

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

El error en el delito: necesidad de
incluir la institución del error de
prohibición en la legislación penal
ecuatoriana

Cindy Gabriela Aguiar Lozano

Director Dr. Juan Pablo Albán

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, Octubre 2012



Acta de Grado

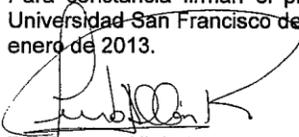
En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "El error en el delito: Necesidad de incluir la institución del error de prohibición en la Legislación Penal Ecuatoriana", presentado por la estudiante, señorita Cindy Aguiar Lozano, previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

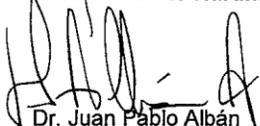
Señor Doctor Ernesto Albán Ricaurte, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Juan Pablo Albán, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Xavier Andrade Castillo, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

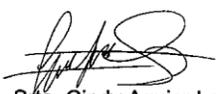
El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 94/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 88/100, da la nota final de Grado de 91/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, viernes 11 de enero de 2013.


Dr. Ernesto Albán Ricaurte
Presidente del Tribunal


Dr. Xavier Andrade Castillo
Delegado del Decano


Dr. Juan Pablo Albán
Director del Ensayo Jurídico


Srta. Cindy Aguiar Lozano

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“El error en el delito: Necesidad de incluir la institución del error de prohibición en la Legislación Penal Ecuatoriana”

Cindy Aguiar Lozano

Dr. Ernesto Albán
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Juan Pablo Albán
Director de Tesis

Dr. Xavier Andrade
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....
.....
.....
.....

Quito, 11 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:Cindy Gabriela Aguiar Lozano

C. I.:1721604120

Fecha:11 de enero 2013

A mis amados padres y abuelito por guiarme, protegerme y darme valor para seguir adelante en todos estos años de estudios

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:Cindy Gabriela Aguiar Lozano

C. I.:1721604120

Fecha:11 de enero 2013

Agradecimiento:

Mi gratitud está dirigida principalmente a Dios, por haberme dado una segunda oportunidad devolviéndome la gracia de la vida, que me ha permitido llegar al final de esta carrera.

También quiero agradecer a todas las personas que han contribuido a mi formación, primordialmente: a mi padre y madre por su incondicionalidad, por su ejemplo de trabajo, honor y constancia; a mis hermanos Victor y Hugo, de quienes he recibido el más sincero amor y motivación para obrar rectamente; al director de esta disertación, Dr. Juan Pablo Albàn, por su gran ejemplo, tiempo y consejo; y, finalmente, agradezco de antemano a los lectores de esta tesina, por su desinteresada labor.

IUS EST ARS BONI ET AEQUI

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objeto explicar la necesidad y los efectos de la institución del error de prohibición en la legislación penal ecuatoriana. Aquí se muestra una teoría del error que se aleja de los conceptos tradicionales dogmáticos utilizados por varios años, y explica al error como un postulado integral absolutamente relacionado al injusto penal a partir de un despliegue de dialéctica sobre el conocimiento.

Dentro del tema planteado, lo principal que se discute es la forma en que se concibe a la culpabilidad, es decir sobre qué fundamentos apuntala este elemento positivo del delito. Una vez establecidas estas consideraciones, se determinará las consecuencias diversas en sus aspectos negativos, y por ende en el error o ignorancia, que es uno de los modos en los que queda excluida. El tema en concreto se centra en fijar algunas inconsistencias de la legislación penal ecuatoriana, por lo cual el análisis de la legislación vigente y el Proyecto de Código integral penal en cuanto al error es en esencia la base para la comprensión de la necesidad de una teoría del error que se encuentre a la vanguardia y protección de los derechos del procesado.

ABSTRACT

This research aims to explain the need of the institution of error of prohibition in Ecuador's criminal law. Here is a theory of error that departs from the traditional dogmatic concepts used for several years, and explains the error as a postulated absolutely related to criminal infringement like a dialectical deployment of knowledge.

The specific topic is focused on determining some inconsistencies on Ecuadorian's criminal law, so the analysis of existing legislation and the Draft Criminal Code is essentially the basis for understanding the need for a new theory of error which is important to protect accused rights.

INDICE

INTRODUCCION	10
CAPITULO I	12
CONSIDERACIONES GENERALES	12
1-1 DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE ERROR:	15
1.2 IGNORANCIA Y ERROR	17
1.3 CONOCIMIENTO:	21
1.4 ERROR DE DERECHO PENAL Y ERROR DE DERECHO NO PENAL	23
CAPÍTULO II	24
TEORÍAS DEL ERROR	24
2.1 TEORÍA DE LA DIFERENCIACIÓN:	24
2.2 TEORÍA DE LA UNIFICACIÓN	25
2.3 EL ERROR EN LA TEORÍA DEL DELITO:	28
2.3.1 CAUSALISMO:	29
2.3.2 FINALISMO:	30
2.4 TEORÍA DEL DOLO Y CULPABILIDAD	31
2.4.1 TEORÍA DEL DOLO	33
2.4.2 TEORÍA DE LA CULPABILIDAD:	37
2.4.3 TOMA DE POSTURA:	40
CAPÍTULO III	41
ESTUDIO SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN	41
3.1 ANTECEDENTES:	41
3.2 CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS EN CUANTO AL ERROR, DESDE EL CAUSALISMO Y EL FINALISMO:	43
3.2 CONCEPTO:	44
3.3 CONCIENCIA EVENTUAL DE LA ANTIJURICIDAD	47
3.4 EXIMENTES PUTATIVAS DE JUSTIFICACIÓN:	48
3.5. CLASIFICACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN:	49
A) ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO	52

B) ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO:	54
4. EL ERROR EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA:	57
5. EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO FRENTE AL ERROR DE PROHIBICIÓN	60
CONCLUSIONES	65
BIBLIOGRAFÍA:	70

INTRODUCCION

Dentro del estudio del Derecho Penal se puede encontrar varias aristas fundamentales para la comprensión del mismo, a pesar de la importancia de varios aspectos, esta Tesina dirigirá su análisis específicamente al error de prohibición dentro de nuestra legislación. Este tópico constituye uno de los problemas más debatidos en la actualidad. Se lo denomina problema en este caso, pues nuestra legislación no incluye dentro de ella ninguna regulación legal que contenga al error de prohibición, dejando varios casos de Derecho penal sin solución, apoyados en postulados caducos como imperativos de plena aceptación, tal es el caso del principio que sostiene que el desconocimiento de la ley no es excusante.

El trabajo que aquí se presenta, se fundamenta en la necesidad de simplificar la dogmática penal en concordancia con los sistemas democráticos. Por este motivo en el Capítulo I: Consideraciones Generales, se pretende terminar con la separación tradicional entre injusto y culpabilidad que se ha venido llevando durante años, asumiendo que el injusto penal es siempre el injusto culpable. Esto se lo entiende dado que en la culpabilidad material preside la acción, y porque la percepción del delito y sus elementos se ha de realizar con una visión concurrente. Por este motivo, esta tesina inicia haciendo una aproximación filosófica del Derecho Penal, dentro de la cual trata de crear una conexión entre el juicio antes del hecho y el juicio después del hecho.

Más adelante se muestra la importancia del conocimiento de la antijuricidad, ubicándolo no solo como un fenómeno personal ya que el individuo comparte un contexto social general. Así pues, si el sujeto tiene conocimiento de lo antijurídico de manera general y objetiva, y ese conocimiento particular tiene concordancia con el conocimiento general, el primero se constituye de forma simultánea como conocimiento general. Esto quiere decir que en esta dinámica se crea una intersubjetividad que en determinadas circunstancias alcanza la objetividad teniendo siempre en cuenta que el sujeto activo tenga conocimiento de la ilicitud del acto. En este punto se ve la importancia de determinar que al requerir todos los delitos de ese

conocimiento antes descrito, no es acertado mantener la afirmación de que el conocimiento debe ser algo únicamente personal.

Al tratar sobre teorías del error, en el Capítulo II, se considera indispensable abarcar conceptos a cerca del conocimiento, así se resalta su naturaleza dialéctica con su identidad cognoscitiva que vinculan al sujeto individual y a su entorno social. Así se ve al error dentro del conocimiento como un elemento excepcional, configurando al conocimiento como regla general, y al error como la excepción.

Siguiendo el estudio del injusto penal se lo ha tomado a este desde su configuración formal, material, objetiva y subjetiva, comprendiéndolo así en conjunto con su vinculación dialéctica con la antijuricidad. Pues si lo que se considera antijurídico para el Estado, es una apreciación general, sin aislar lo antijurídico individual, la apreciación antijurídica individual se inserta en lo general. Es decir, lo antijurídico general toma en consideración lo antijurídico individual y viceversa. En tanto al considerar la antijuricidad como regla general y permanente, el injusto se configura como un hecho concreto que viola la regla y conforma un monto de la antijuricidad.

Dentro de esta disertación en su capítulo final al referirse al error, de forma indiscutible se hace referencia a la culpabilidad, de la cual se afirma su carácter personal por antonomasia, sin embargo resulta imposible deslindar su influencia social, por la propia confluencia sujeto-sociedad. Pues si la conducta culpable del ser humano es un elemento suyo, es evidente que también es un resultado de su entorno social, su comunidad, y de las condiciones que el Estado le provee.

Es así que a lo largo de este trabajo de investigación dejo planteada mi tesis sobre el hecho que debe ser superada la distinción primitiva del error en error de hecho y error de derecho, haciendo necesario trasladarse esta diferenciación a los efectos que el error produce en los elementos del juicio de reproche. Dejando así trazada mi opinión, esta disertación hace un recorrido por la historia, se puntualizará en la definición de varios conceptos como el error, conocimiento, error de hecho, error de derecho, teoría del dolo, teoría de la culpabilidad, finalmente una clara delimitación de la moderna teoría alemana del error de prohibición, para pasar a un análisis sobre

la necesidad de la misma en la ley Penal ecuatoriana para establecer soluciones importantes dentro de la dogmática penal.

CAPITULO I

Consideraciones Generales

Es difícil determinar de una forma clara y precisa el momento específico dentro del cual el error tomó relevancia para eximir de una pena al autor de un delito.¹ Sin embargo, no se puede deslindar ésta importancia una vez superada las teorías de responsabilidad objetiva. Pues en esta línea lo determinante al momento de realizar el análisis jurídico era el resultado, dejando totalmente olvidado a la intención del sujeto activo.²

A través de la historia se hace notar la importancia del estudio científico de la intención en la comisión de un delito. Esto se hace palpable en la Antigua Roma, donde las primeras definiciones del homicidio hacían necesario el factor dolo para su configuración.³ En éste sentido, Ulpiano hizo notar la importancia de la premeditación, o la accidentalidad en la acción delictual. Resaltando una vez más la importancia del dolo como elemento del delito. Así resulta lógico explicar como elemento excluyente de la responsabilidad del criminal, al error y la ignorancia.

Dentro de éste sistema se desprenden dos tipos de error: de hecho y de derecho. Dónde el primero hace referencia directa a las condiciones materiales o medios necesarios que exigen se verifiquen para la aplicación de una regla de derecho.⁴ Mientras que el segundo tipo de error, recae de forma nítida sobre el derecho objetivo. A pesar de esta distinción, el error no producía efecto alguno, pues sólo podía ser reconocido en ciertas circunstancias, siempre que no se haya verificado la existencia de culpa. Es importante mencionar, que éstos tipos de error no podían ser tratados bajo un mismo régimen. Pues sí bien es cierto, ninguno era aceptado bajo

1Cfr. Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. Argentina: Cervantes, 1963.

2Cfr. Octavio González. *Derecho Penal*. 2da. ed. México: Abeledo, 1925.

3 Friedrich Savigny. *Sistema de derecho Romano*. Madrid: Gongora, 1879, pp. 421–422.

4 Cfr. Luis Herrera. *El error en materia penal*. Segunda. Abeledo Perrot, 1991.

condiciones de negligencia, en el error de hecho, la negligencia debía ser probada, mientras que en el de derecho se presumía.⁵ La presunción mencionada en el error de derecho deviene de acontecimientos en las cuales, las reglas de derecho son claras y ciertas.

Por éste tipo de determinaciones, Savigny manifiesta que el rigorismo que se sigue en el error de derecho debe tener consideraciones cuando se cumplan dos circunstancias: 1.-Cuando la regla es objeto de controversia de jurisconsultos; y 2.- Cuando la regla pertenecía al derecho local, pues el conocimiento de éste tipo de derecho se encontraba extendido.⁶

El derecho romano no establecía un régimen de principios generales en relación a las circunstancias particulares. Por lo cual Savigny pone a conocimiento reglas aplicables cuando se haya cometido un delito. De esto se distingue aquellos delitos en los que se necesita la verificación de un acto exterior para constituirlos, en contraposición de aquellos que se debe sumar la concurrencia de la voluntad culpable y conciencia de violación de un determinado derecho. Por lo cual, se hace visible que dentro de los primeros es punible tanto el dolus como la culpa, mientras que en los otros, al verificarse la ausencia de voluntad, el delito no existe.⁷ Cuando el error recaía directamente sobre la existencia de la ley penal, la ignorancia de la misma no eximía el dolus, ni la responsabilidad; sin embargo se disponen excepciones para éste principio al tratarse de. 1.- menores, 2.-mujeres, 3.-labradores,4.- soldados. A pesar de esto, las mismas no podían funcionar de forma amplia, pues reconocían limitaciones en razón de la naturaleza de la ley que se ignoraba.

La ignorancia de la ley dentro del Derecho Romano es un tema complejo y casuístico. Sin embargo es en el Digesto donde se encuentra una regla amplia en éste sentido, y dos excepciones.⁸ La regla sugiere “Juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere” la cual expresa: La ignorancia de derecho

5 *Id.*,p. 49.

6 Friedrich Savigny. *Sistema de derecho Romano*. Óp.cit.,pp. 393–394.

7 *Id.*, pp.423–424.

8 Reinhart Maurach. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, pp. 48–50.

perjudica, la ignorancia de hecho no perjudica. En consecuencia, se puede observar que para varios juristas como Amor y Neveiro, en Roma la regla general es: excusa por la ignorancia de hecho pero no por la ignorancia del derecho, sino únicamente por excepción y particularmente.⁹ Varios juristas concluyen que la ignorancia de la ley penal no constituía excusa alguna. La ignorancia de la ley solo podía llegar a excusar cuando recaía sobre leyes carentes de fundamento natural, o por haber sido cometida por Mujeres, Tyrones, o por imperitia.¹⁰ Es decir, la ignorancia de la ley penal se podía constituir como excusa válida al ser ésta fundamento previo de la ley, pues eliminaría el dolo.

Siguiendo el camino histórico de construcción jurídica del error, se debe mencionar que en los países de Estados germánicos imperaba el principio de responsabilidad objetiva, dentro de la cual se descartaba la posibilidad que la responsabilidad recaiga sobre la culpabilidad. Sin embargo no se puede deslindar que las causas de justificación y de inculpabilidad se encontraban ligadas casi por completo a la casuística.¹¹ Pero esta unión se presentaba de una manera elástica, lo que permitió el desarrollo posterior del Error dentro del Derecho.

Es así, que la doctrina romanista, en referencia a la ignorancia de la ley la traslada al derecho Canónico, donde salen a relucir nuevamente distintos tipos de error e ignorancia. Pues, a pesar de existir la regla general de “ignorantia facti non juris excusat” ésta no podía ser aplicada a todas las normas locales emanadas del ordinario, y la ignorancia que no fuese supina se la trataba como una excusa o como atenuante. Así lo expresa Ramallo, quien aduce que el agente que no conocía la ley penal, o que no había querido violarla, se le imputase solamente negligencia grave e inexcusable.¹² En contraste, el código Canónico más actual, trata a la ignorancia de la ley únicamente cuando esta se encuentra en una circunstancia de inculpabilidad, sin embargo éste código es muy claro al mencionar que, cuando la ignorancia es

9 Neveiro Constante Amor. *La ignorancia de la ley en el derecho penal Romano*. Madrid: Hijos de Reus, 1916, p. 4.

10 Jimenez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. Argentina: Cervantes, 1963, p. 331.

11 Neveiro Constante Amor. *La ignorancia de la ley en el derecho penal Romano*. Óp.cit., p. 13.

12 *Código de derecho Canónico*. Madrid: Biblioteca de autores cristianos, s. f.

afectada, o dicho de otra forma, a propósito, la responsabilidad se mantiene. Al referirse este cuerpo legal, a ignorancia afectada, quiere decir que el agente permanece en ella de forma voluntaria, para de ésta forma cometer de una manera más sencilla delitos, o conseguir una excusa de él.

1-1 Definición y concepto de Error:

Dentro del tema propuesto, se abarcan temas actuales de suma importancia. Permitiendo de ésta forma, proponer soluciones efectivas para problemas emergentes que rodean al error. Así pues, se podrá solucionar algunas discusiones que se han planteado dentro del derecho Penal, en cuanto a la forma dogmática, y a la práctica en sí. Para esto, es necesario lograr llegar a una construcción conceptual sencilla y clara del error en forma general, para que, posteriormente en el desarrollo del tema, sea fácil hacer una diferenciación de los diferentes tipos de error que la doctrina ha desarrollado.¹³

Sin embargo, la importancia medular del presente trabajo, se ubica en tratar de ubicar dentro de la normativa penal ecuatoriana, la regulación del error de prohibición. Es decir, tratar de examinar la regulación legal en la práctica, para de éste modo determinar si la misma es basta al momento de dar solución a los problemas que surgen día a día.

