

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**El error como causa exculpatoria en la doctrina y la jurisprudencia
ecuatoriana**

Pablo Guillermo Durán Gallardo

Tutor: Pablo Encalada Hidalgo

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Pablo Guillermo Durán Gallardo, autor de la tesis titulada “El error como causa exculpatoria en la doctrina y la jurisprudencia 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 producción, 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/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico

21 de agosto de 2019

Firma: _____

Resumen

El error es ingénito al ser humano, en el sentido de que en su imaginación, en determinadas circunstancias, el hombre y la mujer creen actuar de manera legítima, por lo que surge la necesidad de trasladar dicha concepción al campo del derecho penal, en el sentido de conocer si el comportamiento causal que se adecua a un determinado delito, es realizado o no con el debido conocimiento de los elementos objetivos del tipo, por desconocimiento del orden jurídico vigente, o por un error en la comprensión culturalmente condicionada.

El objetivo de esta investigación es el de establecer que la teoría del delito y los esquemas del mismo se constituyen en instrumentos idóneos para el desarrollo del fin primordial que persigue el derecho penal como es el de limitar el ejercicio del poder punitivo del estado. Por eso se utiliza el análisis secuencial de cada una de las categorías dogmáticas de la infracción penal que permite al operador de justicia, determinar si el comportamiento de una persona se encuentra reñido con la ley es una infracción; o, si en su defecto, de así establecerlo, existe ausencia de acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. De producirse cualquiera de estas últimas probabilidades, la consecuencia obvia es que no habrá delito y por lo mismo, tampoco habrá punibilidad.

Este trabajo también plantea acerca de si la estructura vigente del Código Orgánico Integral Penal (COIP) permite la aplicación de los errores de tipo y de prohibición, bastando para aquello manifestar que si el esquema del delito previsto en la ley penal ecuatoriana contempla al dolo como una modalidad de comisión del tipo. La sola ausencia de conocimiento total o parcial de los elementos objetivos darían paso a la aplicación del error de tipo. En cuanto a la culpabilidad, es el propio artículo 34 del COIP el que permite considerar que si una persona no opera con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, actuará bajo la figura del error, en este caso de prohibición; y lo que es más, aún en el evento de que la ley no lo proscribiera, su aplicación de manera alguna dependen del reconocimiento de la norma penal, sino de una consecuencia lógica como es el esquema conceptual contemplado en el COIP.

Palabras clave: error, tipo, prohibición, tipicidad, culpabilidad

A Dios, el forjador de mi camino; a mi madre, la mujer más dulce que conocí; a mi padre, el impulsador de mis actos; a mis hermanos, por brindarme sus hombros para descansar; a mis hijos, amores a primera vista.

Tabla de contenidos

Introducción.....	11
Capítulo primero. El error en el derecho penal, una aproximación conceptual, antecedentes y desarrollo.....	15
1. Teoría del delito y sus consecuencias en el tiempo	15
2. El error	39
2.1. Error de tipo	43
2.1.1. Error de tipo vencible e invencible	46
2.2.1. Error de prohibición vencible e invencible	50
3. Ubicación de los errores de tipo y de prohibición y su momento de aplicación	50
4. Necesidad de motivación	58
Capítulo segundo. El error en el Código Orgánico Integral Penal	73
1. Importancia de la figura del error en la ley penal ecuatoriana.....	73
2. El error en la comprensión culturalmente condicionada.....	76
3. El error en las causas de justificación	86
Capítulo tercero. Casos reales	91
1. Resultado del análisis de la sentencias	91
2. Análisis de una sentencia respecto al error de tipo	92
2.1. Resumen.....	92
2.2. Sentencia	92
2.3. Análisis del caso	94
2.3.1. Hipótesis	94
2.3.2. Objetivo	94
2.3.3. Marco teórico	94
2.3.4. Método	94
2.3.5. Resultados	95
3. Análisis de una sentencia respecto al error de prohibición.....	95

3.1. Resumen.....	95
3.2. Sentencia	96
3. 3. Análisis del caso	98
3.3.1. Hipótesis	98
3.3.2. Objetivo	98
3.3.3. Marco teórico	98
3.3.4. Método	98
3.3.5. Resultados	99
Conclusiones y recomendaciones	101
Bibliografía.....	103

Introducción

El tipo de organización estatal elegida por el pueblo en las urnas dio a luz una nueva forma de estado y de gobierno. A partir del año 2008, el Ecuador no sería más un estado legal en el que el legislador era quien, a su arbitrio, elaboraba la ley que debía ser cumplida por quienes ocupamos territorio ecuatoriano. Así pues, es la declaración constante en el artículo 1 de la Constitución de la República la que se encargaría de realizar la presentación política que a partir de ese momento debía regir en el país: “El Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia [...] Se organiza en forma de República...”¹, entendiéndose que los derechos, comprendidos como aquellos atributos esenciales que cada persona integrante de una sociedad posee, se verían plasmados con la activación de las garantías previstas en la norma supra-legal, así como en la elaboración de la propia ley. Uno de esos derechos tiene que ver con la Seguridad Jurídica, en el sentido de que a partir de la Constitución, las normas jurídicas deberán ser elaboradas de manera previa, pública y por sobre todo con respeto a la propia Constitución.

La constitucionalización del derecho penal en el Ecuador, es imperativa y de ninguna manera flexible, así lo reseña la exposición de motivos constante en el Código Orgánico Integral Penal², pudiéndose deducir que en lo que al delito se refiere, el legislador no ha hecho sino acercar la Seguridad Jurídica al Derecho, el momento mismo en el que lo define a partir del esquema de las categorías dogmáticas a ser comparadas con el comportamiento de quien se dice ha cometido una infracción penal; pero además, con un esquema en el que dolo y culpa forman parte de la tipicidad, que a partir del dogmatismo supone que una persona realiza una conducta típica, siempre y cuando conozca, comprenda y auto-determine su comportamiento a la realización de los elementos objetivos del tipo (dolo); y, no lo hace cuando actúe sobre la base de una falsa representación de la realidad, es por eso que hoy por hoy se discute la posibilidad de aplicar el error de tipo desde el COIP, con el criterio de que dicha institución no depende de su reconocimiento en la ley penal, sino más bien, como consecuencia forzosa del esquema conceptual contenida en la misma.

¹ Constitución de la República del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, pág. 1

² Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2014, pág. 2.

El artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal establece que “para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad”³, pudiéndose deducir que no realiza el injusto quien no actúa motivado por la norma, es decir quien no conoce, aunque sea de manera potencial, que su comportamiento vulnera derecho, esto es bajo la figura del error, en este caso de prohibición.

Cabe preguntarse entonces: ¿pueden los jueces considerar y respetar el sistema dogmático previsto en la ley penal ecuatoriana para la aplicación del error?; con lo cual se estaría respetando el principio de Tutela judicial efectiva, o en su defecto, su aplicación depende de su reconocimiento por parte de la norma.

La presente investigación busca exponer el por qué la teoría del delito, a más de constituirse en un poder jurídico de contención, resulta ser, hoy por hoy, la herramienta más eficaz para establecer la responsabilidad o no de una persona. En ese sentido, el fiscal en su planteamiento de caso, justificará que la conducta del procesado se ajusta a cada una de las categorías dogmáticas del delito; mientras que el juez, al valorar la prueba, determinará si efectivamente, aquello acontece; y la defensa, procurará crear la duda razonable en el juzgador, en el sentido de que en el comportamiento del procesado se encuentran presentes los elementos negativos del delito, entre los que justamente se encuentra el error, que conforme se verá, resulta ser el protagonista de la presente investigación.

La exploración en estudio se encuentra estructurada en tres capítulos: En el primero de ellos, se realiza un análisis de la teoría del delito y sus consecuencias en el tiempo, recalando la gran influencia que tuvieron los tratadistas alemanes en la elaboración del concepto delito y su evolución a través del estudio de los esquemas: clásico, neo clásico, finalismo, posfinalismo y funcionalismo, hasta llegar a la figura del error y sus connotaciones.

El segundo capítulo trata acerca del Error en el Código Orgánico Integral Penal: su importancia y aplicación; analiza el error en la comprensión culturalmente condicionada; así como el error en las causas de justificación.

El tercer capítulo, denominado “Casos reales” estudia la aplicación del error de tipo por parte de uno de los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha, por una parte; y por otra, la aplicación del error de prohibición por parte de la Sala II de lo Penal del

³ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2014, pág.16

Tribunal Supremo de España, en la que se advierte que tal figura de exculpación deviene de la circunstancia de que el sujeto actúa creyendo que su comportamiento es adecuado a derecho y no le es reprochable, aunque sea antijurídico, tal y como lo dispone el artículo 34 del COIP en el Ecuador.

El método utilizado en esta investigación es el Análisis de caso, a partir de la argumentación jurídica, que en definitiva se advierte justificada en la sentencia.

Capítulo primero

El error en el derecho penal, una aproximación conceptual, antecedentes y desarrollo

1. Teoría del delito y sus consecuencias en el tiempo

Si bien resulta de suma importancia destacar el desarrollo y evolución de la ley en el tiempo y decir que esta surge a partir de la aparición misma de la sociedad política, es el estudio específico de la presente investigación, el que torna indispensable delimitar el tema desde el inicio o nacimiento de su proposición, no sin antes mencionar que en aras de tal cometido, a lo largo del tiempo, han existido repetitivos intentos por explicar el significado del delito, como lo fue el influjo de la llamada *Ilustración*, a finales de siglo VIII, por el que en definitiva se dio paso a lo que ha dado por denominarse derecho penal moderno, en el que “Pensadores como Locke, Montesquieu, Voltaire y otros empezaron a discutir y justificar el derecho del estado a sancionar, o ius puniendi, examinaron el fundamento de las penas y sostuvieron la necesidad de humanizar las leyes penales”⁴.

Del libro *Grandes corrientes del derecho penal* de Nodier Agudelo, se pueden extraer además apuntes respecto a la concepción del delito que tenían Carrara, Benthán, Carmigniani, Pessina y Rossi, quienes a la postre llegarían al consenso de que el delito no es más que una declaración jurídica que tan solo existe si de manera previa es establecida por la ley. “De manera concreta, CARRARA decía que el delito es un ente jurídico porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho”⁵, mientras que la escuela positivista de Lombroso, Garófalo y Ferri lo define –no como una declaración jurídica-, sino más bien como un ente de hecho, en el que el hombre, quien vive en sociedad, es responsable en la medida de su peligrosidad.

Ante la necesidad de realizar el correspondiente desvalor del comportamiento de una que persona, de quien se aseguraba ha transgredido la ley penal, a fines del siglo 19 y principios del siglo 20, aparecerían tratadistas alemanes como son Fran von Liszt, Ernst von Beling, Carl von Binding y Edmund Mezger, quienes plantearían la posibilidad de elaborar un sistema metodológico inteligente de filtros por el cual se pueda explicar el delito y la aplicación de una pena, lo cual supondría que no cualquier hecho lesivo de derechos es un delito, y ni siquiera lo sería la correspondencia de un hecho con el

⁴ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano, Parte General*, Quito, Ediciones Legales S.A., 2009, pág. 52

⁵ Nodier Agudelo, *Grandes corrientes del derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 2008, pág. 21

presupuesto establecido en la ley penal, pues a los actos que aparecen como propios del tipo penal, le podrían continuar otros que lo excluyen, como es el caso actual en el que una persona se lleva un celular que no es suyo, es claro que estamos frente al presupuesto del delito de hurto, sin embargo este hecho en sí no necesariamente merece sanción penal, pues dicha persona muy bien pudo tomar el aparato electrónico con la intención de realizar una llamada telefónica, evidenciándose que en su comportamiento no estuvo presente el ánimo de apropiación⁶.

En 1881, Frank von Liszt lanzó su tratado de Derecho Penal y años más tarde Ernst von Beling, con ellos nace la teoría del delito como tal, con las categorías dogmáticas que hasta ahora constituyen los elementos del delito, como son: acto, típico, antijurídico y culpable⁷.

Para Von Liszt, discípulo de Ihering, el delito es la acción integrada por un movimiento corporal, cuyo resultado es la modificación del mundo exterior, unidos por un nexo causal. De ella (la acción) se derivan dos categorías que la matizan como son: la antijuridicidad y la culpabilidad, esta última de carácter subjetivo (dolo).

Ernst von Beling llega al concepto de delito después de repetidos intentos, asegurando que “es delito la acción típica, antijurídica, culpable, sometible a una sanción penal adecuada suficientemente para las condiciones de la sanción penal”⁸, definición esta que fuera criticada por von Liszt, en el sentido de que no existía la necesidad de introducir como categoría dogmática, la tipicidad, porque a su criterio, el hecho de que el acto se encuentre sancionado con una pena suponía la descripción propia del tipo, siendo claro que aquellos que se oponían a la tesis de von Beling, como lo fue en su momento Hippel, fracasaron en su intento de suprimir la tipicidad del concepto delito.

Edmundo Mezger, conforme lo sostienen Oscar Peña González y Frank Almaza Altamirano, en *Teoría del delito*, se aparta del formalismo del causalismo clásico, tomando como base una perspectiva axiológica, por la cual al concepto naturalista (causalista) movimiento corporal, le agrega el elemento humano de la voluntad, instando además la incorporación de elementos normativos y subjetivos del tipo, con lo que se deja atrás aquella concepción netamente objetiva del tipo para dar paso al análisis de intencionalidad o del valor, siendo la antijuridicidad ya no solo una oposición formal a la

⁶ Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 17.

⁷ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, pág. 676-677.

⁸ Luis Jiménez de Azúa, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 53.

norma jurídica, sino además una transgresión de orden material en relación con el daño producido a la sociedad, mientras que la culpabilidad, a más de considerar el punto de vista psicológico, realiza un juicio de reproche al autor del delito, dando paso de esa manera al denominado causalismo valorativo⁹.

A raíz de la postguerra, con Hans Welzel surge la teoría finalista, cuya importancia radica en la concepción de la esencia misma de la acción, pensada como una anticipación mental y la correspondiente selección de medios, con las que el hombre se encargaría de controlar el curso causal para dirigirlo hacia un determinado objetivo final. En otras palabras, “solo habrá una acción de matar si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea si mata dolosamente. De ahí se deriva como consecuencia sistemática la circunstancia de que el dolo, que en el esquema clásico e incluso en el neoclásico se había entendido con forma de culpabilidad y del que también se consideraba componente necesario de la conciencia del injusto, aparece ahora en una forma reducida a la dirección causal y se considera ya como componente del tipo penal subjetivo”¹⁰, a lo cual Claus Roxín, con el sustento del sistema racional teleológico, agrega: que si de finalidades del derecho penal se trata “...no es posible anticipar todo lo que de ahí se deriva en concreto para la dogmática y sistemática del Derecho Penal, pero se ilustrará en la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad”¹¹. En dicho contexto, es claro comprender que el maestro Claus Roxin nos transmite su preocupación respecto a la circunstancia de que en un moderno derecho penal se torna necesario un estudio estructurado con atención de las finalidades valorativas del sistema, de tipo político-criminal, con el agregado de que “Desde ese punto de vista las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político-criminal”¹² y por lo tanto, irrenunciables para un sistema teleológico, ya que se advierten concebidas desde la necesidad de elaborar un concepto estratificado y analítico, con la idea de brindarnos un camino lógico para afirmar la criminalidad de las conductas concretas¹³.

Conforme lo reseña Nicolás Sala Parra en *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional*, el teleologismo o funcionalismo, en su versión moderada, adquiere relevancia a partir de los años sesenta del siglo XX, justamente

⁹ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito; Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 2010, pág. 35

¹⁰ Claus Roxin, *Derecho penal parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, 199

¹¹ *Ibíd.*, 204

¹² *Ibíd.*, 217

¹³ Raúl Zaffaroni, *Derecho penal, Parte General, Tomo 3*, Buenos Aires, Ediar 1981, pág 168

cuando causalistas y finalistas sostenían una encendida polémica en torno a cuál de las dos estructuras era más conveniente para el derecho penal, agregando que en dicha discusión algunos tratadistas, encabezados por el profesor Claus Roxín, orientaron la discusión del derecho penal a una pregunta que, por más sencilla y elemental que parezca, se había perdido entre la discusión entre causalistas y finalistas: ¿para qué sirve y qué función cumple el derecho penal?. De esta manera asegura Salas, se reorientan las categorías dogmáticas acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad hacia un sentido político criminal, de tal manera que más que simples estructuras deben ser el reflejo de la justicia material que el estado democrático quiere desarrollar. En lo a que la vertiente radical propugnada por Gunther Jakobs se refiere, según lo menciona Nicolás Salas, el derecho penal tiene una función simbólica consistente en mantener la vigencia de la norma penal, entendida esta vigencia no en sentido formal sino social, por lo que el derecho penal no gira en torno a la protección de bienes jurídicos sino en torno al cumplimiento de deberes y roles.¹⁴

En cuanto a la primera categoría dogmática Acción, llama seriamente la atención lo escasamente trascendente que resulta la distinción entre acción y omisión, la posición de Jakobs tiende a una reducción máxima de la distancia entre acción y omisión, sobre la base de evitabilidad y el cumplimiento de roles, pues la madre que tiene un niño recién nacido tiene el rol institucional de madre, que deje morir al niño hambriento o sea que lo asfixie con sus manos, la muerte del hijo le es imputable en virtud de que en cualquiera de los casos incumpliría el deber propio de su rol.¹⁵

Un hecho trascendente del funcionalismo, es que en la categoría de la tipicidad objetiva se incorpora la teoría de la imputación objetiva. A decir de Gustavo Adolfo Villanueva Garrido, en *Funcionalismo y la imputación objetiva*, esa teoría (Imputación objetiva) sirve para explicar dogmáticamente: el delito de acción y no exclusivamente el de omisión; el delito doloso y no solamente el doloso, aseverando que la posición de garante y la creación del riesgo jurídicamente desaprobado son elementos comunes a toda la teoría del delito, por cuanto con estas se explican todas las formas de comportamiento y por tal, son igualmente válidos para la tentativa y el delito consumado. Revela además, que cuando se trata de delitos de resultado, es necesaria la presencia de otro elemento,

¹⁴ Nicolás Salas Parra, *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional (tesis de maestría)*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013) pág. 78

¹⁵ Carlos Pérez del Valle, *Las categorías dogmáticas en el funcionalismo penal, en Sentidos y contenidos del sistema penal en la globalización*, Santa Fé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000, pág. 313.

como es la relación de riesgo¹⁶; así pues, con el primer elemento de la imputación objetiva, como es la posición de garante, se verifica si el sujeto ha tenido la obligación de desplegar un comportamiento o el de evitar determinados resultados -así como también- si en dichas condiciones, el agente cumplió o no con las expectativas que la norma le impone, lo cual a la postre permitirá establecer si esa persona fue la encargada de crear o no el riesgo jurídicamente desaprobado, según afirma el maestro. Al referirse al tema de la Creación del riesgo jurídicamente desaprobado, Gustavo Villanueva menciona además que una vez que se ha determinado si el sujeto actuó en posición de garante, en las formas que han sido explicadas en renglones anteriores, el siguiente paso será el de verificar si el agente fue el encargado de crear el riesgo jurídicamente desaprobado, con los criterios de confianza, prohibición de regreso y acciones de riesgo propio; para por último determinar si el resultado, si es que este existe, es producto de las dos premisas antes señaladas¹⁷.

Se puede además establecer que en lo que a la tipicidad subjetiva se refiere, el funcionalismo establece que la imputación subjetiva responde a la defraudación individual de las expectativas en relación directa con la infracción de la norma; ¹⁸ la antijuridicidad será de orden formal y material, mientras que la culpabilidad tan solo se presenta cuando el autor con su comportamiento expresa un sentido comunicativo relevante, pues cuando no llega a alcanzar la relevancia necesaria en el plano de la comunicación, permanece en el ámbito de la naturaleza y ese comportamiento no es relevante en el mantenimiento de la norma, “la expectativa de que un inimputable no cause la muerte a otros no corresponde en sentido estricto al derecho penal, sino al derecho civil o al derecho de policía y por eso el derecho penal no puede reaccionar con penas en ese caso [...] De ahí que solo sea no culpable quien actúa en error de prohibición invencible, porque no pone de manifiesto su desprecio por el fundamento de la vigencia de las normas jurídicas”.¹⁹

¹⁶ Gustavo Adolfo Villanueva Garrido, *El funcionalismo y la imputación objetiva*, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, págs. 57- 85

¹⁷ Gustavo Adolfo Villanueva Garrido, *El funcionalismo y la imputación objetiva*, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, págs. 57- 85

¹⁸ Carlos Pérez del Valle, *Las categorías dogmáticas en el funcionalismo penal, en Sentidos y contenidos del sistema penal en la globalización*, Santa Fé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000, pág. 320.

¹⁹ *Ibidem*

En esa misma línea, el maestro Ernesto Albán Gómez en *Manual de derecho penal ecuatoriano*, ha dado por denominar a los cuatro elementos constitutivos de la estructura del delito, como verdaderas categorías de análisis o comparación con el comportamiento de quien se dice ha infringido la ley penal, con el agregado de que cada una de esas categorías, a más de tener su propia identidad, le significan a quienes se encargan de calificar jurídicamente una conducta, un presupuesto propio de continuidad; así pues, cometerá delito penal –dice el autor- quien motive su conducta en todas y cada una de las categorías dogmáticas antes señaladas; y no lo hará, quien en ese mismo sentido deje de ajustar su conducta a una de ellas. En dicho contexto, ese análisis –realizado de manera secuencial- le otorgará al acto mismo, como primer elemento, el matiz de sustento material del delito; y a los tres restantes, el papel de “adjetivos que matizan el sustantivo inicial del concepto”²⁰, no de otra manera se entendería la mención que en ese sentido realiza el maestro en su obra, al expresar que en cada uno de los elementos estructurales del delito, puede haber ausencia de acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a lo que se suma el hecho de que “de producirse cualquiera de estos actos, la consecuencia obvia es que no habrá delito; y por lo mismo, tampoco habrá punibilidad”²¹, siendo claro que son esas algunas de las posibilidades jurídicas respecto al hecho de que un acto reñido con la ley penal, deje de ser típico o culpable, entre los que justamente se encuentra el error, que es el personaje mismo de la presente investigación. En su convencimiento, Edgardo Alberto Donna, en *Teoría del delito y de la pena*, asegura que la teoría del delito es la *teoría de imputación* y que todo el problema se reduce a establecer la forma en la que la acción que lesiona o pone en peligro el bien jurídico pueda ser imputada al sujeto que actúa o que omite. Para serlo, asegura, esa atribución delictual debe ser realizada no solo desde el aspecto objetivo como subjetivo, sino además desde la posición del orden jurídico. “De allí que se pueda afirmar que la norma, tal como lo sostiene el texto, se dirige a todas las personas, incluyendo a los dementes y a los niños (...) La reglas ‘no debes matar’ o ‘debes prestar auxilio’ se refieren a todos, aunque solo el deber se concreta en los capaces de culpabilidad e indirectamente se dirige al juez”²². Al hacer referencia a las *reglas de imputación*, Donna afirma que estas se dirigen de manera exclusiva al Juez, con la seguridad de que estas sean conocidas de manera previa a efectos de su aplicación.

²⁰ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano, Parte General*, Quito, Ediciones Legales S.A., 2009, pág. 113

²¹ *Ibídem*

²² Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, pág. 1.

En un primer nivel de imputación, el Juez analizará la aplicación de una ley a un hecho y desde ese punto de vista una persona es apreciada como la autora de un hecho establecido de manera previa por la ley. “En este nivel de imputación no solo se ha de tratar la acción humana y las causas que la excluyen, sino además las causas que eliminan el injusto; deberá analizarse si el autor actuó en estado de necesidad justificante o de legítima defensa. Es decir, se analiza si el sujeto actuó de acuerdo al deber que tenía, o enmarcado en alguna excepción para violar la norma”²³. En ese sentido, respecto a lo que menciona Donna, creo importante expresar que así como existen *paratipos* que habilitan o convierten en jurídico un determinado comportamiento, también existen elementos negativos que convierten a un acto en atípico, lo cual estriba justamente en el hecho de considerar que una persona que actúa de manera consciente, no siempre dirige su voluntad a la realización de los elementos objetivos del tipo penal, pues puede darse el caso de que ésta se encuentre actuando sobre la base de error, que conforme se verá, afecta el elemento intelectual (subjetivo) del dolo, como puede suceder en el evento de que “un cazador por su precipitación y mala puntería, alcanza, matándolo, a otro cazador, cuando en realidad, trataba de cazar un rebeco”²⁴.

En lo que al *segundo nivel de imputación* se refiere, Edgardo Alberto Donna dice que en este estrato la imputación se analizará desde el punto de vista del mérito o desmérito; así pues, en el evento de que una persona mate a otra porque es forzada a hacerlo, no será la imputación de primer nivel la que se discuta, sino la de segundo, esto es la culpabilidad²⁵, siendo importante también señalar que a más del argumento que sostiene el autor, como es el hecho de analizar si al sujeto activo del delito se le podía exigir otro comportamiento, resulta relevante conocer si el agente conocía, aunque sea de manera potencial, si su comportamiento amenazaba o lesionaba un bien jurídico protegido por la ley (antijuridicidad), pues lo contrario significaría que el presunto autor habría actuado bajo la figura del error. Ahora bien, siendo los cuatro elementos constitutivos de la estructura del delito, verdaderas categorías de análisis o comparación con el comportamiento de quien se dice ha infringido la ley penal, se torna importante examinar cada una de ellas, en aras de determinar que comete delito quien actúe motivado por todas y cada una de ellas y no lo hará, quien en ese mismo sentido deje de ajustar su conducta

²³ *Ibídem*

²⁴ Francisco Muñoz Conde, *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 13

²⁵ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, pág 181

a una de esas categorías, pues “De modo general se puede decir que toda acción u omisión es delito si infringe el Ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad), siempre que no existan obstáculos procesales o punitivos que impidan su penalidad”²⁶.

