuevos bienes jurídicos digno de protección, pero, además, asegura normativamente, un trato especial, a las minorías étnicas sobre todo en aquellos casos en los que un miembro de la comunidad indígena es sometido a la justicia penal ordinaria.

5. Intervención del Derecho penal en la diversidad cultural

Como no podría ser otra manera las relaciones dialécticas entre las distintas culturas de un Estado que como el ecuatoriano es intercultural y plurinacional, generan una serie de conflictos que son gestionados por el derecho de forma general y por el Derecho penal de forma más particular.

¹⁸⁰ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso n.º 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014,24.

¹⁸¹ *Ibíd.* 28.

¹⁸² *Ibíd.* 29.

¹⁸³ *Ibíd.* 35.

La intervención del Derecho penal ecuatoriano, en este contexto, se la establece en una doble dimensión: la primera dimensión hace que funcione como un sistema de protección y tutela de las minorías étnicas, y de la pertenencia cultural ha determinado grupo étnico o de cultura, porque estas constituyen y han sido identificadas como un bien jurídico que debe ser protegido o tutelado por el Estado. En los primeros dos casos estamos frente a la protección de la diversidad cultural por la pertenencia a una minoría étnica, la cual no puede ser exterminada ni ser discriminada, para cuyo efecto se destinan normas penales encargadas de tipificar los delitos el etnocidio,¹⁸⁴ la discriminación,¹⁸⁵ ¹⁸⁶ actos de odio,¹⁸⁷ y, en el último caso, estamos en situación de protección de las manifestaciones culturales que son protegidas por los delitos referidos al daño a bien ajeno,¹⁸⁸ destrucción de bienes del patrimonio cultural,¹⁸⁹ transporte y comercialización ilícitos y tráfico de bienes del patrimonio cultural,¹⁹⁰ falsificación o adulteración de bienes del patrimonio cultural;¹⁹¹ sustracción de bienes del patrimonio cultural.¹⁹²

En estos casos, la intervención del Derecho penal se realiza porque esta ciencia tiene por misión fundamental la protección de los intereses que son catalogados como esenciales para la sociedad pues permiten mantener la paz social,¹⁹³ por ello se configura como un instrumento que protege bienes jurídicos, al que solamente se recurre cuando los otros controles formales e informales no cumplen su cometido y cuando es estrictamente necesario en términos de una utilidad social general,¹⁹⁴ lo que implica que el legislador debe utilizar este mecanismo única y exclusivamente cuando sea estrictamente indispensable y de una forma tal que sea mesurada y prudente,¹⁹⁵ pero también racional. Además goza de una eficacia instrumental para reducir la violencia

¹⁸⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 80.

¹⁸⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, arts. 11.2, 57.2, 83.14, 380.

¹⁸⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 176.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, art. 177.

¹⁸⁸ *Ibíd.* art. 204.

¹⁸⁹ *Ibíd.* art. 237.

¹⁹⁰ *Ibíd.* art. 238.

¹⁹¹ *Ibíd.* art. 239.

¹⁹² *Ibíd.* art. 240.

¹⁹³ José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Tomo I* (Madrid, ES: Tecnos, 1996), 13.

¹⁹⁴ Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Barcelona, ES: Bosch, 1992), 246.

¹⁹⁵ Reinhart Maurach y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte General* (Buenos Aires, AR: Editorial Astrea, 1994), 35.

que inhibe el cometimiento de delitos así como las reacciones punitivas del Estado y las reacciones informales de las víctimas de la conducta criminal.¹⁹⁶

Para habilitar el poder punitivo del Estado se requiere previamente tanto la identificación del bien jurídico penal (diversidad cultural, objetos culturales, igualdad ante la ley), que se realiza a partir de distintas vertientes entre las cuales se encuentra el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional,¹⁹⁷ etc., como que este bien jurídico penal, individual o colectivo,¹⁹⁸ sufra una afectación grave o haya sido puesto en grave peligro, que se configura como sustrato legitimador de orden material del Derecho penal pues permite una intervención penal que cubre el espectro de los efectos lesivos de una conducta en términos reales y concretos.

La segunda dimensión se relaciona con las esferas de protección diseñadas para tutelar y proteger al sujeto infractor perteneciente a una comunidad indígena ancestral, las cuales se materializan mediante el establecimiento de normas jurídicas, nacionales o internacionales, que permiten establecer una valoración de las características culturales del sujeto activo de la infracción, de manera que, una vez verificado procesalmente que dichas características culturales o de condicionamiento cultural pueden influir en la construcción de una decisión justa, estas se activan y permiten que la culpabilidad, como requisito previo, se vea eliminada o disminuida. Es en este contexto en donde entra en funcionamiento el error de prohibición culturalmente condicionado.

Como parte de esas normas, algunos instrumentos internacionales de derechos humanos incluyen mecanismos de protección de los derechos de los sujetos pertenecientes a los pueblos indígenas como por ejemplo el PIDCP en sus arts. 1 y 27; el PIDESC en su artículo 1; la CIETFDR¹⁹⁹ en su artículo 5; la CDN²⁰⁰ en los arts. 2, 5, 8 y 30; el COIT²⁰¹ en sus arts. 3, 4, 20 y 24; y, en la DNU DPI²⁰² en su artículo 27.

En la Constitución de la República se ha establecido de forma expresa varios derechos colectivos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas,

¹⁹⁶ Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal* (Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 1989), 112.

¹⁹⁷ Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general*, 487.

¹⁹⁸ Miguel Polaino Navarrete, *Derecho penal. Parte General* (Barcelona, ES: Bosh, 2001), 603.

¹⁹⁹ ONU Asamblea General, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 4 de enero de 1969, A/RES/2106.

²⁰⁰ ONU Asamblea General, *Convención sobre los derechos del Niño*, 2 de septiembre de 1990, A/RES/4425.

²⁰¹ OIT ONU, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 27 de junio de 1989.

²⁰² ONU Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre de 2007, A/61/L.67.

así por ejemplo en el artículo 57 se reconoce el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; a no ser discriminado; a la reparación integral por racismo o discriminación; a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, etc., lo cual permite construir un sistema de protección del infractor indígena. A más de estas normas, la tutela judicial efectiva de los derechos, regulada en el artículo 75 constitucional, y las del artículo 76 referidas al debido proceso, a la presunción de inocencia, al trámite propio de cada procedimiento, hacen alusión al error de prohibición culturalmente condicionado, no de forma expresa, pero si desde el punto de vista de una interpretación sistemática y *pro homine*.

En el ámbito interno el Código Orgánico de la Función Judicial garantiza la defensa pública especializada para las nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas; y establece un sistema de principios de justicia intercultural que deben ser aplicados tanto en las actuaciones como en las resoluciones de jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos.²⁰³

De la misma manera, por vía jurisprudencial, se ha establecido que en los procesos penales en contra de personas pertenecientes a los pueblos ancestrales, se debe realizarse una interpretación intercultural; y, ha eliminado las penas intramurales las cuales no puede aplicárseles porque el alejar a los miembros de los pueblos no contactados o de reciente contacto, a un entorno social como los centros de rehabilitación social, genera una afectación a su relación comunitaria al separarlos de su entorno social y colectivo.²⁰⁴

5.1. Interpretación intercultural

En Ecuador, la Corte Constitucional ha establecido tres parámetros que debe ser aplicados en los procesos penales en los que exista como un infractor una persona perteneciente a un pueblo indígena, los cuales permiten reconocer y garantizar la

²⁰³ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, arts. 24, 344.

²⁰⁴ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso n.º 0072-14-CN*, 06 de agosto de 2014, 28.

diversidad cultural y el debido proceso, y sin cuya observancia y aplicación el proceso pueda ser declarado nulo.²⁰⁵

Esta es una de las consecuencias de la categorización del estado ecuatoriano como plurinacional, pues al interior de sus fronteras cohabitan una variedad muy amplia de naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación cívica;²⁰⁶ e intercultural, por las relaciones y articulaciones entre los distintos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica,²⁰⁷ las cuales son características que se complementan entre sí y que coadyuvan a un mejor entendimiento del estado unitario.

El **primer elemento** destaca la necesidad de otorgar una adecuada relevancia a un factor de carácter étnico – cultural en el cometimiento de la infracción penal, pues de este depende la construcción de la culpabilidad y por ende a la no imposición de la pena, por ello este factor es determinante para los fundamentos del Derecho penal así como para sus limitaciones.

No obstante lo anterior, y a pesar de que la Constitución de 2008 reconoce a los pueblos indígenas, afro ecuatoriano y montubios, cuando se explica la multiculturalidad y pluriculturalidad la Corte Constitucional solamente se limita a definirlos en los siguientes términos:

Los pueblos indígenas se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la auto identificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos se conocen en nuestros países porque mantienen formas de vida y de cultura que los distinguen del resto de la sociedad, y han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación.²⁰⁸

²⁰⁵ En el proceso penal desarrollado en el Tribunal de Garantías Penales de Napo, Caso no. 15281-2015-0116G, se declaró la nulidad a costa de la Fiscalía por no respetarse el principio de interpretación intercultural.

²⁰⁶ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso n.º 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014, 12.

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso n.º 0072-14-CN*, 06 de agosto de 2014, 14.

De esta manera solamente se aplica la interpretación intercultural cuando exista un miembro de una comunidad indígena, en los términos de la definición anterior, cuando se encuentre en un conflicto penal.