En éste sentido, se puede mencionar que el error se constituye como una falsa apreciación de una determinada situación. Sin embargo, el error posee varios y diversos significados , de tal forma, Francisco Muñoz Conde lo conceptualiza como “la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad o simplemente ignorancia”. Mientras que para Mazuelos es definido como: “conocimiento viciado de la realidad, que puede incidir sobre la totalidad del hecho, o un aspecto del mismo “. Así, se puede colegir, que el error presupone la carencia de concurrencia entre la representación de los hechos constitutivos de un delito o de su significación antijurídica y la realidad.¹⁴ Esta ausencia de coincidencia yace en el sujeto independientemente si éste no ha representado los hechos constitutivos de la

13 Guillermo Borda. *El error de hecho y de Derecho*. Madrid: Perrot, 1950, p. 21.

14 Cfr. Francisco Muñoz Conde. *Derecho penal: Parte general*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1993.

infracción penal o de su significación antijurídica, como en los casos en los que haya una representación errónea.

En cuanto a esto, la doctrina panameña, manifiesta que el error consiste “en una falsa idea que tenemos de algo, ya que no resulta como creemos”.¹⁵ En éste sentido, se puede determinar que las impresiones sensibles, y las producciones intuitivas de los sujetos no son siempre reflectoras de la verdad, pues para que éstas existan concurre la influencia de varios factores intermedios que influyen al sujeto en el objeto. Este fenómeno se constituye en fenómenos de la percepción, pues recaen en los resultados de imágenes complementarias, prejuicios e interpolaciones del pensamiento del sujeto.¹⁶ Estos elementos, que influyen en el interregno entre el sujeto y el objeto, son las principales fuentes de error, y son claras, pues es comprobable que lo conscientemente producido no es en algunos casos lo idóneo para conocer de forma adecuada la realidad o de lo que pensamos que es objetivo.¹⁷ Pues los factores que intervienen en ésta relación, entre sujeto cognoscente y objeto conocido, menoscaban la objetividad que caracteriza a la relación.

Así, varios autores coinciden que el error alude a la ausencia o falta de conocimientos acerca de algo, o falta de nociones sobre determinado objeto o situación. En éste sentido, Alfonso Reyes se ha pronunciado, manifestando que, empíricamente el error consiste en una “falta de correspondencia entre lo que existe en el campo de nuestra conciencia y lo que hay en el mundo exterior” es decir, una errónea valoración de lo real.¹⁸ Sin embargo, constituye de vital importancia deslindar el error, de la ignorancia, pues la segunda se constituye como un estado intelectual que lleva consigo la ausencia de conocimientos sobre algo. Dando como resultado, dos apreciaciones distintas, pues quien ignora no posee conocimiento alguno sobre el hecho, y quien yerra posee un conocimiento equivoco del hecho.

En conclusión, se puede determinar, que el error se constituye como un conocimiento deficiente, o insuficiente de la verdad, lo que lleva a una desviación del

15 Cfr. Francisco Muñoz Carlos. *Lecciones de derecho penal*. Panama: Universidad de Panamá, 1985.

16 Cfr. Johannes Hessen. *Teoría del conocimiento*. México: Porrúa, 1992.

17 Cfr. Roger Verneaux. *Epistemología general*. Barcelona: Herder, 1989.

18 Cfr. Alfonso Reyes. *Derecho Penal Parte General*. Colombia: Universidad Externado, 1986.

juicio en el sujeto, dando como resultado una distorsión entre los hechos y su impacto en la afectación antijurídica de la realidad.¹⁹ En tal sentido, todos los seres humanos, estamos vulnerables a actuar bajo los efectos del error, pues resulta innegable su existencia dentro de la conducta humana, y dentro de la construcción penal.

1.2 Ignorancia y Error

Resulta indispensable para el estudio del Error partir de nociones básicas acerca del conocimiento, pues es en ésta esfera donde nace la comprensión y la esencia de ésta, para poder adentrarnos en las causas de equivocación del sujeto. En este campo, el derecho penal no ha construido un examen completo sobre la materia, sin embargo se ha mantenido un supuesto epistemológico a través del tiempo, que consiste en la separación de la cosa en sí, y del sujeto cognoscente.²⁰ Por tal motivo el derecho penal enfrenta los hechos desde una perspectiva externa, únicamente como un observador, mas no con una carga que le comprometa con el hecho mismo. Es decir, trata de asegurar el entendimiento conciso entre el delito como ente y el delito como hecho. Pues, es necesario para los fines consiguientes conocer el objeto que constituye los hechos.

En tal sentido, se debe realizar una anamnesis, en la cual se deba encontrar la relación entre el sujeto y el objeto conocido. Para ello es indispensable remontarnos a la filosofía, dentro de la cual se buscaba entender la relación del ser humano con el entorno que lo rodea. Así pues, es innegable el aporte de Kant, quien supera el primitivo concepto de la “cosa en sí” como objeto de conocimiento, totalmente separado del sujeto cognoscente. En consecuencia, hoy no se puede concebir el conocimiento con sujeto y objeto separado, sino por el contrario, como una correlación entre estos dos entes.²¹ Es aquí, donde nace la importancia de éste análisis, pues, en la correlación, cuando el sujeto se equivoca, nace el error.

Por lo antes enunciado, autores como García Morente, menciona que todo tipo de conocimiento, se maneja bajo un esquema de “sujeto sobre un objeto”. Este sistema,

19 Luis Herrera. *El error en materia penal*. Óp.cit

20 Hessen. *Teoría del conocimiento*. Óp.cit

21 Cfr. Immanuel Kant. *Prolegómenos a toda metafísica del futuro*. México: Porrúa, 1991.

basa su desenvolvimiento a manera de una pareja “sujeto cognoscente- objeto conocido” como elemento esencial en todo tipo de conocimiento.²² Pues ésta dualidad, crea una correlación lógica e independiente en la que deba existir un sujeto para el objeto, y un objeto para el sujeto, lo cual supone que no puede pensarse el uno sin el otro.

Dentro del área del Derecho Penal, hay que determinar una correlación entre el concepto general de antijuricidad -entendido como objeto- y el sujeto, para que de ésta forma se pueda notar que el sujeto no habrá cometido delito mientras no tenga conocimiento de la relación de su conducta y la antijuricidad que la sociedad y el Estado han establecido. Pues, la antijuricidad está revestida de un carácter general, en la que el sujeto puede incurrir aunque no conozca lo ilícito del caso en concreto. Este enunciado reafirma los postulados que aseveran, que el desconocimiento individual de la antijuricidad no impide calificar a una determinada conducta cometida por un sujeto como ilícita.²³ Razón por la cual, varios ordenamientos jurídicos contienen el aforismo “el desconocimiento de la norma no sirve de excusa” como un principio jurídico, de carácter general y de naturaleza objetiva pero con componentes subjetivos. Sin duda, estos factores hay provocado que el derecho penal vean a la conducta ilícita, únicamente como aquella en la que el sujeto de juicio es puramente la “conducta”, y el predicado que la complementa es la “antijuricidad, viendo a la ilicitud como un elemento obvio en el derecho penal que se incluye en la conducta misma, mientras que su objeto es la conducta del ser humano, solamente cuando ésta constituye un elemento antijurídico.²⁴

En tal sentido se ve a la antijuricidad como único juicio objetivo impuesto por el aparato Estatal. Por otro lado, no se puede dejar de lado el análisis de la culpabilidad. Dentro de la cual el derecho penal, en el área del conocimiento ve únicamente los efectos de un juicio a posteriori, es decir al caso en particular, visto esto como algo empírico. Esto quiere decir, que se tomará en cuenta si el sujeto entendió la antijuricidad, de forma objetiva y lógica. Por tales motivos, se puede colegir que la

22 Cfr. Manuel García Morente. *Lecciones preliminares de filosofía*, 11.^a ed. México: Porrúa, 1985.

23 Cfr. Gerhard Kropp. *Teoría del Conocimiento*. Mexico: Uteha, 1961.

24 Cfr. Francisco Carrara. *Programa de derecho Criminal*. Bogota: Temis, 1956.

dogmática penal ha mantenido la separación de la cosa en sí, como antijuricidad, y el sujeto, como culpabilidad.²⁵

De ésta forma, si todo delito presupone el conocimiento del elemento antijurídico, el conocimiento particularmente se constituye en requisito del delito. Con lo que no se precisa nada absolutamente nuevo, sino que resalta que en el área penal, el conocimiento de la antijuricidad no se constituye únicamente como un problema de carácter individual, sino que configura una problemática general. Esta problemática, admite tratamiento únicamente por la vía de inducción.²⁶ Es decir, si los sujetos guían su comportamiento conforme a derecho pues conocen los efectos de la antijuricidad, supone el conocimiento de la antijuricidad.

Cuando se pretende llevar a inducción un tema, se logra determinar la legitimidad de pasar de casos particulares dados en la experiencia, a un juicio general para todos los posibles casos. Es decir, trata de llevar este proceso a una regulación lógica, que no basa su objetivo en la búsqueda de una causa de un hecho, tampoco es la transición de un hecho singular a otro de la misma naturaleza. Si no, que por el contrario, este proceso supone el paso de un hecho a su ley, es decir que se trata de facilitar el paso de lo individual a lo universal. En suma, si el delito penal es comprendido como un juicio a priori, el mismo se constituye como una unidad óntico, socio axiológica, que concentra en cada delito el conocimiento general. Es decir, la comprensión del delito, encierra la relación sujeto-objeto, y se erige como el consciente y voluntario daño a un bien jurídico.²⁷

Sin embargo, es importante mencionar el elemento de la “verdad” como lo hace García Morente dentro del conocimiento. Pues la verdad del conocimiento, basa su importancia en la concordancia del conocimiento con el objeto, o dicho de otra forma, se asienta en el nexo del conocimiento y pensamiento creado por el sujeto en relación al objeto, y, el objeto. Esto ha sido definido como “criterio de verdad” por muchos doctrinarios. Pues, al momento de hablar de conocimiento, se presupone que el mismo está basado el conocimiento de lago verdadero, y no del conocimiento de algo

25 Cfr. Gunther Hans Ludwing. *Causas de Justificación y de atipicidad en el derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

26 Cfr. Immanuel Kant. *Crítica de la razón pura*. España: Espasa, s. f.

27 Cfr. Immanuel Kant. *Prolegómenos a toda metafísica del futuro*. México: Porrúa, 1991.

falaz o inexistente. Por lo tanto el “algo” está constituido por la idea que la mayoría piensa que debe ser, o mejor dicho, que esa idea sea la regla general y objetiva que lo gobierne.²⁸ En el área del derecho, esta regla general es la regla de la juricidad, misma que incluye dentro de su espectro, valores, derechos que amparan a todos. Pero al mismo tiempo, esta regla debe ser vista de sentido específico, pues la antijuricidad, que es de carácter general y objetiva, es violada por el sujeto. Lo que nos sitúa en la comprensión de la antijuricidad para poder imputarse un quebranto a la misma.

La doctrina ha precisado que no existe un verdadero conocimiento, sino únicamente existe un conocimiento verdadero. Esto es, que el conocimiento que se ha considerado falso no es admisible para llamarse conocimiento. Pues cuando el conocimiento no posee una concordancia con la cosa, no quiere decir precisamente que estemos al frente de un conocimiento falso, más bien, no lo poseemos.²⁹ Ya que el conocimiento verdadero es el único que se posee, y es aquel que tiene una plena concordancia con el objeto. En la misma dirección se puede mencionar que el conocimiento es la clara relación que existe entre la conciencia y el ser, o dicho de otra forma, el nexo entre el sujeto y el objeto que se manifiesta por una imagen que refleja veracidad.

Dentro de lo mencionado, se vio la importancia del nexo cognoscitivo, por lo cual se debe señalar en este punto, a la ignorancia y al error como elemento excluyente de la insoslayable relación antes mencionada. Pues, ante el desconocimiento del ilícito por parte del sujeto, a causa de falso conocimiento, o ausencia del mismo, o aún conociéndolo en su parte general, en el caso particular éste conocimiento fue distorsionado, o desconocimiento del bien jurídico protegido, o falta de relación conocimiento-delito misma que es a su vez relación sujeto objeto.³⁰ Ante estos elementos se ha de construir la ignorancia como una relación cognoscitiva fallida. Mientras que cuando la misma relación cognoscitiva está distorsionada, nos encontramos ante el Error.

28 Manuel García Morente. *Lecciones preliminares de filosofía*, Óp.cit.

29 Cfr. Albert Keller. *Teoría general del conocimiento*. Barcelona: Herder, 1988.

30 Gunther Hans Ludwing, *Causas de Justificación y de atipicidad en el derecho penal*, Óp.cit.

En general, diversos autores hacen una clara distinción entre error e ignorancia. Fincando su diferencia en la distinción del falso conocimiento, y la ausencia del mismo. Con lo que se deduce, que la ignorancia es el puro no saber, mientras que el error se constituye como el mal saber. Esto implica que un conocimiento que en primera instancia se tiene como veraz al final es falso. Lo cual sin lugar a duda crea mucha dificultad en delimitar un caso de ignorancia pura, pues en la mayor parte de los casos intervendrá la hipótesis de la acción equívoca.³¹ Aunque la falta de conocimiento lleva consigo la carga de conocimiento falso. Sin embargo ello es así en el nivel que se analice el conocimiento general del sujeto en el momento dado, por otro lado, si se circunscribe al saber determinado en relación a los elementos del hecho, la diferenciación es dable.

Se debe señalar, que algunos doctrinarios han designado a través del tiempo, a éstos fenómenos de forma genérica como error para que así se pueda asimilarlos elementos de la ignorancia, haciéndola a ésta más como un estado de ánimo. En éste sentido encontramos a Savigny, para quien el error únicamente se constituía como una forma de ignorancia, pues el mismo se producía por consecuencia de la ignorancia de algo. También se debe mencionar al posición de Binding, para quien todo conocimiento alejado de la verdad, o falso, suponía en sí mismo un “no conocimiento” en consecuencia lo no conocido se deriva en erróneo.³² En éste nivel, cabe señalar que lo antes mencionado se puede considerar como un pensamiento doctrinario uniforme, así como la concordancia que existe en cuanto a la duda, la cual se ha excluido totalmente del error. Así pues, se puede afirmar que la diferenciación carece de interés en la práctica diaria, pues es extremadamente espinoso imaginar puramente un “no saber” en el sujeto que obra, dada la práctica generalizada de los cuerpos jurídicos por no hacer distinción entre error e ignorancia.

1.3 Conocimiento:

El conocimiento humano se constituye a modo de un fenómeno complejo, pues éste es el resultado de múltiples procesos, es decir es una interrelación entre sujeto y objeto. Es así, que se ve la importancia del medio social en el desenvolvimiento del

31 Cfr. Guillermo Borda. *El error de hecho y de Derecho*. Madrid: Perrot, 1950, cap. XIV.

32 Cfr. Antón Vives. *Fundamentos del sistema penal*. España: Tirant, 1966.

ser humano, pues es aquí donde el ser humano aprende lo que se enseña en un espacio cultural, y temporal, es decir el conocimiento es desviado desde el entorno hacia él. Pero no se puede deslindar la vía de retorno, pues el conocimiento también va del sujeto hacia el entorno, en la relación coexistente: sujeto-sociedad.³³ El conocimiento individual es entrelazado con el conocimiento general, vinculándose de éste modo varios aspectos ontológicos, sociológicos, y psicológicos del conocimiento.

El conocimiento al nacer, u originarse en el sujeto pensante siempre va a tener un carácter general, objetivo y valido, pues a pesar que este sea un fenómeno individual, pertenece también a toda la humanidad. Lo que trata de conjugar ciertas coincidencias del conocimiento individual con el conocimiento general. Estos postulados, en materia penal nos llevan a la conclusión que se requiere que el sujeto conozca para que se pueda configurar el injusto penal.³⁴ Es decir, sin no existe conocimiento individual sobre un daño, pero por otro lado, existe daño al bien jurídico, no hay delito, a pesar que haya producido por completo el injusto penal, y se haya creado la obligación jurídica de reparar. Esto abre la uno de los postulados sobre el cual se basa la hipótesis de ésta tesina, pues en esta vía no sería procedente imputar un injusto a un sujeto sin que este haya comprendido. Pues el injusto es un delito objetivo enteramente por la comprensión del sujeto que lo comete. Ya que desde el punto de vista político criminal, esta premisa garantiza un manejo democrático, y el restablecimiento del derecho cuando el sujeto activo lo ha lesionado sin tener una comprensión absoluta de la ilicitud; así como la garantía de la no imposición de una pena, cuando el sujeto activo no ha comprendido el injusto penal. Por este motivo, es importante que el aparato Estatal se refiera a injusto penal al momento de imponer una pena, en lugar de hacerlo cuando únicamente se ha comprobado la existencia del injusto objetivo.³⁵ En síntesis, no se propone que el delito dependa únicamente del sujeto, sino que de él, teniendo pleno conocimiento dependa su realización.