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 18 define a la Infracción Penal como la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en el mismo cuerpo normativo, siendo el artículo 19 *ibidem* el que clasifica a la infracción penal en delitos y contravenciones. Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días; y Contravención, la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad de hasta treinta días²⁷.

Acción será “una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad”²⁸. En palabras de Jürgien Bauman, acto será la conducta humana seguida de la voluntad de querer realizar los elementos objetivos del tipo penal (tipicidad); y en dicho contexto, no lo serán, en sentido estrictamente jurídico, los actos producidos por la naturaleza o por animales -como tampoco- los producidos por personas jurídicas, los simples pensamientos, movimientos reflejos o ataques convulsivos y para Claus Roxin, los indominables para la voluntad. Es pertinente expresar que para la teoría causalista naturalista, la voluntad, manifestada en el movimiento corporal, no era un factor perteneciente a la acción, sino más bien un factor a determinarse el momento en el que deba analizarse la ilicitud del comportamiento; vale decir, al momento de determinar si el agente actuó o no culpablemente. “Este contenido de voluntad no quiere decir que, al hablar de acto, se anticipe ya un juicio de valor de carácter subjetivo sobre el mismo, lo que será propio del análisis de la culpabilidad (el cuarto y último elemento del delito). La voluntad de la cual se habla aquí, se refiere solamente al control que la persona mantiene sobre su conducta”²⁹; pero, en ese mismo orden de cosas, se ha de tener además presente que para la teoría de la acción finalista, la acción no es sino el comportamiento humano que -sometida a la voluntad- se orienta hacia la obtención de un fin, ¿cuál es?, el de realizar los elementos objetivos del tipo penal; y en ese sentido, se ha de entender también que ese comportamiento humano, guiado por la

²⁶ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 252

²⁷ *Código Orgánico Integral Penal*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, pág. 33

²⁸ Claus Roxin, *Derecho penal parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pág. 194

²⁹ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano, Parte General*, Quito, Ediciones Legales S.A., 2009, pág. 139

voluntad, exige que la conducta corporal sea guiada por una intención, hacia un fin determinado (dolo); lo cual, a simple vista, permite establecer que la acción en el esquema causalista, no es la misma que para la escuela finalista. Para la teoría social, por su parte, la acción u omisión, resulta ser el carácter socialmente relevante del comportamiento humano, en la medida que esa conducta, propia del hombre, responda a las exigencias - conocidas o conocibles- del mundo circundante, por lo que esa respuesta (el resultado querido) puede consistir: en la ejecución de una actividad final; en su no realización; en un acto ordenado; o en la producción de un resultado mediante un suceso en principio controlable, como sucede por ejemplo en la omisión, cuando se espera que una persona realice una determinada acción³⁰.

Siendo como es la acción una conducta humana guiada por la voluntad, un sustantivo, al cual se agregan las siguientes tres categorías dogmáticas que, como adjetivos, la califican³¹, es importante recalcar que un hecho tan solo tiene relevancia penal, cuando ha sido producto de un acto personal voluntario, Por ejemplo el tomar una pistola y disparar contra una persona, es un acto con relevancia jurídico penal; que un niño lo haga, también lo es; que sea en defensa propia, de igual manera. Recién estamos frente a la primera categoría dogmática, que sean punibles o no, depende del análisis de los restantes elementos del delito³²; y no lo será definitivamente, conforme se ha dicho, cuando no son humanos o no son voluntarios. No son humanos los hechos causados por animales o las fuerzas de la naturaleza; y siendo humanos, no son voluntarios los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconsciencia debidamente comprobados³³.

A criterio de Edgardo Alberto Donna en *Teoría del delito y de la pena*, la acción es solo del hombre y solo se considera acción y por ende omisión, todo actuar o no del hombre, siempre dirigida desde la voluntad; es decir, desde cuando el sujeto actuante u omitente es señor del acto y se le pueda, tanto interior como exteriormente, imputar ese desarrollo de actividad física, incluido el resultado. De allí el porqué de que la acción sea una conducta humana relacionada con el medio social, dominada por una voluntad

³⁰ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito; Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 2010, págs. 90-99

³¹ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano, Parte General*, Quito, Ediciones Legales S.A., 2009, pág. 137

³² Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 21

³³ *Código Orgánico Integral Penal*, Quito, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 23

dirigente y dirigida hacia un resultado. A decir del autor, todo lo demás deja de ser considerado acto del hombre, de manera que no se podría considerar siquiera si se subsume o no en un tipo penal determinado³⁴. Nótese en el presente caso, que si bien el escritor no lo afirma, es la simple lógica la que remite el tema hacia lo que se ha dado por llamar la responsabilidad de las personas jurídicas, siendo por demás claro que es esa misma lógica, la que hace posible deducir que la persona jurídica como tal, desde la visión de la voluntad, conforme se ha planteado, no puede responder penalmente; y si lo hace, no es sino por antojo del legislador, en busca de un efecto más simbólico que pragmático que con obstinación de estigmatizar y de llevar a la calma a ciertos círculos, contraviene la conciencia pura de que detrás de esa tesis no hay otra cosa que un derecho administrativo disciplinario, no en vano Raúl Cervini sostiene que en un modelo de estado de derecho, es la utilización de sanciones económicas de tipo reparatorio (Derecho Civil Patrimonial), la que se constituye en el medio idóneo para resarcir las lesiones causadas³⁵. Apréciese que a pesar de esta y otras advertencias, el asambleísta ecuatoriano, actuando en contra de las finalidades del derecho penal y de los principios que lo sustentan, ha consignado en el artículo 49 Código Orgánico Integral Penal, la posibilidad de que las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado, sean penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, con lo que queda por demás claro que, lejos de cumplir con el principal postulado del derecho penal, como es la de limitar el poder punitivo de estado, lo que ha hecho el asambleísta es extender sus tentáculos sancionatorios, con el criterio errado de generar entre la población una de *sensación de seguridad*, que como se sabe no es función de este saber; y, no contentos con ello (los legisladores), aclaran o mejor dicho previenen *de manera positiva* que la responsabilidad de las personas jurídicas será independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito³⁶.

Se conviene entonces que la acción, como categoría dogmática del delito es todo comportamiento dependiente de la voluntad y que solo el acto voluntario de la persona humana puede ser penalmente relevante y no, conforme se ha dicho, aquel que no vaya

³⁴ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, pág. 17

³⁵ Material de clase de la asignatura Teoría del Delito, Maestría en Derecho Penal, Pablo Encalada Hidalgo, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011

³⁶ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 32

dirigido a un fin u objetivo determinado. De acuerdo con Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, el contenido de la voluntad es algo que siempre se quiere alcanzar³⁷, debiéndose expresar en ese sentido que si bien la regla general establece que los códigos penales tipifican conductas de acción (hacer), existen otros tipos penales que llevan consigo el mandato de *no hacer*. A decir del Código Orgánico Integral Penal, la *omisión dolosa* describe el comportamiento de una persona que deliberadamente prefiere no evitar un resultado material típico, cuando en posición de garante, es decir con una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de un bien jurídico, provoca o incrementa precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico³⁸. La omisión es el delito o falta de consistente en la abstención de una actuación que constituye un deber legal, en la que quien omite tiene el deber de impedir el acontecimiento, siendo la relación de causalidad y su consecuencia, nada más que el fruto de un comportamiento de desobediencia de un acto que, en términos normales, es el esperado³⁹; más, en el orden jurídico penal, se ha de decir también que no toda omisión de acción posible se constituye en tal; así pues, que no se abofetee a la gente que pasa por la calle no quiere decir que se omita ese hecho, ya que nadie espera que se lo haga, lo que significa que la omisión solo puede ser definida con ayuda de un criterio normativo como omisión de una acción esperada⁴⁰.

La omisión simple o propia es aquella que se encuentra prevista en la propia ley penal como delito, es no hacer lo que la ley manda, como por ejemplo, el deber de denunciar en los términos del artículo 277 del Código Orgánico Integral Penal. La omisión impropia o comisión por omisión es aquella que no está expresamente señalada en la ley, sino que se advierte construida por el intérprete a partir del tipo de comisión⁴¹, como por ejemplo: el dejar de amantar; la enfermera que deja de alimentar al paciente; el abandono de hijos menores. Estas situaciones (omisiones) se equiparan a las de acción a partir del establecimiento de dos presupuestos: el primero, la relación causal entre la omisión y el resultado producido, sostenido en el argumento de que la consecuencia

³⁷Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 219

³⁸Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 25

³⁹Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito; Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 2010, pág. 116

⁴⁰Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 218

⁴¹Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 879

obedece ya no a una acción como tal, sino a un evento con el cual se hubiera evitado el resultado; y el segundo, la obligación jurídica legal o contractual de actuar; así pues, en un asalto, actuará en posición de garante el policía que omite (ley); mientras que en un accidente de tránsito, el chofer de un bus que al no cerrar una de sus puertas, *permite* la caída de uno de sus pasajeros (contractual); y lo hace también quien por su comportamiento, asume la posición de garante, como aquella persona que provoca una fogata en el campo, teniendo -en dicha posición- la obligación de apagarla antes de abandonar el sitio⁴².

A decir de Gustavo Adolfo Villanueva Garrido, en *Funcionalismo y la imputación objetiva*, esa teoría (Imputación objetiva) sirve para explicar dogmáticamente: el delito de acción y no exclusivamente el de omisión; el delito doloso y no solamente el doloso, aseverando que la posición de garante y la creación del riesgo jurídicamente desaprobado son elementos comunes a toda la teoría del delito, por cuanto con estas se explican todas las formas de comportamiento y por tal, son igualmente válidos para la tentativa y el delito consumado. Revela además, que cuando se trata de delitos de resultado, es necesaria la presencia de otro elemento, como es la relación de riesgo⁴³; así pues, con el primer elemento de la imputación objetiva, como es la posición de garante, se verifica si el sujeto ha tenido la obligación de desplegar un comportamiento o el de evitar determinados resultados -así como también- si en dichas condiciones, el agente cumplió o no con las expectativas que la norma le impone, lo cual a la postre permitirá establecer si esa persona fue la encargada de crear o no el riesgo jurídicamente desaprobado, según afirma el maestro. Al referirse al tema de la Creación del riesgo jurídicamente desaprobado, Gustavo Villanueva menciona además que una vez que se ha determinado si el sujeto actuó en posición de garante, en las formas que han sido explicadas en renglones anteriores, el siguiente paso será el de verificar si el agente fue el encargado de crear el riesgo jurídicamente desaprobado, con los criterios de confianza, prohibición de regreso y acciones de riesgo propio; para por último determinar si el resultado, si es que este existe, es producto de las dos premisas antes señaladas⁴⁴.

⁴² Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, págs. 38-39

⁴³ Gustavo Adolfo Villanueva Garrido, *El funcionalismo y la imputación objetiva*, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, págs. 57- 85

⁴⁴ Gustavo Adolfo Villanueva Garrido, *El funcionalismo y la imputación objetiva*, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, págs. 57- 85

Llama seriamente la atención de que a pesar de que la omisión como tal sea una modalidad de acción, la ley penal ecuatoriana, en este caso el Código Orgánico Integral, la incorpore en la categoría dogmática de la tipicidad, aspecto legal que debe ser analizado por el legislador a la hora de realizar una reforma, pues en definitiva lo que se puede apreciar es que se tienen dos normas de aplicación, como son las contenidas en los artículos 23 y 28 del Código Orgánico Integral Penal.

La tipicidad es “un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)”⁴⁵. La tipicidad es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito⁴⁶; cuya función no es sino la de materializar el principio de legalidad consagrado en la Constitución de la República, por el cual se procura que nadie pueda ser juzgado (entiéndase procesado) ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal⁴⁷, mandato que obliga a tomar en cuenta la circunstancia de que en el campo procesal penal, no se puede (debe) iniciar una investigación si es que, objetivamente, no existe el delito, con la simple y lógica consideración de que la conducta sujeta a indagación no se adecúa a un tipo penal concreto. El principio de legalidad impide el inicio de tal investigación y mal haría la Fiscalía en iniciar una investigación si tan solo se presume que una conducta es una infracción penal⁴⁸ y muy a pesar de que este tema se encuentra advertido por el maestro Jorge Zavala Baquerizo en *Derecho procesal penal*, el legislador ecuatoriano se ha permitido incluir en el Código Orgánico Integral Penal, la norma que permite el archivo de una denuncia cuando “el hecho investigado no constituye delito”⁴⁹, siendo oportuno en esta parte también recomendar al hacedor de leyes una reforma en ese sentido.

Conforme se ha podido ver, es Ernest von Beling el creador del tipo penal, quien como se ha dicho, en 1906 deja atrás aquella vieja y simple concepción de que el delito era nada más que un acto antijurídico susceptible de la aplicación de una pena. A partir de von Beling, se da paso a aquella postura que establecía que el tipo penal no era más

⁴⁵ Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal parte general III tomo*, Buenos Aires, Ediar, 1981, pág. 168

⁴⁶ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito; Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 2010, pág. 133

⁴⁷ Constitución de la República, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, pág. 26

⁴⁸ Jorge Zavala Baquerizo, *El debido proceso penal*, Quito, EDINO, 2002, pág. 89

⁴⁹ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 242

que la descripción de aquella violación (Tatbestand) que conlleva consigo una sanción. Recuérdese que von Beling fue criticado por parte de Frank von Liszt, en el sentido de que éste último consideraba innecesario incluir este precepto (tipicidad) como categoría dogmática, con la tesis de que no existía la necesidad de incorporarla como estrato del delito, porque a su criterio el hecho de que el acto se encuentre sancionado con una pena suponía ya la descripción propia del tipo, siendo claro que aquellos que se oponían a la tesis de von Beling, como lo fue en su momento Hippel, fracasaron en su intento de suprimir la tipicidad del concepto delito. En todo caso, conforme lo reseña Juan Bustos Ramírez en *Derecho penal, Parte general*, la tipicidad en los términos de von Liszt y von Beling, al ser meramente descriptiva, no incluía a los elementos de tipo subjetivo, pues a decir del experto, alcanzaba con constituir una situación de orden causal para determinar la existencia de una acción meramente típica, sin que para tal efecto sea necesario considerar el acto consciente o voluntario de dirigir ese comportamiento hacia la realización de los elementos objetivos del tipo penal, aspecto (intención) que debía ser analizada en el estrato de la culpabilidad. “Un razonamiento totalmente opuesto al manifestado por Ernst von Beling y a la concepción dominante en la doctrina, es definido por los representantes de la teoría finalista de la acción, quienes, partiendo de la aseveración de que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un fin determinado, consideran a la intención como un elemento de la acción y por tanto del tipo. Los finalistas distinguen, de un lado, una parte objetiva del tipo (referida a la acción resultado, sujetos activo y pasivo, etc.); y del otro, una parte subjetiva (referida al dolo, tendencias etc.)⁵⁰; lo cual, en palabras del propio Juan Bustos Ramírez, significa que los tipos penales son definidos por el legislador a partir de la decisión político-criminal de proteger un bien jurídico y más que un desvalor del acto, contiene vinculaciones des-valorativas, que a más de considerar al acto como tal, dan paso al análisis de otros elementos del tipo que pueden modificar su desvalor, como son los elementos objetivos y subjetivos, cuya constatación de ausencia en un caso concreto supondría la falta de tipicidad del hecho y en consecuencia la ausencia de responsabilidad⁵¹.

⁵⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 139.

⁵¹ Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, págs. 706, 707.

Al hablar de los elementos que integran el tipo penal en el esquema finalista, Edgardo Alberto Donna, en Teoría del delito y de la pena, expresa que la doctrina se ha encargado de distinguir entre los elementos descriptivos y los elementos normativos del tipo penal, asegurando que los primeros se refieren a seres, objetos o actos que en general son percibidos por los sentidos, mientras que en los segundos, se derivan del juicio de valor que realiza el juez en el sentido de que éste debería remitirse a normas y patrones valorativos extraños al tipo penal, que se encuentran en otros ordenamientos del orden jurídico, como puede ser la ética social vigente en la sociedad o en los usos y costumbres⁵².

Un primer escenario de la tipicidad como categoría dogmática del delito, nos permite mencionar que los elementos objetivos del tipo penal son: 1.- Sujeto activo: que no es sino la persona humana que lleva a cabo la actividad descrita en el tipo penal. El sujeto activo puede ser *calificado*, en cuyo caso requiere de cierta condición, como lo es el funcionario público en peculado; y *no calificado*, en cuyo caso no requiere de calidad alguna y normalmente es descrito en el tipo penal como *la persona que ...*; 2.- Sujeto pasivo: que resulta ser el titular del bien jurídico lesionado, y al igual que el sujeto activo, puede ser *calificado* y *no calificado*, el primero en el sentido de que debe reunir ciertas condiciones, como en el caso de una menor de 14 años en un delito de violación; y la segunda, que no requiere de condición alguna, como en el caso de lesiones. 3.- Verbo rector: que en sí se constituye en el núcleo del delito, resulta ser la acción ejecutiva que lesiona el bien jurídico protegido y que se encuentra descrito por un verbo: lesionar, defraudar, sustraer, etc.; 4.- Objeto material: que es la cosa sobre la cual recae el delito, como puede ser: dinero, vehículo, persona, etc.; 5.- Objeto jurídico: que se refiere al bien jurídico protegido. En el caso de robo, será el patrimonio; 6.- Elementos normativos: “Son descripciones que nos remiten a otras normas o cuerpos normativos para comprender el alcance del tipo. Por ejemplo cuando la ley se refiere al *funcionario público, cosa ajena, mayoría de edad* es necesario remitirse a la ley de servicio público, al código civil y al código de la niñez, respectivamente”⁵³; 7.- Elementos valorativos: “son aquellos que solo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual. Para su comprensión se necesita un complemento de carácter sociocultural general, como sería el

⁵² Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, pág. 81, 82

⁵³ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano, Parte General*, Quito, Ediciones Legales S.A., 2009, pág. 157

caso de las expresiones *exhibición obscena, dignidad de otra persona* o de carácter jurídico valorativo, como es el caso de expresiones como *ajenas, autoridad o funcionario público*⁵⁴. Un clásico ejemplo sería aquel en el que una persona decide llevarse de una oficina un computador. Bajo el análisis causal, se podría pensar que su comportamiento se adecuaría al tipo penal de hurto; sin embargo, esa consideración podría variar si se considera que en ese comportamiento, de orden voluntario y consciente, no estuvo provisto de un *ánimo de apropiación*, porque, puede suceder que el aparato en cuestión fue sacado del sitio de trabajo en virtud de que sobre ese sitio caía agua y lo que se pretendía, por parte del agente, era precautelar su integridad; 8.- Otras circunstancias que completan el tipo: “Estos son otros elementos descriptivos que terminan de configurar el tipo penal. En el peculado, por ejemplo, el abuso de fondos públicos ‘en beneficio particular o de terceras personas’; en el cohecho, el recibir dones o presentes ‘por realizar un acto de su empleo u oficio’. En la mayoría de los casos, estas ‘otras circunstancias’ sirven para atenuar o agravar tipos penales base, como cuando producto del secuestro o durante un robo ‘muere la víctima’. La diferencia entre el robo y el hurto, es precisamente las *otras circunstancias que completan el tipo*, la apropiación ilegítima de cosa ajena más la violencia sobre las personas o fuerza en las cosas”⁵⁵.

Conforme se ha podido establecer en el desarrollo de la presente investigación, ha sido el gran aporte de la teoría finalista de la acción, el que ha permitido establecer que la acción u omisión subsumible al tipo no es un simple proceso causal, en el que se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan el supuesto hecho del tipo penal (tipicidad objetiva); sino que además existen otros elementos que permiten determinar el contenido de la voluntad que rige la acción, como son el fin, los medios utilizados y efectos concomitantes. “de ahí que la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre el tipo de injusto realizado dolosamente y el tipo de injusto realizado imprudentemente, tiene gran importancia porque cada uno de ellos ofrece particularidades dogmáticas propias y tiene distinta trascendencia social y jurídica”⁵⁶, lo cual es explicado por Juan Bustos Ramírez, bajo el criterio de que en la medida de que el injusto constituya un proceso social de comunicación de una persona con otra, no puede

⁵⁴ Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 707, 708

⁵⁵ Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 47.

⁵⁶ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 266

concebirse como algo puramente objetivo, pues en el hacer del sujeto queda impresa su personalidad, su hacer comunicativo con otra persona, es por eso que en la determinación de la tipicidad, el juicio de atribución no es solo respecto de los elementos objetivos que describen los factores situacionales, sino que es necesario también atribuir el comportamiento al sentido que la persona le dio a dicho comportamiento⁵⁷, y en ese orden de cosas, a la época actual, se ha logrado llegar a un consenso en el sentido de establecer que dolo y culpa le pertenecen a la tipicidad y que, porque no decirlo, no es que el Hanz Welsel haya llevado dichos conceptos a la categoría dogmática del tipo sino que, conforme lo expresara en las aulas de clases, el maestro Nodier Agudelo Betancur, siempre estuvieron ahí⁵⁸.

A decir de Claus Roxin, el dolo típico comprende, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de realizar los elementos del tipo objetivo, por tanto, quien sustrae cosa ajena que confunde con la suya propia, actúa sin saber en referencia al elemento *ajena* contenido en el tipo objetivo, por lo que no puede ser castigado por hurto. Puede suceder también el caso de que un conductor, pese a las advertencias de su acompañante, adelanta de modo negligente porque al confiar en su habilidad como conductor cree poder evitar un accidente. Sabe ciertamente que podría pasar algo, pero no lo quiere y por ello no puede ser castigado por lesiones dolosas, sino por lesiones imprudentes⁵⁹.

Luis Jiménez de Azúa asegura que los clásicos dieron por distinguir al dolo conforme a su intensidad y duración, clasificándolos en dolo de ímpetu o pasional, dolo repentino, dolo con simple deliberación; y dolo premeditado, agregando que fueron los italianos quienes lo clasificaron en dolo directo, indirecto, alternativo y eventual; y que a la fecha de publicación de su obra *La ley y el delito*, podían distinguirse: el *dolus directus*; dolo con intención ulterior mal llamado dolo específico, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual. Dolo directo sería aquel en el que se produce el resultado deseado, mientras que el dolo indirecto el elemento en el cual, si bien el resultado no es el deseado, el agente lo acepta como efecto del acto buscado; mientras que el dolo eventual tendría lugar cuando la persona al tiempo de representarse como probable un resultado, a la postre, una vez producido, lo acepta⁶⁰.

⁵⁷ Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 477

⁵⁸ Material de clase en la asignatura Pensamiento Penal, Nodier Agudelo, Especialidad en Derecho Penal, 2010

⁵⁹ Claus Roxin, *Derecho penal parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1997 pág. 307

⁶⁰ *Ibidem*

En definitiva, se ha de convenir que el dolo no es más que el conocer y querer realizar los elementos objetivos del tipo, por lo que llama la atención el hecho de que el Código Orgánico Integral Penal, si bien ubica al dolo en la categoría dogmática de la tipicidad, es decir conforme a la posición de Welsel, de la escuela finalista, a renglón seguido lo defina como un *dolus malus*, concepto que como se sabe, al ser analizado en el estrato de la culpabilidad, analiza el nexo psicológico entre el acto y el autor, el conocimiento de la antijuridicidad del actuar del sujeto, así como el hecho de verificar si la persona a la cual se le observa la conducta, es o no imputable. En esta parte, se ha de decir que sorprende sobremanera el hecho de que el legislador, no sé si con la intención de *eliminar* el error de tipo, haya incluido en el texto de la ley un concepto de dolo errado en los términos analizados; más, es el esquema desarrollado en el Código Orgánico Integral Penal, en este caso el finalista (post), el que permite decir que tal pretensión no logró plasmarse, ya que si una persona comete un acto en el que no tiene el *designio de causar daño*, lo hace bajo el influjo del error, por lo que no es verdad que la eliminación de su texto impide su aplicación⁶¹.

En cuanto a la culpa como elemento de la tipicidad subjetiva, se ha de convenir que “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso”⁶², debiéndose con tal criterio recoger lo expresado por Pablo Encalada Hidalgo, en *Teoría constitucional del delito*, como es el que “el concepto de cuidado es un concepto objetivo y normativo, por cuanto lo que se debe analizar ante la producción del resultado típico es si el infractor ha actuado o no dentro de los riesgos permitidos. El exceso de riesgo constituye la violación al deber objetivo, por lo que se han creado normas, tanto legales como reglamentarias que rigen la conducción de los vehículos, los códigos de ética de los profesionales, la *lex artis* de los médicos o la normas relativas a la construcción y las industrias en general”⁶³. Con ello (lo dicho) resultan ser requisitos propios de la existencia de un delito culposo: *la violación al deber objetivo de cuidado*, como cuando un médico realiza una cirugía en instalaciones inadecuadas; *el resultado típico*, la muerte (homicidio culposo por mala práctica médica); y *el nexo causal* entre los dos primeros presupuestos, como puede suceder en el evento de que la muerte se produzca por tomar la decisión de operar en

⁶¹ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 24

⁶² Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 24

⁶³ Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 58

instalaciones médicas inadecuadas. Al hablar de las clases de culpa, el docente menciona que así como los delitos dolosos se sub-clasifican en función del grado de voluntad de realización del tipo, los delitos culposos se dividen en función de la previsibilidad del resultado; así pues, quien actúa con representación del resultado, lo hace con Culpa consciente; mientras que en la Culpa inconsciente, el sujeto no tiene la oportunidad de representarse el resultado⁶⁴.