La Corte Constitucional, a pesar de ello, no determina si debe considerarse como indígenas a aquellos que viven fuera de los territorios que tradicionalmente ocupan ellos en dentro de las enteras nacionales, ni si es considerado indígena aquel que abandonó, por alguna necesidad el núcleo autóctono, o se es indígena el hijo de las personas que perteneciendo a estas minorías, nace fuera de su territorio. Estas interrogantes y otras más, hacen que la definición anotada, sea muy amplia y que, en los casos concretos, den un margen amplio al juzgador para llenar el contenido de este concepto.

Para llenar estas grandes lagunas interpretativas, se considera necesario recurrir al análisis del caso concreto y las circunstancias objetivas y subjetivas del infractor pues, la experiencia práctica ha demostrado que para evadir la acción de la justicia algunas personas que ya no son parte integrante de estas comunidades indígenas utilizan la conciencia de la identidad indígena;²⁰⁹ y, en otros casos los juzgadores erróneamente los han considerado como pertenecientes al grupo social mayoritario por realizar labores necesaria para la subsistencia.²¹⁰

El **segundo elemento** que trae a colación la Corte es el ejercicio hermenéutico que deben realizar los operadores de justicia mediante el empleo de criterios de interculturalidad, es decir una interpretación mucho más analítica y profunda²¹¹ en la que establezca si en la aplicación al caso concreto de una norma jurídica, se podría generar una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral.²¹²

La misma Corte se ha encargado de definir lo que debe entenderse por interpretación intercultural, la cual “no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las

²⁰⁹ Armando Guevara Gil, Aaron Verona, Roxana Vergara, *El peritaje antropológico: entre la reflexión y la práctica* (Lima, PE: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, 2015), 185.

²¹⁰ Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico Justicia en clave cultural* (Bogotá, COL: GTZ, 2010), 21.

²¹¹ “aquello denota que el legislador, en el marco regulativo penal ecuatoriano incorpora elementos interculturales a ser considerados por los distintos agentes destinatarios de las normas penales, lo cual se traduce en la obligación de los juzgadores de realizar verdaderos ejercicios hermenéuticos interculturales para no afectar los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos.”

²¹² *Ibíd.*, 19.

realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas”.²¹³

Con sustento de lo anterior, y así lo realiza la misma Corte, la interpretación intercultural se aplica al tipo penal, no solo desde el punto de vista del tenor literal, sino incluso de cómo debe ser entendida la norma en el contexto de la interculturalidad, lo que implica que el juzgador establezca si el infractor conocía la antijuricidad de su conducta en razón de su condicionamiento cultural, si le había sido posible introyectar la norma penal hegemónica y además si era posible que haya tenido alguna posibilidad de vencer el error en el que se encontraba.

La interpretación intercultural del tipo penal va a implicar, además, que los elementos que lo conforman se analizados de forma tal que se vaya acercando objetivamente a los rasgos y prácticas culturales del agente involucrado en la comisión del delitos respectivos grupos involucrados.

Para efectuarse dicha interpretación se requiere tomar en cuenta varios elementos:

a.- La presencia de pueblos o nacionalidades indígenas, en los términos antes anotados. De manera que la protección es mucho más intensa cuando se trata de comunidades indígenas ancestrales por tratarse de grupos humanos en donde existe una mayor preservación de la identidad, los usos y la costumbres, es decir que entre mayor sea el grado de aculturación,²¹⁴ menor es el grado de protección que se concede jurídicamente. Esta es una de las razones porque los afro ecuatorianos, y los montubios, a pesar de que

²¹³ Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, “Sentencia”, en *Caso n.º 008-09-SAN-CC*, 06 de agosto de 2014, 14.

²¹⁴ Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico Justicia en clave cultural*, 117-118: “Es importante señalar que la interiorización de elementos socioculturales y de cultura material perteneciente a otras sociedades en muchos casos es la condición necesaria para poder existir. Petrificar las expresiones de cultura que históricamente se vivieron como condición para ser reconocido es un adefesio. Puede concluirse que así como el lenguaje denotativo se orienta a buscar las propiedades de la realidad afuera, en vez de buscarlas adentro, es decir, cognoscentemente, los kilómetros de distancia de los lugares donde nació y creció un indígena no serán la medida de la capacidad del medio para cambiar los referentes relacionados con aspectos tan amplios como el cuerpo, la higiene, las clasificaciones de los alimentos o de los animales, las creencias, los temas de salud y enfermedad, el medio, los deberes y derechos, para generar un proceso de transfiguración. El número de horas, días, años, compartidos con otra cultura por parte de un pueblo o de un indígena, no serán tampoco indicadores positivos de pérdida de identidad. Esta “visión” aplicada en concreto, define que un indígena que alcance niveles de educación por fuera de su pueblo, se vista como un campesino, como un universitario o como un ejecutivo urbano, no hable su lengua o desconozca elementos de su cultura que en todas las sociedades no está homogéneamente repartida, ha dejado de ser indígena o está en proceso de pérdida de identidad.”

se les reconocieron derechos individuales y colectivos, en la Constitución de 2008, no gozan de una tutela como a dichas comunidades indígenas.

b.- Además por tratarse de pueblos ancestrales se debe seguir los siguientes principios con perspectiva intercultural:

- Principio de Continuidad Histórica: bajo el cual se entiende que a pesar de que los pueblos y nacionalidades indígenas, han sido colonizados y por ende a culturizados en mayor o menor medida, sus secuelas estructurales se mantienen aún vigentes pero con identidades propias que las particularizan. Así de esta manera siguen persistiendo sus costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-política-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.
- Principio de Diversidad Cultural: que implica que el sistema jurídico debe considerar la relación entre el Estado y el resto naciones que conviven dentro de sus fronteras.
- Principio de interculturalidad: que se relaciona con "el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa."²¹⁵
- El Principio de Interpretación intercultural: el cual implica una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural.²¹⁶

²¹⁵ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso n.º 0072-14-CN*, 06 de agosto de 2014, 20

²¹⁶ *Ibíd.*, 19-20.

La Corte Constitucional ecuatoriana además consideró necesario que en estos casos se aplique un conjunto de reglas establecidas por la Corte Constitucional de Colombia:

- A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
- Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

c.- Se prevé la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado para la solución de conflictos en los que están inmersos pueblos ancestrales.

Al respecto de este elemento es necesario aclarar que el error de comprensión culturalmente condicionado no es lo mismo que la interpretación intercultural, aunque la Corte Constitucional ecuatoriana lo haya incluido como uno de los elementos que la conforman.

De hecho, en materia penal, el empleo de la teoría del delito arroja importantes luces sobre este tema, pues esta no es sino una herramienta dogmática y conceptual que permite realizar un análisis de las categorías dogmáticas que conforman el delito, de tal manera que ante la presencia de una conducta penalmente relevante el juzgador para construir y atribuir la responsabilidad penal debe analizar la Acción / Omisión, Tipicidad, Antijuridicidad, Culpabilidad y Punibilidad.

El análisis que se realiza es un análisis de tipo gradual y escalonado, que ante el incumplimiento o insatisfacción de cualquiera de las categorías jurídicas del delito la conducta no puede ser sancionada por la falta de cumplimiento de la categoría jurídica, así por ejemplo si al momento de estudiar la acción el juzgador encuentra que la persona

estaba en incapacidad de comprender y querer la conducta criminal, este debe aplicar una medida de seguridad y no establecer una sanción penal; o, en otro caso, cuando se estudia la antijurídica de la conducta consistente en un hurto famélico, el análisis de antijuricidad material no podrá ser superado por la poca lesividad de la acción penal y en consecuencia no podría sancionarse la conducta.

En el caso concreto hay al menos dos momentos en los que se analiza, dentro de la teoría del delito y de forma totalmente independiente a la interpretación intercultural, aquello que tiene que ver con el grado cultural y social del sujeto activo de la infracción.

Un primer momento aparece en el estudio de la tipicidad. Para ello es necesario establecer que es comúnmente aceptado que el tipo penal este formado por elementos descriptivos y normativos y estos, a su vez se subdividan en normativos jurídicos y normativos extrajurídicos²¹⁷. Estos últimos son también llamados como elemento o ingrediente especial normativo y consiste en los elementos del tipo que son apreciados por la utilización de los sentidos sino que requieren de una valoración jurídica o extrajurídica (cultural o social) del juzgador.²¹⁸ Los elementos normativo culturales del tipo, en consecuencia son aquellos elementos que para la determinación de su contenido, necesitan de la remisión a una norma distinta, no de naturaleza jurídica, sino social o cultural.²¹⁹

El segundo momento tiene que ver con el estudio de la culpabilidad, es decir luego de superarse el análisis de la Acción / Omisión, Tipicidad y Antijuricidad. La culpabilidad, como se mencionó en el Capítulo Primero de esta investigación, está compuesta de tres elementos que son los siguientes:

- La imputabilidad, entendida esta como la capacidad amplia del sujeto activo de la infracción para comprender el injusto y, en consecuencia, comportarse conforme a la comprensión de la ilicitud de la conducta.

²¹⁷ Gustavo Bruzzone, "El error sobre los elementos normativos del tipo: entre los criterios de racionalidad final y la coherencia dogmática", en *Revista Lecciones y Ensayos*, no. 28 (1982): 19, <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/el-error-sobre-los-elementos-normativos-del-tipo-entre-los-criterios-de-racionalidad-final-y-la-coherencia-dogmatica.pdf>>

²¹⁸ Harold Vega Arrieta, "El análisis gramatical del tipo penal", en *Revista Justicia*, no. 29 (2016): 69, <<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia>>

²¹⁹ Enrique Díaz Aranda, *Lecciones de derecho penal para el nuevo sistema de justicia en México (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Straf, 2014)*, 60.