33 Cfr. Jacques Rousseau. *El contrato social*. Madrid: Aguilar, 1970.

34 Cfr. Albert Keller. *Teoría general del conocimiento*. Barcelona: Herder, 1988.

35 Cfr. Francisco Carrara. *Programa de derecho Criminal*. Bogotá: Temis, 1956.

1.4 Error de derecho penal y error de derecho no penal

Dentro de esta distinción resulta importante determinar como lo ha hecho la doctrina, si se hace referencia a la ignorancia, o al error con relación al ámbito penal u otra ley. Pues varios doctrinarios como Reichsgericht han mencionado que la ignorancia del derecho debe ser diferenciada de la ignorancia del derecho penal y extrapenal. Pues la ignorancia que hace referencia al derecho penal no excusa, mientras que la ignorancia del derecho no penal es equivalente a ignorancia de hecho. En éste sentido se puede identificar como varias normas del Código Penal se constituyen como normas penales en blanco, o parcialmente en blanco. Con lo cual se observa que estas leyes, de forma simultánea establecen sanción, contemplan un precepto, por medio de la remisión a otra norma. Éstas describen de forma parcial a un tipo penal, dando la potestad de determinación de una conducta a otra norma jurídica, a la cual se hace una remisión de forma expresa o tácita.³⁶ De ésta forma, es claro que la ignorancia de una ley de éste tipo, se configura como ignorancia de hecho con respecto a la ley penal.

Lo expuesto, tiene como punto de partida la diferenciación que existe entre el error de hecho y el error de derecho, pero con una connotación específica del derecho penal, la cual establece que a los preceptos penales el restante derecho les da contenido. Por lo que ésta distinción, hace referencia a distinción que existe entre lo que la norma manda o prohíbe, y las normas que dan contenidos al referido mandato o prohibición, que dan como consecuencia que el sujeto crea o no crea obrar en violación a la norma.

El trato doctrinario que se le ha venido otorgando a éstos enunciados son distintos debido a los elementos típicos de su contenido. Es por eso que se ha identificado como casos de error extrapenal a aquellos que se han manifestado en casos dentro de los cuales el agente, o el sujeto activo no hubiera podido comprender la ilicitud de su conducta, atribuyendo su obrar a que en su hecho erraba sobre su conocimiento y la comprensión de normas no penales, o cuya explicación se hallaba fuera del cuerpo jurídico penal,³⁷ atribuyéndole a éste el llamado error de

36 Cfr. Reinhart Maurach. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962.

37 Cfr. Juan Fernández. *Concepto y límites del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994.

hecho, sacando de su esfera el dolo o culpa cuando se halle en casos de inevitabilidad, y evitabilidad únicamente en los delitos imprudentes o culposos.

En este mismo sentido, la escuela causalista, hizo diferenciaciones entre el error iuris nocet del error iuris criminalis nocet, que en principio ofrecía resultados prácticos, sin embargo con la llegada del finalismo esta decayó, haciendo que la distinción entre error de hecho y error de derecho no tuviera una gran acogida, pues su ámbito de aplicación fue muy estrecho debido a la presunción de conocimiento de la ley, que está configurado en varios cuerpos legales.³⁸

CAPÍTULO II

Teorías del error

Situados en el área del derecho penal, existe una fuerte distinción que la doctrina hace cuando se refiere las teorías del error, esto lo hace a través de dos posiciones principalmente. Es así que se habla de teoría de la diferenciación y de la unificación, respectivamente. De ésta forma, cuando se habla de la primera, se hace referencia a la distinción entre error de hecho y error de derecho, mientras tanto la segunda abraza una posición unificadora entre el error de derecho y el error de hecho.

2.1 Teoría de la diferenciación:

Dentro de ésta teoría, se puede encontrar una división clara entre el error de hecho y el error de derecho, por lo tanto cada una de éstas ofrece diferentes efectos. En este sentido se Schweitzer ha mencionado que los efectos de una y otra clase de error varían, pues si el error recae sobre los hechos, sobre los elementos exigidos en el hecho para que se aplique la ley, el efecto de este error es excluir la culpabilidad. Mientras tanto, si el error recae sobre una regla legal o de derecho, o si la misma ha sido mal interpretada, la calidad excusante de éste error desaparece, pues no excluye la culpabilidad.³⁹

38 Cfr. Herrera, *El error en materia penal. Óp.cit*

39 Walters, Schweitzer. *Error de Derecho en materia Penal*. Chile: Editorial Jurídica Chile, 1964, p.35.

Siguiendo ésta corriente, encontramos la afirmación que sostiene, que los efectos del error de hecho y del error de derecho no son susceptibles de unificación, pues el error de hecho únicamente elimina la culpabilidad cuando es invencible, y el error de derecho lo puede hacer solamente cuando el error es esencial.⁴⁰ Así lo sostiene Soler, quien en referencia específica a la legislación argentina, la cual hace distinción entre error de hecho y de derecho, afirma que únicamente se acepte el error de hecho para revestirlo de poder excusante.⁴¹ En tanto que el error de derecho no exime, pues existe el principio de presunción de conocimiento de la ley, por tanto su ignorancia no excusa de responsabilidad si la excepción no está claramente

2.2 Teoría de la unificación

Esta teoría, se aleja de la posición rígida mantenida por la teoría anterior, y en su lugar defiende la existencia de una sola clase de error con iguales resultados. Esta corriente alemana no hace distinción alguna al momento de identificar, si el acto fue realizado bajo ignorancia o error en relación con los hechos, o sobre derechos. Esto lo fundamenta tomando en cuenta la consideración que el elemento es el que se encuentra viciado, además sostiene que no es necesaria una diferenciación, pues la mente del ser humano solo es capaz de conocer hechos pues el derecho únicamente se refiere a éstos.⁴²

La teoría de la unificación no reconoce la división entre error de hecho y de derecho, sino que los ubica dentro de un mismo nivel. Sin embargo describe características generales de un único error que ésta corriente identifica como relevante jurídicamente. Es decir, los actos revestidos de importancia jurídica, están conformados de normas y de hechos, los cuales solo adquieren significación en conjunto. En éste sentido Fontan Balestra menciona que no puede existir el error de hecho de forma aislada, pues la existencia del error radica su importancia en la eliminación de la culpabilidad, pues éste impide tener conciencia de la criminalidad de una actuación. Refiriéndose el error a la valoración jurídica del mismo, puesto que el

40 Luis Romero Soto. *Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Temis, 1969, p. 215.

41 Sebastian Soler. *Derecho Penal Argentino*, vol. IV. Buenos Aires: Tea, 1970, p. 25.

42 Walters, Schweitzer. *Error de Derecho en materia Penal*. *Óp.cit*, p. 72.

error que no impide entender la criminalidad del acto carece de la misión excluyente de culpabilidad.⁴³

Varios autores concuerdan con la teoría unitaria, sin embargo distinguen las características que enmarcan a cada error, situándolo dentro de algunas causales de inculpabilidad y desechando la separación entre error de tipo y error de prohibición, sin dejar de diferenciar que cada uno de estos tratan estados subjetivos en lo que respecta a su contenido psicológico. Resulta así incuestionable que el efecto último es igual en las dos esferas del error, la cual constituye la aparición de la culpabilidad.⁴⁴ De este modo es claro que la teoría unitaria del error otorga efectos disculpantes a todo error esencial con esto somete a todo los errores esenciales a las mismas reglas. Así, se puede extender los privilegios del error de hecho a todo tipo de error de derecho, cuando se trate de error vencible o excusable. En el caso de ser vencible, se debe aplicar las reglas generales de la culpa. En este punto es necesario entender por error esencial a aquella falla o distorsión en el conocimiento que no permita que el agente saber sobre la criminalidad o punibilidad de sus actos. Es decir, error esencial es el que excluye el dolo, y error inesencial es aquel que no lo excluye, haciendo que lo determinante sea el concepto de dolo y la determinación acerca de si la captación ético social y socio jurídico fundamental de hecho pertenece o no al mismo. Cuando se realiza valoraciones no resulta necesario que el agente tenga conocimiento inmediatamente sobre la ley formal y de forma simultánea confronte su sentido con el hecho, sino que basado en su conocimiento valore ese hecho en mismo sentido fundamental en que el hecho es valorado en el derecho vigente. Varios autores tratan a esta valoración como “valoración externa del profano” lo cual significa saber lo mismo, pero a maneja del lego. Cuando el sentido de éstas valoraciones, la técnica, y la del hombre común, no tienen convergencia estamos al frente de un error de derecho, al que a través del tiempo la política criminal ha exigido se le dé un alcance excusante, independientemente del camino dogmático que se adopte.

43 Carlos Fontan Balestra. *Tratado de Derecho Penal*, vol. IV. Buenos Aires: Perrot, 1983, p. 310.

44 Sergio Vela Treviño. *Culpabilidad Penal y Responsabilidad*. México: Trillas, 1987, p. 344.

La teoría monista antes expuesta evita las complicaciones dentro de la estructura de la teoría del delito, y previene un injustificado tratamiento entre los agentes que yerran sobre los hechos y quienes lo hacen sobre las regulaciones jurídicas.

Por las dificultades que acarrea la distinción entre el error de hecho y error de derecho, doctrinarios como Binding sostiene que los hechos con significación jurídica se encuentran constituidos con hechos y normas, en el mismo sentido Finger menciona que el actuar jurídicamente encarna reconocer la relación entre la acción y el derecho, comportándose en consecuencia con éste, y a su vez, que el derecho no puede pretender sino que todos actúen de conformidad con los preceptos conocidos por ellos. Así, resulta indiferente para la culpabilidad el factor en el que el error se funda. Por lo tanto, es imposible hacer una distinción entre error de hecho y de derecho porque el derecho dentro de sus reglas hace referencias a hechos transformando las cuestiones de hecho en circunstancias de derecho.⁴⁵ De la misma forma Cuello Calón, y Von Liszt afirman de forma categórica que la distinción entre error de derecho y de hecho no poseen un fundamento dentro de la ley, y en este punto Jiménez de Asúa concuerda, manifestando que la teoría unificadora dio muerte absoluta a la clásica distinción entre estos dos tipos de error, a lo cual la posición mayoritaria de la doctrina en éste sentido se ha pronunciado sosteniendo que: “todo tipo de error, cualquiera que sea su naturaleza, quita la voluntariedad al acto”⁴⁶

Tratar de demostrar el sinnúmero de problemas y dificultades que trae el hecho de distinguir el error de hecho y de derecho es un largo camino dentro de la dogmática jurídica, sin embargo se ha podido observar que la teoría unificadora no identifica al error de derecho con el error de hecho, sino que pretende hacer notar la existencia de un único tipo de error que está revestido de relevancia jurídica. Lo que deviene del entendimiento del efecto del error en la esfera de la comprensión del agente, por lo tanto en la causa de la exclusión de la pena. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico penal, el tratamiento unificador del error es difícil de mantener, ya que al derecho le importa cómo se ven afectados los elementos que intervienen en un juicio de reproche.⁴⁷

45 Sebastián Soler. *Derecho Penal Argentino*, IV. Buenos Aires: Tea, 1970, p. 240.

46 Nicolás Ramallo. *Anuario del Instituto de Derecho Penal*. Barcelona: Reus, 1952, p. 235.

47 Juan Córdova. *El Conocimiento de la antijuricidad en la Teoría del Delito*. Barcelona: Tirant, 1978, p. 34,35.

2.3 El error en la teoría del delito:

Al hablar de la teoría del delito se hace mención al camino dogmático que otorgará los elementos lógicos para la determinación del delito en el caso específico. Es decir, ante un hecho concreto, sea posible identificar la existencia de un delito, pues es de vital importancia indagar si la conducta es típica, antijurídica y culpable. Este orden lógico da la apertura para que sea posible una definición tripartita del delito, pues en principio lo que se debe indagar es la existencia de la conducta en cuestión. Conducta que para fines del Derecho se entenderá como un hacer o no hacer humano, para lo cual, si no existió la conducta se pone fin a la búsqueda del delito dentro de la dogmática. De forma seguida, es indispensable realizar el análisis de la conducta, y verificar si esta tiene una vinculación y concordancia con un tipo penal. Al referir un acto típico, se refiere a que la conducta debe estar descrita en un tipo penal. Así, si la conducta no yace en una norma como acción u omisión, la importancia dentro de éste análisis carece de sentido pues sería una acción atípica, es decir irrelevante para el derecho penal. Para continuar esta indagación preliminar del acto delictual, es necesario determinar si la acción u omisión está permitida, o si contraviene lo dispuesto en el sistema jurídico. Al contravenir positivamente lo estipulado, resulta indispensable observar si la conducta que es típica, antijurídica es susceptible de reproche hacia el sujeto, es decir, se debe determinar si la conducta puede ser considerada culpable. De ser así, finalmente será clara la identificación del delito, pues se ha configurado los tres elementos mencionados al inicio de éste análisis.⁴⁸ Pues de no reunir los tres requisitos no es posible la existencia del delito dentro del Derecho Penal, así lo señala Juan Bustos, quien sostiene que éste constituye un modelo sencillo, fruto de largas discusiones doctrinales, que ha venido sufriendo varias transformaciones y variaciones tanto en forma y contenido para lograr una clara determinación del delito dentro de la dogmática.⁴⁹

En la actualidad el Derecho Penal ha sostenido la estructura del delito, como una unidad típica antijurídica y culpable, pero no se puede negar que ésta configuración puede ser susceptible de cambios, los cuales van ligados desde el punto de vista de

48 José Castillo. *Principios del Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Gaceta, 2002, p. 15.

49 Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 30.

la escuela dogmática que se lo analice, ya sea desde el punto de vista Clásico o desde una arista Finalista. Es así que la teoría Causalista hace sus consideraciones a partir de una idea objetiva y otra subjetiva del delito, donde la primera abarca la consideración del delito como la acción, tipicidad y antijuricidad, y su parte subjetiva, la culpabilidad. Mientras que el Finalismo supone un tipo mixto, subjetivo/objetivo, en donde el dolo se ubica en el tipo subjetivo, en tanto que el conocimiento de la antijuricidad lo hace dentro de la culpabilidad, como un parte del juicio de reproche.⁵⁰

Es por esto, que de acuerdo a la forma en que la culpabilidad sea concebida, o sobre el análisis que rodean a los elementos que rodean los componentes positivos del delito, se derivan las distintas consecuencias en su aspecto negativo sobre el error y la ignorancia. Por la importancia que esto conlleva dentro de la legislación ecuatoriana, se debe realizar un desarrollo laxo a partir de concepciones fundamentales. Por este motivo, a continuación se expondrá las variaciones de la visión dogmática del delito.

2.3.1 Causalismo:

Esta teoría es considerada tradicional, por cuanto presenta una estructura del delito como una acción o conducta que representa la voluntad de poner en marcha una causalidad exenta de contenido volitivo. En esta esfera, la tipicidad objetiva se encuentra compuesta por la conducta sometida a la descripción legal. En tanto la antijuricidad, la misma que pertenece a la acción típica, se ve contraria a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico pues dicha acción no se halla específicamente consentida. Así mismo, la culpabilidad aparece como el nexo psicológico entre la conducta y el efecto, mostrando formas de dolo o de culpa. En esta corriente doctrinaria, el tipo se configura de manera objetiva, en tanto que la culpabilidad muestra una forma culposa o dolosa, y por otro lado, el dolo se aferra a la conciencia de la antijuricidad, que se muestra como elemento del dolo.⁵¹

En síntesis, dentro de la estructura Causalista no se puede hallar distinción entre error de tipo y error de prohibición, sin embargo, se puede constatar la existencia del error de hecho y de error de derecho. Estructura que mantuvo una definición del

50 Nodier Agudelo. *Esquemas del Delito*. Bogotá: Lenatipia, 1993, p. 131.

51 *Id.*, p.100.

delito en su división tripartita, aduciendo que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable, ubicando al dolo en la culpabilidad.

2.3.2 Finalismo:

Dentro de esta escuela dogmática de debe mencionar que no es una nueva concepción a cerca de la culpabilidad, sino que esta se configura como una nueva forma de tratar a la acción. De ésta se derivan consecuencias dentro de la teoría del delito, y por su puesto dentro de la culpabilidad. Welzel expone un punto entre las teorías mecanicistas causales, y la definición final de la acción. Sobre ésta sostiene que la acción del ser humano se constituye como el ejercicio de una actividad finalista, por lo tanto la acción es un acontecimiento finalista y no simplemente causal.⁵² En este sentido, el ser humano a partir de su conocimiento, le es permitido pronosticar en algún nivel, las posibles consecuencias, postular metas, y realizar actos conducentes según una planificación, de tal manera que dirige el acaecer causal determinándolo de ésta forma como un presupuesto finalista. Así, el actuar se ve a la finalidad, como un acontecer consciente dirigido a la consecución de un objetivo. Se debe mencionar, que este acaecer se encuentra sostenido en la capacidad de la voluntad, de prever resultados, así pues, la voluntad forma parte de la acción finalista, como elemento que construye de forma objetiva un hecho real.