En otro ámbito, es importante mencionar que a la hora de ubicar al consentimiento en el campo de la teoría del delito, a lo largo del tiempo se ha discutido si tal precepto debe ser analizado como causa de atipicidad o como causa de justificación. En el primer caso, porque con su existencia se enerva la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; y en el segundo, porque a pesar de subsistir la lesión, esta recae sobre un bien jurídico que el titular puede disponer efectivamente a favor del autor⁶⁵. Es Claus Roxin quien en ese sentido nos dice que dicha institución (el consentimiento) tiene una larga y variada historia, explicando que era Ulpiano el que daba a conocer la máxima *nulla injuria est, quae in volentem fiat*, o lo que es lo mismo “lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”, con el agregado de que una primera opinión dominante se inclinaría por realizar una distinción entre lo que es un *Acuerdo* de lo que es un *Consentimiento*. El primero actúa exceptuando la tipicidad, en él se incluyen los delitos de coacción, que puede suceder en el evento de que una mujer consienta en el yacimiento, o en la circunstancia de que la visita de una persona sea bienvenida por el dueño del titular del derecho de morada; o como cuando una persona esté de acuerdo en que otro tome una cosa que se encuentra en el ámbito de su dominio. En estos casos, dichos comportamientos no pueden ser considerados como típicos por ausencia de tipicidad, aspecto que no sucedería en el caso del *Consentimiento*, que tiene lugar en los delitos de daños y lesiones, cuyo efecto jurídico tiene que ver con la justificación (no exclusión) de la realización del tipo, como puede suceder en el caso de que el propietario permita a un tercero el daño o destrucción de una de sus cosas. En tal acaecimiento, el consentimiento no remedia que la cosa resulte dañada, ni la propiedad lesionada desde el punto de vista típico, lo que hace es excluir la antijuridicidad⁶⁶.

Una segunda posición es aquella que considera al consentimiento como un elemento excluyente de la tipicidad, con el estimado de que una persona si bien realiza

⁶⁴ *Ibíd*em

⁶⁵ Carlos Lascano y Otros, *Derecho penal, parte general*, Córdoba, *ADVOCATUS*, 2005, pág. 459

⁶⁶ Claus Roxin, *Derecho penal parte general*, Editorial Civitas, 1997 pág.511-512

un acto voluntario y consciente, es su deber actuar con las precauciones conforme a las reglas imperantes; vale decir, con comprensión de los elementos objetivos del tipo, pero además de las causas de justificación que completan el injusto (elementos negativos del tipo). Conforme a la visión de Eugenio Raúl Zaffaroni en *Tratado de derecho penal*, parte general, es en el estrato de la tipicidad en donde se encuentran los elementos objetivos del tipo penal, los cuales ha dado por dividirlos en: Tipo objetivo sistemático y el Tipo objetivo conglobante. En el tipo objetivo sistemático se encuentran: el Pragma y el Resultado problemático, el primero de ellos tiene relación con los hechos de la realidad que interesan al tipo; y el segundo, con la imputación objetiva, que a decir de Zaffaroni, abarca a la acción, el nexo causal, la imputación propiamente dicha, la necesidad y la probabilidad de esa imputación objetiva, así como el análisis potencial del dominio del hecho. A decir del maestro la figura del Acuerdo se analiza en el Tipo Objetivo Sistemático; mientras que en el Tipo objetivo conglobante, lo que se analiza es el conflicto y la ofensa (lesión del bien jurídico), explicando que el término *objetivo* tiene que ver con el hecho de establecer si la lesión ha ofendido el bien jurídico, y *conglobante* porque lo inminente es la adecuación; y en ese sentido, Zaffaroni menciona que es en el Tipo objetivo conglobante, el substrato en el cual se analiza el consentimiento. En cuanto a los aspectos subjetivos de la tipicidad, el maestro nos dice que dolo es el conocer y comprender los elementos objetivos del tipo penal sistemático⁶⁷.

Continuando con el desarrollo del concepto del delito, una vez establecido que el caso se adecua al supuesto de hecho previsto en la norma y en aras de averiguar si este resulta ser merecedor de responsabilidad penal, corresponde analizar el siguiente estrato de las categorías dogmáticas, como es la Antijuridicidad, es decir la acreditación de que el hecho producido (acto típico) es contrario a derecho. A decir de Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, en *Derecho penal, Parte General*, el término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico, asegurando en ese sentido que la realización de un hecho típico genera la sospecha de que es también antijurídico, con la reserva de que esa presunción pueda ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación y que, en dicho contexto, el juicio de antijuridicidad descansa siempre en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado) producida por una acción también desvalorada

⁶⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal, Parte general*, EDIAR, 2004, págs. 225-229

(desvalor de la acción)⁶⁸; pero además, el conocimiento lógico de las cosas, hace posible mencionar un hecho que es digno de relevancia por parte de Muñoz Conde y Arán en su obra, como es el de que en dogmática jurídico penal se ha dado por realizar el empleo de los términos antijuridicidad e injusto como equivalentes, cuando el primero de los nombrados (la antijuridicidad) resulta ser un predicado de la acción, esto es, el atributo con el que se califica el acto para revelar que es contrario al ordenamiento jurídico; mientras que el segundo (el injusto) es un sustantivo que se emplea para denominar la acción calificada como antijurídica, aclarando que la simple contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico lleva el nombre de antijuridicidad formal; mientras que la antijuridicidad material dice relación con la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger, concluyendo que la esencia de la antijuridicidad es la ofensa de un bien jurídico protegido por la ley que se infringe con la realización de la acción; por lo tanto, un hecho que contradice la norma de manera puramente formal no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco lo puede ser, la lesión de un bien jurídico que no esté protegida jurídicamente⁶⁹. Nótese en ese sentido que el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal cumple con dichos postulados, ya que en definitiva establece que la conducta penalmente relevante será considerada como antijurídica, siempre y cuando amenace o lesione sin justa causa un bien jurídico protegido. Como se ve, la norma prevista en la ley, deja de lado el aspecto meramente formal como es el de que el comportamiento antijurídico solo tiene que ver con el contrariar derecho, para dar paso a considerar la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico protegido, conforme las exigencias (mandatos de optimización) emanadas de la Constitución de la República, como lo es el principio de lesividad (no hay necesidad sin daño) y el principio de necesidad (no hay ley sin necesidad). Al tratarse de una estafa por ejemplo, la antijuridicidad formal tiene que ver con el acto típico contrario a la norma jurídica; mientras que la antijuridicidad material, dice relación con la lesión a los derechos patrimoniales (libre disposición). Al hablar de la criminalización de conductas, es muy importante resaltar el hecho de que dado el carácter de fragmentario y subsidiario del derecho penal, se ha de tener como bienes jurídicos dignos de protección penal, aquellos que representan las lesiones más graves para las personas. No debe dejarse de lado la circunstancia de que una de las finalidades del derecho penal, sino la más importante, es

⁶⁸ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 300.

⁶⁹ *Ibidem*

la de limitar el poder punitivo del estado, con la consideración de que no son de su oficio aquellas que se han dado por denominar *funciones deslegitimadoras*, que dicen relación con la interiorización de valores (adulterio, incesto, familia); o aquellas que tienen que ver con la intención de generar una sensación de seguridad, sobre la base a la utilización de datos falsos. Un dato falso creador de norma lo es por ejemplo, el decir que las penas más graves disminuyen el número de delitos o que penando a los ladrones se tutela propiedad. El derecho penal es fragmentario porque no protege a todos los bienes jurídicos previstos en la Constitución, sino conforme se ha dicho, a los más graves y es más, en ese orden, por lo que no todos los derechos merecen tutela penal. Y se dice subsidiario, porque su intervención se entiende legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Resulta ser la última ratio, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales⁷⁰.

El artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal, establece que no existirá infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa, agregando que tampoco existirá infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, siendo claro que son estos *paratipos* de orden legal, los que convierten a un acto típico en jurídico o por decirlo de otra manera, habilitado legalmente; así pues, existe estado de necesidad, cuando la persona al proteger un derecho propio o ajeno, causa lesión o daño a otra, siempre que se cumplan con los siguientes presupuestos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro; 2.- Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión; y 3.- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho. Habrá legítima defensa cuando la persona actúa en amparo de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes elementos: agresión actual e ilegítima; necesidad racional de la defensa; y falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho⁷¹.

A raíz de que el dolo es analizado en el segundo de los estratos como es la tipicidad, surgen ciertas inquietudes: ¿Qué sucede con las causas de justificación?, ¿se puede decir que el defenderse de una actual agresión ilegítima, a través de un medio racional es doloso?; o por el contrario, será que ¿la norma de producción de la legítima defensa excluye cualquier clase de análisis al respecto?; o porque no cuestionarse si ¿existirá en realidad la posibilidad de argumentar existencia de error en las causas de

⁷⁰ Código Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 5

⁷¹ *Ibidem*

justificación?, cuestionamientos que como se ve serán examinados en el desarrollo de la presente investigación; mientras tanto, se ha de decir que la responsabilidad penal del que actuó bajo el influjo del Injusto, luego de haber pasado los filtros que en él se encuentran, como son la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, dependerá ahora del hecho de establecer si una determinada persona actuó o no con culpabilidad, para ello será necesario conocer si en su comportamiento estuvieron presentes las variables de imputabilidad, antijuridicidad del comportamiento y si, en dichas condiciones, le era exigible otra conducta. A decir de Eugenio Raúl Zaffaroni, la teoría normativa de la culpabilidad alcanza la pureza de su enunciado solo cuando es eliminado de su contenido el objeto que se somete al juicio de culpabilidad, es decir “..cuando el dolo y la culpa abandonan su atormentada posición en la culpabilidad y pasan a tomar un lugar que les pertenece en la estructura de la tipicidad”⁷², adicionando que lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigírsele que no lo realizara, aspecto de orden valorativo que a decir de Enrique Bacigalupo, tiene su sustento en la influencia que la teoría finalista de la acción ha tenido en este tema, pues el ejercicio de reproche respecto a la realización de un injusto presupone la capacidad de motivarse por la norma, entendiéndose que una persona, quien realizó una acción típica antijurídica será culpable siempre y cuando sea capaz de actuar de esa manera, es decir, que al conocer aunque sea de manera potencial la ilegitimidad de su comportamiento, en condiciones normales, no obre de otra manera, cuando, era su obligación hacerlo, es por eso que el maestro sostiene que el concepto de culpabilidad se estructura sobre la base de la comprensión de la ilicitud y del comportamiento obrado conforme esa comprensión -lo contrario- esto es, no motivarse por la norma, supondría una consecuencia lógica, como es la exclusión de la culpabilidad. Este postulado conforme se sabe, se advierte asentado en la figura del error, siempre con la consideración o perspectiva constitucional de que los ciudadanos conozcan la ley y puedan ver originado su comportamiento en ella, es por eso que es correcto el cuestionamiento realizado por Edgardo Alberto Donna, en el sentido de decir: “Que sentido tendrá la ley previa si no es para que el agente sepa que su acción está prohibida y que los bienes jurídicos que él ataca están protegidos?, la conciencia del injusto debe estar presente o por lo menos susceptible de ser conocida por todas las personas, de ahí la importancia del error de prohibición vencible e invencible”⁷³, a lo que

⁷² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal, Parte general, EDIAR, 2004, pág. 450.*

⁷³ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, págs. 247 y 248*

se debe agregar lo que en ese sentido expresa Francisco Muñoz Conde al decir que “lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos quehaceres posibles que es precisamente lo que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”⁷⁴.

Siendo como es, la culpabilidad, un juicio de reproche hacia el comportamiento de una persona, quien ha de actuar de manera típica y antijurídica en los términos reseñados, corresponde identificar los elementos contemplados en esta categoría dogmática. Su examen o verificación permitirán a la postre declarar culpable o no a una persona: así pues, la *imputabilidad* tiene que ver con el hecho de que una persona comprenda de la ilicitud de su comportamiento (elemento intelectual) y de que conforme a esa comprensión, haya decidido actuar (elemento volitivo). Sin mayor esfuerzo podremos colegir que no serán imputables aquellas personas que no tienen la capacidad intelectual y la voluntad de realizar un injusto. En esta clasificación se incluyen los menores de edad, quienes debido a su incapacidad psicológica, se convierten en beneficiarios legales de esta figura exculpatoria, pero además también quienes sufran de un trastorno mental en los términos del artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal. En cuanto *al conocimiento de la antijuridicidad*: Francisco Muñoz Conde explica que este elemento no le pertenece al dolo, como conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo, sino que se constituye en uno propio de la culpabilidad, que no requiere del mismo grado de conciencia, en el sentido de que no necesita ser actual y de que en dichos términos, puede ser tan solo potencial, importando por ende no tanto la conciencia de la antijuridicidad en el momento del hecho, sino tan solo la circunstancia de que el sujeto activo del delito se encuentra afectando el derecho de otra persona en los términos del artículo 66 numeral 5 de la Constitución de la República. Bajo esa premisa, “se comprende el rápido éxito, no solo teórico, sino práctico, legislativo y jurisprudencial, que ha tenido la teoría de la culpabilidad”⁷⁵.

El hablar de culpabilidad como categoría dogmática del delito, supone además la realización del análisis del error de prohibición, en el sentido de decir que para que una persona sea responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, lo que quiere decir que quien se comporta de manera

⁷⁴ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, Tercer Milenio, 2008, pág. 103.

⁷⁵ Francisco Muñoz Conde, *El error en el derecho penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, págs. 33, 34

antijurídica sin saberlo, lo hace sobre la base de la figura del error, en este caso, de prohibición, siendo por demás claro, que aquellas pretensiones del legislador por eliminar esta causa exculpatória, han sido en vano, pues de acuerdo con el texto del artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal, esta se mantiene. Ha llamado mucho la atención el hecho de que con ese fin, el de eliminar de la ley penal el error de prohibición, el legislador haya suprimido de su texto, una variable de culpabilidad, como es el poder exigir a una persona que se comporte de otra manera. Entiendo que esa intención tenía estrecha relación con el hecho político de insistir en la criminalización del aborto cuando el producto (feto) haya provenido de una violación; pero, es el análisis correcto de cada uno de los estratos del delito el que permitirá establecer si esa persona que provocó el aborto en las circunstancias antes anotadas es responsable o no del hecho; así pues, ¿se podría decir que se trata de un acto consciente y voluntario dirigido hacia la producción de los elementos objetivos del tipo penal (aborto)?, Sí. ¿Qué contraría norma penal expresa y que atenta contra un bien jurídico protegido desde la Constitución de la República?, Sí. ¿Se le puede exigir a la mujer violada el nacimiento de un hijo producto de la violación?, No. Entonces, por más que se encuentre en la ley, es el análisis o comparación del comportamiento de quien se dice ha infringido la ley penal, el que permite establecer que ese injusto no se ajusta al estrato de culpabilidad. Su consecuencia, por demás obvia, en este caso no habrá delito y por lo tanto, tampoco punibilidad.

2. El error

Siendo el error el protagonista de la presente investigación, será de suma importancia contar con el criterio que al respecto proporcionan los doctrinarios respecto al tema. Savigny en *Norma y error en derecho penal* de Ricardo Ángel Basílico, realiza una comparación entre error e ignorancia, expresando que en el primero, la realidad resulta verse oscurecida y oculta por un pensamiento falso; mientras que en la ignorancia, existe una ausencia de una idea verdadera⁷⁶. Jiménez de Azúa en *Tratado de derecho penal*, transmite la idea de que el comprender la diferencia que existe entre los vocablos ignorancia y error es fundamental, la primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado,

⁷⁶ Savigny en *Norma y error en el derecho penal* de Ricardo Ángel Basílico, Córdova, Editorial Mediterránea, 2005, pág. 26

es un estado negativo, asegura el maestro; mientras que el error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto, es un estado positivo, concluye.

Para Francisco Muñoz Conde, si bien el error es una falsa representación o suposición de la realidad, en el Derecho penal recobra significativa importancia cuando éste se refiere o recae sobre algún elemento de la definición legal del comportamiento delictivo o sobre la prohibición jurídico-penal del mismo, como puede suceder en el evento de que “un cazador por su precipitación y mala puntería, alcanza, matándolo, a otro cazador, cuando, en realidad, trataba de cazar un rebeco; o como cuando, en el curso de una pelea callejera, uno de los intervinientes empuja a otro que resbala, cae y se golpea contra el borde de la acera, muriendo como consecuencia de aquello⁷⁷, temas que a decir del maestro podrían resolverse dejando subsistente la imputación de muerte, si procede, a título de culpa o imprudencia; sin embargo, a más de los ejemplos como los expresados, pueden darse otros que puestos a consideración de los operadores de justicia, no serán tan fáciles de resolver y requerirán de su parte, un análisis más exhaustivo respecto a las circunstancias que rodearon al hecho; en cuyo mérito, la decisión a adoptarse deberá sujetarse al tipo de error presente en la conducta del sujeto, como puede ser el caso de que una persona en horas de la noche ve ingresar a otra hasta su casa, optando por disparar a quien sin saberlo era su hijo. La pregunta es ¿se trata de un error vencible o invencible?, vale decir evitable o inevitable, de cuya concepción variará la situación jurídica de quien cree estar actuando lícitamente. El error es ingénito al ser humano, en el sentido de que en su imaginación, en determinadas circunstancias, el hombre y la mujer creen actuar de manera legítima, por lo que surge la necesidad de trasladar dicha concepción al campo del derecho penal, en el sentido de conocer si el comportamiento causal que se adecua a un determinado tipo penal, es realizado o no con el debido conocimiento de los elementos objetivos del tipo, por desconocimiento del orden jurídico vigente, o por un error en la comprensión culturalmente condicionada. Su importancia radica en conocer los efectos jurídicos que se derivan de ese comportamiento y por sobretodo el grado de incidencia que tiene en el establecimiento de la responsabilidad penal, siendo un anticipo de aquello el asegurar que uno de los tribunales de garantías penales de la ciudad de Quito, valorando como medio de prueba el testimonio del acusado –por el cual adujo no conocer del contenido de la maleta que le fuera entregada y en la cual se encontró la droga- aplicó el error de tipo al decir que el procesado no logró comprender uno de los elementos objetivos

⁷⁷ Francisco Muñoz Conde, *El error en el derecho penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, págs. 13, 14

del delito de tenencia de drogas, como es el verbo rector *poseer*, con el criterio de que acoge su declaración como medio de prueba y de defensa a su favor, siendo claro que de acuerdo a los postulados doctrinarios, quien aduce error de tipo en su comportamiento, debe probar la circunstancia de que fue otra la persona quien, a través de su comportamiento, procuró el resultado; en este caso, el de colocar la droga en un determinado lugar; así pues, para explicar las implicaciones que el error tiene en el Derecho Penal, se torna necesario remontarse hasta los tiempos del Imperio Romano y analizar el principio que a la época regía el comportamiento jurídico de las personas, como es el de que la *Ignorancia Iuris No Excusa*, o lo que es lo mismo, la ignorancia o el error en cuanto al conocimiento del derecho, no disculpa a persona alguna. Máxima jurídica que se encontraba prevista en el Código Penal del Ecuador, hasta el 10 de agosto de 2014, que en su artículo 3 disponía: “Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas por todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie podía invocar su ignorancia como causa de disculpa”⁷⁸, situación esta se advierte seriamente cuestionada a partir de los pensadores contemporáneos, como Pablo Francisco Vallejo Lecaro, quien en definitiva expresa que en la legislación ecuatoriana aún se encuentra en vigencia una normativa que invade el campo de la conciencia en cuanto al conocimiento del ilícito, cuando en las legislaciones española, alemana y otras ya se habla de error de tipo y del error de prohibición (vencible e invencible) como causas de exculpación, los cuales reemplazaron a los errores de hecho y de derecho, que a decir del autor, resultaron ineficaces en solucionar el problema del conocimiento en el injusto⁷⁹, debiéndose con ese discernimiento decir que error de tipo no es error de hecho, ni error de derecho equivale a error de prohibición, pero además también mencionar que durante muchos años, en el campo del derecho penal, predominó una postura propia del derecho civil, como es la que concebía al error de hecho, como aquel que recaía sobre las circunstancias fácticas del delito; y al error de derecho, como aquel que actuaba sobre las circunstancias jurídicas valorativas del delito, lo cual es comprensible si se toma en cuenta que el error –en dichos términos- obedecía a un bosquejo del delito propio del momento, como es el causalista naturalista (esquema clásico); así pues, -el que- en el injusto, entendido como el acto, típico y antijurídico, se analizaba lo objetivo; mientras que en la culpabilidad, el *dolus*

⁷⁸ Código penal y de procedimiento penal, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2010, págs. 13 y 14

⁷⁹ Pablo Vallejo, *El error exculpante como causa de justificación en la determinación de la responsabilidad penal*, Guayaquil, Editorial Uno, 2008, pág. 36

malus, suponía el conocimiento de las circunstancias fácticas tanto de la tipicidad como de la antijuridicidad. Ahora bien, este problema (error) se agudiza aún más en el esquema causalista valorativo (neo clásico), con la presencia de los elementos normativos propios de la tipicidad, en el sentido de considerar que el error respecto del conocimiento de dichos elementos, podía ser fácilmente confundido y muy bien podía ser considerado como un error de hecho y un error de derecho al mismo tiempo, “ya que solo constituían un dato fáctico a analizar y no una valoración a la estructura misma del elemento normativo”⁸⁰. “En el delito de hurto, por ejemplo, el error sobre la ajenidad de la cosa apropiada, es un error de hecho y a la vez de derecho, toda vez que la ajenidad es un concepto normativo. El error sobre la edad de la mujer con la que el hombre tuvo relaciones sexuales, es así mismo un error de hecho y un error de derecho a la vez, es por eso que esa forma de comprender el error ha sido superada por el error de tipo que afecta a la tipicidad y el error de prohibición que afecta a la culpabilidad⁸¹.”

Pedro Cevallos Patiño en el XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal, celebrado entre el 25 y 28 de octubre de 2005 en la ciudad de Guayaquil, supo transmitir la idea de que tradicionalmente la dogmática penal reconoció al error de hecho (error facti) y al error de derecho (error juris) dentro de la teoría del delito, asegurando que ha sido el primero, que se refiere a los elementos que configuran la tipicidad de la conducta, el que ha tenido relevancia para el derecho penal, y no así el segundo, sobre el cual (el segundo) -según dice- era imperante el principio de presunción del conocimiento de la ley penal, que conforme se ha dicho, se reputaba conocida por todos los habitantes: Es a principios del siglo XX con Karl Binding, detractor del principio de *error juris nocet*, asegura el disertante, el momento histórico en el cual se tornan relevantes los errores sobre hechos y normas, Para el derecho penal clásico el error de hecho, relacionado con el conocimiento de los elementos objetivos y esenciales que configuraban la infracción, se constituía en una excluyente de la culpabilidad, estrato que tenía al dolo y a la culpa como elementos de carácter subjetivo; sin embargo, existirían casos en los que las cosas se advertían complicadas, como cuando el agente daba por llevarse un objeto ajeno creyéndolo propio, en cuyo caso se crearía dudas respecto a la circunstancia de considerar si el supuesto narrado se relacionaba con

⁸⁰ Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras completas, Quito*, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, pág. 920.

⁸¹ Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, págs. 62 y 63.

un error de hecho o un error de derecho, llegando luego la doctrina a clasificar el error de derecho, en penal y extrapenal, en la que paradójicamente se le otorgaba al segundo de los nombrados, el carácter de error de hecho, con exclusión del dolo, como cuando al agente no le hubiera sido posible determinar y comprender la ilicitud de su conducta, dejando en imprudente el comportamiento, en caso de evitabilidad. A decir del expositor, esta clasificación degeneró en abusos judiciales, y en cuanto al error de derecho como tal, la idea continuaba siendo la misma, es decir nadie podía excusarse por ignorancia de una determinada norma penal⁸².

De todas maneras, con posterioridad se acogió en forma predominante la clasificación de error de tipo y error de prohibición, lo reseña Juan Bustos Ramírez, explicando que el primero de ellos, recae sobre las circunstancias del tipo penal y el segundo sobre la antijuridicidad o injusto de hecho, a lo que se suma la circunstancia de que esta clasificación aparece consecuente con la posición del finalismo, o por lo menos con la de todos aquellos que distinguen entre el dolo natural en la tipicidad, que dice relación con el aspecto objetivo y la conciencia de la antijuridicidad situada en la culpabilidad, asegura el maestro⁸³.

2.1. Error de tipo

Si el agente cree de manera errada que los actos por él ejecutados son de su entero dominio, obra bajo la figura del error. En ese caso; el autor desconoce que tiene pleno dominio sobre los actos por él perpetrados, pues jamás estuvo en su comportamiento consciente la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal. A decir de Pablo Encalada en *Teoría constitucional del delito*, el error de tipo recae sobre los elementos objetivos de la infracción, como son: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, objeto material, objeto jurídico, elementos normativos, elementos valorativos y otras circunstancias; más, en dicho contexto -conforme a la visión de Enrique Bacigalupo y de Claus Roxín- esta causa exculpatoria afecta al elemento intelectual del dolo, como puede suceder en el evento de que una enfermera puede creer que está inyectando una medicina, cuando en realidad ha sido el enemigo de la víctima, quien ha colocado veneno en la jeringuilla en lugar de un fármaco. En este caso la enfermera actúa por error, pues no

⁸² Pedro Cevallos Patiño, *Institución necesaria en la legislación penal ecuatoriana*. Ponencia. Simposio Principal, VII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Guayaquil, 15 al 28 de octubre de 2005.