- El conocimiento de la antijuridicidad, es decir la comprensión de que la conducta esta categorizada como delito. Su antítesis es el error de prohibición.
- La exigibilidad de la conducta del sujeto conforme a las previsiones normativas.

El segundo elemento descrito, comprende el conocimiento de la antijuridicidad y parte de este estudio lo conforma el error de prohibición en el cual está el error de prohibición culturalmente condicionado, donde se analiza los problemas de la aculturación antes expuestos.

En consecuencia se trata del estudio analítico, gradual y profundo de uno de los contenidos de la categoría dogmática de la culpabilidad.

La interpretación intercultural, lo ha dicho la misma Corte Constitucional, consiste en un ejercicio hermenéutico, complejo, sistemático, organizado, o sea “una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas”, es decir asignar un contenido a una realidad preexistente que se caracteriza por ser una conducta penal y por tener como sujeto activo a un indígena de un pueblo ancestral.

Mientras la interpretación intercultural trata de dotar de contenido a una situación X, el error de prohibición culturalmente condicionado es un estudio objetivo de la situación X para saber analíticamente si es o no punible según las reglas de una cultura hegemónica. Por la tanto la distinción es de grado y de intensidad, no de atribución de un significado concreto como ocurre en la interpretación.

Adicionalmente a ello, el error de prohibición culturalmente condicionado es un mecanismo de protección que se aplica a los sujetos activos de la conducta penalmente relevante, desde el punto de vista de un Derecho penal hegemónico propio de una cultura dominante, lo que quiere decir que es un mecanismo de contención del poder punitivo del Estado y de su racionalización en la aplicación a personas que han sido tradicionalmente discriminadas.

Desde otro punto de vista, es importante destacar que el artículo 57 numeral 10 de la Constitución cuando establece el derecho colectivo a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”, reconoce la

existencia de una jurisdicción indígena que funciona a la par que la jurisdicción de los mestizos con la sola limitación que le impone los derechos humanos fundamentales con particularidad de ciertos grupos de atención prioritaria, pero también impone la necesidad de que determinadas conductas sean juzgadas por sus sistemas de justicia, con lo cual se podría decir que una regla de interpretación es la utilización de la jurisdicción indígena por sobre la de los mestizos cuando el infractor pertenezca a una comunidad de este tipo.

En ese mismo contexto, el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 8, 9 y 10 reafirman lo establecido en la norma constitucional ante invocada pues se hace hincapié en la necesidad de la aplicación del respeto y aplicación del derecho consuetudinario, en la conservación de sus costumbres y tradiciones y en el ejercicio de sus derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

Adicionalmente a ello es importantísimo establecer que la parte final del artículo 9 del Convenio en referencia establece que los juzgadores penales del sistema de justicia mestizo deben tener en cuenta “las costumbres de dichos pueblos en la materia”, y en el artículo 10 se establece indispensable que al momento de imponerse sanciones penales ha de tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Esto quiere decir, en pocas palabras, que la legislación mayoritaria de un Estado multicultural y pluriétnico ha de prever mecanismos de contención del Derecho penal por la vía del error de prohibición culturalmente condicionado; y, en el peor de los casos, el sistema penal debe procurar normativizar el estudio de las diferencias culturales de forma obligatoria bajo los elementos normativo culturales antes aludidos.

El **tercer elemento**, de orden procesal, consiste en que el juez debe utilizar peritajes antropológicos, sociológicos y los elementos de convicción para “determinar en qué medida los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa, así como si dentro de su cultura se evidencia estas prácticas como actos propios de su cultura, o si por el contrario son ajenos a la misma y por lo tanto objeto del derecho penal”.²²⁰

De forma general, se define a la prueba pericial como “aquella que consiste en la presentación de una opinión o conclusión emanada de un experto o perito que ha sido requerida de manera explícita por el sistema de justicia penal y que recae sobre una

²²⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º 0072-14-CN*, 06 de agosto de 2014, 21.

materia que se encuentra fuera del conocimiento común u ordinario de los jueces”.²²¹ Pero de forma muchas más particular, el peritaje antropológico o peritaje cultural²²² es considerado un medio de prueba que se utiliza para establecer como un hecho delictivo está sujeto a diferentes interpretaciones culturales. La finalidad de esta clase de peritajes consiste en el establecimiento de la cultura a la que pertenece el infractor, sus costumbres y tradiciones para determinar si sus prácticas sociales y universos simbólicos los condujeron a actuar de manera ilícita.²²³

El peritaje cultural, en consecuencia, permite cuestionar los valores de la cultura dominante, que son consignados por el legislador en la norma penal, sin que ello de forma alguna implique que en su utilización se propenda a buscar la inocencia del procesado o su responsabilidad, pues lo que pretende el peritaje cultural es “estudiar las conductas y profundizar en los distintos campos complejos e interrelacionados que pueden conducir a una distinta explicación de la juzgada contravención cometida contra las normas de convivencia de la sociedad, pero desde el marco de la propia cultura a la que pertenece el acusado”.²²⁴

La cultura se visibiliza en sociedades particulares; esto es, en los modos de vida específicos de los grupos humanos; en las maneras selectivas de actuación, pensamiento, sentimiento y comunicación empleados por los miembros de un grupo determinado y que los distinguen de otros grupos de modo real; o bajo el sentimiento que genera en estos individuos un sentido de especificidad como distintos, pese a compartir los mismos rasgos culturales con otras sociedades. Los miembros de cada una de las culturas no solo tienen valores, ideas, palabras y gestos característicos para comunicarse, sino que además ordenan y clasifican de modo peculiar esos elementos.²²⁵

En la práctica procesal los peritajes antropológicos o culturales tiene especial importancia en el proceso penal, no solo porque de ellos se deriva si agente de la infracción actuó por un condicionamiento cultural que le permite desconocer la

²²¹ Mauricio Duce, “Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate”, en *Revista Ius et Praxis*, nº 2 (2018): 224, <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00223.pdf>>.

²²² Rosember Ariza, Juan Carlos Martínez, Guillermo Padilla, *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico manual para operadores de justicia* (México DF: Konrad Adenauer Stiftung, 2012), 71.

²²³ Armando Guevara Gil, *El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto* (Lima, PE: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), 6.

²²⁴ Laura R. Valladares de la Cruz, “Peritaje antropológico en México: Reflexiones teórico metodológicas y experiencias”, en *Boletín Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales*, (2012): 15 <<https://territoriospatrimonio.files.wordpress.com/2018/01/2012-boletin-ceas-peritaje.pdf>>

²²⁵ Sánchez Botero, *El peritaje antropológico Justicia en clave cultural*, 21.

antijuricidad de su actuar, sino porque además permite verificar el derecho a la igualdad, el debido proceso y la tutela judicial y efectiva de los derechos del infractor, ya que sin dichos peritajes se estaría tratando de forma igual que cualquier persona que no es parte de la minoría étnica, al aplicarse la reglas jurídicas de la cultura dominante; además se ha establecido se violenta el derecho a la tutela judicial efectiva de los derecho pues su inexistencia determina que la protección especial dispensada por vía constitucional, al tratarse de un grupo étnico minoritario.

Empero la pericia cultural o antropológica también implica una dificultad en cuanto a su valoración. Cuando el juzgador valora esta clase de pruebas siempre tiende a otorgarle un mayor valor de forma independiente al método de valoración probatoria asignado en la ley, que es la sana crítica o la libre convicción.

Para esta valoración el juzgador debe estar en posición de ser capaz de valorar y controlar las bases y la opinión del perito. No obstante, lo antes referido solamente es una visión teórica de lo que ocurre al momento de la valoración judicial, pues en la práctica, el juez no tiene el entrenamiento técnico o científico necesario para controlar de manera efectiva el trabajo del perito.

Por ello la libre valoración de las pruebas periciales por parte del tribunal puede no ser nada más que una ficción, ya que el juzgador puede estar condicionado por una deferencia epistémica hacia el experto y, entonces, puede ser que el perito determine realmente el contenido del veredicto judicial.²²⁶

El juzgador no conoce el método empleado en la pericia y por eso no puede impugnar las conclusiones a las que llega el perito pues estos campos no son los que tradicionalmente el juez conoce. Entonces resalta la duda de cuál es la razón para que el juzgador acepte sin duda alguna la metodología empleada por el perito y las conclusiones a las que llega en su informe, que son vertidas al momento de receptarse su declaración testimonial.

Los jueces en su gran mayoría sobre este problema, tiende a sobrevalorar la pericia estableciendo la inexistencia de algún mecanismo legal que permita apartarse del criterio del perito. Adudizandose el problema, en cuanto a pesar de que la defensa ha hecho marcados esfuerzos por contrarrestar este tipo de pruebas, no son apreciadas en lo

²²⁶ Michel Taruffo, *Simplemente la verdad* (Madrid, ES: Marcial Pons, 2010), 247.

más mínimo y se acepta sin una correcta valoración la prueba pericial, lo que se traduce en categorizar a las pruebas periciales como irrefutables.²²⁷

Las pruebas de este tipo implican en consecuencia una modificación al sistema de valoración de la prueba porque reducen el recurso a las nociones de la experiencia y del sentido común que deben emplear los juzgadores al momento de su valoración, estas nociones ceden ante la prueba pericial y, así mismo, cuando se dispone de este tipo de pruebas que son convalidadas por la ciencia el sentido común prácticamente desaparece, lo que equivale a decir que el juez restringe y hasta elimina el proceso de valoración probatoria tradicionalmente.