Las consecuencias que se pueden obtener bajo esta posición dogmática en relación al dolo es una posición directa que contiene el solo conocimiento de los hechos y la decisión del agente de querer realizarlos. Es decir, los hechos son dolosos, no solo en su querer, sino también en su realización, formando un elemento de tipo subjetivo en los delitos dolosos. Mientras tanto, dentro de la esfera de los delitos culposos, las consecuencias que devengan de las acciones revestidas de finalidad carecen de importancia para el Derecho Penal.⁵³ Pues el tipo injusto de éstas últimas, esta sostenido por la trasgresión a los bienes jurídicos, pues no fueron conducidas con la diligencia debida.

Dentro del finalismo se comprende al dolo dentro del espectro del elemento subjetivo del tipo, es decir de una manera psicológica a la cual no se le da un impacto

52 Hans Welzel. *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Ariel, 1964, pp. 25,26.

53 *Id.*,p. 73.

valorativo. Es aquí, que al existir un error que recaiga sobre el hecho querido elimina el dolo, excluyendo simultáneamente al tipo penal al ser el dolo el su elemento subjetivo. Por otro lado, si se ubica a la conciencia de lo antijurídico como elemento del juicio de reproche, y por consiguiente la razón de reproche del dolo del agente, se puede colegir que un error sobre éste tipo de concomitamiento no elimina el dolo, sino que actúa eliminando el reproche en sí mismo, lo cual elimina la culpabilidad.⁵⁴

El conocimiento de lo antijurídico, dentro del Finalismo, no exige la existencia de un conocimiento efectivo y real, más bien requiere únicamente de un conocimiento potencial. Es decir que cuando el error sea reprochable al agente que realizó el acto, se equipara este, al efectivo y real conocimiento de la antijuricidad, con lo cual se elimina los efectos del error de prohibición en los casos que generalmente se tenga un potencial conocimiento de la antijuricidad. Dentro de éste contexto, se puede observar que la teoría de la acción final, hace distinción entre error de tipo, y error de prohibición. Atribuyendo al primero ser un error que recae sobre los elementos de descripción normativa, mientras que el error de prohibición está caracterizado por versar sobre la permisión de la conducta. Dentro de estas distinciones se debe puntualizar que al momento de enfrentarse al error de tipo no es de gran impacto hacer una distinción desde el causalismo o desde el finalismo, pues las consecuencias prácticas que devengan de éstas es un asunto sistemático. Pues si nos encontramos ante el error invencible, se excluirá el dolo y la responsabilidad a modo de culpa, en tanto que si el error es vencible, el agente responderá a título de culpa, únicamente si la configuración delictual realizada tenga un castigo de manera culposa.⁵⁵

2.4 Teoría del Dolo y Culpabilidad

Dentro de la dogmática penal se puede observar que el conocimiento de lo antijurídico ha dividido la ciencia del Derecho penal. Es así que la doctrina alemana ha dividido a esta disquisición en teoría del dolo y teoría de la culpabilidad. Cada una de estas corrientes que no pueden considerarse antagónicas, manejan este elemento subjetivo en diferentes niveles de la teoría del delito. Sin embargo las dos corrientes,

54 Reinhart Maurach. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, p. 24.

55 Nodier Agudelo. *Esquemas del Delito*. Bogotá: Lenatipia, 1993, p. 103.

manejan el elemento subjetivo dentro de la culpabilidad. Es decir tanto en la teoría del dolo, como en la de la culpa, para poder ser considerado culpable en un delito doloso, se requiere que el agente que comete la acción haya conocido la antijuricidad del hecho. Este planteamiento teórico, empieza a tener diferencias especialmente en la práctica pues cuando estamos al frente de un error inevitable en la prohibición de un hecho, o dicho de otra forma, cuando el agente de manera inculpable ha incurrido en error. A pesar que el resultado se configura de forma idéntica, para la teoría del Dolo el dolo queda excluido y con este desaparece la culpabilidad. Por otro lado, para la teoría de la culpabilidad, el dolo se mantiene, sin embargo el agente que ha cometido la acción se mantiene inculpable por no haber conocido la antijuricidad de lo acaecido.⁵⁶ Pero donde se puede encontrar una diferencia más marcada entre éstas dos teorías, es cuando se configura el desconocimiento de la antijuricidad del acto por error reprochable. Pues para la teoría del dolo el hecho se configura como en culposo, pues aduce que se actuó con culpa en el error sobre la prohibición, por lo cual en este caso se debe aplicar la sanción que la ley contiene para el tipo culposo. Pero si el delito, para ser consumado exige que se lo haga de forma dolosa, bajo esta teoría se debe absolver. En otro sentido, bajo la teoría de la culpabilidad el dolo se mantiene, haciendo que la responsabilidad siempre sea dolosa, sin embargo en éstos casos se propone aplicar una pena atenuada.

Ante lo expuesto se debe mencionar que una parte de la doctrina considera inadecuada que se haga la denominación de Teoría del dolo, y de la culpabilidad, en cuanto consideran que la problemática político criminal, y jurídico política radica esencialmente en la actuación del Estado, en la que éste debe prestar atención o no al conocimiento de lo antijurídico por parte del agente individual. A pesar de éstas determinaciones, las dos teorías se encuentran enraizadas en la doctrina del derecho penal actual. Así pues, es necesario remontarse a las apreciaciones realizadas por Frank Reinhard, que para que todo lo construido por la dogmática se encuentre clarificado. El antes mencionado puso en dos espectros distintos a la conciencia de la antijuricidad del dolo, ya que desde la etapa del derecho griego y romano el dolo ha sido revestido del conocimiento de la ilicitud. Mientras tanto, los doctrinarios clásicos analizaban a la culpabilidad como el neo psicológico entre los hechos y el autor de los

⁵⁶ *Id.*, p. 33.

mismos, en este punto distinguían los grados de culpabilidad como dolo y culpa. Mientras que de entre los neoclásicos, se empieza a analizar a la culpabilidad ya no como un vínculo psicológico sino como reproche de la conducta en cuestión, esto lo hace bajo la argumentación que se puede crear un nexo psicológico sin culpabilidad, como es el caso de las justificantes o las situaciones de culpabilidad sin nexo psicológico como la culpa sin representación.⁵⁷ Dentro de éste juicio de reproche se determinan como elementos de imputabilidad al dolo o culpa, y al conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad.

2.4.1 Teoría del Dolo: en la antigüedad el dolo estaba considerado como un elemento malo, pues se lo veía enmarcado en el ámbito del conocimiento de lo injusto, y a su vez se lo ubicaba en la culpabilidad. Es por esta connotación que se dio lugar a la Teoría del dolo como se la conoce en nuestros días. Esta teoría se halla fundada principalmente en la dogmática de Binding, quien sostenía que el dolo es un elemento que se integra al conocimiento de lo antijurídico del hecho. Más tarde su dogmática fue recabada por varios autores como Nagler, Mezger etc. Dentro de ésta corriente se estudia al dolo de manera integral, es decir con todos sus elementos tanto intelectuales, como afectivos, lo cual sin duda abarca al conocimiento de la antijuricidad de los hechos.

La teoría del dolo contiene el conocimiento del injusto penal, esto quiere decir que la ausencia de éste elimina el dolo, y al mismo tiempo implica que el error invencible también lo descarta, ya que el error se constituye como el inverso del conocimiento. Esto hace que pierda el sentido hacer una distinción entre error de tipo y error de prohibición, en cuanto los dos excluyen el injusto subjetivo, pues es contrario a la posición de separar el conocimiento de lo objetivo de la conducta, del conocimiento de la ilicitud. A pesar de lo expuesto, esto no significa que se deba dar atención única al aspecto psicológico del conocimiento, mas bien, éste se verá integrado al delito en su esfera lógica, óptica, psicológica, a partir de un juicio a priori.

Sobre esta teoría Welzel ha realizado varias críticas, pues el autor sostiene que la existencia del dolo exige un conocimiento real y actual sobre los elementos del tipo al momento de la realización de los hechos. Pero este conocimiento sobre la antijuricidad es escaso en la práctica, y se muestra totalmente ausente en los

57 Cfr. Maurach Reinhart, *Tratado de derecho penal*. *Óp. cit.*

elementos afectivos del tipo, la teoría determina que no es posible desarrollar de una manera adecuada este postulado. Dentro de esto se ve como inadecuada la falta de aplicación de una pena al momento de enfrentarse a un caso de error de prohibición atribuible a un delito doloso, cuando el mismo no prevé un tipo culposo. Esto quiere decir que el dolo y conocimiento de lo injusto necesitan ser diferenciadas por su tipo de conocimiento, el primero requiere que el agente presente una percepción actual al momento del cometimiento de los hechos, el cual se verá conformado con un saber inactual. Así, se presenta una gran imposibilidad de probar si el sujeto ha revestido su actuar con el conocimiento actual de la antijuricidad. Esto supone una gran controversia, pues varios de los tribunales a lo largo del tiempo, han tomado la posibilidad de pronunciarse con decisiones absolutorias no justificadas, o de asumir el conocimiento de la antijuricidad. Ante esto se debe mencionar que no es preciso ni justificado, que la responsabilidad penal, en lo concerniente a los elementos constitutivos del tipo, tengan que ser de conocimiento actual del sujeto. Aquí se puede decir que tanto para Welzel como para otros autores la culpabilidad en sí, requiere un conocimiento efectivo de la prohibición.⁵⁸

En síntesis, la teoría del dolo sostiene que para que exista un conocimiento de lo injusto, éste deberá estar conformado por el conocer y el querer los elementos del tipo, es decir lo sustancial del dolo, por lo cual ante la falta de éste, conocimiento el dolo queda excluido. Dentro de la teoría referida, el dolo es considerado como un elemento malo, en el grado que el dolo se vea revestido del conocimiento de la ilicitud. Esta teoría distingue dos versiones, una estricta, y otra limitada.

1. Versión Estricta: esta teoría se enmarca en el conocimiento del injusto, el cual debe ser actual. Con esto quiere decir que el conocimiento sea un conocimiento real, y no se configure una mera posibilidad o potencial de conocer el injusto. Este conocimiento antes referido engloba tanto el conocimiento del tipo, como de la antijuricidad, para que pueda ser un conocimiento actual. Bajo esta premisa el error invencible excluye el dolo y también la culpa, sin embargo cuando es error vencible, únicamente se excluye el dolo, subsistiendo la culpa. Ante esta posibilidad existió varias objeciones, la mayor parte vinieron de parte del poder político, pues se presentó un algo riesgo de impunidad. Pues cuando el agente que ha cometido un

58 Hans Welzel. *Derecho Penal. Parte General. Óp.cit.*, p. 173

hecho delictivo, y que no conoce la ilicitud de su actuar, presenta una clara indiferencia ante los valores que están resguardados por el derecho. Lo cual bajo ésta postura originará la existencia de absoluciones aún ante la existencia de daños a bienes jurídicamente protegidos. Por este tipo de eventos, autores como Mezger han denominado a éstas situaciones como estricto casos de ceguera jurídica, pues se muestran como intolerable dentro de una atmósfera político criminal, donde deben ser sancionados. Por lo cual, considera que estos tipos de fenómenos jurídicos son burdos, y no deberían estar protegidos por el reconocimiento del error ya que encaminan a la proliferación de la impunidad de un gran número de actos ilícitos cometidos por sujetos que poseen total apatía por el sentido de la antijuricidad.⁵⁹ Esta denominada ceguera jurídica no posee un fundamento contundente que resista una argumentación teórica. Pues la teoría estricta del dolo, en la que el conocimiento de la antijuricidad es el paladín de sus supuestos, finaliza siendo lo opuesto, pues se configura como el desconocimiento de la antijuricidad, ante la cual la culpabilidad aún procede.

Sin embargo, a pesar de este tipo de críticas, Mezger plantea que esta ceguera jurídica, únicamente hace referencia a sujetos que muestran una clara indiferencia por lo ilícito de su proceder, es decir a quienes se les debe derivar responsabilidad, como si los mismos hubieran actuado con dolo, siempre y cuando se tome en cuenta su entorno social, y apreciación de lo injusto y lo justo. Sobre esto, Welzel ha manifestado que no se puede considerar doloso algo que no lo es. Por lo cual se transforma la primera apreciación, y se la califica ahora como una nueva apreciación sobre lo justo e injusto, en el que no es únicamente necesaria la realización del hecho, sino que se debe realizar un análisis sobre la vida del sujeto infractor. Por lo cual para la practicidad del Derecho es más sencillo declarar una conducta dolosa, cuando el sujeto desconoce la ilicitud, pero únicamente por su apatía hacia el Derecho.⁶⁰ Lo cual deja ver, que estos comportamientos se presentan como incompatibles hacia la concepción de lo justo y a su vez contrarias a Derecho, declarándole culpable de los hechos realizados. Sin embargo, Zaffaroni, critica duramente a lo expuesto por Mezger y Welzel al decir que esta aparente teoría de

59 Francisco Muñoz Conde. *Derecho penal, Parte general*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1993, p. 41.

60 Juan Bustos. *Manual de Derecho Pena*. Barcelona: Ariel, 1991, p.348.

ceguera jurídica, son únicamente modificaciones para acomodar ideas totalitarias a un sistema imperante, que llevan ineludiblemente a la culpabilidad del autor, la cual está enmarcada dentro de una culpabilidad caracteriológica, en la cual el sujeto es juzgado no por sus acciones, sino por lo que es, recayendo nuevamente en el evento de sancionar como doloso lo que no puede ser considerado como doloso. Por lo cual esta aparente enemistad con el Derecho se ve como pantanosa, como para poder ser llevada a la cotidianidad.⁶¹

2. Versión Limitada: esta teoría del dolo nace a partir de la serie de críticas que se realizó a la versión estricta, por lo cual dentro de esta segunda versión deja de ser importante el conocimiento actual o efectivo del injusto, en tanto que se exige únicamente que el sujeto haya tenido la posibilidad del conocimiento de lo ilícito, dicho de otra manera se exige que el agente solo tenga el potencial conocimiento de la ilicitud, imputándose con ésta conducta a título de dolo. Esto quiere decir que el sujeto que realiza el acto, habiendo podido conocer la ilicitud ha debido conocerla, todo esto bajo las consecuencias de un deber jurídico.

Esta teoría tiene un proceder peculiar a partir de Mezger, pues dentro de sus postulados pasa de el conocimiento actual a la ceguera jurídica, es decir dos polos distintos, que dio origen a una exigencia, donde el sujeto tenga la posibilidad de conocer el ilícito, es aquí donde se ve la importancia del "potencial conocimiento del injusto" para poder emitir una declaración de culpable, para poder evitar una ficción de conciencia, donde el juzgador únicamente puede deducir el dolo, donde muchas veces no lo hay.⁶² El trato que esta teoría da al error de tipo y error de prohibición es igual, pues la división sobre éstos aparece de forma posterior a la teoría de la culpabilidad. Con esto es fácil comprender que la ceguera jurídica o la enemistad al derecho propuesta por Mezger se vio superada por el conocimiento potencial, en tal razón la teoría limitada no se debería rechazar, pues este enunciado conserva la idea de mantener el conocimiento como parte fundamental conformante del dolo. Sin embargo la posición mayoritaria de los doctrinarios con respecto de la razón de ser de

61 Maurach Reinhart, *Tratado de derecho penal. Óp.cit,* p. 138.

62 Welzel,Hans, *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit,* p. 107.

la teoría limitada del dolo, han concordado que esta halla su función, al evitar que se produzcan absoluciones o condenas infundadas por culpa de derecho. Esto se halla fundado en el proceso de regulación del proyecto Gurtner de 1936 el cual era un cuerpo de ideología nazi, en el cual una parte hacía hincapié en la regulación del error de prohibición. Luego del análisis pertinente al cuerpo legal antes mencionado, Mezger elimina la idea de exigencia del dolo para la configuración de una forma básica de culpabilidad, por lo cual establece limitaciones. Y apoyado en el ideal de justicia, elimina la posibilidad de conformarse con la simple culpa y la sola evitabilidad del error. A pesar de esto sigue ubicando dentro del dolo al conocimiento de la antijuricidad.

2.4.2 Teoría de la culpabilidad:

Durante este análisis dogmático, se han podido evidenciar diferencias entre las teorías que rodean al error. En el primer caso se ve la forma en la que se concibe al dolo y el lugar que ocupa dentro del sistema jurídico penal. Por esto, para la teoría del dolo es necesario determinar el conocimiento de los hechos, el curso de la cadena causal, la voluntad del resultado y el conocimiento de lo antijurídico, y finalmente la consecuencia de estos elementos dentro de la culpabilidad, en cualquiera de sus formas. Por otro lado, la teoría de la culpabilidad sostiene que el tener el conocimiento de la antijuricidad no es un elemento constitutivo del dolo, dejando al mismo dentro del grupo de los elementos intelectuales y volitivos. La teoría de la culpabilidad el dolo es la voluntad de acopio de la parte objetiva del tipo, es decir el sujeto actúa de manera dolosa, si tiene conciencia de concretar un delito determinado, en este caso el dolo se encuentra fuera de la culpabilidad y se constituye como un elemento subjetivo del tipo.