⁸³ *ibidem*

estuvo en su conducta la intención de matar a la paciente o dicho en otras palabras no tuvo en su poder el control para ejercer el acto final (dominabilidad). Ella (la enfermera) pensaba que estaba inyectando una medicina y no un veneno, Por tanto la enfermera no ha realizado un acto típico de matar, sino que su acción final fue la de inyectar la medicina, por tanto la conducta es atípica⁸⁴.

En ese mismo orden de cosas Juan Bustos Ramírez asegura que el código penal español no sigue estrictamente la teoría clásica del error de tipo, ya que su texto margina al error respecto de los elementos normativos del tipo, con el criterio de que estos no se corresponden con el hecho; más, en aras de comprender el ámbito del error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, el maestro expresa que el error sobre un *Elemento esencial* del injusto delictivo excluye el dolo, porque afecta el aspecto cognitivo del mismo y por tanto la responsabilidad penal, con el agregado de que para que este particular tenga lugar (el error), es necesario que la existencia de una determinada relación entre sujeto y hecho, sea invencible, como podría darse en el caso de que “Pedro en una juguetería coge un revólver y lo dispara, pero resulta que era uno verdadero que se le había quedado al dueño entre otros de juguete, y, en consecuencia, hiere a un transeúnte (el sujeto no sabía que mataba, elemento esencial para el injusto de homicidio)”⁸⁵, por lo tanto se excluye el dolo y por tanto la responsabilidad, surgiendo inmediatamente la interrogante por saber que sucedería si ese mismo sujeto enfrenta un error sobre un *Elemento no esencial* o accidental, la respuesta dada es que para los fines de la responsabilidad, el error en dichas circunstancias resulta ser irrelevante, por tanto el dolo persiste y el autor es responsable. En ciertos casos, agrega el maestro, el error de *tipo accidental (no esencial)* puede recaer sobre una circunstancia que al mismo tiempo es portadora de un *momento esencial*, en cuyo caso si habrá trascendencia en la determinación de la pena, como ocurre en el error en persona o en el objeto (el más característico del error accidental), en el que no importa el objeto (la persona) sobre la cual recae el comportamiento delictivo, sino el resultado en sí mismo, como cuando Ignacio quiere matar a Ricardo, pero al esperarlo en la noche confunde a Diego que va vestido igual y lo mata, siendo que para el delito de homicidio, da lo mismo a quien mate⁸⁶.

⁸⁴ Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 63

⁸⁵ Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 928

⁸⁶ ibídem

En lo que se relaciona con el error en el golpe (*aberratio ictus*), que se trata también de un error accidental, el maestro resalta el hecho de que la confusión no se advierte dirigida hacia el objeto o persona, sino más bien en el curso causal elegido por el sujeto, como cuando Pedro dispara sobre Marcelo, este se agacha y la bala da en Rodrigo, que muere, error que en los términos de trascendencia, debería dar lugar a que Pedro sea castigado por homicidio; sin embargo, han existido ponencias que contrarían lo antes mencionado, pues hay quienes aseguran que de darse ese caso debería aplicarse un concurso ideal de delitos: tentativa de homicidio y homicidio consumado, lo cual a su vez se advierte cuestionado por quienes creen que en dicho evento, el autor no tenía en la mira al segundo objeto, sobre el cual al final recayó la acción; más, en lo que tiene que ver con el error sobre las circunstancias que modifican la pena, como son las agravantes, Juan Bustos Ramírez asegura que es necesario que el agente las conozca, pues tampoco podrían ser imputadas, en los supuestos en los que el agente las haya desconocido⁸⁷ y de conformidad con lo dicho, siendo como es el error de tipo, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo⁸⁸, una falta de conciencia respecto de los elementos del tipo penal, ya sea por error o por ignorancia⁸⁹, -a decir de Edgardo Alberto Donna- también podría abarcar aquellas circunstancias agravantes del tipo penal, cuando el agente las haya desconocido, situación que podría suceder en el evento de que el padre mate a su hijo, sin saberlo que lo era; en cuyo caso, no hay duda que se estará frente al delito de homicidio pero nunca frente al parricidio⁹⁰.

Por su parte Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán en *Derecho penal, parte general*, sostienen que cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de los elementos objetivos del tipo repercute en la tipicidad, porque de esa manera se excluye el dolo y ese sería justamente el motivo por el cual se ha dado por darle el apelativo de error de tipo, agregando en ese sentido que el error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo, como puede ser el error sobre los presupuestos de las causas de justificación, antijuridicidad, culpabilidad o penalidad

⁸⁷ ibídem

⁸⁸ Enrique Bacigalupo en Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pág. 112

⁸⁹ Rudolphi en Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pág. 112

⁹⁰ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pág. 114

carecen de relevancia, no puede ser considerado como tal, en tanto de manera alguna repercuten en la tipicidad⁹¹.

2.1.1. Error de tipo vencible e invencible

Ahora bien, en palabras de Pablo Encalada Hidalgo, se tiene que el error de tipo puede ser invencible y vencible: el primero se da en el evento de que no exista alguna forma de evitarlo, en cuyo caso se elimina el dolo y la culpa. Un ejemplo de error de tipo invencible es aquel en el que un hombre retira dinero de su cuenta bancaria y sucede que el día anterior un amigo le ha hecho un depósito proveniente del narcotráfico, éste no responde por el delito de lavado de activos, pues no tenía conocimiento de que estaba lavando dinero⁹². El error vencible tiene lugar en el evento de que si había forma de evitar el hecho, un ejemplo sería el hecho aquel en el que el capitán de un barco de gran calado decide acercarse a la orilla en la que existen demasiadas rocas, el barco se hunde y algunas personas mueren, ese comportamiento pudo haber sido evitado. En este caso si bien la conducta no es dolosa; sin embargo persiste la culpa y el agente debe ser sancionado por el delito de homicidio culposo. Podría también suceder que una persona al llegar al aeropuerto sea sorprendida con droga en su maleta. El argumento del sujeto aprehendido es de decir que transportaba la maleta a otro país por pedido de una tercera persona, sin saber el contenido de la misma. En este caso le correspondía a la persona a quien *se le habría encargado la maleta*, revisar el contenido de la maleta encargada, por lo que en dicho caso, si bien existe un error de tipo, el mismo se advierte evitable o vencible -en caso en particular- esa conducta no es punible en razón de que la ley no la contempla como imprudente o culposo el delito de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, siempre y cuando se identifique al responsable, siendo por tanto correcta aquella expresión realizada por Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, como es de que “el error de tipo tiene como efecto principal, eliminar el dolo y se presenta bajo dos formas: a) invencible; b) vencible. En los dos casos se elimina el dolo, pero en el

⁹¹ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, Derecho penal, Parte general, Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 275

⁹² Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 65.

segundo de los supuestos deja subsistente la imprudencia, siempre y cuando se encuentre incriminado el tipo culposo”⁹³.

A pesar de que el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 18 define a la Infracción Penal como una conducta típica, antijurídica y culpable y de que en dicha consideración, son esos cuatro elementos constitutivos de la estructura del delito, los que se constituyen en verdaderas categorías de análisis o comparación con el comportamiento de quien se dice ha infringido la ley penal; y de que ha sido la escuela finalista, la que ha influido en el hecho de colocar los conceptos de dolo y culpa en la categoría de la tipicidad, llama la atención la circunstancia de que la Asamblea Nacional, si bien empieza por colocar el elemento subjetivo (dolo) conforme a la visión de Hanz Welsel, es decir en la tipicidad, a renglón seguido y de forma por demás paradójica, termina por definirlo conforme a la óptica de un esquema clásico o neo clásico, es decir como un *dolus malus*, al expresar que “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”⁹⁴.

Con la intención de otorgar correspondencia al texto legal construido sobre la base de un dato falso, como el que se menciona anteriormente, la Asamblea Nacional elimina además el texto del artículo 30 del proyecto del Código Integral Penal, cuyo inciso primero establecía: "No existe infracción penal cuando por error o ignorancia invencible debidamente comprobada, se desconozcan uno o varios elementos objetivos del tipo penal"⁹⁵, descontextualizándose de esa manera un esquema del delito que empieza por definir una acción final, para luego pasar por una tipicidad causal y volver sobre antijuridicidad y culpabilidad finalista o post-finalista. Lo que resulta más sorprendente es que los cambios de orden legal, fueron realizados atendiendo una serie de análisis que nada tienen que ver con la dogmática en los términos que han sido debidamente desarrollados en la presente investigación. Se ha dicho por ejemplo que en el proyecto de Código Orgánico Integral Penal constan dos errores peligrosos, complejos y extraños a la realidad del país, los cuales incidirán negativamente en la administración de justicia y que al ser así, colocarán en entredicho los principios de la administración pública penal, a punto de que “El error de tipo será la carta blanca para lograr exoneración de responsabilidad penal alegando desconocimiento de la ley o error en su comprensión” y

⁹³ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito; Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 2010, pág. 168

⁹⁴ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 24

⁹⁵ *Proyecto Código Orgánico Integral Penal*, cuya discusión por parte de la Asamblea Nacional, abandonó los postulados relacionados con la teoría del error, excluyendo de su texto de manera expresa pero no tácita los errores de tipo y de prohibición

de lo que se trataría es de anular el tipo penal, con la subjetiva alegación de que el infractor desconoce la ley⁹⁶, lo cual de manera alguna se corresponde con la realidad, debiéndosele recordar a quienes fueron capaces de provocar el remiendo jurídico en los términos anotados, que el dolo debe ubicarse en la tipicidad, porque en dicha categoría dogmática se encuentran determinadas las características del comportamiento de la persona humana, entre las que figuran no solo las meramente objetivas, sino también aquellas de carácter subjetivo que exigen justamente no solo ese conocimiento objetivo, sino además la voluntad de su realización por parte del sujeto activo del delito; siendo que, “la falta de conocimiento o el inexacto o erróneo conocimiento de dichos elementos objetivos, es la situación que nos permite hablar de error de tipo”⁹⁷.

2.2. Error de prohibición

Sin mucha dificultad se puede decir que el juicio de reproche tiene que ver con la circunstancia de que el agente –motivado por la norma- haya realizado un injusto cuando, en condiciones normales, le era posible realizar otro comportamiento. Esta motivación en palabras de Edgardo Donna tiene que ver con el hecho de que en la Constitución de la República consta el principio de reserva legal, cuya trascendencia para el derecho penal radica en la necesidad de que los ciudadanos deben conocer la ley y sobre dicha base, motivar su comportamiento. En ese sentido, se debe también expresar que no todo error que impida la comprensión del carácter de injusto del hecho es un error de prohibición, conforme lo reseña Eugenio Raúl Zaffaroni, quien en ese sentido asegura que así como el error de prohibición impide la comprensión de la antijuridicidad, el error de tipo también lo hace, siendo claro que lo que se debe tener en cuenta es que en este último (error de tipo) el sujeto *Cree que hace otra cosa*; mientras que en el error de prohibición, el agente sabe lo que hace pero no puede motivarse por la norma porque carece de los elementos que le posibilitan esa comprensión; así pues, quien crea que su injusto es una contravención cuando es un delito, mediando un error invencible, no será culpable, porque no habrá podido comprender la criminalidad que nada tiene que ver con la subsunción⁹⁸.

⁹⁶ El Comercio, Fabián Corral, edición de 14 de noviembre de 2013

⁹⁷ Toribio W. Castro Cornejo, *El error en el derecho penal*, Ediciones Jurídicas del Centro, 2010, Lima, pág. 53

⁹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal, Parte general*, EDIAR, 2004, pág.185-186

Para Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán el error de prohibición no solo tiene lugar cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho, pues este puede referirse a la existencia de normas prohibitivas como tal (error de prohibición directo), evento en el que el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta, o a la existencia de límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción (error de prohibición indirecto), en el que el agente sabe que su conducta está prohibida como tal, pero cree estar al frente de una causa de justificación que lo habilita⁹⁹.

El artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal establece que para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad¹⁰⁰. Consecuentemente no lo serán (responsables penalmente) los inimputables y aquellas personas que tienen la creencia equivocada de estar obrando lícitamente, es decir bajo el influjo del error, que como se ve, a pesar de las aviesas intenciones del legislador, no lograron su total eliminación del texto legal, conforme fuera analizado en renglones anteriores; sin embargo, si la lógica es el punto, hubiese sido de mucha importancia considerar que quienes analizaron el proyecto del Código Orgánico Integral Penal, no debían haberse dejado llevar por criterios antojadizos, como aquel que de manera sarcástica asevera que en la ley penal ecuatoriana lo que se pretendió introducir son dos errores peligrosos que atentaría contra los principios de administración de justicia, cuando existen pensadores como Pablo Francisco Vallejo Lecaro, que sostienen que en la legislación ecuatoriana aún se encuentra en vigencia una normativa que invade el campo de la conciencia en cuanto al conocimiento del ilícito, cuando en las legislaciones española, alemana y otras ya se habla de error de tipo y del error de prohibición (vencible e invencible) como causas de exculpación¹⁰¹. Lo bueno es que el error -aunque sea de manera implícita- se mantiene en la ley debido a la definición de culpabilidad en los términos antes referidos. Lo protervo es que no existe en su texto una referencia taxativa de los efectos jurídicos que produce la creencia errónea de estar obrando lícitamente, no se dice por ejemplo que efecto legal tiene el haber obrado bajo la influencia de un error vencible e invencible.

⁹⁹ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 382-383

¹⁰⁰ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legal, 2015, pág. 26

¹⁰¹ Pablo Vallejo, *El error exculpante como causa de justificación en la determinación de la responsabilidad penal*, Guayaquil, Editorial Uno, 2008, pág. 36

2.2.1. Error de prohibición vencible e invencible

De todos modos y muy a pesar de que esto haya sucedido, en términos puramente dogmáticos, es importante decir que cuando una persona actúa bajo el influjo del error de prohibición vencible, sigue siendo culpable, pues en dichas condiciones el sujeto tenía la capacidad de actuar; mientras que si lo hace bajo una creencia errónea invencible, el injusto no lo es. Puede suceder que un joven ciudadano europeo decida venir a las playas de Montañita, lugar en el que conoce a una muchacha de 13 años, con quien decide mantener relaciones sexuales. Al ser detenido por la policía manifiesta que en su país no es delito hacerlo (mantener relaciones sexuales con menores de 13 años). Si bien nos encontramos frente a un error de prohibición, pues el ciudadano europeo desconocía acerca de la antijuridicidad de su comportamiento, le correspondía como a cualquier otro ciudadano cerciorarse acerca del tema, encontrándonos por tanto frente a un error de prohibición vencible, en cuyo caso, sigue siendo culpable.

3. Ubicación de los errores de tipo y de prohibición y su momento de aplicación

Conforme se ha dicho, el principio abstracto de eficacia normativa o *ignorantia iuris non excusat*, determina que la ignorancia de las normas no excusa a persona respecto de su cumplimiento. En cuanto a su vigencia, el principio antes mencionado se advierte presente en el derecho privado, más no el campo penal, aspecto doctrinario que se explica con el mero hecho de decir que en este último (derecho penal) se encuentra presente la teoría del error, que en los términos de técnica legislativa se advierte inobservada y porque no decirlo, desconocida por quienes tuvieron a su cargo la elaboración del texto del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador, como son los assembleístas, quienes, conforme a la reseña realizada en pasajes anteriores, no aprehendieron de entre sus normas, al dolo y a la culpabilidad conforme al esquema finalista (propio de la ley penal ecuatoriana), como tampoco a los errores de tipo y de prohibición, que se ajustan a ese mismo sistema. El error en materia penal se deriva del principio de culpabilidad (no hay acción sin culpabilidad) que para el caso que nos atañe se relaciona de manera específica con el hecho de que el autor conozca de los elementos objetivos del tipo penal; y por otra, con aquella comprensión que debe tener el sujeto para motivarse conforme a la norma. Acorde a lo expresado, se tiene entonces que ha sido la injerencia de la escuela finalista la que ha logrado abordar -desde otra perspectiva- el tema del error, por lo que, en aras

de justificar lo dicho, basta con manifestar que el error en las escuela clásica y neo clásica no tenían forma de afectar la tipicidad, pues en ellos, el dolo se encontraba en la culpabilidad; así pues, mientras que en el causalismo naturalista, la tipicidad era eminentemente descriptiva, siendo suficiente para determinarla, la sola verificación del hecho y su resultado, en el causalismo valorativo, lo era también descriptiva, pero además valorativa, pues en ella, a más de los elementos objetivos del tipo, se tomarían en cuenta, los elementos de orden normativo y valorativo. En cuanto a la culpabilidad, la escuela causalista naturalista la concebía como una relación psicológica entre el hecho y el autor, por lo que para establecer su relación (hecho-autor) se requería de madurez y salud de parte del agente. El dolo era el *dolus malus* entendido como el designio de causar daño; en tanto que para el causalismo valorativo, la culpabilidad pasaba a ser de tipo valorativa, en el sentido de que para su determinación se requería de la realización de un juicio de reproche al comportamiento del autor y a su vez la exigencia de un comportamiento acorde a las normas que rigen la sociedad. Dolo y culpa se constituyen en elementos propios de la culpabilidad, a los que se ha de sumar el elemento imputabilidad.¹⁰² .

Para el finalismo, la tipicidad es de carácter objetivo, descriptivo y valorativo, pero es también subjetiva en el sentido de que conforme se ha dicho, dolo y culpa son elementos propios de esta categoría. Dolo será el querer y conocer los elementos objetivos del tipo penal; y Culpa, la violación al deber objetivo de cuidado (imprudencia). En este mismo esquema, la culpabilidad tiene un proceso valorativo por el que se analiza la capacidad del autor de actuar motivado por la norma, en el sentido de que a pesar de que comprende que esta existe (aunque sea de manera potencial), se decide a realizarla, siendo la imputabilidad y exigibilidad de otra conducta, los elementos que completan este estrato¹⁰³ .

Dolo para Welsel es el saber y querer la realización del tipo, para Schünke-Schröer es el querer los elementos pertenecientes al tipo penal, al igual que para Jescheck, Stratenwerth, Biel y Otto. Para Maurach es el querer la realización del tipo objetivo, relevante por el conocimiento, mientras que para Niese una finalidad penalmente relevante; para Rudolphi la decisión del autor a una acción realizadora del injusto típico de un delito determinado; y para Maurach, Güssel y Zipfdolo, el acto

¹⁰² Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, págs. 564-568

¹⁰³ *Ibidem*

dominado por la voluntad para la realización del tipo objetivo ¹⁰⁴. En términos más sencillos, para Donna, dolo es la voluntad de actuar referida al resultado que sustenta la acción, en base a la existencia de dos componentes: el uno de tipo intelectual, como es el saber; y otro de orden volitivo, que se refiere al tipo objetivo, de modo que para actuar con dolo es necesario conocer lo que se pretende realizar de manera voluntaria, siendo casos de error, la ausencia de esa simbiosis. Para explicar lo dicho, el autor cita el ejemplo dado por Hruschka en *Derecho Penal*: “Quien sopla una trompeta y sabe que la sopla, quiere sin duda tocar la trompeta. De igual forma, quien dispara a su víctima en el corazón y conoce el peligro de su acción, quiere sin duda la muerte de aquella”¹⁰⁵, con el añadido de que la utilización de la regla puede ser descartada cuando la representación que el sujeto tiene de su acción no se corresponde con el suceso exterior, un ejemplo en ese sentido puede darse en el evento de que un niño mueva una pieza de una partida de ajedrez que estaban realizando dos oponentes, y con ese movimiento da jaque mate, lo que torna por demás evidente que el elemento básico del dolo no pasa por la voluntad, sino por el conocimiento¹⁰⁶.

La creencia errónea de obrar de manera lícita nos conduce inexorablemente hacia el estudio de dos teorías que en definitiva se constituyen en los postulados que explicarían el porqué de las circunstancias que rodean al error y su ubicación. La primera es la *Teoría estricta del dolo* que en palabras de Francisco Muñoz Conde supone que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho por parte del autor, es un elemento integrante del dolo, por lo que actuará de esa manera: quien conozca de un simple elemento descriptivo del tipo de delito en cuestión; de un elemento normativo; u otro derivado de una causa de justificación, por lo que el conocimiento de todos estos datos, incluido el de la antijuridicidad, debe ser actual y referido al momento del acto. La falta de ese conocimiento, cualquiera que sea la causa u origen, a decir del autor, determina la ausencia de dolo. Para ese mismo autor, esta teoría no debería ser motivo de objeción, pues según dice, independiente de cualquiera que sea la opinión que se adopte respecto a la posición sistemática del dolo en la teoría general del delito -ya sea como elemento del tipo o de la culpabilidad y a la pertenencia de incluir en él el conocimiento de la antijuridicidad (dolus malus)- es indiscutible que fue esta teoría, la primera en poner de

¹⁰⁴ Raúl Zaffaroni, *Derecho penal, Parte General, Tomo 3*, Buenos Aires, Editar 1981, pág. 298.

¹⁰⁵ Hruschka en Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pág.90

¹⁰⁶ *Ibidem*

relieve la necesidad de exigir el conocimiento de la antijuridicidad como requisito indispensable para la imposición de la pena. A renglón seguido, el maestro expresa que a pesar de lo dicho, a esta teoría le ha sido cuestionado casi todo, desde los presupuestos metodológicos de los que parte, hasta las consecuencias político-criminales a la que llega; esgrimiendo como ejemplo la circunstancia de que se reprendería el hecho de que el conocimiento de la antijuridicidad tenga que ser el mismo (psicológico) que le es exigido a los elementos presentes en otras categorías dogmáticas –cuando- según explica, la diferencia existente entre la tipicidad y la antijuridicidad obliga a distinguir los elementos propios independientes que las componen; así pues, el dolo respecto de los elementos de la tipicidad es un dolo natural que nada tiene que ver con el de la antijuridicidad que se sitúa en un plano diferente y con distinta función político-criminal. Para ilustrar lo dicho, el maestro expone como ejemplo aquel hecho en el que el cazador que en una cacería dispara contra otro cazador, con la falsa creencia de que se trata de un animal, enfrenta un error diferente al del miembro de la fuerzas armadas que al creer (erradamente) que en cumplimiento de su deber puede disparar contra una manifestación pacífica que pide la dimisión del gobernante. En el primer caso el experto nos dice que lo que falta es el conocimiento de un elemento esencial de un tipo doloso de homicidio, como es la existencia de una persona contra quien se dispara; y en el segundo, ese conocimiento no está ausente, pero en su conciencia está presente el hecho de que dentro de sus atribuciones, le era permitido realizar esa conducta¹⁰⁷. “La teoría del dolo sostiene que la conciencia de la antijuridicidad es un componente del dolo, junto al conocimiento del hecho, por lo que se requiere no solo la valoración de los hechos, sino además la valoración jurídica. De ahí que la conciencia del injusto para esta creencia, deba ser actual y potencial. La consecuencia más importante es para la teoría del error, ya que la falta de algún elemento haría desaparecer el dolo y lo llevaría inevitablemente a un tipo culposo solo en caso de ser error evitable, idea esta que, según Schmidhäuser, se atiende más al principio de culpabilidad”¹⁰⁸.

Por su parte, la *Teoría de la culpabilidad* tiene el mérito de haber permitido un tratamiento distinto respecto del error de tipo y el error sobre la antijuridicidad. A decir de Toribio W. Castro Cornejo, en *El error en el derecho penal*, el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad son conceptos diferentes que cumplen funciones dogmáticas

¹⁰⁷ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, Tercer, 2008, pág. 26-27

¹⁰⁸ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, pág.95

distintas, y en ese contexto el conocimiento de la antijuridicidad no requiere del mismo grado de conciencia que el dolo, ya que mientras el conocimiento del dolo es de tipo psicológico y actual, el de la antijuridicidad es potencial y por ende no comprobable empírica ni psicológicamente, constituyéndose de esa manera en un concepto normativo. En lo que tiene que ver con el error sobre las causas de justificación, para la teoría de la culpabilidad, este es de prohibición¹⁰⁹.

“*La teoría de la culpabilidad*” sostiene además que el dolo es un hecho actual psicológico, que se extiende a los elementos del tipo, en especial a la concreción de resultado típico. La conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad. Pero como esta es un juicio, la conciencia del injusto también lo es, lo que implica afirmar que el conocimiento en este caso es potencial”¹¹⁰.

Para explicar lo dicho, escogeré la *teoría de la culpabilidad* y a continuación me permitiré referirme al concepto jurídico Corrupción; y en dicho contexto, explicar cuando una persona podría ser declarada responsable de uno de los delitos que lesiona el bien jurídico *Administración Pública*, como lo es el peculado, siempre con el comprendido de que cometerá delito penal quien vea motivada su conducta en la norma. El artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal establece: “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años”¹¹¹. Para empezar, es importante mencionar que la definición del tipo penal se da tomando en cuenta el hecho de que la corrupción, desde el punto de vista jurídico, requiere de la transgresión de un deber posicional, ocasionado por parte de quien tiene la posibilidad de decidir, con el ingrediente adicional de que esa acción necesariamente debe significar un beneficio extra-posicional, pero además personal o para un tercero¹¹². En el caso del peculado, la discusión se ha centrado en discutir el bien jurídico protegido que le corresponde: para unos será la fidelidad del

¹⁰⁹ Toribio W. Castro Cornejo, *El error en el derecho penal*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2010, págs. 38-39

¹¹⁰ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, págs. 95-96

¹¹¹ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 112

¹¹² Apuntes Teoría del delito, clases impartidas por Pablo Encalada Hidalgo, abril de 2011

cargo (acción) y para otros la defraudación (resultado). Si es la primera, significa que aunque no haya perjuicio o detrimento en los recursos de orden público, la sola traición hacia la administración significará su consumación; pero si es el resultado es lo buscado por la norma, significa que el perjuicio de orden material en contra del estado convertirá al hecho en delito consumado y a la realización de actos idóneos conducentes en la realización de tal perjuicio, en tentativa. En palabras de José Leandro Reaño Pescheira “el delito de peculado constituye un caso paradigmático de delitos de infracción de deber *positivizado*, en el que las expectativas normativas se encuentran directa y formalmente dirigidas a aquellos sujetos que ocupan un *status* especial y su defraudación reside en el incumplimiento del deber institucional de fomentar el funcionamiento de la administración pública”¹¹³, por lo que este delito de carácter especial “sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado”¹¹⁴.