6. Error de prohibición culturalmente condicionado en Ecuador

En Ecuador la referencia al error de prohibición culturalmente condicionado no es normativa sino jurisprudencial, pues es la Corte Constitucional la que ha permitido su aplicación en todos aquellos casos en los cuales están inmersos miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena que supuestamente perpetró un ilícito, de forma tal ,que se encontraban en una situación que estaba impedido de conocer la norma penal por la cual se les imputa la comisión de un delito, ya que quien comete un ilícito condicionado por su cultura no se encuentra en la capacidad de interiorizar la norma penal.²²⁸

Desde esta perspectiva se lo puede definir al error de prohibición culturalmente condicionado como “un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto”.²²⁹

En base a las anteriores definiciones se puede establecer que este tipo de error opera cuando el agente de la infracción, en razón de sus normas culturales que son las propias de una minoría étnica, está en imposibilidad de comprender la antijuricidad de su actuación, en razón de que las normas que ha introyectado no son las del grupo social

²²⁷ Manuel Soria Verde, *Regulación jurídica y ámbitos aplicados de la criminología forense. Del modelo anglosajón al español* (Madrid, ES: La Ley, 2015), 48.

²²⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º 0072-14-CN*, 06 de agosto de 2014, 21.

²²⁹ De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados*, 68.

hegemónico, y esta circunstancia es la que da lugar a la aplicación del error de prohibición que excluye la culpabilidad.

Se trata en consecuencia de personas que no comprenden las prohibiciones de la cultura o grupo social dominante porque al pertenecer a una minoría étnica su socialización se ha realizado en valores totalmente distintos a los mayoritarios, a los cuales les otorga menor valor o preponderancia en relación a los que ha adquirido en su educación o socialización. Dicho de otra manera, el desvalor de la conducta imperante en la cultura hegemónica no es predicable en la minoría étnica, puesto en esta última no constituye conducta contraria a los valores aceptados.

Ahora bien la aplicación de este tipo de error es analizado en la categoría dogmática de la culpabilidad, en el segundo elemento que lo configura y que tiene relación con el conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición, es decir la comprensión de que la conducta esta categorizada como delito, de ahí que el artículo 34 del COIP establezca que para que la persona sea considerada responsable penalmente debe, a más de ser imputable, actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

No se trata, en consecuencia, de aplicar los casos de trastorno mental previstos en el artículo 36 *Ibíd.*, pese a que en dicha norma se establezca expresamente que el sujeto que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal, porque el condicionamiento cultural es distinto al trastorno mental.

No es el trastorno mental el que impide la introyección de la lesividad de la conducta sino que el proceso de su socialización responde a otros valores culturales, a los de una minoría, a la que se ha reconocido constitucionalmente la posibilidad de adoptar otros valores y otra cosmovisión del mundo.

Aplicar los casos de inimputabilidad previstos en la norma antes invocada, implicaría que los ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sean considerados inimputables y con ellos se perpetuaría no solo un exacerbado paternalismo del Estado, sino que se mantendría la discriminación de estas personas por fuera de la estructura social, la cual ha reconocido la diversidad cultural.

La imputabilidad además no radica en el hecho de que ciertos ciudadanos se comporten de conformidad a su propia cultura, creencias y valores, pues está reconocido

el derecho a la cultura, de forma individual y colectiva; tampoco la imputabilidad se puede construir desde el choque de culturas entre la minoría étnica y grupo social dominante. Aplicar la inimputabilidad implicaría desconocer que la Constitución reconoce la diversidad cultural y, por ende, de personas que tienen rasgos que son diferenciados, no de forma discriminatoria o peyorativa, sino como parte de una sociedad que se caracteriza por ser multicultural y pluriétnica.

Desde el punto de vista procesal es aún más interesante la configuración de este tipo de error, puesto que según la jurisprudencia constitucional, el juez tiene la obligatoriedad de realizar la interpretación intercultural y, como parte de ella, está previsto la aplicación del error por condicionamiento cultural, por manera que no existiría, en cabeza del indígena procesado, una obligatoriedad en pedir la realización de esta prueba (entendida como carga de la prueba), sino que comporta una obligación de los juzgadores, fiscales y autoridad administrativas pedirla para satisfacer aquel requisito de la interpretación intercultural.

En este aspecto se distingue de los otros tipos de error de prohibición pues, en ellos existía una obligación expresa, como *onus probandi* en cabeza de la defensa técnica, de sustentar y demostrar la existencia del error, así como de su invencibilidad, en la psiquis del infractor, y, no podía entenderse que las meras alegaciones de autor, sean motivo suficiente para habilitar la consideración de este tipo de error.

6.1. Alcance del error de prohibición culturalmente condicionado

No obstante lo antes expresado, se destaca además el hecho de que lo interesante en estos casos, son los delitos en los cuales debe aplicarse esta clase de error, pues para algunos autores²³⁰ se puede aplicar en todos los conflictos penales; y, otros autores²³¹ sostienen que no se lo debe aplicar cuando la conducta traspase los límites mínimos que sustentan a todo el ordenamiento jurídico y que están especificados en los derechos fundamentales a la vida, integridad, libertad, etc., los cuales no podrían afectarse por el condicionamiento cultural.

²³⁰ Zaffaroni, *Derecho penal. Parte General*, 737.

²³¹ De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados*, 68; Inés Olaizola Nogales, "La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 20-03 (2018): 26, <<http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf>>.

En este sentido la Corte Constitucional, da pie a considerar que a pesar de la escasa o nula introyección de la norma penal mayoritaria²³² y sobre la existencia de la justicia indígena, las conductas que afecten el derecho a la vida debe ser juzgadas por la justicia ordinaria, en la cual se tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez deberá dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, para lo cual se debe coordinar con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.²³³

Esto quiere decir, que existe un límite para la aplicación del error por condicionamiento cultural, el cual se establece en los bienes jurídicos que ostentan el carácter de fundamentales (vida, salud, libertad), de manera que en estos casos de afectación de dichos bienes jurídicos, el grupo social hegemónico no tolera el error condicionamiento cultural por considerar que este es el límite infranqueables al que no puede renunciar, y además porque son bienes jurídicos que de igual forma amparan a sus minorías étnicas.

De hecho, en la casuística existente y consultada, las conductas delictuales cometidas por indígenas de las minorías étnicas, atentatorias contra los bienes jurídicos vida y libertad sexual, han recibido la imposición de sanciones penales, reduciendo a su mínima expresión el análisis de la culpabilidad y el condicionamiento cultural.

Pese a lo expresado, se adopta aquí la postura de que el error de prohibición culturalmente condicionado, debe ser aplicado a todos los casos penales y no solo aquellos que afecten a los derechos fundamentales, pues la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición radica en el conocimiento y en los esfuerzos que realizó el agente del delito para superar el error, de manera que hay que estar a las particulares circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso en particular, aplicando además de manera obligatoria el principio de interculturalidad que se anotó antes.

No proceder en esta manera daría lugar a entender que la falta de introyección de la lesividad de la conducta solo traería efectos penológicos contrayéndose exclusivamente a la imposición de una pena que no sea intramural, lo cual implica a su

²³² En este sentido la Corte Constitucional establece “aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.”

²³³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º 0072-14-CN*, 06 de agosto de 2014, 23.

vez que se desconozca que la verdadera afectación del condicionamiento cultural radica en la categoría dogmática de la culpabilidad.

6.2. Análisis de casos

Para complementar las explicación antes expuestas, así como los límites entre los cuales se puede aplicar el error de prohibición culturalmente condicionado, se analizarán tres casos paradigmáticos gracias a los cuales se analizara concretamente la eficacia práctica de este error y la forma como los juzgadores proceden cuando existe estas alegaciones.

Primer caso: Waoranis²³⁴

Los antecedentes de hecho son los siguientes: A finales del mes de marzo de 2013, un grupo de diecisiete miembros de la nacionalidad Waorani, provenientes de los poblados de Dicaro, Yarentaro, Guiyero, Peneno, Kawimeno y Tiweno, en una incursión al interior de la selva amazónica, dieron muerte a miembros de la nacionalidad Taromenane, otro pueblo en aislamiento. Este ataque se efectuó veinte y cinco días después de las muertes de los ancianos Ompore Omeguay y Buganey Caiga, ancianos waorani, sucedidas el 05 de marzo de 2013, atribuidas a miembros del grupo Taromenane. Esta muerte generó una reacción de venganza en sus familiares. La organización de este ataque involucró a los familiares de los ancianos Ompore y Buganey, quienes establecieron alianzas con grupos cercanos. Dentro de esta organización no solo que se obtuvo como armas, lanzas tradicionales, sino que incluso existió el uso de armas de fuego, carabinas y escopeta.

El proceso penal se tramitó bajo el tipo penal de genocidio, al amparo de la legislación penal anterior, dictándose medida de prisión preventiva en contra de varios procesados, pero a pedido de Fiscalía se hace una consulta a la Corte Constitucional, a fin de que analice si el artículo 441 del Código Penal derogado era aplicable al caso, luego de lo cual, y con la resolución de la Corte, se sustituyó la prisión preventiva de los procesados y se impuso las medidas alternativas. Así mismo tomando, en consideración

²³⁴ Ecuador Unidad Judicial Penal Con Sede En El Cantón Francisco de Orellana, "Resolución de Sobreseimiento", en *Caso no. 2225120130223*, 9 de diciembre de 2014, 10.

dicha sentencia el señor Fiscal reformuló cargos y cambió la tipicidad de la infracción del delito de genocidio al delito de homicidio.