Aquí se debe mencionar que ésta teoría toma gran fuerza con el finalismo, específicamente con Welzel, quien ubica al dolo y la culpa dentro del espectro de la acción típica. Sin embargo, ante la existencia de la postura de Frank en la que se hacía una separación sobre el conocimiento del injusto, dejó a este en el campo de la culpabilidad, donde se ha forjado una clara línea divisoria entre el dolo y el conocimiento de lo injusto.⁶³ Dohna maneja a esto como tipo subjetivo, con esto se

63 Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte General. Óp.cit*, p. 107.

trata de dar a conocer que el juicio de culpabilidad y la existencia de lo antijurídico son el resultado de una valoración. Esto quiere decir, que se traza una línea divisoria entre la valoración o reproche, y el objeto o dolo, dando como resultado la apreciación de la culpabilidad como la valoración del objeto. Esto es el resultado, como lo explica Welzel, de un proceso en el que no se advierte que el dolo no es parte de la culpabilidad, sino que se lo asimila como el objeto del reproche de la culpabilidad, por este motivo el dolo es atribuible a la acción y al tipo de lo injusto, en tanto que la conciencia de lo antijurídico constituye únicamente un elemento de reproche, es por esto que nace la teoría de la culpabilidad.

Es necesario señalar que dentro de ésta corriente, existe el dolo que carece de conocimiento de lo injusto, lo cual forma un dolo natural, dentro del cual pueden yacer imputables e inimputables provocando que cada uno de éstos pueda actuar de forma dolosa. En este sentido, tanto clásicos, neoclásicos, finalistas sostienen de forma unánime que el proceder de los inimputables que carecen de capacidad para comprender la ilicitud les exime de culpabilidad. Así pues, Welzel determina que el dolo dentro del “dolo natural” se constituye como la intención de lograr un fin, ya sea lícito o ilícito dada la naturaleza de la acción final, a lo cual todos están propensos a incurrir, pues éste se encuentra concebido de forma única a la parte objetiva del comportamiento típico. De esta manera se explica el dolo natural.⁶⁴

El conocimiento del tipo, y el conocimiento de la antijuricidad son los pilares fundamentales donde la teoría de la culpabilidad halla su fundamento. Es así, que el conocimiento de lo injusto y el dolo, necesariamente muestran dos formas distintas en la conciencia, la primera de estas formas hace necesario que se muestre una representación de la percepción actual al momento del hecho, mientras que la segunda forma, es decir el conocimiento de lo injusto, únicamente requiere un saber inactual.

La esencia de ésta teoría yace en la ubicación del dolo dentro del tipo pero como su parte subjetiva, por lo tanto lo deslinda de consecuencias valorativas. El dolo es agotado por el querer del tipo objetivo, es por esto que todo error que recaía sobre los

⁶⁴ *Id.*, p.106.

elementos del tipo eliminan el dolo y a su vez el tipo. En tanto que el conocimiento del injusto, o su potencial conocimiento se ubica en la culpabilidad. En este sentido, el error de prohibición no excluye al dolo, pero desplaza la culpabilidad únicamente si el error es invencible, mas si es evitable, la responsabilidad dolosa se mantiene.⁶⁵ Así como en la teoría del dolo, la teoría de la culpabilidad también muestra dos versiones:

1. Versión estricta: en este punto, se exige la existencia de un conocimiento actual del injusto, este se configura de igual forma que en la teoría estricta del dolo. Dentro de esta versión el error de prohibición, cuando es invencible, elimina la culpabilidad, pero si no lo es mantiene la culpabilidad y el sujeto es apto para ser condenado por la comisión de un delito doloso, pero se muestra una clara potestad para disminuir la pena. También, se debe mencionar, que si el error permanece dentro de causales de justificación o sobre ese margen, el mismo es tratado también como error de prohibición. Al constituirse éste como invencible, puede atenuar. El error sobre las justificantes, o sobre aspectos fácticos que sostienen a esta teoría estricta se muestra coherente, pues al existir error sobre los presupuestos antes dichos, el error sigue siendo de prohibición. Por otro lado, dentro de la teoría limitada, se transforma este error, en uno de tipo, lo cual resulta un incoherente dogmático pero políticamente justo.⁶⁶

Dentro del error de tipo, esta versión elimina el tipo doloso cuando el error es invencible, pero cuando es vencible, el tipo culposo se mantiene, si está estipulado como tal por la ley.

2. Versión limitada: esta a su vez, es una versión de la teoría estricta, dentro de esta se hace distinción entre error de tipo y de prohibición. Al primero excluye su dolo, y al segundo desplaza la culpabilidad. Al enfrentarnos al error de prohibición, es necesario saber si es de naturaleza invencible, pues de ser así, excluye la culpabilidad, pero si es vencible se lo maneja de igual forma que la versión estricta, es decir condenando al sujeto por su delito doloso, pero con una pena menor. En tanto, que al encontrarnos ante el error de tipo, se determinará si este es invencible, en cuyo

65 Juan Córdova. *El Conocimiento de la antijuricidad en la Teoría del Delito*. Barcelona: Tirant, 1978, p. 125.

66 Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte general*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1993, p. 35.

caso se excluye el tipo, pero si este se constituye vencible, se mantendrá el tipo culposo en el mismo sentido que lo hace la versión estricta.

Aunque en sentido general la teoría estricta y limitada parezcan iguales, con excepción de la discrecionalidad que se da en la versión estricta en cuanto a disminuir la pena cuando se trata de un error de prohibición vencible, existe una diferencia importante. Esta diferencia muestra que si el error se encuentra en los presupuestos fácticos de una causal de justificación, es decir, los hechos no son constatables en la realidad, dentro de esta versión, se la trata como si fuera el caso de un error de tipo.⁶⁷ Se trata de tratar a manera de una analogía, fincando esto en la convicción que la motivación del sujeto no está basada en una actitud antijurídica, sino más bien en un manejo descuidado de los acontecimientos, manteniéndose por tanto, fiel al Derecho. Para aclarar este punto se debe mencionar que el error sobre elementos fácticos dentro de la versión estricta de la culpabilidad es denominada error de prohibición, el mismo que excluye la culpabilidad si es invencible, o da un tratamiento de culpabilidad dolosa reducida si este es vencible. En tanto que dentro de la versión limitada el error sobre elementos fácticos se configura como error de tipo, que se elimina si es invencible, o se enmarca en un delito culposo si es vencible. Por lo tanto, la teoría limitada de la culpabilidad carece de coherencia, aunque haya tratado de conformarse a partir de ideas de justicia.

En consecuencia, al existir un error sobre la valoración, este descansa sobre el espectro de la antijuricidad, haciéndolo de prohibición, así como sucede con la teoría estricta de la culpabilidad. Mientras tanto, si el error recae sobre un hecho, que constituye un presupuesto a una justificante, esta teoría lo trata como error de tipo.⁶⁸

2.4.3 Toma de postura:

A pesar que parezca rebasada una teoría tradicional del dolo, se debe mencionar que la doctrina no ha mostrado aún su posición mayoritaria sobre ninguno de los presupuestos dogmáticos de las teorías de la culpabilidad. En este sentido creo que la versión estricta de la culpabilidad es la más adecuada al momento, pues la versión

67 Maurach Reinhart, *Tratado de derecho penal. Óp.cit.*, p. 141.

68 Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte. Óp.cit.*, p. 35.

limitada muestra varios puntos de censura desde la vía dogmática. Pues como lo he mencionado antes, es muy difícil deslindar la diferencia entre error de tipo y error de prohibición, cuando se yerra sobre los elementos justificantes. Es decir, se confunde al error de tipo, que conforme varios presupuestos es un error de prohibición. Mientras tanto, dentro de la teoría estricta los delitos dolosos son tratados como tal, sin perjuicio de la disminución de la pena en caso de ser un error vencible, manteniendo al dolo dentro de la esfera del tipo injusto, y sosteniendo la culpabilidad en casos de error vencible, es decir mantiene el dolo pero disminuye la pena. Esto deja ver que la teoría limitada de la culpabilidad muestra una función antisistémica, que cae en contradicciones constantes entre dogmática y política criminal. Es por esto, que la teoría estricta da la posibilidad para que el juzgador no caiga en impunidad, pues las otras teorías antes mencionadas podrían dejar sin supuestos a errores que se han constituido de forma imprudente. También es importante señalar, que la teoría estricta, supera los presupuestos de ceguera jurídica, dejando latente la posibilidad de imputar al sujeto por su comisión dolosa en los eventos de error evitable. Finalmente cabe mencionar, que la teoría estricta proporciona una solución dogmática y muy coherente, pues al caer el error sobre supuestos justificantes, el error sigue siendo de prohibición, por el contrario cuando estamos manejando una teoría limitada, de manera ilógica el error de prohibición se transforma en error de tipo, creando así un indefinido dogmático, que acarrea contradicciones confusas sistemáticas y político criminales.

CAPÍTULO III

Estudio sobre el error de prohibición

3.1 *Antecedentes:*

Tanto el error de tipo como el error de prohibición, marcan sus orígenes con el error de hecho y el error de derecho, siendo la aplicación de los mismos de naturaleza puramente civil. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se puede observar que a partir de mediados del siglo XX empieza a tener vigencia estos nuevos términos en legislaciones de varios países como España o Alemania. Es preciso mencionar que

la distinción que se hace sobre los tipos de error, se la maneja desde el derecho Romano, donde se presumía que la ley era conocida por todos, por lo tanto si algún ciudadano actuaba en contra de ellas, o infringiéndolas, éstos eran sujetos de atribución de responsabilidad, excluyendo de ésta forma que el agente pueda excusarse aduciendo error. Más adelante se admitió el error únicamente cuando la trasgresión legal era leve, o aduciendo rusticidad del agente que cometió la acción.

Sin embargo, a través del tiempo se ha podido constatar que la primera apreciación sobre el error de prohibición es realizada en 1925 Alexander Gra Zu Donha, quien define al error de prohibición, como el error sobre el carácter prohibido del acto.⁶⁹ Bajo esta línea en 1930 Engisch, realiza un análisis en el cual trata de unificar las necesidades de conocer los hechos y lo injusto sobre lo cual determinó nuevamente una diferencia entre error de hecho y error de derecho, recalcando un gran avance sobre la importancia de éstos en la teoría del dolo.⁷⁰ También Mezger hace una distinción entre los efectos del error de hecho y error de derecho, donde distingue que el dolo del autor se divide en partes descriptivas y partes normativas, así como de una parte intelectual que incluye al conocimiento.⁷¹

Una vez superada la diferenciación entre error de hecho y error de derecho que hacía la doctrina y la jurisprudencia alemana, por las complejidades que revestía las cuales se han mencionado en el capítulo anterior, al puntualizar que el conocimiento de lo antijurídico no es parte del dolo, han distinguido al error en dos definiciones trascendentales de acuerdo a los efectos que produce en el mundo jurídico. Es por esto que antes de ahondar el error de prohibición, se debe aclarar que el error de hecho y el error de derecho, así como el error de tipo, y error de prohibición no se constituyen como una construcción, o sustitución de términos, sino que éstas son una nueva forma de abarcar un problema dogmático. En este sentido se puede señalar que hay errores de hecho que pueden ser error de prohibición, si el mismo recae sobre supuestos reales de un fundamento de justificación como es el caso de la

69 Juan Fernández. *Delito y error*. Bogotá: Temis, 1990, p. 52.

70 *Id.*, 56.

71 *Id.*., 54.

defensa putativa. Pero también puede existir error de derecho que se configuren como un error de tipo cuando el error recae sobre los elementos normativos del tipo, esto se lo puede evidenciar cuando se requiere determinar la calidad de cosa ajena en el delito de hurto. A pesar de la nueva distinción propuesta por esta parte de la doctrina, no hay uniformidad sobre las teorías en cuanto al error se refiere, pero no deja de ser un gran aporte a la ciencia del Derecho Penal.

3.2 Consideraciones dogmáticas en cuanto al error, desde el Causalismo y el Finalismo:

En este punto es importante analizar la finalidad típica de dolo que la conducta del individuo genera. Pues a partir de ésta el tipo penal deja ver sus dos aspectos tanto objetivo como subjetivo. Así mismo, el dolo que se configura como el núcleo central del lado subjetivo del tipo, lleva también dos aristas: volitivo e intelectual. Es por este motivo que para que se pueda calificar de dolosa una acto debe existir congruencia entre los aspectos subjetivo y objetivo de la tipicidad. Es así que el sistema causalista sostiene al dolo dentro de la culpabilidad manejando de ésta forma un mecanismo distinto al finalismo.⁷² Para el finalismo existe una conducta dolosa al momento que el sujeto sabe que está robando a su víctima, mientras que para el causalismo existirá dolo cuando el agente sepa que está robando “antijurídicamente” a su víctima, es por eso que para el finalismo una acto es doloso aunque se encuentre justificada. Así pues, el dolo para el finalismo se vuelve un dolo reprochable, mientras que en el causalismo el dolo siempre se configura como culpable. Así, se puede colegir que el dolo en el causalismo se lo encierra en la culpabilidad, mientras que para los finalistas se lo enclaustra en el tipo, ya que en la culpabilidad se hace un examen de la conciencia de la antijuricidad, puesto que el dolo neutro ha quedado posesionado en la tipicidad.⁷³

A pesar de la distinción expuesta, se debe mencionar que el finalismo no hace distinción a la conocida división tripartita del delito, es decir, mantiene la tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad. Mantiene los mismos estamentos, pero tiene una

⁷² Nódier Agudelo, *Esquemas del delito*. Bogotá: Temis, 2007, p. 22.

⁷³ *Id.*, 66.

distribución distinta, así, se puede precisar el dolo como voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo, y también deja notar que el dolo se encuentra ubicado dentro del tipo subjetivo, y que el conocimiento de la antijuricidad se encuentra en la culpabilidad y no en el dolo. Mientras que para el causalismo el dolo es configurado como voluntad del fin, conocimiento del tipo y de la antijuricidad, así como también el dolo se encuentra ubicado en la culpabilidad, y por último el conocimiento de la antijuricidad pertenece al dolo.⁷⁴ El causalismo deja al dolo dentro de la culpabilidad, se entiende que dolo y culpa aparecen como dos grados distintos; mientras que para el finalismo no existe estas estructuras, sino que existe tipos dolosos y culposos. En tanto, el finalismo deja el dolo en el tipo, reduciendo la culpabilidad a una categoría de reproche. Así pues, si para el finalismo la posibilidad del conocimiento de la antijuricidad no pertenece a al dolo, la figura del error aparece y recae sobre la antijuricidad de la conducta que no afecta a la tipicidad dolosa de la misma. Esta figura se denomina error de prohibición.⁷⁵

Se debe mencionar como punto de importancia de ésta tesina, las consideraciones a cerca de la inculpabilidad para estas dos escuelas. El sistema causalista las causas de inculpabilidad destruyen al dolo o la culpa, las cuales hacen que se manifieste la culpabilidad, apareciendo así casos de hecho invencible que generan errores putativos.⁷⁶ En tanto, para el finalismo las causas que generan inculpabilidad son aquellas de destruir los elementos de la culpabilidad, con esto se abarca las que dan paso a la imputabilidad, error de prohibición pues destruye la conciencia de lo antijurídico, y finalmente las causas de inexibilidad de otra conducta

3.2 Concepto:

Como partida para poder definir al error de prohibición hay que señalar que el conocimiento de lo antijurídico no se lo ubica en el dolo, sino que este constituye el motivo por el cual se realiza el reproche de dolo al sujeto. Pues el dolo es un elemento subjetivo del tipo, y el conocimiento de lo antijurídico pertenece a la

⁷⁴ *Id.*, p. 68

⁷⁵ Luis Herrera. *El error en materia penal*, Segunda. Abeledo Perrot, 1991, p. 104.

⁷⁶ Mario Salazar. *Injusto penal y error*. Medellín: Gustavo Ibañez, 2001, p. 246.

culpabilidad. En este sentido Welzel menciona que el error de prohibición mantiene inmutable el dolo del hecho, y hace mención a otros elementos fuera del tipo que excluyen la antijuricidad. Es decir, el agente no conoce la norma, o tiene una interpretación errónea de la misma, o asimila de forma equívoca un elemento de justificación. Este error elimina la culpabilidad si es inevitable, pero si es evitable la atenúa.⁷⁷

La doctrina sostiene que el error de prohibición toma en cuenta la naturaleza lícita o ilícita de lo que está prohibido o permitido desde el punto de vista del Derecho Penal, de tal manera que analiza un comportamiento que aún siendo lícito en general, en el caso concreto estaba justificado cierto actuar. Pero en este punto, se debe observar que no todo error que no posibilite la asimilación del carácter injusto del hecho se puede constituir como error de prohibición, pues siguiendo esta lógica hay que mencionar que el error de tipo también puede impedir la comprensión de la antijuricidad de un determinado hecho.⁷⁸ Así pues, el error de prohibición enfatiza sobre la ignorancia del agente que comete el acto, dando un toque de desvalorización que maneja el Derecho penal sobre el hecho, y también este error versa sobre el supuesto en que aun conociendo la norma, el autor cree de forma errónea que la misma está desvirtuada por algún elemento de justificación. Ante este presupuesto existe una disquisición propuesta por Muñoz Conde el cual sostiene que existe error de prohibición no únicamente cuando el sujeto actúa creyendo hacerlo de forma lícita, sino que también puede existir error de prohibición cuando el sujeto actúa sin ni siquiera plantearse la licitud o ilicitud de su proceder.⁷⁹

El error de prohibición es visto como el reverso del conocimiento de lo antijurídico, esta es una composición teórica que nos ubica de una forma más exacta en la realidad dogmática del error, haciéndola más efectiva que la antigua denominación del error de derecho. Esta composición doctrinaria exige que se cumplan con algunos elementos, como el que el agente no conozca que su conducta transgrede ciertas

77 Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte General. Óp.cit*, p. 177.