A pesar de lo expresado, se debe siempre considerar que entre otros el peculado en el Ecuador alcanza no solo a los servidores públicos como sujetos activos de la infracción, sino que “también se aplicará a quienes *participen* en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes mencionadas”¹¹⁵, lo que de cierta manera, -a priori- permitiría considerar una afectación del componente *sujeto activo* como uno de los elementos objetivos del tipo penal, en el sentido de que es este (el agente) y no otro “quien lleva a cabo la actividad descrita en el tipo legal”¹¹⁶, de ahí del porqué del posicionamiento de calificado. Juan Bustos Ramírez en Derecho Penal define a la *participación* como la intervención en un hecho ajeno que presupone la existencia de un autor y de un hecho principal al cual accede, asegurando en ese contexto que la doctrina contemporánea dominante se ha inclinado por el uso de la teoría de *accesibilidad limitada*, que deja de lado las teorías de *accesibilidad máxima* y *mínima*: la primera que al partir del punto de vista causalista, concibe al hecho principal como una mera acción y

¹¹³ José Leandro Reaño Pescheira, *La administración de caudales públicos por delegación de competencias, funciones y entrega indebida a particulares*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Lima, pág. 356

¹¹⁴ Fidel Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2003, págs. 281-282

¹¹⁵ Constitución de la República, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, pág. 73

¹¹⁶ Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 711

a los demás (hechos participativos) como adjetivos o calificaciones de esa acción, situación que a criterio del autor daba lugar a cuestiones imposibles de solucionar, como cuando un enajenado o un menor de edad eran ayudados a la realización de un delito; en cuyo caso, no existía hecho principal, por falta de culpabilidad; para la segunda, esto es para la *accesoriedad mínima*, bastaba con la realización del suceso típico, llegándose al absurdo de castigar al *partícipe* de un hecho típico pero no antijurídico, con la consideración de que mientras el hecho principal sea un Injusto (acto típico y antijurídico), no interesa la culpabilidad como categoría dogmática, ya que esta no determina las características del hecho. “Es por eso que la posición dominante es la *accesoriedad limitada*; en ésta, basta que haya un hecho principal para que éste constituya un injusto, que sea un acto típico y antijurídico. Este planteamiento concuerda con una tendencia creciente a considerar que la culpabilidad ya no determina características del hecho, aunque esté referida a él, sino con relación al sujeto responsable. De este modo, se salvan las contradicciones tanto de *accesoriedad máxima* como la *mínima*”¹¹⁷.

Ahora bien, a decir del propio Juan Bustos Ramírez, los problemas relacionados con la participación surgen con los llamados tipos especiales impropios o lo que es lo mismo con aquellos que suponen un tipo básico común, como lo es la relación entre el delito de malversación de caudales públicos (delito de funcionario público) y el hurto (delito común). “En estos delitos, la cualidad del sujeto activo viene a cofundar el injusto especificándolo. Por tanto, el cometer el delito especificado, ciertamente, también se está realizando el tipo común, luego sin necesidad de dividir el hecho principal, se podría llegar a la conclusión de que el extraneus solo realiza una participación en el tipo legal base y en ese sentido el hecho principal no se divide. En el caso contrario, el intraneus que participa en el hecho del extraneus, el intraneus responderá conforme a su propia intervención”, concluyendo que en los delitos especiales propios como la prevaricación judicial, el extraneus responderá como partícipe del delito especial¹¹⁸.

La discusión estriba en resolver aquellos casos de los delitos contra la administración pública, en los que al hecho principal le continúan hechos secundarios de personas que sin ser funcionarios públicos *participan en el hecho*. Parece ser que la legislación ecuatoriana se ha inclinado por materializar el principio constitucional, recogido de la doctrina, que dice relación con el tema del extraneus al tratarse de delitos

¹¹⁷ Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, págs. 972-973

¹¹⁸ *Ibidem*

especiales; en cuyo caso, la sanción también deberá ser aplicada a quienes *participen* en estos delitos, aun cuando no tengan tales calidades, conforme reza del texto constitucional al que me he referido anteriormente.¹¹⁹

Dilucidado el tema de la participación extraneus en los casos relacionados con los delitos denominados especiales, es preciso establecer que si bien el tema en desarrollo tiene que ver con la culpabilidad como parte del delito, es el correcto análisis de cada una de las categorías dogmáticas el que determinará si determinada conducta se ajusta al delito de peculado, es por eso que previo a llegar al mismo (culpabilidad), este espacio ocupará el análisis en cada una de los estratos que componen la infracción; así pues, una acción dirigida de manera consciente y voluntaria, supone de la necesidad de que concurren ciertos elementos que la califiquen como típica y son: Sujeto activo: Calificado.- servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del estado; los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero o entidades de economía popular y solidaria, pero además quienes obtengan o concedan créditos vinculados, los beneficiarios de estos y quienes presten su nombre; Sujeto Pasivo: El titular del bien jurídico tutelado, para el caso de peculado, el estado; Verbo rector: Acción ejecutiva que lesiona.- abusar, apropiarse, distraer, disponer; Objeto material: La cosa sobre la que recae el delito.- bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas títulos o documentos que este en poder del sujeto activo; Objeto jurídico: El bien jurídico protegido.- la administración pública. Como elementos no necesarios o accidentales, para el tipo penal de peculado se ha de considerar aquellas descripciones que nos remiten a otras normas, para el caso de peculado se podría decir que la representación de *funcionario público* al tiempo de ser un elemento esencial del tipo, en este caso *Sujeto activo calificado*, se constituye además en un elemento no necesario o accidental *Normativo*, En cuanto a la tipicidad subjetiva, el acto de peculado en el Ecuador se produce con dolo, es decir con conocimiento, comprensión y determinación de realizar los elementos objetivos del tipo penal, es por eso que al hablar del error en caso de que en el acto no se encuentre presente uno o más de los elementos objetivos del tipo penal, se debe considerar “que no en todos los casos de error de tipo vencible, la conducta debe ser sancionada por culpa, sino únicamente cuando el tipo penal así lo prevea (...) pero no en los casos de prevaricato, peculado o lavado de activos, por cuanto

¹¹⁹ “..Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas...”

no están previstas estas conductas como delitos. El error de tipo vencible elimina el dolo y persiste la culpa. Pero la conducta solo es punible si se prevé la modalidad culposa en la Ley”¹²⁰.

En lo que a la antijuridicidad se refiere, basta decir que no es suficiente que el comportamiento de una persona contradiga el ordenamiento jurídico ecuatoriano (antijuridicidad formal) conforme se ha dicho, sino que es necesario conocer que esa conducta ofende al bien jurídico protegido, a no ser que existan causas de justificación que habiliten los comportamientos de los autores y partícipes en el hecho. Será por tanto necesario justificar que el acto típico transgredió de manera formal la norma prevista en la ley, en este caso el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, que tipifica y sanciona el delito de peculado (legalidad), pero además la circunstancia de que existió un resultado de perjuicio hacia las arcas del estado (lesividad). En lo que a la culpabilidad se refiere, será análisis de imputabilidad y conocimiento de la antijuridicidad de su comportamiento, conforme a la ley imperante en el país, los insumos que permitan declarar a una persona responsable penalmente. Si se logra justificar que el agente desconoce que su comportamiento es antijurídico así sea de manera potencial, se podría determinar que actuó bajo la influencia de un error de prohibición¹²¹.

4. Necesidad de motivación

El tipo de organización estatal elegida por el pueblo en las urnas, dio a luz una nueva forma de estado y de gobierno. A partir del año 2008, el Ecuador no sería más un estado legal en el que el legislador era quien, a su arbitrio, elaboraba la ley que debía ser cumplida por quienes ocupamos territorio ecuatoriano. Así pues, es la *Declaración* constante en el artículo 1 de la Constitución de la República la que se encargaría de realizar la presentación política que a partir de ese momento se encargaba de regir en el país: “El Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia (...) Se organiza en forma de república.”¹²², entendiéndose en ese sentido que los *Derechos*, comprendidos como aquellos atributos esenciales que cada persona integrante de una sociedad posee, se verían plasmados con la activación de las *Garantías* previstas en la norma supra legal.

¹²⁰ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 65.

¹²¹ Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 98-99

¹²² Constitución de la República del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, año, pág. 1

Uno de esos derechos tiene que ver con que los ciudadanos deben estar informados de las razones o motivos por las cuales los diversos órganos de las funciones del estado deciden o resuelven en una determinada causa puesta en su conocimiento. A decir de Jorge Zavala Baquerizo en su obra *El debido proceso penal*, la motivación como tal, difiere de aquel método surgido a raíz de la Revolución Francesa, como es el de la *Íntima convicción*, en la que el Juez no tenía obligación alguna de justificar sus resoluciones, pues según dice, le era suficiente una simple corazonada como razón de decidir, por lo que en su convencimiento, Jorge Zavala Baquerizo asegura que este tipo de control, como es la motivación, procura evitar la arbitrariedad en las resoluciones¹²³.

En palabras de Julio B. J. Maier en *Derecho procesal penal, parte general* la razón de motivar se traduce en el hecho de que “las repúblicas modernas, para tomar el efectivo control popular sobre la administración de justicia y el juicio de responsabilidad sobre los jueces, no solo necesitan que el juicio sea público, sino, también, que la decisión exteriorice los motivos que la justifican; ello permite, además, evitar, en lo posible, las decisiones caprichosas o apoyadas solo en impresiones o intereses subjetivos, erigiendo a las sentencias en verdaderas operaciones intelectuales acordes con el racionalismo moderno”¹²⁴.

En palabras de Omar Vásquez Sánchez, la repercusión del constitucionalismo en la actividad judicial tiene que ver con la importancia otorgada a los principios y valores jurídicos como fundamento de una decisión judicial, así como a la tendencia de considerar a las normas jurídicas como pilares en el desarrollo protagónico del razonamiento práctico¹²⁵; así pues, la consecuente decadencia de la ley; la idea de que la jurisdicción no puede verse desarrollada en términos meramente legalistas; y la consideración de que la argumentación jurídica resulta importante al momento de justificar las decisiones judiciales, torna evidente el triunfo que ha conseguido la ponderación por sobre la subsunción (crisis de ley), lo cual se advierte sustentado en la circunstancia de que es el juez quien pondera y no el legislador¹²⁶.

A decir de Ramiro Ávila Santamaría, la ponderación complementa la subsunción y la argumentación jurídica complementa el silogismo jurídico, explicando en ese sentido

¹²³ Jorge Zavala Baquerizo, *El debido proceso penal*, Quito, EDINO, 2002, pág. 136

¹²⁴ Julio B.J. Maier, *Derecho procesal penal, I Parte general, fundamentos Tomo I*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pág. 482

¹²⁵ Omar Vásquez Sánchez, *De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica*, pág. 123-125.

¹²⁶ Omar Vásquez Sánchez, *De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica*, pág. 123-125.

que mientras que por la ponderación se crea una norma hipotética para un caso, para luego adecuar el hecho al supuesto creado por el juez; la argumentación, tiene que ver con la elección moral que realiza el juzgador al escoger normas, siendo claro el hecho de que aquel juez que enfrente un conflicto constitucional, no puede ligeramente dejar de aplicar el derecho penal, cuando debe ponderar con el deber de argumentar¹²⁷.

Con la intención de definir a la ponderación el maestro Ávila Santamaría en su ensayo *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?* cita a Luis Pietro Sanchís, expresando que dicho doctrinario asegura que “La ponderación es un método a través del cual se resuelve la contradicción entre dos principios, que normalmente son derechos humanos, que tienen igual jerarquía normativa”¹²⁸, con el agregado de que su explicación radica en el hecho de que dicha técnica procede cuando la subsunción no es aplicable; y, cuando además, los criterios de jerarquía, cronología y especialidad no resuelven el asunto fundamental. Para Manuel Calvo García, la argumentación jurídica no es más que un método a través del cual se pretende, mediante la objetividad hermenéutica, un resultado razonable y aceptable por un auditorio universal.¹²⁹ En dicho ejercicio el deber del juzgador será el de *justificar*, de manera lógica, la elección de la norma que aplica, la decisión y la solución a la que llega¹³⁰.

Ramiro Ávila Santamaría cita también a Robert Alexy, con la intención de transmitir la idea de que el mencionado pensador concibe a la argumentación jurídica como una necesidad tendiente a promover un salto lógico en favor del abandono de la arbitrariedad, pero también del lenguaje del derecho positivo siempre vago y de los conflictos entre normas, que en muchos de los casos no se adecuan a los hechos y al contexto constitucional; y que, para colmo lo que hacen es conducir hacia un resultado injusto; así pues, si la argumentación implica un discurso racional, esto es, una construcción basada en consensos racionales, se tiene que la razón de su existencia es justamente la de evitar la arbitrariedad, pero además, la de garantizar la corrección en la solución¹³¹.

¹²⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?*, Revista de derecho No. 8 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2007, pág. 58

¹²⁸ Luis Pietro Sanchís, *Neoconstitucionalismo y poderación judicial* en Ramiro Ávila Santamaría *¿Pueden los juzgadores inaplicar el Código Penal?*, Revista de Derecho No. 8 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2007, págs. 57 y 58

¹²⁹ Manuel Calvo García, *Los fundamentos del método jurídico, una revisión crítica* en Ramiro Ávila Santamaría *¿Pueden los juzgadores inaplicar el Código Penal?*, Revista de Derecho No. 8 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2007, pág. 58.

¹³⁰ Ramiro Ávila Santamaría, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?*, Revista de derecho No. 8 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2007, pág. 58

¹³¹ *ibídem*

A decir de Ramiro Ávila Santamaría, Alexy propone reglas minuciosas sobre la forma y la estructura de los argumentos. A fin de cuentas dice, lo que se pretende es que el razonamiento pueda ser -si es justificado- compartido y verificado por quienes tienen capacidad de analizar críticamente las resoluciones,¹³² y de paso la realización de una advertencia, en el sentido que si el juez penal inaplica un tipo penal, debe saber que sino pondera ni argumenta, se torna arbitrario y por lo tanto, transgresor del principio de legalidad¹³³.

La Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional en su artículo 3, trata de los Métodos y reglas de interpretación constitucional, estableciendo que las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. En el numeral 3 de la mencionada norma encontramos a la ponderación, la misma que dispone: “Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹³⁴, entendiéndose que el test de proporcionalidad, a decir de Carlos Bernal Pulido, también citado por Ramiro Ávila Santamaría en su trabajo, tiene tres exigencias: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.¹³⁵ *La idoneidad* en el sentido de verificar que la limitación de un derecho contribuye a la consecución del otro, como cuando por orden de evacuación se priva del derecho de la vivienda, en este caso resulta ser una medida idónea en aras de precautelar la vida en un caso de desastre natural. *La necesidad* por la que se analiza la pertinencia de aplicación de la medida más favorable al derecho intervenido, por ejemplo en esa misma evacuación, la medida que menos afecte al derecho a la vivienda, como puede ser la de un albergue. *La proporcionalidad* por la que se valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado para conseguirlo. Se necesita evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo)

¹³² Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, en Ramiro Ávila Santamaría *¿Pueden los juzgadores inaplicar el Código Penal?*, Revista de Derecho No. 8 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2007, pág. 58

¹³³ Ramiro Ávila Santamaría, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?*, Revista de derecho No. 8 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2007, pág. 57

¹³⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, 1 ed., págs. 215-216

¹³⁵ Carlos Bernal Pulido en Ramiro Ávila Santamaría, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?*, Revista de derecho No. 8 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2007, pág. 64.

compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado), así por ejemplo, si la evacuación produce la depresión, el desmembramiento familiar y hasta la muerte, quizá por el resultado convenga no evacuar¹³⁶.

Para Manuel Atienza en *El sentido del derecho, Explicar* una decisión significa mostrar cuales son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión; pero *Justificar* en su comprensión, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión, existiendo la posibilidad de que muchas decisiones sean *explicadas* sin que hayan sido *justificadas*, como puede darse caso de que una ley defienda los intereses de un cierto sector social, lo cual si bien *explica* su existencia, pero podría darse el caso de que esta contraría principios y valores constitucionales argumenta; en cuyo, esa ley carecería de *justificación*. En definitiva, a decir del autor, lo que se busca de las decisiones públicas es que *justifiquen* más que *expliquen* el significado de una decisión, lo cual dará paso a la posibilidad de que al ser cuestionadas, pueden ser también motivo de impugnación; pero además, de un control democrático hacia los jueces¹³⁷.

En palabras de Manuel Atienza, la motivación tiene sus inicios en el siglo XII y nace no como una experiencia democrática de la justicia, sino simplemente como una especie de descargo hacia el sistema precedente, lo cual torna comprensible el hecho de que la motivación sufra una cierta aceleración a partir de la segunda guerra mundial, como una manifestación de exigencia hacia la formación del derecho, la creación de sistema de fuentes y la necesidad de exponer al auditorio universal la razón de una decisión. Argumentar es razonar a favor o en contra de una tesis que se quiere sostener o regular, lo cual supone el acto de renunciar al uso de la fuerza física o coacción psicológica. Atienza nos transmite además la idea de que la argumentación se compone de dos etapas: la *endoprocesal*, en la que las partes tienen la oportunidad de impugnarlas: y *extraprocesal*, en la que el ejercicio de motivar equivale a la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez, pero a decir del maestro, la argumentación puede ser también *Parcial*, en el sentido de que al ser varias confluyen como una sola; *En conjunto*, en el evento de que existan diferentes líneas argumentativas encargadas de defender una sola tesis. Para finalizar el autor nos dice que son elementos propios de la argumentación: *La premisa*, que no es sino aquello de lo que se parte; *La conclusión*, que es a lo que se

¹³⁶ Ramiro Ávila Santamaría, ¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?, Revista de derecho No. 8 UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2007, pág. 56.

¹³⁷ Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Madrid, 2001, pág. 254-255

llega; y *La inferencia*, que no son sino los criterios que controlan el paso entre la premisa y la conclusión, existiendo además de argumentaciones de tipo *Formal* que lo que buscan es corregir las inferencias; *Material* cuyo objetivo es comprobar la existencia de razones; y *Dialéctico* cuyo fin es el de persuadir al auditorio¹³⁸.

El artículo 76 numeral 7 literal L) de la Constitución de la República del Ecuador establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados¹³⁹.

Para Jorge Zavala Baquerizo *motivar* significa desarrollar y exponer el pensamiento de quien decide a través de argumentos y razones que justifiquen la resolución adoptada y para que esa motivación sea constitucional debe comenzar por establecer los antecedentes del asunto sobre el cual se debe resolver y que se refieren a la presentación del caso. Su función, asegura el maestro, es la de constituirse en el pilar que sostiene el desarrollo de los argumentos en los que se debe sustentar la decisión. A decir de Zavala, en el antecedente se debe establecer la relación circunstanciada del hecho sobre el cual se debe resolver a fin de que se haga saber el motivo de la decisión. Luego asegura, se deberá exponer de manera precisa, concisa, pero explícita, los argumentos que deben fundar la decisión, con cumplimiento de la exigencia constitucional, en el sentido de que las resoluciones de los poderes públicos deben enunciar las normas y los principios jurídicos que sustenten los argumentos que sirven de premisa para el fallo. No basta asegura el profesor con hacer enunciados generales, imprecisos, abstractos, sino que es necesario que se expongan las razones jurídicas que permitan la decisión fundada en el Derecho¹⁴⁰.

En palabras de Fernando de la Rúa en *Teoría general del proceso*, la motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en el que el juez apoya su decisión. Su exigencia dice, es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de inviolabilidad de

¹³⁸ *Ibidem*, pág. 254-255

¹³⁹ Constitución de la República, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, año, pág. 27

¹⁴⁰ Jorge Zavala Baquerizo, *El debido proceso penal*, Quito, EDINO, 2002, pág. 136

la defensa, en procura de asegurar la publicidad de la conducta de los jueces. Otra (exigencia), tiene que ver como que esa motivación tenga el carácter de *Expresa*, en el sentido de que esta no puede verse suplida por otros actos del proceso o por otra sentencia, como puede ser el caso en los que los fundamentos de una sentencia de alzada se adviertan sustentados en un fallo expedido por un juez a quo. Le corresponde al juez (ad-quem) exponer la razones propias que deciden el caso puesto en su consideración. La motivación deber ser *Clara*, dice De la Rúa, lo que quiere decir que de la lectura de su contenido no exista lugar a dudas respecto de lo que se resuelve. *Completa*, porque debe abarcar los hechos y el derecho, el juez debe emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica y además demostrar los hechos para fundarlos en derecho y por fin, describirlos para la realización del ejercicio de la correspondiente calificación jurídica (hechos). Agrega De La Rúa, que en la decisión además deberán ser mencionados los artículos de la ley, con individualización de la norma jurídica aplicable a los hechos probados (derecho) y en este caso, la motivación exige justificar la conclusión jurídica, con mención de los artículos de la ley y la invocación de la norma jurídica que se corresponde al hecho probado. La motivación debe ser también *Legítima*, esto es, basada en prueba legal y válida; pero además *Lógica*, en base a las reglas del correcto entendimiento humano, con ajuste a los principios. Sustentada en la *Certeza*, sea que a ella se arribe por un convencimiento sobre la verdad real obtenida o en base a lo actuado por los sujetos procesales (onus probandi); pero además, el juez está en la obligación de aplicar las leyes del pensamiento que se derivan de la coherencia y derivación, así como por los principios de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente¹⁴¹.

Ahora bien, se puede decir sin temor a errar, que en materia penal, la garantía de motivación cobra mucho más importancia, ya que en el proceso penal de lo que se trata básicamente es de probar la existencia de un delito y la participación de una persona, con las consecuencias que ello implica. En dicho contexto Nicolás Salas Parra en su tesis *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional*, expresa que tal premisa requiere de parte de los jueces el manejo, al menos básico, de la evolución o transformación del método dogmático, pues a decir del autor, en un estado constitucional de derechos, lo elemental será el emplear un modelo penal acorde a esa presentación

¹⁴¹ Fernando de la Rúa, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, 1991, Ediciones Depalma, pág. 151-154

política, con aplicación de un patrón coherente a sus postulados, del cual emane el conocimiento y la lógica¹⁴².

En ese mismo contexto, Eugenio Raúl Zaffaroni en *Teoría constitucional del delito* de Pablo Encalada Hidalgo, expresa que la necesidad de una motivación de tipo dogmático, tiene que ver con la circunstancia de que todo ejercicio de poder punitivo es irracional, y que en todo caso, el derecho penal debe graduar los niveles de irracionalidad y dejar pasar solo lo menos irracionales, con un sistema inteligente de filtros que haga posible contener racionalmente las pulsaciones del poder punitivo, de tal forma que solo sea capaz de filtrarse lo menos turbio, lo contrario significaría la rotura del dique contenedor, expone el autor¹⁴³. Explica Encalada que es la *Teoría del delito* a no dudarlo, la comisionada a cumplir con ese fin, pues su rol no termina con la circunstancia de facilitar la definición del delito, sino que también cumplirá con su postulado cuando se encargue de realizar el análisis de los elementos constitutivos de su estructura, con la intención de determinar si el comportamiento de quien se dice ha infringido la ley penal, se encasilla en cada una de sus categorías dogmáticas, al punto de poder afirmar que cometerá delito penal quien motive su conducta en todas y cada una de ellas; y no lo hará, quien en ese mismo sentido deje de ajustar su conducta a una de aquellas. En dicho contexto, ese análisis –realizado de manera secuencial- le otorgará al acto mismo, como primer elemento, el matiz de sustento material del delito; y a los tres restantes, el papel de “adjetivos que matizan el sustantivo inicial del concepto”¹⁴⁴, para lo cual será de mucha importancia que el órgano jurisdiccional al cual le corresponde resolver, sea este Juez o Tribunal de Garantías Penales, domine los elementos que forman parte de cada uno de los estratos, para de esa forma desarrollar y exponer su pensamiento a través de argumentos y razones que *justifiquen* la decisión adoptada; así pues, el desarrollo del tema relacionado con la motivación dogmática, se centrará en el esquema que de alguna forma se advierte seleccionado por el legislador en el Código Orgánico Integral Penal, como es el finalista (post), debiéndose en ese sentido decir que en palabras de Jurgüen Bauman, acto será la conducta humana seguida de la voluntad, por lo tanto no serán acciones en sentido jurídico los actos producidos por la naturaleza o por animales, como tampoco los

¹⁴² Nicolás Salas Parra, *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2013) págs. 39, 72

¹⁴³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal*, en *Teoría Constitucional del Delito* de Pablo Encalada Hidalgo, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 6 y 7

¹⁴⁴ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano, Parte General*, Quito, Ediciones Legales S.A., 2009, pág. 113

producidos por personas jurídicas, los simples pensamientos, movimientos reflejos o ataques convulsivos, que resultan ser indomables para la voluntad, por lo que en aras de justificar la existencia de esta categoría dogmática (acción), en palabras de Nicolás Salas, esbozadas en su tesis de maestría, le corresponde al Juzgador, tomar de entre los hechos probados, previamente contruidos por él en la primera fase de la motivación, *el acto extraído de la realidad*, sin que para aquello medie identificación normativa alguna, como robar, matar, violar etc. Caben si los cuestionamientos como: Quien, Cuándo, cómo, Dónde del delito y Principalmente ¿Qué hizo?; así por ejemplo: Quién?.- Pedro García; Cuando?.- 16 de octubre de 2016; Qué hizo?.- como encargado de un servicio público, como asistente de juzgado, aceptó un beneficio económico indebido¹⁴⁵.