El Juez de Garantías Penales, dictó sobreseimiento del proceso y de los procesados por considerar que existía duda razonable sobre la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad (culpabilidad) de los procesados. Este sobreseimiento fue apelado,²³⁵ y la Sala Única de la Corte Provincial de Orellana, el 16 de julio de 2015, revocó el auto de sobreseimiento y dictó auto de llamamiento a juicio.²³⁶

El 31 de enero de 2019 el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Francisco de Orellana, dictó sentencia condenatoria contra varios de los procesados por delito de homicidio regulado en la artículo 449 del Código penal anterior, en el grado de autores, por lo que se les impuso la pena privativa de libertad individual de ocho años, la cual se redujo a cuatro años por la existencia de atenuantes, y, finalmente, la misma será sustituida con la pena que se llegue consensuar con los denominados pikenanis en una reunión que se mantenga con el juzgador ya que aquellos representan el saber ancestral waorani.²³⁷

Una de las cuestiones más importantes en este caso es el proceso de aculturación de los procesados, pues el juzgador considera que a pesar de su pertenencia al pueblo waorani, ellos fueron asimilados por la cultura mayoritaria, lo cual fue demostrado con prueba documental en la que se establecía que varios procesados ejercieron el derecho al voto, poseían documentos de identidad emitidos por la autoridad nacional, poseían vehículos legalmente registrados, estaban habilitados para conducir y portar armas debidamente registradas, utilizaban el sistema bancario para el manejo del dinero, algunos tenían Registro Único de Contribuyentes, además habían suscrito contratos de trabajos con varias empresas; las esposas de algunos de los procesados eran beneficiarias del bono del desarrollo humano; habían comparecido a presentar demandas y denuncias ante las autoridades de la justicia ordinaria; y, todos los miembros del pueblo waorani formaban parte de la nacionalidad waorani del Ecuador “NAWE”, configurada como una persona jurídica, en cuyo estatutos se establece que

²³⁵ *Ibíd.*, 14.

²³⁶ Ecuador Sala Única de la Corte Provincial de Orellana, “Auto de llamamiento a juicio”, en *Caso no. 2225120130223*, 16 de julio de 2015, 15.

²³⁷ Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Francisco de Orellana, “Acta resumen de Audiencia de juzgamiento”, en *Caso no. 2225120130223*, 04 de diciembre de 2018, 15.

sus fines son procurar el respeto, ejercicio y cumplimiento de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, garantizados en la Constitución y otras normas jurídicas internacionales; y, cumplir con la Constitución, leyes y decisiones de las autoridades. Así mismo se hizo alusión a que los waos fueron contactados hace más de 60 años y fueron evangelizados lo que les permitió comprender que varias de sus costumbres como la poligamia, y la muerte por venganza, no son bien vistos en la cultura mayoritaria por considerarse a estas conductas como lesivas.

Con sustento en los dos peritajes antropológicos que se realizaron, se llegó a la conclusión de que el ataque por venganza, no fue efectuado bajo los patrones culturales propios de la cosmovisión waorani, pues no procedieron con la ritualidad que el acto demanda, es decir que no seleccionaron ningún árbol para iniciar el rito vengativo o, peor aún, confeccionaron las lanzas para dar muerte a los piav, sino que actuaron utilizando armas de fuego que son instrumentos propios de la cultura occidental, lo cual les otorgó una significativa ventaja tecnológica frente a sus víctimas, de ahí que en la opinión de los antropólogos, no se cumplió con los perfiles propios de un actuar vengativo de la cultura waorani.

A decir del juzgador estos son los elementos que permiten desvirtuar el error de comprensión culturalmente condicionado, porque debido a sus relaciones sociales ellos tenían conocimiento de la antijuricidad de su conducta.

Empero, el análisis no considera el aspecto de la conciencia de su identidad exigido por el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, pues solo se limita al análisis de la pureza de su ser indígena para liberarlo de la responsabilidad penal. Esto significa, que en la visión del juez se prefería que los procesados utilicen plumas, flechas, lanzas, chozas, etc., como elemento denotativo de su cultura y para aplicar el criterio de la conciencia de identidad.

La mayor presencia de fenómenos de otras sociedades, según el criterio judicial, restringe y elimina la identidad o la cultura, pues tal como lo relató en el juez, se presupone que la cédula de identidad, el vehículo, el bono de desarrollo humano, etc., eliminarían la conciencia de la identidad, obligándose por lo tanto a que el indígena, para beneficiarse del error de comprensión culturalmente condicionado debe ser incivilizado.

Los elementos que el juez valoró son en verdad aquellos que permiten realizar el análisis sobre la interiorización o introyección de los elementos culturales y de la cosmovisión del grupo social mayoritario. Con ello se destaca que los procesados han

pasado por un proceso de interiorización de los valores culturales del grupo hegemónico, lo cual da como resultado que el fallo dictado sea contradictorio justamente porque se determinó que los procesados conocían la lesividad de su conducta.

En tal virtud al haberse llegado a esa conclusión, la cual no refiere en parte alguna a la vencibilidad o invencibilidad del error, lo que por supuesto se vería demostrada por grado de aculturación y recepción de la cultura hegemónica, la sentencia resulta incongruente por la pena impuesta, la cual implica, como se había advertido antes, que el condicionamiento cultural se utiliza exclusivamente en la sustitución de la pena intramural.

Segundo caso: Tortugas²³⁸

En este caso ocurrió el 25 de marzo de 2017, fecha en la que se realiza un operativo policial en el cual se pide que un vehículo tipo taxi detenga la marcha procediéndose a realizar una requisita, y, como producto de ella, se descubre que en el balde del taxi se transportaban carne ahumada de sajino y 2 tortugas de la especie motelo, la misma que se encuentra en peligro de extinción. En el vehículo se encontraba como pasajero y dueño de la mercancía un ciudadano perteneciente a la comunidad kichwa, a quien se le acusó del cometimiento de un delito contra la flora y fauna previsto en el artículo 247 del COIP razón por la que se dispone la prisión preventiva,²³⁹ que fue sustituida posteriormente por tratarse de un miembro de una minoría étnica.²⁴⁰

El caso concluyó con la ratificación del estado de inocencia del procesado por la abstención fiscal realizada en la audiencia de procedimiento directo, porque las especies incautadas no se encontraban en peligro de extinción y, porque el peritaje antropológico realizado determinaba que la conducta tipificada como delito en el COIP se contraponía con los valores culturales de la nacionalidad a la que pertenece el procesado.²⁴¹

En este caso al no configurarse el elemento del tipo (especie protegida) previsto en el artículo 247 del COIP, la conducta devenía en atípica por lo que conforme a la

²³⁸ Ecuador Unidad Judicial Penal Con Sede En El Cantón Pastaza, “Resolución de audiencia de calificación de flagrancia”, en *Caso no. 16281201700170*, 27 de marzo de 2017, 5.

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ Ecuador Unidad Judicial Penal Con Sede En El Cantón Pastaza, “Resolución de audiencia de revisión de prisión preventiva”, en *Caso no. 16281201700170*, 10 de abril de 2017, 15. *Ibíd.*, 256.

²⁴¹ Ecuador Unidad Judicial Penal Con Sede En El Cantón Pastaza, “Resolución de audiencia de juicio”, en *Caso no. 16281201700170*, 20 de abril de 2017, 4.

teoría del delito si el actuar no es desvalorado en la norma penal, no se superba el análisis de tipicidad y mal podía continuarse con el resto de exámenes (antijuricidad y culpabilidad), por manera que la pericia antropológica se tornó innecesaria porque, aun sin su existencia en el proceso, el resultado hubiera sido el mismo.

A diferencia del caso anterior, en la pericia antropológica se destaca la identificación de la conciencia de la identidad indígena y se describe como en la comunidad kichwa a la que pertenece el procesado, la carne ahumada y las tortugas corresponden a un ritual: en la fiestas los varones de la comunidad salen a cazar y luego la carne de los animales cazados es ahumada y luego repartida entre los comensales de la fiesta, mientras que las tortugas se regalan, en parejas, para fecundar y fertilizar el territorio al que pertenece el procesado.

El relato del perito descubre asuntos que son importantes en la introyección de los valores del procesado: para él, en su cosmovisión, la carne ahumada es el resultado de la cacería en la que participó obligatoriamente como un rito para agradecer a la madre tierra por los productos que le provee; las tortugas, en parejas, sirven para fertilizar su propio espacio. Es decir en su cosmovisión realizaba un rito propio de su cultura y no era consiente, y tampoco podía serlo, de que su conducta era antijurídica para el grupo social hegemónico.

La interpretación intercultural realizada por el perito implica que las conductas realizadas por el procesado se insertan en el derecho hegemónico pero con otra visión, no punitiva, sino como producto de un practica cultural reconocida igualmente por el derecho hegemónico, pero además denota una contraposición de los valores de la minoría étnica con los pregonados por el artículo 247 del COIP.

Si a ello se suma el hecho de que el procesado transportaba los regalos de la celebración de forma pública, es decir sin ocultarlos o esconderlos, que en su versión rendida relata el hecho de la pertenecía cultural así como el de la celebración y de los regalos que le dieron, se puede concluir evidentemente que el error de prohibición estaba cumplido a cabalidad, lo que hubiera generado la exculpación completa de la culpabilidad.

Tercer caso: Violación²⁴²

Los hechos son los siguientes: el 9 de septiembre de 2014, en el domicilio de la víctima²⁴³ ubicado en la Comunidad Alto Pano, frente a la Escuela Francisco Grefa, ingresó abruptamente el agresor y, amenazándola con un cuchillo y en presencia de los hermanos de la víctima, de 4 y 6 años, procedió a violarla. La víctima al momento de los hechos contaba con 13 años de edad.