78 Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ariel, 1983, p. 183.

79 Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte general. Óp.cit*, p. 163.

disposiciones que las normas penales establecen. El error de prohibición, se configura entonces, cuando el agente tiene pleno conocimiento de lo que realiza sin embargo cree que sus actos no están prohibidos por la Ley. Entonces, al pensar que no hay norma que haga punible su proceder, actúa. Al mismo tiempo, el sujeto puede pensar que su proceder es correcto al estar actuando bajo el manto de una causa de justificación, o que la norma está derogada o modificada.

Estos elementos nos muestran un gran desconocimiento por parte del legislador al momento de castigar al sujeto que actúa por ignorancia, ausencia de comprensión, errónea interpretación legal, o por pensar estar amparado por una causa de justificación. Esto es claro cuando varios sujetos han sido condenados en situaciones en las que se ha matado a otro, al pensar que la propia vida estaba en peligro, o también de la persona que realiza un acto en otro país, acto que en su Estado le es permitido, pero termina trasgrediendo una norma legal del segundo, también se han configurado situaciones en las que mujeres se realizan un aborto cuando han sido violadas, pensando de forma errónea que está permitido por ser una justificación a su caso concreto. Esto permite ver que el error de prohibición se fundamenta, cuando el autor a pesar del conocimiento de las circunstancias de la realización de un tipo penal, no sabe que su actuar es ilícito, es decir lo único que carece es la plena conciencia de la antijuricidad. Así, apoyada en la teoría del delito, hay que señalar que el injusto penal es una acción típica, antijurídica y culpable. Esto nos presenta un esquema ordenado, en donde al enfrentarnos a la acción típica, podemos avanzar hacia el elemento antijurídico, y una vez comprobada su antijuricidad, podemos sumergirnos en la culpabilidad. Es decir, si el acto en cuestión no es típico no hay motivo por el cual seguir hacia la antijuricidad o la culpabilidad.

En conclusión, el error de prohibición es aquel que subyace en la naturaleza antijurídica de la conducta, es decir toma en cuenta la trasgresión al bien jurídico protegido. Este error se configura cuando el agente cree que el hecho dañino efectuado, no se encuentra prohibido, o cuando a pesar que conoce su prohibición la concreta creyendo estar amparado por una causal de justificación.

3.3 *Conciencia eventual de la antijuricidad*

Dentro de este punto es importante analizar la conciencia individual del sujeto que comete la acción, o por el contrario determinar si la conciencia del injusto corresponde a un factor general. Doctrinarios como Zaffaroni⁸⁰ mencionan que estas dos aproximaciones no pueden tratarse como sinónimos, pues son diferentes la ética individual asimilada como los valores intrínsecos de un ser humano que el mismo introyecta como comportamiento propio, y otra cosa constituyen los valores y reglas de comportamiento que establecen un ordenamiento jurídico. Estos dos elementos se presentan generalmente distanciados por varias causas, es decir las diferencias se presentan desde las percepciones construidas por un condicionamiento cultural, creencias religiosas y morales, hasta convicciones políticas. En este sentido no se puede asimilar de igual forma a la ética individual y a los bienes jurídicos protegidos.⁸¹

El autor sostiene que la validez que un determinado orden jurídico no puede estar sujeta a la conciencia individual del agente, en tanto que la conciencia individual y la conciencia de lo antijurídico no debe determinarse con la conciencia individual, pues la misma llega a adquirir importancia al momento de resolver problemas en los que intervengan el error de prohibición. Esto quiere decir que la comprensión de la antijuricidad es un enunciado distinto a la conciencia individual. Pues la comprensión de la antijuricidad ha hecho referencia a que el agente conozca lo injusto de su proceder, con lo cual una vez no es claro si la comprensión de la antijuricidad es distinta de la conciencia individual. Ante lo dicho, para que exista validez ante un ordenamiento jurídico, es necesario que exista un punto de convergencia entre el conocimiento individual, con el conocimiento generalizado y viceversa, sobre un aspecto de análisis. Solo ahí el conocimiento eventual de la antijuricidad puede ser considerado como conciencia individual.

En conclusión, la conciencia eventual de lo antijurídico aparece cuando el sujeto formule cierta duda en relación a la criminalidad de su proceder una vez que el mismo sujeto se halle en la posibilidad de actuar conforme a derecho. Esta duda también

⁸⁰Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ariel, 1983, p. 88.

⁸¹ *Ibíd.*,

puede ser objeto de discusión sobre la legalidad de los actos. Es decir si el sujeto vacila en la determinación de su conducta como permisiva o no, el mismo está demostrando un potencial conocimiento de lo antijurídico, dando como efecto que se elimine la posibilidad de la existencia de un error de prohibición inevitable, y dejando una gran duda sobre la existencia de un error de prohibición evitable, ya que queda latente la previa existencia de admisión de error por parte del sujeto. Es por esto que nace un cuestionamiento sobre la procedencia de diferenciación en el tratamiento de el error de prohibición revestido de conciencia eventual de lo antijurídico, y con lo casos en los que el agente actúa con total seguridad del mismo. Sin embargo resulta arriesgado afirmar que quien actúa bajo conciencia eventual de la antijuricidad queda apartado del error de prohibición.

3.4 Eximentes putativas de justificación:

Es indispensable tomar en cuenta las causas putativas de justificación dentro del estudio del error, pues es en esta donde el sujeto actúa bajo la creencia de estar haciéndolo legítimamente, revestido bajo una causa de justificación. El supuesto más conocido es la defensa putativa, la cual existe cuando un sujeto se cree ilegítimamente agredido, por lo cual reacciona o actúa bajo la convicción que su actuar es en calidad de legítima defensa.⁸² Las eximentes putativas se poseen un carácter objetivo que elimina el delito, pues llega directamente a afectar a la antijuricidad, por esta razón que parece desacertado la forma en que la doctrina las denomina como causas de justificación putativa, pues bajo esas circunstancias no se podría dar una forma de error. Pero, se debe tener en cuenta que este tipo de justificaciones tienen importancia en cuanto al error, pues en su composición carecen de culpabilidad y se deben fundar en los efectos que devienen del error.

Cuando el sujeto activo se encuentra bajo esta circunstancia de justificación tiene un proceso de asimilación de sus actos distinto al sujeto que actúa fuera de este supuesto, pues el primero ve a su actuar como un hecho completo típico, pero que bajo su circunstancia propia cree que es lícito. En este caso, se debe aplicar las reglas que se tienen cuando existe error, es decir hay que tomar en cuenta si el hecho

82 Carlos Balestra. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 328.

es sustancial e invencible, para lo cual el sujeto activo será exento de responsabilidad de dolo y culpa, en tanto, si el hecho es vencible se podrá atribuir una responsabilidad culposa. En este ámbito se maneja al error accidental como carente de importancia.⁸³

Sin duda, cuando opera una eximente de responsabilidad existe una afección directa a exención de la pena. Pues la conversión a lícita de un acto objetivamente ilícito es debido a que en efecto existe una causa de exclusión de ilicitud, con lo cual se nota distinto a aquel hecho que aparece con una licitud subjetiva por parte del sujeto activo, pues este actúa bajo error, que finalmente muestra la exclusión total o parcial de la culpabilidad. Dentro de esta arista hay que señalar que los delitos culposos no están previstos dentro de las eximentes putativas, por lo cual opera impunidad.⁸⁴

3.5. Clasificación del error de prohibición:

La clasificación que se ha hecho sobre el error de prohibición es diversa, pues se puede encontrar distinción entre error de prohibición negativo-positivo, error de prohibición inverso. Al referirnos al error de prohibición negativo, se hace mención a que el agente, en la realización de su acto cree que su hecho no tiene un castigo penal, en tanto que al referirnos al error de prohibición positivo se hace referencia a la creencia por parte del agente, que su hecho está motivado por una causa de justificación, o una disposición que no está legalmente prevista. Así pues, el error de prohibición inverso se enmarca en la realización de una conducta que el sujeto supone prohibida, y que realmente no lo está, por este motivo a este tipo de error se lo conoce como delito imaginario o putativo. Dentro de este tipo de error se puede encontrar una subdivisión llamada inverso positivo, la cual recae cuando se yerra bajo la creencia de que la conducta cometida está prohibida al suponer que hay un mandato legal que la reprime. Y por otro lado, encontramos al error de prohibición inverso negativo, en este el error recae en la suposición de la inexistencia de un tipo permisivo de la conducta cuando el agente actúa en legítima defensa dando muerte al

83 *Id.*, p.329.

84 *Ibid.*

agresor, creyendo de forma errónea que su comportamiento no está justificado por la ley.⁸⁵

La doctrina también puede distinguir dentro de la división del error de prohibición al error abstracto y error concreto. Al referirse al primero sostiene que el agente obra con la errónea creencia de que sus actos no están prohibidos en general por las leyes, por varios motivos, como: tenerla convicción que sus actos son irrelevantes para el derecho, cree que la norma carece de vigencia, o ha sido derogada, en este caso el agente tiene conocimiento de la prohibición que existe sobre su conducta sin embargo tiene una incorrecta suposición al creer que su accionar está justificado ante su prevalente derecho a actuar.

El error de prohibición trae a la luz una clasificación importante para dar solución a los problemas que se presentan dentro del derecho penal en cuanto al error se refiere. Esto deja ver una diferenciación entre error vencible y error invencible, donde para autores como Zaffaroni al referirse a evitabilidad o inevitabilidad la asimila a vencibilidad o invencibilidad del error.⁸⁶ Para poder establecer la evitabilidad o inevitabilidad del error es necesario tener conocimiento sobre lo antijurídico de una conducta, es decir que lo importante de esta clasificación es el poder llegar a la conciencia del agente, pero esta vez desde un punto de vista diferente a la conciencia general que la culpabilidad requiere, sino que se toma en cuenta la conciencia una vez que se ha garantizado la capacidad del autor para comprender la antijuricidad. Es decir, el meollo de la problemática en torno al error de prohibición se da en cuanto a la idea de si el agente fue motivado o no por la norma. Pues para que exista una motivación por parte del agente, se necesita que éste sea capaz y pueda conocer la prohibición específica de su conducta. Vale decir que la culpabilidad no se erige sobre un efectivo conocimiento, sino en la mera posibilidad, tal como lo sostiene Welzel cuando se refiere a la teoría de la culpabilidad.⁸⁷

85 Hugo Gurruchaga. *El error en el delito* .Buenos Aires: Din, 1985, p. 43.

86 Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal* .Buenos Aires: Ariel, 1983, p. 694.

87 Juan Fernández. *Delito y error* .Bogotá: Temis, 1990, p. 53.

El error evitable se muestra cuando el agente procede bajo el pensamiento de una posible prohibición, dentro de lo cual hay una alta posibilidad que la conducta de éste sujeto se encuentre repudiada por una norma, en este sentido es importante analizar la capacidad del sujeto de poder comprender aunque sea de forma mínima la conducta delictual que se está realizando. Esto permite conocer si al agente le rodea algún motivo que permita puntualizar un margen de duda con relación a su comportamiento, o que su acción pueda ser exigida al agente y por lo tanto se lo haga reprochable.⁸⁸

El error vencible se configura como un elemento propio de la culpabilidad independiente del dolo, así lo sostiene Roxin quien asume a la culpabilidad únicamente en la posibilidad de tener acceso al conocimiento del injusto penal. Mientras tanto Jacobs menciona que existe conciencia del injusto penal cuando el sujeto cree que su proceder puede ser contrario a la norma, en este caso califica al comportamiento como evitable.⁸⁹ Por la disociación oportuna que se hace sobre el conocimiento del injusto y el dolo, permite que el error vencible de prohibición se pueda igualar al contenido de la culpabilidad, haciendo más fácil el sustento de atenuación de la pena.

Así, el error inevitable en primera instancia aparece como aquel que aún habiéndose aplicado inteligencia debida del agente, el mismo no pudo entender lo antijurídico del injusto penal, trayendo consigo la eliminación de la culpabilidad. De esta forma, para que pueda operar este tipo de error se necesita que el sujeto no tenga ni una leve sospecha que su proceder recae en lo ilícito. Alegar inevitabilidad puede resultar casi imposible en casos en los que normas elementales se ven violentadas, como es el caso de abuso sexual, homicidio etc, con la excepción que se trate sobre error en uno de los presupuestos de aplicación de una causa de justificación. Así se configura el error de prohibición invencible como el que no se puede evitar empleando una diligencia normal. En concordancia con esto, la mayor parte de la doctrina sostiene que el error de prohibición evitable prevé que el sujeto sea culpable o no por no haber empleado la diligencia debida para tener conocimiento

88 Zaffaroni, Eugenio, *Ob. cit.*, pág. 694

89 Gunther Jacobs. *Derecho Penal Parte General*. Alemania: Jurídicas, 1995, p. 671.

de lo antijurídico de determinada conducta que lesiona un bien protegido jurídicamente por el ordenamiento jurídico, queda a criterio del juez realizar las consideraciones necesarias para conocer las causas que llevaron al sujeto a no conocer lo antijurídico de la conducta.

En síntesis el error invencible elimina la culpabilidad, desechando la reprochabilidad del injusto, en tanto que el error vencible elimina el dolo dejando la culpa, en este caso se reduce el reproche del sujeto activo, para luego determinar la cuantía de la pena. En este caso, las características de un hecho doloso se mantiene pero con la posibilidad de atenuar la pena, por estar revestido de una culpabilidad reducida. Sin embargo autores como Zaffaroni propone que la culpabilidad en este tipo de error se debe analizar o valorar siempre y cuando se lo haga en relación al agente y a sus posibilidades.

Sin embargo, la división más distintiva de entre las antes mencionadas, se configura en la existencia del error de prohibición directo e indirecto. El primero supone la existencia de la norma o su vigencia, mientras que el segundo supone la existencia de supuestos de justificación en los que se fundamenta su actuar.

a) **Error de Prohibición directo.**- este hace referencia a que el agente ignora la ley. Este tipo de ignorancia tiene un punto de choque con el principio de que la ignorancia no sirve de excusa, pues existe peligro que los destinatarios de las normas gocen de impunidad. Esta presunción de conocimiento general de la norma contiene en sí misma obligatoriedad a sus destinatarios, sin embargo hay que mencionar que esta presunción se configura como *iuris tantum*, o legal, por lo cual admite prueba en contrario. También la presunción antes mencionada no es absoluta, pues en varias ocasiones la misma se vuelve insostenible, pues la presunción de conocimiento no puede reposar sobre una presunción de derecho, pues resulta inexacta, y configura una postulación a ser removida por un criterio contrario, como el de: la ignorancia de la ley sirve de excusa. En este sentido se concibe de forma superficial que el error directo o ignorancia de ley no es causal de inculpabilidad. Es necesario en este punto distinguir los subtipos de error de prohibición directo: 1.- el sujeto desconoce la norma, o la ignora,

2.- el sujeto conoce la norma pero considera que no está vigente, 3.- el sujeto por interpretación errónea de la norma cree que la misma no es aplicable. Por cualquiera de estos motivos, el agente en su proceder se enmarcará dentro de un error de prohibición directo. Ante estas situaciones es de vital importancia hacer nuevamente una consideración sobre el significado o alcance del "conocimiento de la ley" o de la ignorancia de ella, pues de estas apreciaciones se podrá obtener un manejo más claro sobre el error de prohibición directo.

Aquí se debe precisar, que no se puede igualar el desconocimiento de la ley, a la ignorancia de la misma, pues en este sentido, es imposible exigir ni siquiera al más docto jurista el conocimiento absoluto y literal de todas las prohibiciones y mandatos. Peor aún se lo podría exigir al ciudadano común, que en su generalidad desconocen los elementos del ordenamiento jurídico de un Estado. Dentro de esta arista, se puede encontrar dos situaciones remarcables: la primera muestra el desconocimiento del agente sobre el texto legal, pero a su vez el mismo conoce lo injusto. En este caso, el sujeto no recae en ignorancia de la ley, pues conoce perfectamente la prohibición o contenido de la misma. Por lo cual aquí no se podría señalar la existencia de error de prohibición. Por otro lado, podemos tropezar con una segunda situación en la cual el sujeto tiene conocimiento del texto legal y a pesar de ello tiene la firme creencia que esta no está vigente, o considera que no es aplicable en su caso concreto. Es en este caso que si se puede evidenciar error de prohibición, pues el agente tiene un conocimiento distorsionado sobre el contenido de la norma.