Para *justificar* la acción, como primer filtro de motivación, en el ejemplo dado por Nicolás Salas en *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional*, se tiene que el 16 de octubre de 2016, Pedro García, en su calidad de servidor público, como asistente de juzgado, aceptó un beneficio económico indebido, por lo que el análisis en abstracto del tipo penal se corresponde con el establecido en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal: “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años”,¹⁴⁶ cuyos elementos objetivos son los siguientes: Sujeto activo.- calificado, servidor público. Sujeto pasivo.- el estado, en la administración pública. Verbo rector.- recibir o aceptar. Objeto material.- el valor, beneficio económico recibido. Objeto jurídico.- Administración Pública. Elemento normativo.- Servidor público.- definido por el artículo 4 de la Ley de Servicio Público¹⁴⁷.

Conforme se ha podido establecer en el desarrollo de la presente investigación, ha sido el gran aporte de la teoría finalista de la acción, la que se encargó de establecer que la acción u omisión subsumible al tipo no es un simple proceso causal, en el que se

¹⁴⁵ Nicolás Salas Parra, *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional (tesis de maestría)*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013) pág. 38.

¹⁴⁶ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2015, pág. 114

¹⁴⁷ Nicolás Salas Parra, *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional (tesis de maestría)*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013) pág. 38. cfr

incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan el supuesto hecho del tipo penal (tipicidad objetiva); sino que además existen otros elementos que permiten determinar el contenido de la voluntad que rige la acción, como son el fin, los medios utilizados y efectos concomitantes. “de ahí que la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre el tipo de injusto realizado dolosamente y el tipo de injusto realizado imprudentemente. Esta distinción tiene gran importancia porque cada uno de ellos ofrece particularidades dogmáticas propias y tiene distinta trascendencia social y jurídica”¹⁴⁸, lo cual es explicado por Juan Bustos Ramírez, bajo el criterio de que en la medida de que el injusto constituya un proceso social de comunicación de una persona con otra, no puede concebirse como algo puramente objetivo, afirmando que en el hacer del sujeto queda impresa su personalidad, es su hacer comunicativo con otra persona, es por eso que en la determinación de la tipicidad, el juicio de atribución no es solo respecto de los elementos objetivos que describen los factores situacionales, sino que es necesario también atribuir el comportamiento al sentido que la persona le dio a dicho comportamiento¹⁴⁹.

La tipicidad es “un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)”¹⁵⁰, resulta ser la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito¹⁵¹.

Al hablar de los elementos que integran el tipo penal, Edgardo Alberto Donna, en Teoría del delito y de la pena, expresa que la doctrina se ha encargado de distinguir a los elementos descriptivos de los elementos normativos del tipo penal, asegurando que los primeros se refieren a seres, objetos o actos que en general son percibidos por los sentidos, mientras que en los segundos, se derivan del juicio de valor, que realiza el juez en el sentido de que este debe remitirse a normas y padrones valorativos extraños al tipo penal, que se encuentran en otros ordenamientos del orden jurídico, como puede ser la ética

¹⁴⁸ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 266

¹⁴⁹ Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 741

¹⁵⁰ Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal parte general III tomo*, Buenos Aires, Ediar, 1981, pág. 168

¹⁵¹ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito; Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 2010, pág. 133

social vigente en la sociedad o en los usos y costumbres¹⁵²; más, para una correcta descripción, se ha decir que los elementos objetivos del tipo penal (tipicidad objetiva), que se encuentran descritos en la ley penal son: 1 Sujeto activo: es la persona humana que lleva a cabo la actividad descrita en el tipo penal. Puede ser calificado, en cuyo caso requiere de cierta condición, como el funcionario público en peculado; y no calificado, en cuyo caso no requiere de calidad alguna y normalmente es descrito en el tipo penal como *la persona que ...*; 2.- Sujeto pasivo: quien no es más que el titular del bien jurídico lesionado, y al igual que el sujeto activo, puede ser calificado y no calificado, el primero en el sentido de que debe reunir ciertas condiciones, como en el caso de una menor de 14 años en caso de violación; y la segunda que no requiere de condición alguna, como en el caso de lesiones. 3.- Verbo rector: que en sí se constituye en el núcleo del delito, resulta ser la acción ejecutiva que lesiona el bien jurídico protegido y que se encuentra descrito por un verbo: lesionar, defraudar; 4.- Objeto material: que es la cosa sobre la cual recae el delito; 5.- Objeto jurídico: que se refiere al bien jurídico protegido, en el caso de robo, será el patrimonio; 6.- Elementos normativos: “Son descripciones que nos remiten a otras normas o cuerpos normativos para comprender el alcance del tipo. Por ejemplo cuando la ley se refiere al ‘funcionario público’, ‘cosa ajena’, ‘mayoría de edad’ es necesario remitirse a la ley de servicio público, al código civil y al código de la niñez, respectivamente”¹⁵³; 7.- Elementos valorativos: “son aquellos que solo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual. Para su comprensión se necesita un complemento de carácter sociocultural general, como sería el caso de las expresiones *exhibición obscena*, *dignidad de otra persona* o de carácter jurídico valorativo, como es el caso de expresiones como *ajenas*, *autoridad o funcionario público*.¹⁵⁴ Un clásico ejemplo sería aquel en el que una persona decide llevarse de una oficina un computador. Bajo el análisis causal, se podría pensar que su comportamiento se adecuaría al tipo penal de hurto; sin embargo, esa consideración podría variar si se considera que en ese comportamiento, de orden voluntario y consciente, no estuvo provisto de un *ánimo de apropiación*, porque, por ejemplo, el aparato en cuestión fue sacado del sitio de trabajo en virtud de que sobre ese sitio caía agua y lo que se pretendía,

¹⁵² Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, págs. 81, 82

¹⁵³ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano, Parte General*, Quito, Ediciones Legales S.A., 2009, pág. 157

¹⁵⁴ Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal parte general, Obras completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 707, 708

por parte del agente, era precautelar su integridad; 8.- Otras circunstancias que completan el tipo: “Estos son otros elementos descriptivos que terminan de configurar el tipo penal. En el peculado, por ejemplo, el abuso de fondos públicos *en beneficio particular o de terceras personas*; en el cohecho, el recibir dones o presentes *por realizar un acto de su empleo u oficio*. En la mayoría de los casos, estas *otras circunstancias* sirven para atenuar o agravar tipos penales base, como cuando producto del secuestro o durante un robo *muere la víctima*. La diferencia entre el robo y el hurto, es precisamente las *otras circunstancias que completan el tipo*, la apropiación ilegítima de cosa ajena más la violencia sobre las personas o fuerza en las cosas”¹⁵⁵.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, el acto de cohecho en el Ecuador se produce con dolo, es decir con conocimiento, comprensión y determinación de realizar los elementos objetivos del tipo penal, es por eso que al hablar del error en caso de que en el acto no se encuentre presente uno o más de los elementos objetivos del tipo penal, se debe considerar “que no todos los casos de error de tipo vencible, la conducta debe ser sancionada por culpa, sino únicamente cuando el tipo penal así lo prevea”¹⁵⁶.

Una vez establecido que el caso se adecua al supuesto de hecho previsto en la norma, el siguiente paso a ser analizado por el juzgador, es la antijuridicidad, es decir la acreditación de que el hecho producido es contrario a derecho, sin dejar de lado lo que en ese sentido han expresado Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *en Derecho penal, Parte General*, como es el de que el término antijuridicidad, si bien asienta la contradicción que existe entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico, ese simple análisis tan solo genera la sospecha de que ese acto típico es además antijurídico; pero también, la sensación de que esa presunción, puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación, por lo que el juicio de antijuridicidad, a decir de los autores, descansa siempre en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado) producida por una acción también desvalorada (desvalor de la acción)¹⁵⁷, con el agregado de que esa simple contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico lleva el nombre de antijuridicidad formal; mientras que la antijuridicidad material, tiene que ver con la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger –dice relación- con la esencia misma de la antijuridicidad, como es el agravio a

¹⁵⁵ Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 47.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pág. 65.

¹⁵⁷ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 300.

un bien jurídico protegido por la ley, a través de la la realización de una acción; por lo tanto, un hecho que contradice la norma de manera puramente formal no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco lo puede ser, la lesión de un bien jurídico que no esté protegido jurídicamente.¹⁵⁸ A decir de Nicolás Salas Parra, el Tribunal de Garantías Penales, con los hechos probados, debe identificar el bien jurídico protegido en cada caso, con la intención de establecer si se trata de un delito de resultado (real, verificable y cuantificable) o de uno de peligro; en cuyo caso, ha de *justificar* la forma en la que se puso en peligro el bien jurídico¹⁵⁹.

A decir de Eugenio Raúl Zaffaroni, la teoría normativa de la culpabilidad alcanza la pureza de su enunciado solo cuando es eliminado de su contenido el objeto que se somete al juicio de culpabilidad, es decir “..cuando el dolo y la culpa abandonan su atormentada posición en la culpabilidad y pasan a tomar un lugar que les pertenece en la estructura de la tipicidad”¹⁶⁰, agregando que lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigírsele que no lo realizara, aspecto de orden valorativo que a decir de Enrique Bacigalupo, tiene su sustento en la influencia que la teoría finalista de la acción ha tenido en este tema, pues el ejercicio de reproche respecto a la realización de un injusto presupone la capacidad de motivarse por la norma, entendiéndose que una persona, quien realizó una acción típica antijurídica será culpable siempre y cuando sea capaz de motivar su comportamiento en la ley, es decir, que al conocer, aunque sea de manera potencial, de la ilegitimidad de su comportamiento, en condiciones normales, le correspondía actuar de otra manera, es por eso que el maestro agrega que el concepto de culpabilidad se estructura sobre la base de la comprensión de la ilicitud y del comportamiento obrado conforme a esa comprensión -lo contrario- esto es, no motivarse por la norma, supondría una consecuencia lógica, como es la exclusión de la culpabilidad, asentada en la figura del error, siempre desde la perspectiva constitucional de legalidad, en procura de que los ciudadanos conozcan la ley y puedan ver motivado su comportamiento en ella, “Que sentido tendrá la ley previa si no es para que el agente sepa que su acción está prohibida y que los bienes jurídicos que él ataca están protegidos?, la conciencia del injusto debe estar presente o por lo menos susceptible de ser conocida por

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 300

¹⁵⁹ Nicolás Salas Parra, *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional (tesis de maestría*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013) pág. 89 cfr

¹⁶⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal, Parte general*, EDIAR, 2004, pág. 450.

todas las personas, de ahí la importancia del error de prohibición vencible e invencible¹⁶¹; pero además, “lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos quehaceres posibles que es precisamente lo que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”¹⁶².

Siendo como es, la culpabilidad como categoría dogmática, un juicio de reproche hacia el comportamiento de una persona, que ha de actuar de manera típica y antijurídica en los términos reseñados, corresponde, en aras de una correcta motivación, identificar cuáles son los elementos integrantes de este estrato, con el objetivo de realizar un examen o verificación que a la final le permitirán al juzgador decidir si una persona es culpable o no lo es: empezaremos por describir a *la imputabilidad*, que no es más que la comprensión que una persona tiene para verse motivada por la norma (elemento intelectual); así como la decisión de llevar cabo el injusto, en virtud de esa comprensión, (elemento volitivo). Sin mayor esfuerzo podremos colegir que no serán imputables aquellas personas que no tienen la capacidad intelectual y la voluntad de realizar un injusto. En esta clasificación se incluyen los menores de edad, quienes debido a su incapacidad psicológica, se convierten en beneficiarios legales de esta figura exculpatoria; así como también quienes sufran de un trastorno mental en los términos del artículo 36 del Código Orgánico Integral Penal; En cuanto a *la antijuridicidad*, como parte de la culpabilidad, Francisco Muñoz Conde explica que este elemento no le pertenece al dolo, como conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo, sino que se constituye en uno propio de la culpabilidad, que no requiere del mismo grado de conciencia, en el sentido de que no necesita ser actual y sí. tan solo potencial, importando por ende no tanto la conciencia de la antijuridicidad en el momento del hecho, sino tan solo el hecho de que el sujeto activo del delito se encuentra afectando el derecho de otra persona en los términos del artículo 66 numeral 5 de la Constitución de la República. Bajo esa premisa, “se comprende el rápido éxito, no solo teórico, sino práctico, legislativo y jurisprudencial, que ha tenido la teoría de la culpabilidad”¹⁶³.

No se debe olvidar que todas las categorías dogmáticas del delito tienen su formas negativas, las cuales, usualmente son argumentos de la defensa para indicar la no

¹⁶¹ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, 247, 248

¹⁶² Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, Termis, 2008, pág. 103.

¹⁶³ Francisco Muñoz Conde, *El error en el derecho penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, págs. 33, 34

existencia del delito al faltar uno de los elementos, por ejemplo la Fiscalía acusa a una persona por asesinato, pero la defensa afirma que si bien la muerte se dio intencionalmente, esta fue por legítima defensa. El análisis del Tribunal no puede dejar de identificar si en una u otra categoría dogmática, analizada a la luz de los hechos probados, se verifica alguna de las formas negativas de las categorías dogmáticas.¹⁶⁴

En el caso del error de tipo este recae sobre los elementos objetivos del tipo y tiene como consecuencia jurídica, el de afectar el elemento subjetivo del tipo penal como es el dolo; mientras que el error de prohibición excluye el conocimiento de la antijuridicidad del actuar y por consiguiente la culpabilidad. En ambos casos, el error puede ser vencible o invencible, con las consecuencias que han sido reseñadas en la presente investigación.

En ese sentido, el fiscal en su teoría del caso, justificará que la conducta del procesado se ajusta a cada una de las categorías dogmáticas del delito; mientras que el juez, al valorar la prueba, determinará si efectivamente, aquello acontece; y la defensa, procurará crear la duda razonable en el juzgador, en el sentido de que en el comportamiento del procesado se encuentran presentes los elementos negativos del delito, entre los que justamente se encuentra el error, pues la duda es al juez como el error al imputado.

¹⁶⁴ Nicolás Salas Parra, *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013)* pág. 91

Capítulo segundo

El error en el Código Orgánico Integral Penal

1. Importancia de la figura del error en la ley penal ecuatoriana

“Dentro de los temas novedosos y conflictivos, sin duda la aplicación del error en la teoría del delito planteada por el COIP ocupa un lugar relevante. En el proyecto del COIP el error de tipo y el error de prohibición estuvieron presentes casi hasta su aprobación, pero por un acto de prestidigitación jurídica desapareció a última hora. Las explicaciones fueron de todos los colores y todos los matices, pero en el fondo lo que resultó evidente es 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 considerable sarta de idioteces. Que se iba a propiciar la impunidad dijeron algunos o peor aún, que estos instrumentos se iban a prestar a una mala utilización por parte de los operadores de justicia. No sé cuál de los dos argumentos era peor, si el considerar que puede aplicarse pena sin culpabilidad o asumir por parte de las propias instancias oficiales que los jueces no están preparados para implementar figuras, que en los países de mayor desarrollo ya nadie discute”¹⁶⁵.

En ese sentido se ha de insistir en que, con la intención de otorgar correspondencia al texto legal construido sobre la base de un dato falso, la Asamblea Nacional elimina el texto del artículo 30 del proyecto del Código Integral Penal, cuyo inciso primero establecía: "No existe infracción penal cuando por error o ignorancia invencible debidamente comprobada, se desconozcan uno o varios elementos objetivos del tipo penal"¹⁶⁶, descontextualizándose de esa manera un esquema del delito que empieza por definir una acción final, para luego pasar por una tipicidad causal y volver sobre antijuridicidad y culpabilidad finalista o post-finalista. Lo que resulta más sorprendente es que los cambios de orden legal, fueron realizados atendiendo una serie de análisis que nada tienen que ver con la dogmática en los términos que han sido debidamente desarrollados en la presente investigación. Se dijo en su momento por ejemplo que en el proyecto de Código Orgánico Integral Penal constan dos errores peligrosos, complejos y

¹⁶⁵ El Universo, Ramiro García Falconí, *La teoría del error en el nuevo código penal*, Edición de 9 de junio de 2014

¹⁶⁶ *Proyecto Código Orgánico Integral Penal*, cuya discusión por parte de la Asamblea Nacional, abandonó los postulados relacionados con la teoría del error, excluyendo de su texto de manera expresa pero no tácita los errores de tipo y de prohibición

extraños a la realidad del país (¿?), los cuales incidirían negativamente en la administración de justicia y que al ser así, colocarían en entredicho los principios de la administración pública penal, con el agregado de que “El error de tipo sería una carta blanca para lograr exoneración de responsabilidad penal y el error de prohibición una simple alegación de desconocimiento o comprensión de la ley; lo cual, conforme se ha visto, de manera alguna se corresponde con la realidad, debiéndosele recordar a quienes fueron capaces de provocar el remiendo jurídico en los términos anotados, que el dolo debe ubicarse en la tipicidad, porque en dicha categoría dogmática se encuentran determinadas las características del comportamiento de la persona humana, entre las que figuran no solo las meramente objetivas, sino también aquellas de carácter subjetivo que exigen justamente no solo ese conocimiento objetivo, sino además la voluntad de su realización por parte del sujeto activo del delito; siendo que, “la falta de conocimiento o el inexacto o erróneo conocimiento de dichos elementos objetivos, es la situación que nos permite hablar de error de tipo”¹⁶⁷.

El artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal establece que para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad¹⁶⁸. Consecuentemente no lo serán (responsables penalmente) los inimputables y aquellas personas que tienen la creencia equivocada de estar obrando lícitamente, es decir bajo el influjo del error, que como se ve, a pesar de las aviesas intenciones del legislador, no lograron su total eliminación del texto legal; sin embargo, si la lógica es el punto, hubiese sido de mucha importancia considerar que quienes analizaron el proyecto del Código Orgánico Integral Penal, no debían haberse dejado llevar por criterios antojadizos, como aquel que de manera sarcástica asevera que en la ley penal ecuatoriana lo que se pretendió introducir son dos errores peligrosos que atentarían contra los principios de administración de justicia, cuando existen pensadores como Pablo Francisco Vallejo Lecaro, que sostienen que en la legislación ecuatoriana aún se encuentra en vigencia una normativa que invade el campo de la conciencia en cuanto al conocimiento del ilícito, cuando en las legislaciones española, alemana y otras ya se habla de error de tipo y del error de prohibición (vencible e invencible) como causas de exculpación¹⁶⁹. Lo bueno es que el error de prohibición -aunque sea de manera implícita-

¹⁶⁷ Toribio W. Castro Cornejo, *El error en el derecho penal*, Ediciones Jurídicas del Centro, 2010, Lima, pág. 53

¹⁶⁸ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legal, 2015, pág. 26

¹⁶⁹ Pablo Vallejo, *El error exculpante como causa de justificación en la determinación de la responsabilidad penal*, Guayaquil, Editorial Uno, 2008, pág. 36

y muy a pesar de que no exista en su texto una referencia taxativa respecto a los efectos jurídicos que produce la creencia errónea de estar obrando lícitamente, se mantiene en la ley debido a la definición de culpabilidad en los términos antes referidos. No se dice por ejemplo que efecto legal tiene el haber obrado bajo la influencia de un error vencible e invencible, lo que por simple lógica permite establecer que los operadores de justicia se verían en la obligación de usar a discreción la figura exculpatoria del error, lo cual a decir de Ramiro García Falconí se podría evitar de manera sencilla, exigiendo que la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia realice una interpretación obligatoria y vinculante por vía jurisprudencial en la materia, cuestionándose el hecho de que si la sistemática del COIP contempla al dolo como una modalidad de comisión del tipo y este a su vez contiene un elemento cognitivo, resulta obvio preguntarse qué pasa cuando ese conocimiento falte totalmente o se presente de manera defectuosa; pero además, reflexiona en el sentido de decir que la existencia del error, sea de tipo o de prohibición, no depende de su reconocimiento en la norma penal, sino que se constituye en una consecuencia forzosa del esquema conceptual manejado por el COIP y que aquello se justificaría con lo sucedido en Alemania en el año 1952, cuando el Tribunal Supremo Federal dictó una sentencia que reconoce estas formas de error, sin que los mismos se encuentren expresamente señalados en la ley¹⁷⁰.

Pablo Encalada Hidalgo plantea una reforma urgente del COIP, pero para ello parte de diferenciar los conceptos: tipicidad y tipo, asegurando que el primero de los nombrados es la adecuación del hecho a la conducta descrita en el artículo, en tanto que el artículo que describe la conducta se conoce como tipo. A su criterio, en lo que a la tipicidad subjetiva se refiere, el COIP evidencia una evolución importante, pues dentro de la tipicidad se incluye al dolo y a la culpa, lo que implica que nos encontremos frente a un *dolo natural*, es decir el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realizar la conducta; sin embargo, como ese concepto “sería una herramienta para procurar la impunidad” la ley mantuvo el significado de dolo como el designio de causar daño, dejándose de esa manera una tipicidad de la escuela finalista, con un concepto de dolo causalista; más, con la intención de justificar el hecho de que el dolo natural no se constituiría en una herramienta de impunidad, Encalada explica que el designio de causar daño es difícil de probar y que contrario a lo que se piensa, es este el que si puede procurar la impunidad; un ejemplo entregado por el maestro tiene que ver

¹⁷⁰ El Universo, Ramiro García Falconí, *La teoría del error en el nuevo código penal*, Edición de 9 de junio de 2014

con el evento en el que una persona vierte tóxicos en un río, el hecho a probarse –aseguraría el que el sujeto tuvo la voluntad de causar daño a la naturaleza, cuando en la práctica lo que hacía es tratar de ahorrarse dinero en el tratamiento de residuos tóxicos; en cuyo caso, su conducta no sería dolosa; más, agrega, “Con el concepto de dolo natural, la conducta si sería dolosa, pues el sujeto activo conoce y quiere verter residuos tóxicos en un río, más allá de causar daño a la naturaleza [...] y si no se demuestra que una persona ha actuado con el designio de causar daño, no ha cometido un delito, siendo el error de tipo, la herramienta dogmática penal para entender esta situación”¹⁷¹. Bastaría entonces con decir que la aplicación del error de tipo y el error de prohibición en el Ecuador, de manera alguna obedece al hecho de que consten de manera expresa en el COIP, sino que son una consecuencia natural del esquema que se encuentra establecido en su texto, el momento mismo en el que se incluye el concepto de dolo en la tipicidad y al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en el estrato de la culpabilidad.

2. El error en la comprensión culturalmente condicionada

Conforme se ha dicho, el error es ingénito al ser humano, en el sentido de que en su imaginación, en determinadas circunstancias, la persona cree actuar de manera legítima, por lo que surge la necesidad de trasladar dicha concepción al campo del derecho penal, en el sentido de conocer si el comportamiento causal que se adecua a un determinado tipo penal, es realizado o no con el debido conocimiento de los elementos objetivos del tipo, por desconocimiento del orden jurídico vigente, o por un error en la comprensión culturalmente condicionada. Su importancia radica en conocer los efectos jurídicos que se derivan de ese comportamiento y por sobretodo el grado de incidencia que tiene en el establecimiento de la responsabilidad penal, por lo que se ha de insistir en el hecho de que el tipo de organización estatal elegida por el pueblo en las urnas, dio a luz una nueva forma de estado y de gobierno. A partir del año 2008, el Ecuador se convertía en un estado constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada, “Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo [...] decidimos construir una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de

¹⁷¹ Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, págs. 66-67.

las personas y las colectividades”¹⁷², entendiéndose con ello que, en términos de igualdad, se dejaba de lado el antiguo régimen legal en el que el legislador era quien, a su arbitrio, elaboraba la ley que debía ser cumplida por quienes ocupamos territorio ecuatoriano, para dar paso a un nuevo modelo de estado en el que “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades”¹⁷³; así pues, los *derechos*, comprendidos como los atributos esenciales que cada persona integrante de una sociedad posee; *las garantías*, concebidas como aquellas facultades otorgadas a las personas -con la intención de que esos derechos no se vean conculcados por el mismo estado- y los *principios* o mandatos de optimización, debían encontrarse materializados en la elaboración de las leyes. Lo contrario, esto es, la elaboración de una ley en contraposición con la Constitución y los instrumentos internacionales, en los términos antes mencionados, supondría calificarla como no válida, aunque vigente. Uno de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que sea dicho de paso, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible, dice relación con la creación, desarrollo, aplicación y práctica de su derecho (ley) propio o consuetudinario¹⁷⁴. Este atributo consustancial, visto desde la óptica de la heterogeneidad supone la existencia de un pluralismo jurídico que reconoce la existencia de más de un sistema jurídico en el mismo espacio geopolítico, en detrimento de aquellos criterios que lo cuestionan, como son: la soberanía o monopolio del estado sobre el derecho y la unidad misma de sus preceptos. Para Boaventura de Sousa Santos, la dificultad de reconocer y valorar la diversidad intercultural tiene un nombre viejo que se llama colonialismo, el mismo que a decir del maestro, se constituye en todo un sistema de naturalización de las relaciones de dominación y subordinación, que se sustentan en diferencias étnicas o raciales y que hacen del estado, un espacio moderno, monocultural y colonial, en el que sus instituciones se han dedicado a vivir a partir de la norma (de sus normas), en procura de ocultar la diversidad¹⁷⁵.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, pág.1

¹⁷⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez editores, Ediciones Abya Yala/Fundación Luxemburg. 2012, págs. 22-23

En su convencimiento, Ramiro Ávila Santamaría, asegura que *la colonialidad* no es una etapa histórica superada, sino más bien una realidad actual que se produce desde cualquier ámbito de poder, resulta ser un mecanismo mediante el cual una cultura, un grupo humano, domina a otro y lo despoja de todas sus potencialidades, de su historia, de su cultura, de su identidad. No es más que un ejercicio de poder que opera mediante el uso de la diferenciación, la jerarquización y la dominación -cuyos ingredientes- efectivamente conjugados, no hacen más que impedir el ejercicio de derechos. Al definir la *interculturalidad*, el maestro nos dice que esta no es sino el reconocimiento de sociedades diversas y coloniales. Un contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos¹⁷⁶.