La sentencia del Tribunal Penal condena la agresor sexual a diecinueve años de pena intramural y multa de seiscientos salarios básicos, pero durante ese tiempo se concede la autorización para que pueda participar de su vida comunitaria, asistiendo a sesiones, mingas y al trabajo comunitario.²⁴⁴

Apelada la sentencia condenatoria, el recurso de alzada no prosperó y se ratificó la condena impuesta por el juez a quo.²⁴⁵

En este caso es importante destacar que existe una pericia sociológica cultural, pero no antropológica, que demuestra que el agresor y la víctima menor de edad, en la cosmovisión de la comunidad kichwa de Alto Pano, son marido y mujer pues en los meses de julio y agosto de 2014 se había realizado el pedido verbal de la mano de la novia y el matrimonio, del agresor y la víctima, este último consistente en una ceremonia, en la cual, en presencia de toda la comunidad, se hace la entrega de la novia al esposo.

En cuanto a la edad de la menor el perito refiere que es desde los 12 años en que puede ocurrir el hecho del matrimonio, por lo que es normal en su cosmovisión. Además refiere que luego del matrimonio la chica permaneció en la vivienda del agresor por cerca de diez días conviviendo como marido y mujer, pero que luego de una discusión ella regreso a casa de sus padres.

Todos estos elementos arrojados por el peritaje fueron ratificados por declaraciones testimoniales de los familiares de la víctima y del procesado, así como por la testifical de distintas autoridades del pueblo al que pertenece el agresor y la víctima;

²⁴² Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Napo, "Sentencia", en *Caso no. 15281-2015-0116G*, 18 de octubre de 2016, 1.

²⁴³ Nombres en reserva por tratarse de un delito sexual.

²⁴⁴ Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Napo, "Sentencia", en *Caso no. 15281-2015-0116G*, 18 de octubre de 2016, 28.

²⁴⁵ Ecuador Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, "Sentencia", en *Caso no. 15281-2015-0116G*, 04 de abril de 2017, 33.

y, a pesar de ello, el juzgador no hizo un estudio sobre la particular situación del agente de la infracción pues en la sentencia no se determina en forma alguna ni el grado de conciencia étnica del agresor y, menos aún, el grado de influencia de sus valores y la confrontación de aquellos con los que prevé la norma penal que regula el delito de violación.

Parece ser que la forma de cometimiento de la infracción (con un cuchillo y bajo amenazas), sumado a la edad de la víctima (13 años) y la falta de consentimiento de aquella, vistos desde la cultura occidental o predominante, son los elementos primordiales que son valorados por el tribunal juzgador para construir la responsabilidad penal. A esta conclusión se llega porque la argumentación que existe sobre estos aspectos es mucho mayor a la que se emplea para justificar el condicionamiento cultural del agresor.

De hecho, en cuanto a este condicionamiento cultural, las únicas referencias que existen en la sentencia condenatoria son muy pobres y refiere a que él pertenece a una comunidad indígena, que en verdad era el esposo por la ceremonia matrimonial realizada, que con su esposa ya tuvieron relaciones sexuales antes de ocurrida la violación y, finalmente que vivió con ella un tiempo muy corto hasta cuando la víctima regresó a casa de sus progenitores.

La falta de análisis de estos elementos provoca que la sentencia no contenga una interpretación intercultural y que en esa virtud se trate de forma desigual a quien no ha podido introyectar los valores del grupo social mayoritario.

Y si bien es cierto que el abogado de la defensa no adujo el error de comprensión culturalmente condicionado, esta institución requería ser analizada por el juzgador por es parte de la interpretación intercultural según lo refirió la Corte Constitucional.

Si se compara el bien jurídico de este caso con el de la sentencia del caso de los Waoranis, los dos bienes jurídicos son catalogados como derechos fundamentales (vida y libertad sexual), pero la penalidad en los dos casos varía: para el homicidio se aplicó a penas cuatro años y para la violación se impuso la pena de diecinueve años. Esta diferenciación no es producto de la interpretación intercultural sino de la labor judicial sin aplicarla.

Mientras que en este caso el procesado debe cumplir pena intramural con la posibilidad de realizar labores propias de la comunidad a la que se pertenece, en el caso de los Waoranis la pena no es intramural sino aquella que se decida por parte de los

pikenanis en una reunión que se mantenga con el juzgador. En este caso se aplica aún multa y reparación integral, en el otro no se aplicó estas previsiones.

Lo anterior reafirma dos cosas: la primera es que los pueblos ancestrales tienen una mejor protección jurisdiccional por el condicionamiento cultural, mientras que los miembros de otros pueblos, que no son ancestrales, corren peor suerte. La segunda, es que se aplica la norma jurídica, aun cuando se trate de miembros de comunidades indígenas, de distintas maneras, lo que determina que los criterios jurisdiccionales no sean similares y por tanto ahonden más las diferencias y la exclusión de ciertos grupos.

Otro aspecto importante es que no existe un análisis desde la perspectiva de género, la cual, como se mencionó antes, implicaba que el juzgador realice un estudio pormenorizado en cuanto a la relación de poder que existía entre el infractor y la víctima, así como a la pertenencia de aquella a una doble vulnerabilidad: ser mujer y ser indígena, lo cual agravaba mucho más su situación.

Desde esta perspectiva lo interesante era reconstruir los hechos tomando en cuenta la relación asimétrica de poder, lo cual variaba totalmente el panorama en cuanto a la reconstrucción de los hechos y por ende a la argumentación empleada por el juzgador para resolver el caso, así como a la valoración probatoria de las pruebas aportadas en el contradictorio.

Pese a que la sentencia fue condenatoria para el agresor sexual, no considerar la perspectiva de género en este caso implica que un problema de motivación de la sentencia, pero más grave es el hecho de continuar visibilizando a las mujeres víctimas de violación, quienes ven acallada su voz en resoluciones que olvidan por completo la perspectiva de género.

Finalmente, sería importante establecer, en otra oportunidad, si es posible la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado en los sistemas de justicia indígena, lo cual requiere un estudio minucioso de su estructura punitiva:

¿Cómo se construye la culpabilidad?, ¿Cómo se alcanza la certeza de la culpabilidad en el juicio comunitario?, ¿Cómo se determina la conducta del infractor indígena?, ¿Cuáles son los límites del error de prohibición culturalmente condicionado en estos ámbitos?, etc., son algunos de los interrogantes que deberían ser respondidos pero en otra oportunidad, dada la limitación de tiempo y espacio.

Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones:

1. La culpabilidad es una categoría dogmática utilizada en la teoría del delito, distinta de la culpa o imprudencia, del principio de culpabilidad y de la responsabilidad penal, por medio de la cual se analizan las condiciones bajo las cuales se puede imputar, al agente de la infracción, el hecho categorizado como injusto y, en consecuencia, hacerle responsable por dicho hecho típico y antijurídico. Es considerado el principio, por excelencia, dentro del Derecho penal, pues su construcción es tan necesaria en el sistema de delito, que sin ella el Derecho penal moderno no puede subsistir. Recuérdese para ello que el fundamento de la pena y del mismo Derecho penal descansan en la construcción teórica de la culpabilidad.
2. Uno de los tres elementos que forma la culpabilidad es el denominado conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, es decir la conciencia de que la conducta esta categorizada como delito. Tener conocimiento o conciencia de la antijuridicidad de conducta lesiva significa que el autor del delito conoce, a nivel del lego o del profano, las normas prohibitivas y, en virtud de ese conocimiento, puede comportarse o adecuar su conducta, es decir, se trata de una especie de conocimiento que no es especializado, ni técnico, sino solamente general y no jurídico, en definitiva, conocimiento genérico de que lo que se realiza está prohibido por la norma, por eso es que este conocimiento es de menos intensidad que el requerido para el dolo.
A diferencia de lo anterior, cuando se sustituye la palabra “conciencia” por “comprensión” de la antijuridicidad, esto denota que la intensidad del conocimiento es mucho más fuerte, más compleja, pues requiere de un proceso de introyección o de asimilación de las normas de prohibición en la psiquis del autor de la infracción.
En resumidas cuentas, y por los efectos penales que derivan del reconocimiento de la diversidad cultural, el conocimiento de la antijuridicidad se va apreciar en el infractor perteneciente al grupo social hegemónico, mientras que en las minorías étnicas se debe verificar la comprensión de la antijuridicidad.

3. El error de prohibición, es un elemento que complementa el estudio del conocimiento de la antijuricidad. Ocurre cuando el sujeto activo de la infracción tiene conocimiento de los elementos que fundamentan la prohibición penal, que llevan al hombre medio a reconocer tal prohibición, pero por circunstancias particulares suyas, desconoce la valoración negativa y la prohibición jurídica de la conducta cometida. El error de prohibición se subdivide en directo, indirecto, al revés y error de prohibición culturalmente condicionado.
4. En Ecuador, no exista en la actualidad norma alguna que regule expresamente el error de prohibición, aunque eso no ha impedido que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia lo reconozca y lo aplique en su jurisprudencia, lo que ha generado un cambio en la dogmática penal de la teoría del delito, que se utiliza para la solución de los casos penales, asimismo la superación del causalismo por el finalismo.
5. Tampoco el error de prohibición culturalmente condicionado está expresamente reconocido, y su aplicación se debe a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo considera como uno de los mecanismos que permiten la verificación del principio de diversidad cultural. En ese contexto, el error de prohibición culturalmente condicionado, es uno de los elementos indispensables para proteger a las minorías étnicas de los efectos penales derivados de su condicionamiento cultural.