Es aquí donde nace otra interrogante fundamental para delimitar soluciones al encontrarnos frente al error de prohibición, y esta es si se puede asimilar de igual forma a la ignorancia de la ley y al desconocimiento de su contenido. A lo cual lo más adecuado es asimilarlo de igual forma, pues el contenido del texto legal en su concepción más pura, es la prohibición de lesionar un bien jurídicamente protegido. Es así, que el sujeto al ignorar la ley, ignora también ignora el mandato o la prohibición, lo que le lleva a desconocer lo injusto de su conducta que lo lleva a menoscabar el bien jurídico tutelado. En esta situación el error de prohibición es absolutamente procedente.

Por lo mencionado anteriormente, encontramos que el artículo 3 del Código Penal ecuatoriano, al disponer que el desconocimiento de la ley no tenga poder excusante, hace suponer que carece de eficacia disculpante la delimitación del error de prohibición directo, a diferencia del error de prohibición indirecto, el mismo que se sostiene en las causas de justificación. Así, si el delito siempre se muestra como injusto, culpable y proscrito de responsabilidad objetiva, muestra una clara inquietud sobre la imposibilidad de establecer como excusa la ignorancia de la ley, con la salvedad de ciertas excepciones que trasladan hacia un error de prohibición indirecto. Al señalar esto, se muestra a la no excusa por ignorancia como la regla, y a la excusa como excepción a la regla, algo que parece en discordia dentro de la estructura del derecho penal ecuatoriano que se ha configurado acorde al acto y la culpabilidad. Pues es innegable que para cualquier determinación penal va a ser necesaria la existencia del conocimiento del injusto por parte del agente, para que de ésta forma se pueda determinar la responsabilidad penal. Pero en éste espectro la configuración del error adquiere una importancia autónoma, pues elimina la concepción antidemocrática de la cual está revestida la responsabilidad objetiva, y se rechaza principios jurídicos tradicionales como el de "la ignorancia de la ley no sirve de excusa" la misma que carece de lógica al ser absolutamente incompatible con un Estado social y democrático.⁹⁰

b) Error de prohibición indirecto:

Este se configura ante el conocimiento por parte del sujeto sobre el contenido de la norma. El agente tiene una comprensión general sobre la prohibición, a pesar de ello, tiene la plena convicción que en su caso concreto, su conducta está justificada, o le haría inculpable. Dentro de esta clasificación se puede destacar algunos casos en los que este tipo de error aparece:

b.1 Error sobre los presupuestos fácticos de las justificantes reconocidas: recae sobre los supuestos de hecho putativos, o dicho de otra forma, sobre aquellas circunstancias objetivas, las cuales de haber ocurrido de forma certera podrían justificar la conducta en cuestión. Sobre éstos recae una disquisición fuerte, al no

⁹⁰ Marcelo Sancinetti. *Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1990, p. 33 y ss.

poder ubicarlos dentro de un error de prohibición o un error de tipo, a lo cual una solución única es compleja, pues dentro de esto se fusionan características de error de tipo y prohibición. Es decir, el agente se equivoca sobre la base de una situación real que podría ser considerada como un error de hecho, y también se equivoca por su conducto, alineándose dentro de un error de tipo, finalmente se observa que su conducta no cuestiona la realización del tipo penal, pues el sujeto sabe lo que hace, sin embargo cree que su proceder está justificado en la situación concreta ubicándose así sobre un error de prohibición.⁹¹

Se debe señalar que para fines prácticos este tipo de error recibe un mismo tratamiento bajo cualquier punto de vista, es decir, se obtiene una solución tomándolo como un error de prohibición. Esto es el resultado de varias consideraciones dogmáticas y políticas producto de sistemas guardianes de bienes jurídicos, como es el caso de la legislación Argentina, para quienes el tratamiento de esta circunstancia está realizada por razones de utilidad y consideraciones extrapenales. Es decir, son razones de utilidad política, en las cuales por la mantención de una buena convivencia se requiere un tratamiento unitario.⁹²

b.2 Error sobre la existencia jurídica de justificantes no reconocidas: en ésta es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento que su acto se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico en general, es decir este hace una valoración de la norma, sin embargo, dado el caso específico el agente cree que su conducta se encuentra permitida. Es decir el sujeto antecede la falsa creencia causal de justificación. En general, se puede pensar que este tipo de error yace sobre la existencia jurídica de una causal de justificación no regulada por el ordenamiento jurídico, a pesar de aquello el sujeto la considera prevista jurídicamente, mas no sobre la situación de un supuesto de hecho que da soporte a la justificación. Bajo esta premisa el primer impacto que se busca conocer a cerca de la errónea creencia por parte del sujeto activo de que actúa bajo el amparo de una excusa absolutoria parece inexistente, ya que si el agente se equivoca al creer que en la realización de un

91 José Gómez. *Teoría Jurídica del delito*. Madrid: Civitas, 1988, p. 490.

92 Carlos Balestra. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 330.

determinado acto en el caso concreto, quedará impune bajo esa situación, no le servirá de nada esa creencia que no existe.⁹³

Pero al enfrentarnos nuevas realidades, como la aceptación de la justicia indígena en legislaciones como la ecuatoriana se abre otra perspectiva donde el Derecho Consuetudinario indígena puede incluir varias justificaciones que la ley penal no contiene. En estos casos se presenta como posible el hecho que el autor no comprenda la antijuricidad de su proceder pues realiza acciones bajo lo que él cree es una justificación. Así, las causas culturales de justificación tienen gran importancia dentro de ésta clasificación, pues dentro de aquellas se determinarán causas culturales de justificación que no se pueden delimitar dentro de una estructura ordinaria de leyes penales.⁹⁴

b.3 Error sobre los límites de las justificantes reconocidas: dentro de esta clasificación, hace necesario que el sujeto activo juzgue de forma equívoca la intensidad o la manera de la agresión real o presunta, en consecuencia se obtiene una defensa mayor a la esperada, o más intensa de lo que se considera necesario, haciendo así a su actuar una defensa ilegítima y por ende antijurídica. Esto es importante precisar pues la ilicitud de la agresión es el principal límite para la procedencia de la legítima defensa. Aquí se puede señalar por ejemplo, en caso de estado de necesidad el sujeto puede equivocarse sobre la inevitabilidad del peligro, es decir, por su yerro no pudo advertir la posibilidad de evadirlo; o en la legítima defensa, el sujeto activo puede tener una distorsión sobre la actualidad de la agresión, haciéndole responder al ataque cuando el mismo ha cesado.

Con esto se puede observar que el sujeto marca el error sobre uno de los límites o de alguna causal de justificación establecida dentro de la ley. El agente puede fallar sobre los elementos de necesidad dentro de los cuales en general se fundamentan las causas de justificación. Este tipo de error abarca a los excesos intensivos cometidos sin conciencia de lo antijurídico como a aquellos errores sobre necesidad.⁹⁵

93 Carlos Balestra. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Óp.cit*, p. 330.

94 Mario Salazar. *Injusto penal y error. Óp. cit*, p. 186.

95 Muñoz Conde. *Derecho penal, Parte general. Óp. cit*, p. 161.

4. El error en la legislación penal ecuatoriana:

El código penal en actual vigencia no contiene al error, y peor aún a sus formas de manera clara y precisa. Sino que en concordancia con su tendencia clásica mantiene conceptos correspondientes al error de hecho y error de derecho, pero sostenidas a través de nociones de ignorancia. Por este motivo, es necesario para poder tener una comprensión más amplia de la realidad Penal ecuatoriana, hacer una breve explicación sobre el contenido de estos dos conceptos clásicos de error de hecho y error de derecho. Sin embargo, es preciso señalar que la distinción entre error de hecho y error de derecho proviene de una teoría primitiva sobre el error, la misma que ha caído en desuso en algunas legislaciones y hace algún tiempo.

Es preciso hacer notar que al ante el error de hecho es el que recae sobre lo fáctico o material, mientras que el error de derecho recae directamente sobre la regulación legal. Sobre esta apreciación, se ha mantenido durante algún tiempo la aseveración que el error de hecho no perjudica al sujeto, mientras que el error de derecho sí lo hace. Al mencionar que el error de hecho no perjudica, se hace referencia a la exclusión de antijuricidad que este supone en general; en tanto que el error de derecho perjudica, pues no excluye la antijuricidad. Esto hace visible la tradición antigua de poder político, donde no se puede permitir que las personas ignoren el derecho, aunque ignoren el hecho.⁹⁶ Es por esto que se veía como efectiva la existencia del error facti, e irrelevante al error juris, lo que denota la imposición normativa del Estado sin tomar en cuenta que el destinatario de la norma puede ignorarla.⁹⁷ Este enunciado, una vez más reafirma mi postura frente al postulado de poder que sostiene que la ignorancia de la ley no excusa, al considerarlo un postulado de control, mas no de derecho, pues se fundamenta únicamente en la presunción que todas las personas conocen la norma. Esto significa que cada vez que un ciudadano incurra en un daño a un bien protegido jurídicamente a no ser un error de hecho, delinquirá sin importar la existencia de equivocación o error en el derecho. Bajo esta percepción se ha manejado el Derecho Penal ecuatoriano a través del tiempo, configurando ciertos enunciados como regla jurídica histórica que se ha reproducido a

96 Jimenez de Asúa. *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*. Buenos Aires: Ateneo, 1942, p. 390.

97 Juan Fernández. *Concepto y límites del derecho penal*. *Óp.cit*, pp. 295,296 .

lo largo del tiempo, y que ha impedido que el legislador haga reparos sobre el error como una institución necesaria en nuestro ordenamiento jurídico, ya que ha mostrado únicamente su falta de atención al encontrarse frente a un sujeto no comprende lo antijurídico de su proceder, sino que por el contrario muestra su lado inquisidor y lo ubica como protagonista de un injusto penal.

La legislación ecuatoriana en general deja ver una pobre muestra en lo que al error corresponde, pues en general contiene conceptos jurídicos vetustos que contienen una gran carga de prejuicio sobre los cuales varios doctrinarios y juristas sostienen sus pronunciamientos, que en la práctica se posesionan como autoridad jurídica en nuestro medio, pero sin realizar de forma concreta una crítica de fondo sobre asuntos jurídicos. Esto es evidente al constatar que dentro de nuestro código penal no se consagra de una forma concreta al error de tipo y al error de prohibición como causal de inculpabilidad, y es más grave aún la clara delimitación del artículo 3 del cuerpo legal antes mencionado el cual expresa que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, con lo cual a partir de la ley las exigencias para poder identificar al error de derecho lo hace cada vez más difícil de aplicar a pesar de su borrosa existencia en nuestro sistema penal. Esto puede ser atribuible a un claro prejuicio que el enunciado de: la ignorancia de la ley no sirve de excusa, lleva consigo. Pues el mismo se deriva de un carácter general o universal que se ha dado a la antijuricidad y los demás elementos que se conjugan dentro de un ordenamiento jurídico.

Ante esta realidad se ha podido ver que el error de derecho aparece en la legislación como un concepto subyugado al prejuicio político de mostrarse desconocido por parte del Estado. Esto puede explicarse como ignorar el error, o tener un desconocimiento de la ignorancia, ya que el aparato Estatal se ha conformado de una manera en la cual se mantenga inmutable sus reglas. La inmutabilidad de lo impuesto por el Estado lo ha logrado a través de una presunción autoritaria en la cual se presume que todas las personas conocen la ley.

A pesar de la fuerte estructura jurídica que se ha formado a través de los años, también se puede dilucidar un avance a partir de las estructuras democráticas y movimientos sociales que se han dado en los Estados, pues la idea primitiva que se

tenía sobre la irrelevancia del error de prohibición ha ido mutando, tal es así que esta idea ya no se mantiene ni siquiera dentro del derecho civil.⁹⁸ Esta evolución supone varios cambios, uno de ellos, es el dotar más relevancia a los derechos de las personas, una nueva visión sobre la responsabilidad, y un nuevo desarrollo al principio de culpabilidad, pero principalmente una modificación en la manera de ver al error de los agentes sobre el derecho.

La distinción tradicional que se ha realizado en nuestra legislación entre error de hecho y error de derecho muestra falencias principalmente en dos aspectos. La primera falla se muestra por el gran número de sentencias injustas ocasionadas por error de derecho. La segunda falencia se muestra en la existencia de errores de hecho que pueden ser de prohibición y errores de derecho que son de tipo. En este sentido, en un código penal como el ecuatoriano, en el que únicamente se puede concebir de forma imprecisa al error de hecho y error de derecho, se está indirectamente estableciendo una condena al sujeto que no tiene conocimiento o ignora la ley, y por otro lado, la normativa permite absolver a aquel sujeto que aun conociendo la ley, dentro del caso concreto actuó creyendo estar justificado su actuar. Esto implica que el agente cree que ignorar la norma general no implica desconocer la prohibición. Lo antes mencionado es el reflejo de la convicción Estatal, que dentro de su política criminal es más peligroso el sujeto que ignore la norma en sentido general y la norma específica. Por esta razón sería más efectivo, que la ignorancia sea analizada de manera fusionada, es decir que se junte el deber ser y el ser.

Así pues, cuando un hecho puede ser percibido por los sentidos, y la norma como una creación de la mente del ser humano condensada en una idea, se puede apreciar la diferencia entre error de hecho y error de derecho. Se muestra como una diferenciación entre realismo e idealismo.

La realidad normativa que se puede apreciar del código penal ecuatoriano deja ver que la distinción entre error de hecho y error de derecho no es suficiente, es por eso que varias naciones han mutado y modernizado su codificación. Se sostiene dentro de la modernización mencionada, la existencia de errores de hecho que van de

98 Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte general*. Óp.cit,p. 123.

forma directa a lo jurídico, haciéndolo así un error de prohibición por caer directamente sobre la conducta prohibida; así mismo se evidencia un error de derecho que recae sobre lo fáctico que repercuten en algunos elementos del tipo. Haciendo imperante la propuesta de la inclusión de una nueva sistematización del error en nuestra codificación penal, pues estos cambios sin duda harán percibir con eficiencia la concepción del delito.⁹⁹

Aquí es necesario precisar la existencia del error de hecho en la práctica. Para esto es imperioso hacer mención al artículo 13 del código penal en actual vigencia, dentro del cual se trata sobre errores accidentales en los que el sujeto comete error en su proceder obteniendo de ésta forma un resultado distinto del que quiso obtener en principio. Se puede observar la existencia de error en la persona, delito preterintencional, aberratio ictus, dolus generalis, dolo eventual. Pero para que pueda proceder alguna de estos elementos es necesario realizar su análisis en concordancia con lo dispuesto en el artículo 32 del CP, es decir se deberá tomar en cuenta la voluntad y conciencia del individuo.

Siguiendo con lo contenido en nuestra codificación penal, hay que señalar lo dispuesto en el artículo 36 el cual establece error sobre algunas de las condiciones que recubren al hecho. Así se favorece al individuo pues se elimina la culpabilidad de sus actos, pues el resultado de su proceder es fruto de engaño. En estos casos, la solución que el código prevé es el traslado de la culpabilidad hacia el que engañó.

5. El código Penal ecuatoriano frente al error de prohibición: la legislación penal actual ha mantenido una serie de conceptos, principios, delitos y otros elementos que datan de varios años atrás, y que correspondían a un orden social distinto al que vivimos en la actualidad. Es por esto que varios de los conceptos que en éste se manejan, aparecen como atentatorios a un Estado democrático y de derechos. Es así que como punto de análisis y absolutamente vinculante, es necesario profundizar una clara violación al principio de culpabilidad. En este sentido se ve la importancia de dejar de lado el “error iuris nocet” ya que el mismo no se encuentra concordante con la protección del principio antes mencionado,

99 Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal. Óp.cit*, p.329.

y que por el contrario da paso a que se siga actuando bajo estándares de una peligrosa responsabilidad objetiva, la cual únicamente tome en cuenta el resultado, haciendo una aceptación tácita de la existencia del injusto penal sin la presencia de la culpabilidad, lo cual muestra un terreno árido para la aplicación de la institución del error de prohibición. Este obstáculo dentro de nuestro sistema penal ecuatoriano se encuentra consagrado en el artículo 3 del código penal.

Al sostener que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, conlleva a una afectación al principio de culpabilidad, es importante señalar que el mismo es un postulado de tipo jurídico-político encargado de legitimar la actividad punitiva. Esto lo puede hacer a través de la exigencia y limitación de la responsabilidad subjetiva con la cual el sujeto actuó. La culpabilidad como concepto puede manifestarse como un elemento de un hecho punible, que da paso a una interacción procesal de libertad y conocimiento del agente, para que de esta forma la pena que sea impuesto sea legítima y se apegue a los límites que la culpabilidad impone. De este modo, si se mantiene un profundo respeto al principio de culpabilidad, la responsabilidad objetiva se verá jurídicamente prohibida.¹⁰⁰

En este sentido, la culpabilidad como principio afectado por esta disposición legal, debe ser vista como un comportamiento injusto, pues la misma aparece por un hecho que representa un detrimento un bien jurídico protegido. Aquí, es preciso mencionar que la culpabilidad aparece como un elemento personal e individual dentro del cual se deberá tomar en cuenta la realidad social que rodea al sujeto y las circunstancias en las cuales este ha realizado un acto.¹⁰¹ La culpabilidad como principio vulnerado por la disposición legal en cuestión deja ver la distinción entre el injusto subjetivo y objetivo, logrando aislar el conocimiento individual y la posibilidad concreta del agente de haber podido observar el bien jurídico y poder respetar los bienes jurídicos tutelados, y a pesar de aquello decidió violentarlos.