A partir de estos conceptos, surge un cuestionamiento lógico, como es el de conocer cuáles han sido los efectos que esa dominación ha producido respecto de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en relación con la aplicación de su derecho propio o consuetudinario; pero además, surge el interrogante de saber cómo el principio constitucional de la *interculturalidad* ha influido en su desarrollo. Agustín Grijalva Jiménez, parte del postulado de que la justicia indígena es una dimensión cultural, jurídica y política de un proceso político y social mucho más amplio y complejo como lo es el estado plurinacional, en cuyo horizonte -según sostiene- *la interculturalidad y el pluralismo jurídico* han de desarrollarse en términos realmente democráticos; sin embargo, cuestiona el hecho real de que a pesar de que se han creado normas secundarias sobre la justicia indígena, en aras de materializar los postulados constitucionales, como son la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y el Código Orgánico Integral Penal, su aplicación enfrentaría más de un tropiezo, como es el hecho puntual de considerar de que a pesar de que la ley dispone la declinación de competencia de los jueces estatales a favor de las autoridades indígenas - en el diario vivir- hay una permanente intromisión de la justicia ordinaria que llega incluso a criminalizar las actuaciones de las autoridades indígenas¹⁷⁷.

Lo evidente es que desde la perspectiva occidental, la idea de derecho penal es vista desde lo babilónico hasta lo republicano, con revestimiento de figuras

¹⁷⁶ Ramiro Ávila Santamaría, *¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?*, Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez editores, Ediciones Abya Yala/Fundación Luxemburg. 2012, págs. 285-288.

¹⁷⁷ Agustín Grijalva Jiménez, *Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y estado en Ecuador*,

Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez editores, Ediciones Abya Yala/Fundación Luxemburg. 2012, págs. 71-74

arquitectónicas blancas y puras -desde la sociedad- pero jamás desde lo comunitario, como si las personas que integran la comunidad sufrieran algún tipo de síndrome (inferiores), entendiéndose que si bien las corrientes neo-constitucionales han pretendido des-construir un mundo construido desde una visión miope y egocéntrica, quienes critican su estudio, se han dedicado a eliminar aspectos ciertamente relevantes, pero siempre desde una perspectiva occidental¹⁷⁸.

Álvaro Román Márquez, en *Interculturalidad y pena*, expresa que las preocupaciones de los estudiosos del derecho siempre han estado enderezadas en la fórmula norma-realidad social, validez-eficacia y que en ese sentido el *deber ser*, tendría relación con el hecho que a más de los blancos y mestizos, existen también: indígenas, afro-descendientes, gays, lesbianas y mujeres, quienes, para el discurso dominante, han sido grupos no existentes o ausentes¹⁷⁹. Para ratificar lo expresado, el autor cita en su obra el criterio que al respecto tiene Eugenio Raúl Zaffaroni, quien en definitiva expresa que Latinoamérica ha sido objeto de colonización por parte de España y Portugal, estados que -según dice- han impuesto -desde la perspectiva de superioridad- un control represivo interno funcional a su colonialismo, basado o justificado en una ideología según la cual la población india y el africano importado eran inferiores, con el agregado de que, en el pensamiento de Hegel, prestigioso ideólogo del centralismo nórdico europeo, la ausencia de un pasado histórico, tendría que ver con que nuestra población se ha venido formando con el falso positivo de la inferioridad en todo, es decir sin historia; pero además, asegura el autor, con la idea de negros en estado de naturaleza y por ende sin moral, es por eso que en Latinoamérica la historia más bien estaría constituida por una sucesión de anécdotas de luchas políticas que parece no tener ningún sentido¹⁸⁰.

Al tratar el tema de la *criminalización de las comunidades indígenas*, Danilo Caicedo Tapia, asegura que existen identificados dos fundamentos originarios por los cuales las personas que forman parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas son sujetas a procesos de criminalización. El primero, de naturaleza estructural, responde a *procesos sistemáticos de discriminación y exclusión*, los cuales han permanecido de manera permanente y transversal, desde la época de la conquista hasta nuestros días. El segundo, tiene que ver con la *demonización*, fenómeno en el cual, según

¹⁷⁸ Material de clase en la asignatura de Criminología, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011

¹⁷⁹ Álvaro Román Márquez, *La interculturalidad, libertad y penal*, Corporación Editora Nacional, 2015, pág. 55-57

¹⁸⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni en Álvaro Román Márquez, *La interculturalidad, libertad y penal*, Corporación Editora Nacional, 2015, pág. 55-57

dice el autor, la *cosmovisión* indígena pasa a ser des-caracterizada y repudiada mediante diversas acciones públicas y privadas¹⁸¹. En concreto, estas dos manifestaciones son parte de un concepto mucho mayor, como es el *colonialismo*, caracterizado por la naturalización de la dominación transversal en lo étnico y en lo racial, en la cual los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos históricamente excluidos, marcados por una supuesta inferioridad que ha contribuido a profundizar la crisis; así pues, desde el estado, se parte de una primera concepción básica clásica de ciudadanos y ciudadanas, la cual según dice Danilo Caicedo Tapia, es ajena totalmente a la cosmovisión indígena. Por ella se pretende unificar y asimilar las diferencias de cada persona, eliminándose o ignorándose por ende, la noción de las comunidades, pueblos y nacionalidades como sujetos de derechos. Pero además, existe un segundo pensamiento que se basa en la concepción de lo que el gobierno entiende como *nación*, desde la base de la teoría liberal y republicana, con supuestos de participación más equitativa dentro del reparto de la riqueza, en contraposición con el concepto actual de nación por parte de los grupos indígenas que atañe a una perspectiva etno-cultural, en la cual la nación viene dada por la identidad étnica y cultural. Pero además, una tercera manifestación, según lo refiere el escritor es la *estrategia comunicacional*, en la que el gobierno parte por aceptar la tendencia social generalizada que conllevan la asimilación y unificación de las mismas, por lo que bajo el concepto de representación ciudadana, acepta sin miramientos el pronunciamiento ciudadano más popular (descalificación indígena), el cual históricamente se ha basado en una estructura eurocéntrica y en el paradigma de lo norteamericano y europeo como modelo de vida en el cual reflejarse o medirse¹⁸², cuando lo cierto es que para cualquier persona que haya visitado un país en el que todavía existen pueblos indígenas originarios y diferenciados de una mayoría blanca o mestiza, el estado no llega a estar presente, ni siquiera mínimamente; como cuando un miembro de la comunidad roba, mata, agrede sexualmente o no respeta mínimamente las reglas de convivencia establecidas tradicionalmente, resulta por demás claro que no se va a iniciar el proceso penal estatal, pues aquí los órganos jurisdiccionales ni siquiera han tenido noticia del hecho criminal, y lo más probable es que jamás lleguen a conocer el proceso¹⁸³.

¹⁸¹ Danilo Caicedo Tapia, *Criminalización de las comunidades indígenas*, Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez editores, Ediciones Abya Yala/Fundación Luxemburg, 2012, pág. 133

¹⁸² Danilo Caicedo Tapia, *Criminalización de las comunidades indígenas*, Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez editores, Ediciones Abya Yala/Fundación Luxemburg. 2012, pág. 134

¹⁸³ Emiliano Borja Jiménez, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant Lo Blanch, 2001, págs. 106 y 107

Carlos Pérez Guartambel en *Justicia indígena*, al exponer el subtema: *La trampa del idioma*, nos transmite una historia contada por John Ross. Se trata de Luis Zacarías, indígena otomí, quien fuera atropellado por un vehículo cerca de las antiguas ruinas de Teotihuacán, lugar en el que se encontraba rutinariamente contando tunas. La policía local asumió que estaba borracho y lo llevó a dormir a la cárcel, lugar en el que le preguntaron varias veces el sitio en el que vivía, sin que este pueda responder. En dichas condiciones, la Policía lo envió a un hospital psiquiátrico en donde languideció nueve años, hasta que un diligente trabajador social descubrió que no era esquizofrénico catatónico, tal como se lo había *diagnosticado* inicialmente, sino que se trataba más bien de un otomí que no hablaba castellano. Cuando Zacarías regresó a su empobrecida localidad en las montañas de Veracruz –Guatemala- su familia, que le había dado por muerto, pensó que se trataba de un fantasma, quien lo había venido a visitar, De hecho, atontado por casi una década consumiendo medicación inapropiada que alteraba su mente, Zacarías era un fantasma en sí mismo¹⁸⁴.

La nota más característica del sistema punitivo amerindio, en palabras de Emiliano Borja, es su carácter consuetudinario. En él, las tradiciones y reglas de convivencia se expresan oralmente -de generación en generación- por lo tanto, las normas penales son creadas a partir de la costumbre. De ahí que no puedan examinarse bajo el mismo prisma, las clásicas manifestaciones del principio de legalidad propio de una sociedad occidental. No se puede pretender que el hecho ilícito esté previsto con anterioridad a su comisión por una norma escrita de rango legal, cuando ni siquiera existe un parlamento que cree la norma y por ende la seguridad jurídica, siendo claro que la tipicidad de un hecho no se logrará a través de la publicidad de las leyes escritas, como ocurre en el sistema occidental, sino más bien sobre la base reglas de convivencia, en la que los enjuiciamientos son practicados con cierta ritualidad, ante toda la comunidad, lo cual ha sido aprehendido de generación en generación, grabando en su conciencia colectiva las conductas gravemente reprobadas que vienen acompañadas de duras sanciones. En última instancia, nos dice Emiliano Borja, cada quien sabe con meridiana certeza cuál es el ámbito de lo prohibido y cuáles son las consecuencias que acarrea llevar a cabo la conducta ilícita; más, sí la legitimidad democrática es el tema a debatir, el maestro asegura que su justificación radica en el hecho de que los casos punibles más graves son

¹⁸⁴ Carlos Pérez Guartambel, *Justicia indígena*, Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca, 2006, pág. 25.

enjuiciados por toda la comunidad, de tal forma que en estos casos si se podría decir que la justicia emana del pueblo¹⁸⁵.

En lo que al principio de culpabilidad se refiere, Emiliano Borja Jiménez asegura que en el sistema occidental esta institución representa un límite al poder punitivo del estado, en la medida en que para su establecimiento, se exige que en el agente estén presentes un conjunto de requisitos psico-biológicos y ambientales, como son los principios de responsabilidad personal o personalidad; de responsabilidad por el hecho; de inocencia; y aquel principio según el cual la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad. Mandatos de optimización que a decir del autor, revisten efectos de orden personal, surgiendo de inmediato el cuestionamiento respecto a la realidad presente en el mundo de las sociedades tribales, en las que los intereses de la comunidad prevalecen sobre los derechos individuales de sus miembros. La deslealtad de uno de sus miembros por ejemplo, no será nunca una circunstancia que quede exclusivamente en el ámbito privado de la persona implicada asegura el maestro, tal es el caso de la infidelidad de uno de los miembros de la comunidad, la cual, desde la perspectiva o cosmovisión comunitaria no es una circunstancia que quede exclusivamente en el ámbito privado de las personas implicadas, pues para la familia, para el marido o la mujer engañada, el adulterio representa una ofensa no solo al afectado, sino a todo su clan, a todos sus parientes, al linaje y a la propia sangre. De ahí la razón por la que la infidelidad, considerada como un hecho delictivo grave en las comunidades sea castigado muy severamente. Otro ejemplo citado por Emiliano Borja, tiene que ver con la actividad del individuo en favor de la comunidad. No rara vez se puede ver que se creen figuras delictivas como *ser un mal comunero o ser un ocioso* nos dice, lo que significa que el vecino integrante del grupo correspondiente no solo es valorado socialmente a través de sus actos concretos, sino por *compañeros, compadres, comuneros*, lo que a su vez genera estimación (o no) por su comportamiento en el transcurso del día a día y a lo largo del tiempo¹⁸⁶.

Lo cierto es que los *problemas* que enfrenta la justicia comunitaria, tienen que ver con la competencia, la autoridad y el territorio. En lo referente a aquello, Carlos Pérez Guartambel en *Justicia indígena*, nos transmite la idea de que el artículo 169 de la OIT no establece límites de naturaleza alguna respecto al juzgamiento de infracciones en el ámbito del derecho indígena, por lo que la *autoridad* está facultada para conocer y

¹⁸⁵ Emiliano Borja Jiménez, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant Lo Blanch, 2001, págs. 117-122

¹⁸⁶ *Ibidem* págs. 117-126

resolver infracciones de todo tipo, con el único requisito de que se haya vulnerado el equilibrio social de la comunidad situada en un determinado *territorio*¹⁸⁷, y si bien se ha cuestionado el hecho de que en estos eventos, el acusado no gozaría del derecho de defensa, al no contar con la presencia de un abogado o que su juzgamiento se puede desarrollar en su ausencia, la respuesta lógica dada a esta interrogante, tiene que ver con el hecho de que al no haber jueces de carrera, fiscales, secretarios judiciales, ni policía judicial, la necesidad de Defensa en esos términos (occidentales) impide medir ese derecho, conforme lo reseña el escritor¹⁸⁸.

Tania Elena Rosales Ochoa en el VII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, celebrado en la ciudad de Guayaquil, entre el 15 al 28 de octubre de 2005, expresó que con el advenimiento de la sorprendente época de la mundialización, el tema de la cultura ha entrado en discusión, agregando que el debate ha tenido a la vista, el cuestionamiento del sistema jurídico dominante, en el que ha imperado la simple reprochabilidad con sesgos morales hasta el complejo justificativo de la conocida figura de razón de estado; pero además, el hecho de que ese sistema (dominante), lejos de aceptar la existencia de sistemas jurídicos paralelos, lo que ha hecho es invisibilizar la coexistencia de sociedades culturalmente diversas, como es la indígena, en las que se han desarrollado sistemas jurídicos radicalmente diferenciados del derecho oficial de los estados, como es el derecho consuetudinario, propio del pueblo indígena, lo que ha provocado una situación de permanente confrontación, cuyo resultado ha sido siempre el desplazamiento del derecho consuetudinario y la provocación de notables injusticias¹⁸⁹.

Ahora bien, siendo el error el protagonista de esta investigación, surge la necesidad de trasladar el análisis de dicha institución al campo de la comunidad, en el sentido de conocer si esa persona, quien se ha desenvuelto en una cultura distinta, conforme a su cosmovisión, al salir de su habitad natural, es capaz de lesionar bienes jurídicos que tan solo aprehendidos por la legalidad occidental. En ese sentido, Toribio W. Castro Cornejo, en *El error en el derecho penal*, asegura que Raúl Zaffaroni concibe

¹⁸⁷ Carlos Pérez Guartambel, *Justicia indígena*, Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca, 2006, pág. 37-38

¹⁸⁸ Emiliano Borja Jiménez, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant Lo Blanch, 2001, págs. 127-128

¹⁸⁹ Tania Elena Rosales Ochoa, *Diversidad cultural y derecho penal desde la perspectiva del derecho penal indígena y el error de comprensión culturalmente condicionado*. Ponencia. Simposio Principal, VII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Guayaquil, 15 al 28 de octubre de 2005.

al error de comprensión culturalmente condicionado a partir de la legislación argentina; por ella, deja de ser punible un acto en el que el agente no haya podido comprender su criminalidad, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsistencia, o por error o ignorancia de hecho no imputable. En su opinión, la de Zaffaroni, asegura el autor, la culpabilidad tiene como presupuesto la autodeterminación de la persona, que conforme lo dice, no supone el conocimiento de criminalidad, sino tan solo la posibilidad de conocerla o comprenderla en la medida en la que el agente tenga la vivencia en su condición de persona en un mundo de significaciones (cultura), lo que a su vez permite considerar la imposibilidad de exigirle a esa persona la incorporación de valores ajenos o cánones de comportamiento que responden a una concepción del mundo por entero distinta. A pesar de lo dicho Zaffaroni, en palabras de Toribio Castro Cornejo asegura que la culpabilidad no requiere que el sujeto haya internalizado esos valores sino que solo haya tenido la posibilidad de hacerlo, en un grado razonablemente exigible dice, lo cual depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debe realizar para materializar esa comprensión efectiva; sin embargo, si el esfuerzo es tal que no resulta razonable exigirle que lo haga, se presenta la inexigibilidad jurídica y por tanto, queda excluida la reprochabilidad, en el grado de error invencible. Pero aún hay más, el maestro argentino aduce que una de las ventajas del criterio esbozado respecto al error de comprensión en los términos referidos en renglones anteriores, es la de eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en un estado peligroso, pues en el caso del indígena, lo que no puede exigírsele es la comprensión de la criminalidad, como puede suceder en el evento de que un antropólogo tenga la oportunidad de conocer y describir en otras culturas: la eliminación de los ancianos, la poligamia, la poliandria, la ablación del clítoris o el suicidio de la viuda. Lo que no es posible exigirle es que los comprenda, por lo que para los fines perseguidos, conforme consta del texto confrontado, tendríamos que imaginar cómo se hubiese debido juzgar al antropólogo, si viviendo entre los pueblos cuya cultura estudiaba, hubiese internalizado sus pautas culturales -y cuestionarse si- se hubiese vuelto a casar y breve tiempo después, participado en el hecho de matar a su anciano e inválido suegro, como lo exigen sus nuevas pautas culturales. De haber permanecido en Polinesia, asegura el texto, no sólo no hubiera sido sancionado, sino quizás felicitado por su real y efectiva integración a la cultural local nos dice el autor. Pero si por el contrario, se hubiera regresado a su país de origen, las autoridades competentes, conociendo lo realizado por el antropólogo en el extranjero, se hubieran debido preguntar si debía procesarlo penalmente por homicidio o

bigamia. En el supuesto de que dichas autoridades apliquen los criterios de Zaffaroni, podríamos imaginar, que se hubiesen tenido que decidir por el hecho de saber si el antropólogo actuó o no bajo la influencia de un error de comprensión culturalmente condicionado, con el agregado de que al participar en la muerte de su suegro, él conocía que, conforme a las pautas culturales de su país de origen, cometía un acto prohibido y punible, pero al mismo tiempo, lo hacía conforme a las nuevas pautas culturales que había internalizado. En este caso, a decir de Zaffaroni, no es posible pensar en una inexigibilidad de comprensión de criminalidad del acto proveniente de un error, pues según asegura el texto que cita al mencionado autor, el antropólogo no ha errado, no se ha equivocado de modo que jurídicamente pueda considerarse que, al momento de actuar, no hubiese podido comprender la criminalidad de su acto en relación con el derecho de su país de origen, concluyéndose que respecto al derecho de Polinesia, no existe problema porque no ha cometido infracción alguna¹⁹⁰.

De manera más evidente, Eugenio Raúl Zaffaroni, en *El error en el derecho penal* de Toribio W. Castro Cornejo, expresa que el problema se presenta en la sociedad contemporánea, debido a la movilidad horizontal y a las frecuentes migraciones, como también al reconocimiento de la pluriculturalidad, como puede ser el caso de la ablación del clítoris, que sigue siendo practicada entre algunos sectores de los migrantes musulmanes en países como Francia y España. Este caso, la existencia de lesiones corporales graves, explica el escritor, no podría dar lugar a la punición de los autores porque estos han actuado conforme a las pautas culturales que han internalizado, es decir, no han comprendido las pautas culturales que están en la base de la legislación penal francesa o española, con el agregado de que han cometido un error de comprensión porque no se les puede exigir que internalicen pautas culturales ajenas a su cultura, ya que su ámbito de autodeterminación para comportarse según las pautas francesas o españolas, ha estado fuertemente reducido por su bagaje cultural propio o irrenunciable, lo que supone que el error es invencible debido a que el agente hubiese debido realizar un esfuerzo de magnitud tal que surja claramente la inexigibilidad jurídica¹⁹¹.

¹⁹⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho penal parte general*, citado por Toribio W. Castro Cornejo, en *El error en el derecho penal*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2010, págs. 110-113

¹⁹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho penal parte general*, citado por Toribio W. Castro Cornejo, en *El error en el derecho penal*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2010, págs. 118-119.

“El sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)¹⁹²; “Si pensamos en un sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena con sus moldes culturales –frecuentemente bien complejos- que lleva a cabo las inhumaciones conforme a su ritual, pero en violación de las leyes vigentes, bien puede conocer esas leyes y saber que las inhumaciones en esas condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa y quedar eventualmente incurso en la tipicidad del art. 203. No obstante, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuridicidad de su conducta, porque frente a la importancia del ritual funerario, el riesgo parecerá siempre nimio y no podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera¹⁹³. Lo que es más, “el error de comprensión culturalmente condicionada no siempre es un error por conciencia disidente, ni siquiera es siempre un error de prohibición directa. Puede tratarse de un error de tipo permisivo (justificación permisiva), como sucede en los miembros de la cultura Ahuca (sic), en el oriente del Ecuador, respecto de sus ataques a los blancos. Creen que los blancos les eliminarán en cuanto les vean y creen, por ello es que actúan en legítima defensa”¹⁹⁴.

3. El error en las causas de justificación

La creencia errónea de obrar de manera lícita nos conduce inexorablemente hacia el estudio de dos teorías que en definitiva se constituyen en los postulados que explicarían el porqué de las circunstancias que rodean al error. La primera, conforme se ha dicho, es la *Teoría estricta del dolo* que en palabras de Francisco Muñoz Conde supone que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho por parte del autor, es un elemento integrante del dolo, por lo que actuará de esa manera, quien conozca de un simple elemento descriptivo del tipo de delito en cuestión, de elemento normativo u otro derivado de una causa de justificación, por lo que el conocimiento de todos estos datos, incluido el de la antijuridicidad debe ser actual y referido al momento del acto. La falta de ese conocimiento, cualquiera que sea la causa u origen, determina la ausencia de dolo. En palabras de Francisco Muñoz Conde, esta teoría no debería ser motivo de objeción, pues según dice, independiente de cualquiera que sea la opinión que se adopte respecto a la

¹⁹² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal, parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 200

¹⁹³ *Ibidem*

¹⁹⁴ *Ibidem*

posición sistemática del dolo en la teoría general del delito -ya sea como elemento del tipo o de la culpabilidad y a la pertenencia de incluir en él el conocimiento de la antijuridicidad (dolus malus)- es indiscutible que esa teoría fue la primera en poner de relieve la necesidad de exigir el conocimiento de la antijuridicidad como requisito indispensable para la imposición de la pena; sin embargo, a renglón seguido el autor hace notar que esta teoría ha sido cuestionada, a partir de los presupuestos metodológicos de los que parte, hasta las consecuencias político-criminales a las que llega; así por ejemplo, se reprendería el hecho de que el conocimiento de la antijuridicidad tenga que ser el mismo (psicológico) que le es exigido a los elementos presentes en otras categorías dogmáticas –cuando- según explica, la diferencia existente entre la tipicidad y la antijuridicidad obliga a distinguir los elementos propios independientes que las componen; así pues, el dolo respecto de los elementos de la tipicidad es un dolo natural que nada tiene que ver con el de la antijuridicidad que se sitúa en un plano diferente y con distinta función político-criminal. Un ejemplo dado por el maestro en aras de ilustrar lo dicho, es aquel en el que el cazador que en una cacería dispara contra otro cazador, con la falsa creencia de que se trata de un animal, enfrenta un error diferente al del miembro de la fuerzas armadas que al creer (erradamente) que en cumplimiento de su deber puede disparar contra una manifestación pacífica que pide la dimisión del gobernante. En el primer caso el experto nos dice que lo que falta es el conocimiento de un elemento esencial de un tipo doloso de homicidio, como es la existencia de una persona contra que se dispara; y en el segundo, ese conocimiento no está ausente, pero en su conciencia está presente el hecho de que dentro de sus atribuciones, le era permitido realizar esa conducta¹⁹⁵. “La teoría del dolo sostiene que la conciencia de la antijuridicidad es un componente del dolo, junto al conocimiento del hecho, por lo que se requiere no solo la valoración de los hechos, sino además la valoración jurídica. De ahí que la conciencia del injusto, para las teorías del dolo, deba ser actual y potencial. La consecuencia más importante es para la teoría del error, ya que la falta de algún elemento haría desaparecer el dolo y lo llevaría inevitablemente a un tipo culposo solo en caso de ser error evitable, idea esta que, según Schmidhäuser, se atiende más al principio de culpabilidad”¹⁹⁶.

Por su parte, la *Teoría de la culpabilidad* tiene el mérito de haber permitido un tratamiento distinto respecto del error de tipo y el error sobre la antijuridicidad. A decir

¹⁹⁵ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, Tercer, 2008, pág. 26-27

¹⁹⁶ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, Pág. 95

de Toribio W. Castro Cornejo, en *El error en el derecho penal*, el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad son conceptos diferentes que cumplen funciones dogmáticas distintas, y en ese contexto el conocimiento de la antijuridicidad no requiere del mismo grado de conciencia que el dolo, ya que mientras el conocimiento del dolo es de tipo psicológico y actual, el de la antijuridicidad es potencial y por ende no comprobable empírica ni psicológicamente, constituyéndose de esa manera en un concepto normativo. En lo que tiene que ver con el error sobre las causas de justificación, para la teoría de la culpabilidad, este es de prohibición¹⁹⁷, pues para *la teoría de la culpabilidad* el dolo es un hecho actual psicológico, que se extiende a los elementos del tipo, en especial a la concreción de resultado típico, mientras que la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, pero como esta es un juicio, la conciencia del injusto también lo es, lo que implica afirmar que el conocimiento en este caso es potencial¹⁹⁸.