Tal como se prevea en la jurisprudencia constitucional, para la aplicación de esta institución no es necesaria la alegación, y prueba, de la defensa técnica, puesto que como parte del principio de interpretación cultural los juzgadores penales y fiscales debe aplicarla, asimismo la práctica de la prueba antropológica, cultural o sociológica, la cual debe ser realizada, aun a petición del juzgador, para satisfacer el requisito de la interpretación intercultural.

Recomendaciones:

1. Se recomienda que los juzgadores realicen un estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales consignados en esta investigación, de manera que tengan los

elementos de juicio necesarios para la aplicación del error de prohibición sin que para ello se requiera de norma jurídica expresa. Esta recomendación se sustenta en el hecho de que un criterio excesivamente positivista del juzgador podría dar lugar a que el error de prohibición no pueda aplicarse por no estar expresamente consignado en nuestra legislación.

2. Así mismo, en cuanto al error de prohibición culturalmente condicionado, se recomienda que los juzgadores presten atención a las sentencias de la Corte Constitucional empleadas en esta investigación, de manera que no se exija ni la positivización de esta clase de error, pero sobre todo, para que no se lo utilice como un mecanismo para desvirtuar el condicionamiento cultural de las minorías étnicas que poseen una cosmovisión distinta a la occidental.
3. El error de prohibición culturalmente condicionado afecta la categoría dogmática de la culpabilidad, pero no desde el punto de vista de la inimputabilidad, sino desde otro que es la comprensión de la antijuricidad. Esto quiere decir que los errores de esta clase no pueden reconducirse a la aplicación de la inimputabilidad, por trastorno mental, pues no es la enfermedad la que impide comprender la ilicitud de la conducta al autor perteneciente a una minoría étnica, sino su proceso de introyección de valores en el cual varios de ellos contradicen o son diametralmente opuestos a los pregonados por la cultura mayoritaria.
4. Los peritajes antológicos, culturales o sociológicos no son una prueba infalible pese a que sean elaborados por personas que en principio manejan el método experimental y son conocedoras del tema. El juez debe inteligenciarse sobre el método de elaboración de las pericias en cuestión para de alguna manera poder controlar las conclusiones a las que se llega y sobre todo poderle dar un valor positivo o negativo al medio probatorio.
5. Así mismo el juzgador no debe olvidar que el método de valoración de la prueba pericial es la sana crítica, lo que implica que la pericia no es una sentencia sino solo un medio probatorio que, al igual que otros, debe ser valorado. Además de la pericia, de los elementos de convicción, de la forma como se produjo la

conducta, de los bienes jurídicos protegidos, etc., se debe analizar y valorar el condicionamiento cultural del agente del delito, en cada caso en concreto y atendiendo a las particularidades de cada procesado.

Bibliografía

- Anguita Villanueva, Luis. “La cultura en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, coordinador Carlos Ruiz Miguel, 83-116. Santiago de Compostela, ES: Servizo de Publicacions e Intercambio Científico, 2004.
- Ariza, Rosembert, Juan Carlos Martínez, Guillermo Padilla. *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico manual para operadores de justicia*. México DF: Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- Armaza Galdos, Julio. “El error de prohibición”. En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, no. 21 (1993): 27- 53., http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_21.pdf
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Introducción.” en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 15-6. Quito, EC: MJDH, 2008.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- . *Lineamientos de la teoría del delito* Buenos Aires, AR: Hammurabi, 1994.
- . *Principios constitucionales del Derecho penal*. Buenos Aires, AR: Hammurabi, 1999.
- Beristáin Ipiña, Antonio. *Cuestiones penales y criminológicas*. Madrid, ES: Instituto Reus, 1979.
- Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal Parte general*. Lima, PER: Edili, 2008.
- Bruzzone, Gustavo. “El error sobre los elementos normativos del tipo: entre los criterios de racionalidad final y la coherencia dogmática”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, no. 28 (1982): 13 - 31 <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/el-error-sobre-los-elementos-normativos-del-tipo-entre-los-criterios-de-racionalidad-final-y-la-coherencia-dogmatica.pdf>
- Carrasco Jiménez, Edison. “El concepto de expansión del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de inflación penal”.

- Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVII (2017): 39-86.
 <<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3059>>.
- Castellá Andreu, Josep María. *Jornada sobre el valor constitucional de los preámbulos de las leyes*. Cataluña: Fundación Ciudadanía y Valores, 2009.
- Castillo Ara, Alejandra. “La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición”. En *Revista de Derecho Valdivia*, n. °2 2014: 243-267.
 <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v27n2/art11.pdf>>.
- Cerezo Mir, José. “La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, Tomo 38 1985: 277-284,
 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46267>>.
- . *Curso de Derecho penal español. Tomo I*. Madrid, ES: Tecnos, 1996.
- Córdoba, Fernando Jorge. *La evitabilidad del error de prohibición*. Madrid, ES: Marcial Pons, 2011.
- Corral, Fabián. “Los errores del Código Integral Penal”. *El Comercio*. 14 de noviembre 2013.
- De la Fuente, Javier. “Error sobre los presupuestos objetivos de justificación”. En *Panorama Internacional sobre justicia penal. Política Criminal, Derecho penal y Criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre justicia penal*, coords. Sergio García Ramírez y Olga Islas de González, 399-433. México DF: UNAM, 2007.
- De Maglie, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales*. Madrid, ES: Marcial Pons, 2012.
- Díaz Aranda, Enrique. *Lecciones de derecho penal para el nuevo sistema de justicia en México*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Straf, 2014.
- Díaz y García Gonlledo, Miguel. *El Error sobre Elementos Normativos del Tipo Penal*. Madrid, ES: La Ley, 2008.
- Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva. Tomo II*. Buenos Aires, AR: Astrea, 1995.
- Duce, Mauricio. “Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate”. En *Revista Ius et Praxis*, n° 2 2018: 204-248. <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00223.pdf>>.

- Echeverry Enciso, Yesid. “Voluntad y conocimiento como presupuestos del dolo en materia penal”. En *Revista Científica Guillermo de Ockham*, n. ° 1 2009: 123-151, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=2404704>>.
- Fernández, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema de delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Montevideo, UR: B de F, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid, ES: Trotta, 1995.
- Fix-Zamudio, Héctor. “Los tratados internacionales de derechos humanos y las constituciones latinoamericanas”. En *Derecho constitucional general: Materiales de enseñanza*, compilado por Raúl Ferrero Costa, 382-404. Lima, PE: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004.
- García Falconí, Ramiro. “La teoría del error en el nuevo Código Penal”. *El Universo*. 9 junio de 2014.
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Guevara Gil, Armando. *El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto*. Lima, PE: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- , Aaron Verona, Roxana Vergara. *El peritaje antropológico: entre la reflexión y la práctica*. Lima, PE: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, 2015.
- Hassemer, Winfried, Francisco Muñoz Conde. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 1989.
- Inter-American Commission on Human Right. *Inter-American Year Book on Human Rights*. Boston, EE.UU. Martinus Nijho Publishers, 1985.
- Jakobs, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid, ES: Thomson – Civitas, 2004.
- Jescheck Hans, Thomas Weignd. *Tratado de Derecho Penal. Parte General* Granada, ES: Comares, 2000.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo IV*. Buenos Aires, ARG: Losada S. A., 1964.

- Kaufmann, Airmin. “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, Tomo 37 1984: 5-21. [〈https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/46247.pdf〉](https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/46247.pdf).
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, ES: Paidós, 1996.
- Llabres Fuster, Antoni. “El error de tipo”. En *Comentarios al Código penal*, dir. Manuel Gómez Tomillo, 104-109. Valladolid, ES: Lex Nova, 2010.
- Llasag Fernández, Raúl. “El *sumak kawsay* y sus restricciones constitucionales”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 12 (2009): 113-25. [〈http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2306/1/07-TC-Llasag.pdf〉](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2306/1/07-TC-Llasag.pdf).
- Lucas Martín, Antonio. *Introducción a la sociología: para el estudio de la realidad social*. Pamplona, ES: Eunsa, 2003.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Curso de Derecho penal*. Madrid, ES: Universidad, 1996.
- . “Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética”. En *Genética y derecho penal*, editado por Carlos María Romeo Casabona, 49-60. Bilbao, ES: Comares, 2001.
- Martínez-Buján, Carlos. ““Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)””. En *Mutaciones de leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, coordinado por Guillermo Portilla Contreras, 395-432. Madrid, ES: Akal, 2005.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. “La inflación del Derecho penal y del Derecho Administrativo”. *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º6 (1981-1982): 198-214. [〈https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104245〉](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104245).
- Martínez Escamilla, Margarita, María Martín Lorenzo, Margarita Valle Mariscal de Gante. *Derecho Penal. Introducción. Teoría jurídica del delito Materiales para su docencia y aprendizaje*. Madrid, ES: Universidad Complutense de Madrid, 2012.
- Maurach, Reinhart, Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires, AR: Editorial Astrea, 1994.
- Mendoza Buergo, Blanca. *Derecho penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid, ES: Civitas, 2001.