Conforme a lo expresado, la distinción entre el error de tipo y error de prohibición no siempre lleva consigo un análisis meramente sistemático, sino que tiene enorme trascendencia para resolver los problemas que surgen a partir de los presupuestos fácticos de las causas de justificación -cuya solución- a decir de Francisco Muñoz Conde, ha sido materia de discusión, con el agregado de que la jurisprudencia española se ha inclinado por resolver el dilema, sobre la base de considerar al error respecto de las causas de justificación como un error de tipo¹⁹⁹; lo cual, conforme se ha visto en renglones anteriores, tiene que ver con aquella tendencia arraigada en la *teoría del dolo*; sin embargo y conforme lo sostiene el maestro, lo que interesa es saber si las consecuencias político-criminales a que conduce dicha interpretación son convincentes y si este proceder es compatible con la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad: “Mi opinión al respecto es contraria a la tesis doctrinal y al sector doctrinal que la apoya”²⁰⁰, argumento sustentado en el hecho de decir que si los presupuestos fácticos de las causas de justificación forman parte de sí mismas (antijuridicidad), el error sobre ellos debe ser tratado como el error sobre cualquier otro extremo de la causa de justificación, es decir, como un error sobre la antijuridicidad o error de prohibición, por tanto, como un error no excluyente del dolo

¹⁹⁷ Toribio W. Castro Cornejo, *El error en el derecho penal*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2010, págs. 38-39

¹⁹⁸ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, págs. 95-96

¹⁹⁹ Francisco Muñoz Conde, *El error en el derecho penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, pág. 60

²⁰⁰ *ibidem*

(teoría estricta de la culpabilidad)²⁰¹, aclarando que si la consideración tiene que ver con la circunstancia de considerar a los presupuestos fácticos de las causas de justificación como elementos negativos del tipo, el error sobre los mismos deberá ser considerado como un error de tipo (permisivo), es decir como un error excluyente del dolo²⁰², con la consideración de que dicho postulado se advierte sustentado justamente en la *teoría de los elementos negativos del tipo*, en la que, conforme a Oliver Chávez Sánchez, si el tipo es un juicio de valor, no ha de serlo provisional sino definitivamente y la única forma de conseguirlo es admitir que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y viceversa, en cuyo caso la presencia de las causas de justificación excluye la tipicidad. Quienes defienden esta tesis explican su postura en el hecho de decir que el tipo consta dos partes: un parte positiva y otra parte negativa; la primera que equivale al tipo en sentido tradicional; y la segunda, que añade la exigencia de que no concurren causas de justificación. Tema este que conforme se advierte es refutado por Oliver Chávez Sánchez, quien explica que si bien la tipicidad no se halla desvinculada de la antijuridicidad, no es posible que esta influya siempre en la antijuridicidad y viceversa y menos que las presencia de las causas de justificación sean una causa de exclusión de la tipicidad²⁰³. A su criterio (el de Oliver Chávez Sánchez), al existir una causa de justificación putativa, esto es la creencia equivocada de estar amparado en un causa de justificación, invencible o vencible, es un error de prohibición²⁰⁴, aspecto de orden doctrinario que se advierte nuevamente ratificado por Francisco Muñoz Conde, quien expresa que lo que menos que se puede decir de estas teorías es que son incoherentes desde el punto de vista sistemático, y que dotan a las categorías de la teoría del delito de un contenido arbitrario, con el agregado de que tampoco, desde un punto de vista psicológico valorativo, aciertan quienes pretenden tratar al error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación como un error de tipo permisivo, pues, aunque el acto psíquico de errónea aprehensión de la realidad se refiere en ambos casos generalmente a un dato fáctico (por ej. confundir un animal de caza con un cazador, en el error de tipo, confundir un peligroso atacante con un pacífico ciudadano, en el error sobre los presupuestos fácticos de la

²⁰¹ Francisco Muñoz Conde, *El error en el derecho penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, pág. 60

²⁰² ibidem

²⁰³ Oliver Chávez Sánchez, *El concepto jurídico-penal de tipicidad*. Revista Derecho, Justicia & Sociedad, 11 de junio de 2009, pág. 8

²⁰⁴ Pablo Encalada Hidsalgo, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, pág. 99

causa de justificación), la trascendencia del mismo es diferente, ya que como decía Welsel, ¿no es lo mismo matar a un hombre que matar a una mosca!''²⁰⁵.

²⁰⁵ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Bogotá, Tercer Milenio, 2008, pág. 130

Capítulo tercero

Casos reales

1. Resultado del análisis de la sentencias

Según lo explica el capítulo II de la presente investigación, la aplicación del error de tipo y el error de prohibición en el Ecuador, de ninguna manera obedece al hecho de que dichas instituciones se encuentren establecidas de manera taxativa en la ley; sino que, conforme se ha analizado, su procedencia obedece a la circunstancia lógica de que esos motivos de exclusión de responsabilidad no son sino una consecuencia lógica de utilizar el esquema que se encuentra previsto en su texto. En aras de justificar el hecho de que en el Ecuador son aplicadas y aplicables dichas figuras exculpatorias de responsabilidad penal, en el presente trabajo se realiza un análisis de tipo cualitativo para la demostración de esta tesis. En cuanto al error de tipo, la tarea se centra en una muestra contenida en la sentencia dictada el 4 de febrero de 2014 por parte del Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha. En su resolución el órgano jurisdiccional utiliza para su declaración, la construcción de hechos probados en la audiencia de juicio y la utilización de un esquema del delito ajustado a las categorías dogmáticas en su motivación. Para *justificar* (motivar) su resolución el mencionado órgano jurisdiccional considera de que a favor de la acusada PAULA ha operado un desplazamiento de responsabilidad al ser inducida a error en cuanto al hecho por su conviviente S. B. al no haber actuado con dolo, “puesto que a la luz de la sana crítica es más verosímil que su conviviente conozca su cuenta, que por la misma relación de convivencia pueda facilitarle la misma a su pareja, por lo que debe de concluirse que por las circunstancias que rodean al acto se puede presumir la falta de dolo²⁰⁶.

En cuanto al error de prohibición y dado que la premisa determina que no motiva su comportamiento en la norma, quien actúa creyendo que su comportamiento es adecuado a derecho, aunque sea antijurídico, en el presente caso se analizará la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2007, por parte de la II Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España.

²⁰⁶ Sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales, 4 de febrero de 2014, por el delito de peculado en contra de Jeackle Tapia Paula Andrea y otros.

2. Análisis de una sentencia respecto al error de tipo

2.1. Resumen

PECULADO, ERROR DE TIPO. La persona no es responsable de un acto si no ha destinado su voluntad a la realización de los elementos objetivos del tipo. El error de tipo afecta el elemento intelectual del dolo.

La causa en análisis se inicia teniendo como antecedente el Informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, en el que se determina que entre enero y mayo de 2012, de la cuenta que el Ministerio del Ambiente mantiene en el Banco Nacional de Fomento, se han realizado transferencias irregulares a favor de terceros particulares, afectando de esa manera el patrimonio estatal por el monto de siete millones trescientos sesenta mil, setecientos noventa y ocho dólares con setenta y cinco centavos. De entre los presuntos beneficiarios se encuentra PAULA, en cuya cuenta bancaria fueron depositados 70.000 dólares.

2.2. Sentencia

Dictada el 4 de febrero de 2014, por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.

El texto de la sentencia menciona que de los testimonios rendidos por los peritos en la audiencia de juzgamiento se ha podido probar el hecho de que el Estado vio disminuido su presupuesto en la suma de 7.360.6998,75USD, valor que según afirma el órgano jurisdiccional, fue depositado en varias cuentas de diferentes bancos, haciendo uso, para dicho fin, de un sistema informático, al cual los funcionarios públicos accedieron a través de la utilización de claves, sin que para tal efecto se haya hecho uso del jaqueo, pues según consta en la resolución, no existieron intentos de penetración externa al sistema, concluyendo en ese sentido, que en el presente caso existió un compartimiento de claves para el acceso a la plataforma por parte de los cuatro funcionarios de los Departamentos Financieros del Ministerio, para de esa forma transferir los valores existentes en la cuenta del MAE hacia terceros, siendo una de las *beneficiarias* la acusada PAULA.

El abogado de PAULA en la audiencia de juicio expresó que su defendida no *conocía y quería* realizar los elementos objetivos del tipo: no conocía la procedencia de los fondos de su cuenta y no quería abusar de los recursos del Estado. A decir de la DEFENSA la prueba actuada en el juicio *justificó* el hecho de que PAULA fue inducida a error por parte de su conviviente, quien la obligó a entregar su cuenta para que éste (su conviviente) reciba el dinero que a su vez debía ser entregado a una tercera persona, transmitiendo de esa manera al juzgador, la idea de que en la conducta de PAULA estuvo presente un error de tipo, que conforme se sabe elimina el dolo y mantiene la culpa, sin que nuestra legislación tenga previsto el delito de peculado culposo.

El Tribunal de Garantías Penales en su sentencia expresa que a favor de la acusada PAULA operó la figura de desplazamiento de responsabilidad, con la consideración de que al haber sido inducida a error en cuanto al hecho por parte de S.B., ésta le proporcionó a dicho sujeto su número de cuenta bancaria en la que se realizó el depósito; por lo que, a decir del Juzgador, no existe la certeza de que PAULA haya actuado con dolo.

Un primer indicador respecto al contenido de la sentencia nos dice que de su lectura se obtiene una idea por demás clara de los hechos a juzgar. La motivación de la resolución *justifica* la existencia de un delito de peculado en el que habrían actuado como sujetos activos funcionarios públicos, quienes aprovechándose de esa calidad, con la utilización de claves, transfirieron dineros públicos a cuentas particulares, configurándose de esa manera el delito de peculado.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de PAULA, la argumentación jurídica utilizada por el Juzgador en su sentencia, expone criterios claros que conducen al convencimiento de que de la cuenta que el Ministerio del Ambiente mantenía en el Banco Nacional de Fomento, se han realizado transferencias irregulares a favor de terceros particulares; sin embargo Fiscalía no logró probar que la acusada PAULA conocía de dichas operaciones y consideró que a su favor obraba el error de tipo (desplazamiento de culpabilidad), al haber sido víctima de engaño por parte de su pareja²⁰⁷.

²⁰⁷ Sentencia dictada el 4 de febrero de 2014 por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha

2.3. Análisis del caso

2.3.1. Hipótesis

La aplicabilidad del error de tipo no depende de su reconocimiento en la norma penal, sino que esta no es más que la consecuencia del esquema conceptual utilizado por los jueces.

La pregunta se relaciona con el hecho de saber si los jueces de garantías penales en el Ecuador aplican el error de tipo en sus resoluciones?

2.3.2. Objetivo

Conocer el contenido de las resoluciones emitidas por los jueces de garantías penales, cuando el procesado o procesada actúa sobre la base del error.

2.3.3. Marco teórico

Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Código de Procedimiento Penal 2000, Código Penal.

2.3.4. Método

Análisis de caso, en el sentido de establecer que uno de los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha maneja el método dogmático del delito a la hora de fundamentar sus sentencias y sobre dicha base aplica el error de tipo como consecuencia del esquema conceptual (finalismo); para aquello, el Proceso será el de seleccionar la sentencia dictada el 4 de febrero de 2014 por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha (Observación).

2.3.5. Resultados

Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha		
EXPEDIENTE	RESOLUCION	ARGUMENTACION
PECULADO	SE RATIFICA LA INOCENCIA DE PAULA	PAULA en el presente caso actúa sobre la base del error, su comportamiento jamás estuvo dirigido a la realización de los elementos objetivos del delito de peculado

Fuente: Sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales el 4 de febrero de 2014.

Elaboración: Propia

El objetivo planteado se advierte justificado, pues la información recabada permite comprobar la hipótesis formulada en el sentido de que la aplicabilidad del error de tipo no depende de su reconocimiento en la norma penal, sino que esta no es más que la consecuencia del esquema conceptual utilizado por los jueces (finalismo).

3. Análisis de una sentencia respecto al error de prohibición

3.1. Resumen

ABUSO SEXUAL. ERROR DE PROHIBICIÓN. Cuando el sujeto actúa creyendo que su comportamiento es adecuado a Derecho y no le es reprochable, aunque sea antijurídico.

El caso en análisis se inicia tendiendo como antecedente la noticia de que en el mes de septiembre de año 2005 el procesado Evaristo, nacido el día 15 de octubre de 1987 (18 años cumplidos un mes antes de los hechos), conoció a la menor a Natalia, nacida el día 29 de enero de 1993 (12 años de edad), amistad que generó una relación de noviazgo y en el curso de la misma durante los meses de Noviembre y Diciembre de ese año 2005 mantuvieron relaciones sexuales con penetración vaginal hasta en tres ocasiones con pleno conocimiento por parte del procesado de la edad de Natalia, relaciones en las que no se empleó ni violencia, ni intimidación y fueron plenamente consentidas por la menor. Como consecuencia de esas relaciones sexuales Natalia quedó embarazada, embarazo que fue finalmente interrumpido.²⁰⁸

²⁰⁸ Sentencia dictada el 14 de Diciembre de 2007, por la Sala Penal II del Tribunal Segundo de España

3.2. Sentencia

Dictada en la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil siete, por la Sala II de lo Penal del Tribunal Supremo de España.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, el 23 de febrero de 2007 dicta sentencia en contra de Evaristo, en la que lo declara culpable del delito de abuso sexual. De dicha sentencia interpone recurso de casación el acusado.

El juzgador a-quo dictó sentencia y dio por probados los siguientes hechos: Que en el mes de Septiembre de año 2005 el procesado Evaristo, nacido el día 15 de octubre de 1987 y sin antecedentes penales a los efectos de esta causa, conoció a la menor a Natalia, nacida el día 29 de enero de 1993, amistad que generó una relación de noviazgo y en el curso de la misma durante los meses de Noviembre y Diciembre de ese año 2005 mantuvieron relaciones sexuales con penetración vaginal hasta en tres ocasiones con pleno conocimiento por parte del procesado de la edad de Natalia relaciones en las que no se empleó ni violencia, ni intimidación y fueron plenamente consentidas por la menor.- Como consecuencia de esas relaciones Natalia quedó embarazada, embarazo que fue finalmente interrumpido y en virtud de aquello decide declarar a Evaristo como autor responsable de un delito continuado de Abuso Sexual, condenándolo a la pena de SIETE AÑOS DE PRISION.

De dicha sentencia, el acusado interpone recurso de casación, con el argumento de que existe una inaplicación del artículo 14.3 del Código Penal que exime de responsabilidad penal cuando se estime que concurre un error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia asegura que la alegación de error exige examinar las circunstancias del caso concreto, señalando que cuando el sujeto actúa creyendo que su comportamiento es adecuado a Derecho, el mismo no le es personalmente reprochable, aunque sea antijurídico.

La pretensión del recurso se funda en el argumento de que el recurrente nunca dudó de que su comportamiento pudiera ser ilícito y que por lo tanto se encontraba actuando sobre la base de un error de prohibición invencible.

A decir del tribunal ad-quem, los hechos probados se sintetizan en que Evaristo y la menor mantenían una relación de noviazgo y que al iniciarse esa relación, se mantuvo una reunión en el domicilio de la menor en presencia de su padre, sin que conste su oposición; agregando, que no se advierte existente algún tipo de advertencia respecto al

mantenimiento de relaciones sexuales. El acusado sabía que la menor tenía 12 años y que en dichas circunstancias decidieron mantener relaciones sexuales por tres ocasiones, con el añadido de que el acusado había cumplido los 18 años el día 15 de octubre de 2005.

El Tribunal de casación en el texto de su sentencia advierte que nada se discute sobre el bien jurídico protegido en el delito imputado. Ni sobre la concurrencia del elemento típico de ser la supuesta víctima menor de edad de trece años, así como que tal dato era conocido por el acusado, como tampoco el consentimiento dado por la menor, que en si es el argumento del cual se cuida la sentencia subida en grado. Lo que omite esa resolución, asegura el juzgador, es pronunciarse concretamente sobre si el recurrente, cuando afirma desconocer la ilicitud de la relación sexual que se le imputa, es tenido, o no, por mendaz, lo que quiere decir que el acusado no sería culpable en el evento de no haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico -que sea dicho de paso, nada tiene que ver con el error de subsunción asegura la Sala- con el agregado de que en la situación de exculpación por error invencible el sujeto no puede considerarse motivado por tal norma, ya que la cuestión de la evitabilidad no pasa solamente, por la posibilidad de conocer la reprobación de la norma, sino además por la consideración de que si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la constancia normativa. “De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta y en consecuencia el acusado, no solamente estaba incurrido en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible, por lo que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declara procedente el recurso de casación interpuesto por Evaristo, anula la sentencia subida en grado y ratifica su estado de inocencia²⁰⁹.”

²⁰⁹ Sentencia dictada el 14 de Diciembre de 2007, por la Sala Penal II del Tribunal Segundo de España

3.3. Análisis del caso

3.3.1. Hipótesis

La aplicabilidad del error de prohibición no depende de su reconocimiento en la norma penal, sino que esta no es más que la consecuencia del esquema conceptual previsto en el Código Orgánico Integral Penal.

La pregunta se relaciona con el hecho de saber si los jueces de garantías penales en el Ecuador pueden aplicar el error de prohibición en sus resoluciones?

3.3.2. Objetivo

Conocer el contenido de una sentencia que dice relación con la aplicación del error de prohibición cuando una persona no actúa *motivada por la norma*.

3.3.3. Marco teórico

Código Penal de España, Sentencia dictada por la Segunda Sala Penal del Tribunal Supremo de España el catorce de Diciembre de dos mil siete, Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, el 23 de febrero de 2007.

3.3.4. Método

Análisis de caso, en el sentido de establecer que uno de los Tribunales de Justicia de España, con la intención de establecer la posibilidad de que en el Ecuador, dado el esquema previsto en la ley penal, es posible aplicar el error de prohibición. El Proceso será el de seleccionar la sentencia dictada por la Segunda Sala Penal del Tribunal Supremo de España el catorce de Diciembre de dos mil siete (Observación).

3.3.5. Resultados

Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha		
EXPEDIENTE	RESOLUCION	ARGUMENTACION
ABUSO SEXUAL	Se revoca la sentencia de culpabilidad subida en grado	Evaristo, el acusado, no disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta y en consecuencia no solamente estaba incurso en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible.

Fuente: Sentencia dictada por la Sala II de lo Penal del Tribunal Supremo de España, 14 de diciembre de 2007.

Elaboración: Propia

El objetivo planteado se advierte justificado, pues la información recabada permite comprobar la hipótesis formulada en el sentido de saber que quien no actúa motivado por la norma (potencialmente) no es responsable del hecho; por lo tanto, la aplicabilidad del error de prohibición en el Ecuador tiene su base en el artículo 34 del COIP.

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

- La teoría del delito de clara influencia alemana de finales del siglo IX y principios de siglo XX resulta ser hoy por hoy un método inteligente de filtros en aras de contener el poder punitivo del estado.
- La constitucionalización del derecho penal en el Ecuador, es imperativa y de ninguna manera flexible, así lo reseña la exposición de motivos constante en el Código Orgánico Integral Penal, pudiéndose deducir que en lo que al delito se refiere, el legislador no ha hecho sino acercar la Seguridad Jurídica al Derecho, al definirlo a partir del esquema de las categorías dogmáticas que deberán ser comparadas con el comportamiento de quien se dice ha cometido una infracción penal; pero además, con un esquema en el que dolo y culpa forman parte de la tipicidad, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad le pertenece a la culpabilidad.
- Será por tanto el método inteligente de filtros, a través del estudio de cada categoría dogmática, el que nos permitirá establecer si el comportamiento de quien se dice ha transgredido la ley es delito.
- En ese sentido, una persona realiza un comportamiento típico, si dirige su voluntad a la realización de los elementos objetivos del tipo; y no lo hará, si en su comportamiento está presente una falsa representación de la realidad, es decir bajo la figura del error (de tipo); siendo que, una persona es responsable siempre y cuando comprenda que su conducta contraría derecho y no lo es, cuando no actúa motivado por la norma, es decir bajo la figura del error (de prohibición).
- Será por tanto función de los jueces el de respetar el sistema dogmático previsto por la ley penal ecuatoriana, para la aplicación del error, sea de tipo o de prohibición, con lo cual se estaría respetando además el principio de Tutela judicial efectiva; más aún, si la interpretación de la ley en materia penal se realiza en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.²¹⁰

²¹⁰ Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2014, pág. 13

Recomendaciones

- En aras de evitar la arbitrariedad en las decisiones de los jueces y fiscales, dado el defecto en la definición del delito por parte del legislador, sería importante que la Corte Nacional de Justicia emita una resolución por la cual, al tiempo de concebir el dolo a la luz del esquema propio del Código Orgánico Integral Penal, reconozca el error de tipo y sus variables; pero además, y dado el concepto de culpabilidad constante en el Código Orgánico Integral Penal, se desarrollen los conceptos del error de prohibición y sus modalidades.
- Podría pensarse también en una reforma al Código Orgánico Integral Penal, para que de una vez por todas, sea este cuerpo de normas el que contenga, de manera expresa, la definición de dolo conforme al esquema que corresponde; y, de esa manera, se incorpore en su texto el error de tipo y sus formas; y, sobre la base del concepto de culpabilidad constante en el COIP, se desarrollen además, los conceptos del error de prohibición y sus variables.

Bibliografía

- Albán Ernesto, *Manual de derecho penal ecuatoriano, parte general*, Quito, Ediciones Legales S.A., 2009.
- Alexy Robert en Ávila Santamaría Ramiro, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el código penal?*, Revista de Derecho No.8 UASB-Ecuador /CEN, Quito, 2007.
- Atienza Manuel, *El sentido del derecho*, Madrid, 2001.
- Ávila Santamaría Ramiro, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el código penal?*, Revista de Derecho No.8 UASB-Ecuador /CEN, Quito, 2007.
- Ávila Santamaría Ramiro, *¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?*, Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva editores, Ediciones Abya Yala/Fundación Luxemburg, 2012.
- Ávila Santamaría Ramiro, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el código penal?*, Revista de Derecho No.8 UASB-Ecuador /CEN, Quito, 2007.
- Bacigalupo Enrique, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Editorial Ahmmurab, 1999.
- Bernal Pulido Carlos en Ávila Santamaría Ramiro, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el código penal?*, Revista de Derecho No.8 UASB-Ecuador /CEN, Quito, 2007.
- Borja Jiménez Emiliano, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant Lo Blanch, 2001.
- Caicedo Tapia Danilo, *Criminalización de las comunidades indígenas*, Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva editores, Ediciones Abya Yala/Fundación Luxemburg, 2012.
- Calvo García Manuel en Ávila Santamaría Ramiro, *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el código penal?*, Revista de Derecho No.8 UASB-Ecuador /CEN, Quito, 2007.
- Castro Cornejo Toribio W, *El error en el derecho penal*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2010.
- Código Orgánico Integral Penal, Quito, Ediciones Legales, 2014.
- Código Penal, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2010
- Código de Procedimiento Penal, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2010

- Constitución de la República del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- De Sousa Santos Boaventura, *Cuando los excluidos tiene derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva editores, Ediciones Abya Yala/Fundación Luxemburg, 2012.
- De Azúa Luis Jiménez, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1962
- De La Rúa Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Ediciones, 1991
- Donna Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, Imputación delictiva, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.
- Encalada Pablo, *Teoría constitucional del delito*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.
- Grijalva Jiménez Agustín, *Del presente de inventa el futuro: justicias indígenas y estado en Ecuador*, Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva editores, Ediciones Abya Yala/Fundación Luxemburg, 2012.
- Lascano Carlos y otros, *Derecho penal, parte general, Córdova, ADVOCATUS, Córdova, ADVOCATUS, 2005.*
- Maier B.J Julio, *Derecho procesal penal, parte general, fundamentos Tomo I*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Muñoz Conde Francisco, *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2003.
- Muñoz Conde Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá, 2008.
- Muñoz Conde Francisco y García Arán Mercedes, *Derecho penal, parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- Peña González Oscar y Almanza Altamirano Frank, *Teoría del delito; Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, 2010.
- Pérez Guartamel Carlos, *Justicia indígena*, Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca, 2006.
- Ramírez Juan Bustos, *Derecho Penal parte general*, Obras completas, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008.
- Roxin Claus, *Derecho penal parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- Román Márquez Álvaro, *La interculturalidad, libertad y pena*, Corporación Editora Nacional, 2015.

- Rosales Ochoa Tania Elena, *Diversidad cultural y derecho penal desde la perspectiva del derecho penal indígena y el error de comprensión culturalmente condicionado*. Simposio Principal, VII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Guayaquil, 2005.
- Salas Parra Nicolás, *La motivación como garantía penal, estudio doctrinario y situacional*, tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2013.
- Vallejo Pablo, *El error exculpante como causa de justificación en la determinación de la responsabilidad penal*, Guayaquil, Editorial Uno, 2008.
- Villanueva Garrido Gustavo Adolfo, *El funcionalismo y la imputación objetiva*, Ediciones Nueva Jurídica, 2011.
- Zaffaroni Raúl, *Derecho penal, parte general*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar 1981.
- Zaffaroni Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general*, EDIAR, 2004.
- Zavala Baquerizo Jorge, *El debido proceso penal*, Quito, EDINO, 2002.
- Sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha en Quito el 4 de febrero de 2014.
- Sentencia dictada por la Segunda Sala Penal del Tribunal Supremo de España el 14 de Diciembre de 2007.