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador. *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del Derecho penal*. Quito: MJDH, 2009.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. Buenos Aires, AR: B de F, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco, Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general*. Madrid, ES: Tirant lo Blanch, 2010.
- . *El error en el Derecho penal*. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 1989.
- . “¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación”, en *Studia iuridica*, n°. 1 1992: 66- 288, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/9_LEGITIMA-DEFENSA.pdf>.
- Nieto Martín, Adán .*El conocimiento del Derecho, un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Barcelona, ES: Atelier, 1999.
- Olaizola Nogales, Inés. *El error de Prohibición, especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*. Madrid, ES: La Ley, 2007.
- . “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 20-03 (2018): 1-30, <<http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf>>.
- Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del delito*. México D: Porrúa, 1995.
- Pérez De La Fuente, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: Una aproximación iusfilosófica*. Madrid, ES: Dykinson, 2012.
- Pérez Sauquillo, Carmen. *Una aproximación al concepto de validez y sus relaciones con la eficacia*. Madrid, ES: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2011.
- Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho penal. Parte General*. Barcelona, ES: Bosh, 2001.
- Prieto Sanchís, Luis. “Las minorías religiosas”. En *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados, coord.* Luis Prieto Sanchís, 1-28. Madrid, ES: Escuela libre, 1994.
- Rodríguez Devesa, José María, y Alonso Serrano Gómez. *Derecho penal español. Parte General*. Madrid, ES: Dykinson, 1994.
- Roxin, Claus *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, ES: Civitas. 1997.

- . “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15-01 (2013): 8-27. <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>.
- Ruiz López, Carmen. *La graduación del delito imprudente*. Bogotá, COL: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Saborit, David. *Error Iuris, El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal*. Barcelona, ES: Atelier, 2000.
- Sagúes, Néstor Pedro. *Teoría de la constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- Salazar Benítez, Octavio. “El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja”. En *Revista de Estudios Políticos nueva época*, no. 127 (2005): 297-322. <<https://core.ac.uk/download/pdf/148722688.pdf>>
- Sánchez Botero, Esther. *El peritaje antropológico Justicia en clave cultural*. Bogotá, COL: GTZ, 2010.
- Sánchez García, María Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de tutela penal*. Valladolid, ES: Universidad de Valladolid, 1999.
- Santana Vega, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid, ES: Dykinson, 2000.
- Silva Sánchez, Jesús maría. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, ES: Civitas, 1998.
- . *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, AR: Julio César Faira Editor, 2006.
- . “Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, Tomo XL 1987: 647-663, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46312.pdf>>.
- . *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* Barcelona, ES: Bosch, 1992, 246
- Soria Verde, Manuel. *Regulación jurídica y ámbitos aplicados de la criminología forense. Del modelo anglosajón al español*. Madrid, ES: La Ley, 2015.
- Stratenwerth, Gunter. *Derecho penal. Parte General* Madrid, ES: Edersa, 1982.
- Terradillos Basoco, Juan. “Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 70 (2004): 86-115. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3823053>>.
- Tiedemann, Klaus. “Requisitos fundamentales de una regulación de la Parte General”. En *Problemas fundamentales de la Parte General del Código penal*, edit. José

- Hurtado Pozo, 25 – 48. Lima, PER: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
- Torío López, Ángel. “El “error iuris”. Perspectivas materiales y sistemáticas”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, Tomo XLIV (1991): 25 – 40. <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13.2.4toriolopez.pdf>.
- . “El concepto individual de culpabilidad”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, (1985): 285-301.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46268.pdf>
- Taruffo, Michel. *Simplemente la verdad*. Madrid, ES: Marcial Pons, 2010.
- Tylor, Edward. *Primitive Culture*. Madrid, ES: McGraw-Hill, 2007.
- Valladares de la Cruz, Laura R. “Peritaje antropológico en México: Reflexiones teórico metodológicas y experiencias”. En *Boletín Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales*, 2012: 11-20.
<https://territoriosypatrimonio.files.wordpress.com/2018/01/2012-boletin-ceas-peritaje.pdf>
- Vega Arrieta, Harold. “El análisis gramatical del tipo penal”. En *Revista Justicia*, no. 29 (2016): 53-71.
<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia>
- Velarde, Caridad. “Pluralismo jurídico y principio de igualdad”. En *Multiculturalismo, interculturalidad y Derecho. XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, coords. Jorge Douglas Price y Diego Duquelsky, 197 -228. Buenos Aires, AR: Infojus, 2014.
- Velásquez, Fernando. “Inculpabilidad por error de prohibición directo”. En *Nuevo Foro Penal*, n° 49 1990: 560 – 565.
<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/.../335>.
- Villegas Díaz, Myrna. “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”. En *Revista de Derecho Valdivia*, Vol XXV, no. 2 (2012): 177-205.
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art08.pdf>
- Walsh, Catherine. “(De) Construir la interculturalidad. Consideraciones críticas desde la política, la colonialidad y los movimientos indígenas y negros en el Ecuador”. En *Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú*, (2002): 120-145.

http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Consideraciones_criticas_desde_la_politica.pdf

———. “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”. En *ICCSI REMAN*, no. 36 (2002): 2, <http://icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html>

———. “Interculturalidad, colonialidad y educación”. En *Revista Educación y Pedagogía*, no. 48 (2007): 30-45, https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1265909654.interculturalidad_colonialidad_y_educacion_0.pdf

———. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”. En *Tabula Rasa*, no. 9 (2008): 40-57. <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>

———. “¿Interculturalidad Y (De)Colonialidad? Gritos, Grietas Y Siembras Desde Abya Yala”. En *Redivep* no. 4 (2018): 25- 48. <https://redivep.com/sitio/wp-content/uploads/2018/04/CATHERIN-WALSH.pdf>;

Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1970.

———. *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* Montevideo, UR: B de F, 2001.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alaglia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, AR: Ediar, 2002.

Zambrano Pasquel, Alfonso. “Comentarios sobre veto presidencial al COIP”. *El Comercio*. 23 de enero de 2014.

Documentos internacionales

ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, A/RES/217 III.

ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, A/RES/2200 XXI.

ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, A/RES/2200 XXI.

ONU, *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, 20 de octubre de 2005.

ONU Asamblea General, *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, 14 de diciembre de 1960, A/RES/1514.

ONU Asamblea General, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 4 de enero de 1969, A/RES/2106.

ONU Asamblea General, *Convención sobre los derechos del Niño*, 2 de septiembre de 1990, A/RES/4425.

ONU Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre de 2007, A/61/L.67.

OIT ONU, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 27 de junio de 1989.

OEA *Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José*, 7 al 22 de noviembre de 1969.

UNESCO, *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, 2 de noviembre de 2001.

Leyes

EC *Constitución Política*, Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.

EC *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

EC *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

EC *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, arts. 24, 344.

EC *Codificación del Código penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

Jurisprudencia

EC Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso no 0072-14-CN*, 06 de agosto de 2014.

EC Corte Constitucional para el período de transición, “Sentencia”, en *Caso n.º 008-09-SAN-CC*, 06 de agosto de 2014.

EC Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014.

- EC Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 128/2011*, 26 de julio de 2012.
- EC Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 1851-2013-VR*, 10 de noviembre de 2014.
- EC Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 636-2011 VR*, 12 marzo de 2013.
- EC Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 970/2011*, 13 de diciembre de 2013.
- EC Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 894-2012JAS*, 13 de diciembre de 2013.
- EC Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 314-2011*, 11 de abril de 2012.
- EC Tribunal de Garantías Penales de Napo, “Sentencia”, en *Caso no. 15281-2015-0116G*, 18 de octubre de 2016.
- EC Tribunal de Garantías Penales de Napo, “Sentencia”, en *Caso no. 15281-2015-0116G*, 18 de octubre de 2016.
- EC Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, “Sentencia”, en *Caso no. 15281-2015-0116G*, 04 de abril de 2017.
- EC Unidad Judicial Penal Con Sede En El Cantón Pastaza, “Resolución de audiencia de calificación de flagrancia”, en *Caso no. 16281201700170*, 27 de marzo de 2017.
- EC Unidad Judicial Penal Con Sede En El Cantón Pastaza, “Resolución de audiencia de revisión de prisión preventiva”, en *Caso no. 16281201700170*, 10 de abril de 2017.
- EC Unidad Judicial Penal Con Sede En El Cantón Pastaza, “Resolución de audiencia de juicio”, en *Caso no. 16281201700170*, 20 de abril de 2017.
- EC Unidad Judicial Penal Con Sede En El Cantón Francisco de Orellana, “Resolución de Sobreseimiento”, en *Caso no. 2225120130223*, 9 de diciembre de 2014.
- EC Sala Única de la Corte Provincial de Orellana, “Auto de llamamiento a juicio”, en *Caso no. 2225120130223*, 16 de julio de 2015.
- EC Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Francisco de Orellana, “Acta resumen de Audiencia de juzgamiento”, en *Caso no. 2225120130223*, 04 de diciembre de 2018.

Documentos oficiales

EC Asambleaísta Paola Vintimilla, *Memorándum N.º 049-PVM-AN-2017.*, 28 de septiembre de 2017.

EC Presidencia de la República, *Oficio N.º T-6136-SNJ-11-1297*, 12 de octubre de 2011.

EC Presidencia de la República, *Oficio N.º T.6136-SGJ-14-46*, 16 de enero de 2014.

Jurisprudencia foránea

Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso C-370/02*, 14 de mayo de 2002.

ES Tribunal Supremo Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Caso n.º 748/2018*, 14 de febrero de 2019.

ES Tribunal Supremo Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Caso n.º 143/2007*, 22 de febrero de 2007.

ES Tribunal Supremo Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Caso n.º 558/2015*, 30 de septiembre de 2015.

ES Tribunal Supremo Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Caso n.º 191/2015*, 13 de octubre de 2015.

ES Tribunal Supremo Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Caso n.º 10413/2016*, 19 de octubre de 2016.

ES Tribunal Supremo Sala de lo Militar Sección 1, “Sentencia”, en *Caso n.º 95/2004*, 21 de febrero de 200.

ES Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1, “Sentencia”, en *Caso n.º 74/2004*, 27 de abril de 200.

ES Audiencia Provincial de Cádiz Sección 7, “Sentencia”, en *Caso n.º 133/2008*, 27 de marzo de 2008.