El derecho penal ecuatoriano no puede seguir tratando a una norma de tipo general que apunte a una antijuricidad objetiva como un elemento de conocimiento

100 Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ariel, 1983, p. 186.

101 Roxin. *Tratado de Derecho Penal*. vol. T.I. Madrid, 1997, p. 798.

aislado, dejando a un lado la relación cognoscitiva; y por otro lado a una norma de tipo individual que lleve a la culpabilidad del agente. Esto quiere decir, que no es posible asimilar un injusto objetivo y general como algo distanciado del conocimiento del injusto por parte del agente. Este conocimiento al que se hace referencia es el que una comunidad posee sobre lo que es considerado antijurídico, ya que el injusto penal general es la muestra de una relación entre el ser humano y la sociedad. Es por eso, que puede resultar absurdo la existencia de bienes jurídicos, o derechos sin que los mismos puedan comprenderse.

El derecho penal ecuatoriano debe asumir que el conocimiento que tiene la comunidad y cada uno de sus miembros frente a un ilícito en general, es una interacción importante para los dos. Es por eso, que un sujeto no puede cometer un injusto penal individual que no ha conocido, pues su error lo excluiría por carecer de una relación propia del conocimiento. En tal sentido, si se manifiesta que la conciencia del injusto es una regla general, este conocimiento se posaría en la norma de un injusto objetivo, en tanto que lo considerado subjetivo yacería en el campo de apreciación legislativa con un carácter de prius lógico.

Ante esta situación, se debe reconocer que el código penal en actual vigencia contiene en su artículo 32 una disposición legal que permite una forma de asimilación del principio de culpabilidad que de paso a la existencia del error de prohibición en la realidad ecuatoriana. Al sostener que “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”¹⁰² se puede considerar una nueva forma de tratar el derecho, abandonando la antigua forma de determinar la responsabilidad únicamente a base del resultado. Es por eso que deja entrever al error como una solución jurídica a la problemática legal que pueda aparecer. Pues desde una perspectiva jurídica penal e inevitablemente dogmático, la aceptación del error de prohibición aparece como un elemento beneficioso para el sujeto que ha actuado conforme a su objetividad, ya que esta constituye una valoración que ha podido comprender, bajo la cual ha podido decidir. Vale decir también, que si el mismo sujeto, no ha comprendido ni ha decidido por otra objetividad, se reconocerá al error como un fenómeno excluyente del injusto del caso

102 Artículo 32 del Código Penal Ecuatoriano

concreto. Esta propuesta, de querer acoger esta nueva figura jurídica muestra una forma cabal de llegar a una imputación jurídica de un determinado injusto penal, la misma ha de verse completa y en concordancia entre el injusto general e individual, lo cual de alguna manera llevará a la armonía entre las normas generales e individuales.

Por consiguiente, el injusto penal se vuelve un concepto más sofisticado, pues cuando el agente no comprenda lo ilícito general no se hace posible la conexión sujeto-objeto o conocimiento-objeto, con lo cual no se le puede atribuir al sujeto la realización de un injusto que no ha podido comprender. Así cambiará la forma en que el Estado a través del Derecho penal ha mostrado a las personas, que al mismo no le interesa que el sujeto no conocía el ilícito, sino que únicamente importa que se ha vulnerado un bien jurídico. Manifestando con esto una clara posición antidemocrática de poder, en donde el resguardo de los derechos se mantienen únicamente bajo los vaticinios de la juridicidad general y el conocimiento general que la sostiene.

El derecho penal, ante el ejercicio del poder debe mostrarse ético y justo. Esto se podrá llevar a cabo con una correcta protección de los bienes jurídicos protegidos, teniendo en cuenta al ser humano del cual su libertad y conocimiento personal de lo antijurídico deberá tener el mismo nivel de importancia, para así poder cristalizar una sociedad verdaderamente más democrática.

Con esta propuesta se mira a la norma penal no únicamente como la revestida de una función valorativa y tutelar de derechos, sino que también se la verá a la decisión del sujeto en la contribución a la protección de bienes jurídicos, cuando su motivación esté encaminada en ese sentido. Esto debe entenderse como una función conjunta entre la norma y el sujeto, donde este último tendrá la decisión de violar la norma, es decir el tendrá la función determinativa bifurcada hacia su violación o cumplimiento. Así, si se decide romper la norma, las consecuencias punitivas se pondrán en marcha.

Luego de este proceso expuesto, se podrá ver la aparición de los efectos propios del derecho penal, que en nuestro sistema se ha caracterizado por dejar de ser derecho, pues en manera más general se ha encargado de ser sanción, fruto de la violación a bienes jurídicos y su inobservancia, sin perjuicio de su carácter preventivo. Por este motivo, la función determinativa del sujeto antes expuesta, va de la mano

con la norma legal y con el derecho en sí, hasta cuando el sujeto decide la transgresión. De ésta forma se hace necesaria eliminar del sistema jurídico preceptos como el contenido en el artículo 3 del Código Penal ecuatoriano, para poder crear un panorama jurídico más fértil acorde a las necesidades actuales. Finalmente se debe mencionar, que el ejercicio legislativo en la actualidad ha mostrado su desarrollo en la dogmática jurídica, por lo cual en el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal en su artículo 37 incluye a la figura de error de prohibición: “Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta. Si el error fuere vencible se aplicará la pena mínima prevista para la infracción “y a su vez este nuevo cuerpo legal elimina presunciones peligrosas como lo contenido en el artículo 3 del Código Penal en actual vigencia.

Con esto se evidencia que la forma en que el Proyecto de Código Integral Penal toma al error de prohibición de una forma distinta al error de derecho a pesar de reconocer la herencia causalista de la redacción primaria, puesto que el antes mencionado error puede devenir de un error de hecho. Ante esta propuesta legislativa, es importante hacer reminiscencia a los orígenes del Derecho Romano, donde únicamente se hacía división entre error de hecho y error de derecho, para lo cual se les atribuía consecuencias jurídicas diversas. A lo cual, nuestro cuerpo legislativo vigente acogió este caduco sistema, en el cual se asimila al error como un falso conocimiento, y la ignorancia se la manejaba como la ausencia absoluta del mismo. Al ser de hecho, se constituía al recaer en los sucesos u objetos de índole material; si es de derecho, hace referencia a la Ley, haciendo más grande el apego que la doctrina y la ley da al artículo 13 del Código Civil en actual vigencia.¹⁰³

Pero el tiempo que ha transcurrido en nuestro país, ha logrado mostrar la imperiosa necesidad de hacer ciertas aquiescencias, a pesar de la sombra causalista que persiste en mantener este vetusto esquema penal. Actualmente, el informe emitido por la Asamblea Nacional el 14 de junio 2012, concede un poder excusante al error, enunciando que no se puede imponer una pena si no existe culpabilidad, pues

103 “La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”

de lo contrario se estaría reviviendo la tradición de la responsabilidad objetiva.¹⁰⁴ En el texto que se impulsa actualmente se abre una duda sobre el grado de impunidad que se podría generar a partir de la aceptación del error de prohibición, pues cualquier persona podría fundar su excusa en la ignorancia o error en la ley, advirtiendo una posible inseguridad jurídica. A pesar de lo antes mencionado, estos peligros no representan una amenaza al ciudadano, si los postulados son aplicados con inteligencia y un sentido bien fundado de lo que es la justicia.¹⁰⁵ También es indispensable señalar, que no todo error de prohibición tiene el poder excusante por ignorancia, sino que la propuesta legislativa propone que lo sea cuando el mismo sea esencial e inevitable. Bajo este requisito, durante el proceso se deberá determinar con claridad que el hecho en cuestión no pudo ser previsto, y que el agente no cupo duda, imposibilitando la conciencia de actuar antijurídicamente.

El proyecto de código integral penal, sostiene al error de prohibición como algo concreto, pues tropicaliza el abstracto sobre la existencia de normas prohibitivas, o imperativas, también sobre los alcances de las causas de justificación, y de eximentes putativas.¹⁰⁶ En suma, los parámetros que se han delimitado en el Código Integral Penal en cuanto al error de prohibición, en principio puede no parecer lo absolutamente laxo para abarcar en cada caso en particular una respuesta penológicas absolutamente justas, sin embargo, es sin duda un avance en la ciencia penal, que concuerda con el desarrollo de nuestro entorno social.

CONCLUSIONES

1. Con la formulación de una teoría del conocimiento, se trata de hallar la relación entre el sujeto y el objeto, la cual a su vez es una relación dinámica y dialéctica, pues el proceso de conocimiento se constituye como un proceso donde interviene lo real y lo ideal, lo racional y lo empírico, en una correlación recíproca. Por lo cual, el objetivo del conocimiento, en el caso de ésta tesina, la juricidad y la antijuricidad, se ha mantenido con cierta estabilidad, sin embargo se debe

104 Alberto Campos. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987, p. 231.

105 *Id.*, p. 232.

106 *Id.*, p. 233, 234.

puntualizar que ha venido transformándose a través de la evolución cultural de los pueblos. Por lo tanto, el derecho se ve relacionado con la historia, ya no únicamente como un estado conceptual de lógica, sino que ahora también incluye condiciones materiales de existencia de los seres humanos, procesos de producción, grado de bienestar, democracia etc. A éste conocimiento logrado se contraponen el error.

2. Dentro de la teoría del conocimiento se ha determinado que el conocimiento de la antijuricidad no es el que separa ésta de la culpabilidad sino que las une. Entonces si la juricidad es la suma de valores protegidos que maneja el comportamiento general de los seres humanos, y el legislador tiene la presunción que todos la conocen, hace lógico que también se presuma que todos conocen la antijuricidad, haciendo tan general el conocimiento de las dos. Por lo que resulta ilógico en derecho penal, cuando sus normas son legítimas, que su ignorancia no sirva de excusa. Es por eso que cuando el conocimiento que se tiene de lo antijurídico coincide con lo que es objetivamente antijurídico a juicio Estatal, el conocimiento individual del injusto se integra con el conocimiento general. Luego, la comprensión que exige la culpabilidad sobre el injusto, se deberá abordar con sentido de validez universal para que así no exista antinomia sociedad individuo.

3. En cuanto al error hay que mencionar que en última instancia, todos ellos son de hecho sobre derecho. Pues cuando estamos frente al análisis de una determinada conducta, se requiere que pertenezca a un ordenamiento jurídico penal, sea cual fuere la situación fáctica sujeto de análisis, pues para poder evaluar un acontecimiento, hay que someter a este a normas imperativas, prohibitivas o permisivas que están sostenidas en la ley de forma explícita o implícita. No se debe olvidar, que actualmente no se debe imponer una pena si la culpabilidad está ausente, pues no se podrá realizar un reproche justo si no existe la posibilidad de conocimiento del menoscabo al orden jurídico respetando un deber impuesto por el mismo.

4. La propuesta de incluir el error de prohibición en la legislación penal ecuatoriana, toma a esta figura como solución a varios problemas jurídicos a los que no se les encontraba ninguna solución. Es por este motivo que ésta figura, desde una arista jurídico penal y sobre todo dogmático, recae directamente sobre

aquel sujeto que ha obrado de conformidad con su objetividad, es decir, el proceso lógico que ha podido comprender, y bajo esa circunstancia decidir, reconociendo en estos casos al error como una entidad excluyente del injusto del caso concreto.

Bajo estas circunstancias, el injusto penal aparece como un concepto más sofisticado, en el que se incluye no solo la intensidad del daño a partir de una visión político criminal sostenido en la tipicidad, sino que se propone la asimilación del delito desde el conocimiento de la ilicitud por parte del agente. De tal forma, que cuando el sujeto no comprenda el ilícito, el Estado no pueda castigar como lo ha venido haciendo hasta ahora, únicamente fundado en una falsa concepción antidemocrática, que únicamente repara en el daño de un bien jurídico. Esto sin lugar a duda demuestra una fuerte manifestación del poder estatal, pero ante esto, se propone en que nuestra legislación penal represente el ejercicio del poder de manera justa y ética, en la cual el ejercicio de protección de bienes jurídicos tenga en cuenta al ser humano, al cual su libertad y conocimiento se les atribuya el mismo grado de importancia, en apego a los requerimientos de un sistema democrático.

5. La existencia de la figura del error de prohibición advierte un cambio en la doctrina tradicional, pues deja a un lado la distinción en error de hecho y de derecho. Con lo cual se propone superar lo ilógico de la presunción de conocimiento de la ley penal que ha venido siendo el marco rector de las decisiones judiciales, para que así sea viable el reconocimiento de la no responsabilidad por ausencia de culpabilidad cuando la ignorancia legis sea invencible. Es por esto, que la propuesta de esta disertación dentro de la concepción del delito, recae en el error sobre lo injusto, no únicamente porque excluye la responsabilidad penal, sino también porque la división que propone en error de tipo y error de prohibición hace referencia a una nueva estratificación de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que generará transparencia política.

6. Actualmente en el artículo 3¹⁰⁷ del código penal ecuatoriano la no excusa por ignorancia es la regla, lo cual es absurdo dentro de un sistema penal de acto y culpabilidad. Por tal motivo, se debe aplaudir la abolición de éste artículo dentro

107 "Art. 3.- Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa."

del proyecto de código integral penal, lo cual no traerá un resultado desdichado de política criminal de ninguna manera, si los administradores de justicia logran hacer una abstracción sobre la existencia, el sistema penal puede marchar con mayor dinamismo. Así, el error se reviste de una extensión propia, eliminando la nociva responsabilidad objetiva y erradica filigranismo jurídicos que son utilizados para justificar la existencia de una norma, que no encuentra razón de ser en un Estado constitucional de derechos y democrático, como reza el artículo 1 de la Constitución de la República.¹⁰⁸

7. El propósito de esta tesina es mostrar la importancia del desarrollo dogmático a partir de la incorporación del error de prohibición en la dogmática penal. Por lo tanto para poder evidenciar este avance es significativo asimilar la compatibilidad de la teoría de la culpabilidad con la del dolo, partiendo del error de prohibición, sin desconocer su origen a partir de la teoría de la culpabilidad. Sin embargo, aparte de tratar de asimilar de una forma distinta la teoría del dolo dentro de la dogmática penal ecuatoriana, exigiendo la necesidad de conocimiento de la ilicitud, se trata de erradicar caducos presupuestos de pena criminal, pues sin esta figura seguirán en boga varias sinuosidades para ejercer poder estatal abusivo a través de un cariz jurídico.

8. Al ser el Ecuador un país constitucional de derechos, no puede contener en sus textos legales una exigencia de conocer todas sus normas, por lo contrario, debe eliminar esa presunción para de esa forma lograr una observancia de los mandatos legales debidamente motivados. Pues como se ha expuesto a lo largo de esta tesina, el poder no está revestido de legitimidad para exigir a los seres humanos de un estado el cumplimiento de reglas sin que exista de por medio una intelección objetiva por parte de éstos. en este sentido hay que decir que la exigencia que requiere el conocimiento solo la puede presidir el mismo conocimiento. Luego, si el Estado se mantiene bajo la tradicional forma de establecer condenas, es decir si la exigencia previa de conocimiento, solo se

108 “Art. 1.-El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”

obtiene una sensación de injusticia, resentimiento social y finalmente una imposibilidad de resocializar al que ha sido condenado.

Este enunciado traslada los resultados sin lugar a duda a la esfera de la pena, pues es difícil esperar que exista una pena orientada al apego y respeto de los valores, si la misma no se encuentra debidamente motivada previamente. En este sentido, se debe tener apego a la naturaleza del Derecho penal, que es la motivación, por lo cual, si existe motivación para no punir, no se puede seguir imponiendo una pena sin motivación. Es por esto que los Estados en su construcción más primitiva nunca funcionan por la fuerza de las penas sino por la fuerza de los motivos.

Bibliografía:

- Agudelo, Nódier. *Esquemas del delito*. 7ma. ed. Bogotá: Temis, 2007.
- Agudelo, Nódier. *Esquemas del Delito*. 2da. ed. Bogotá: Lenatipia, 1993.
- Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.
- Borda Guillermo. *El error de hecho y de Derecho*. 2da. ed. Madrid: Perrot, 1950.
- Bustos, Juan. *Manual de Derecho Penal*. 2da. ed. Barcelona: Ariel, 1991.
- Campos, Alberto. *Derecho Penal*. 2da. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.
- Carrara Francisco. *Programa de derecho Criminal*. Bogotá: Temis, 1956.
- Castillo José. *Principios del Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Gaceta, 2002.
- Código de derecho Canónico*. Madrid: Biblioteca de autores cristianos, s. f.
- Constante Amor Neveiro. *La ignorancia de la ley en el derecho penal Romano*. Madrid: Hijos de Reus, 1916.
- Córdova, Juan. *El Conocimiento de la antijuricidad en la Teoría del Delito*. Barcelona: Tirant, 1978.
- Fernández Juan. *Concepto y límites del derecho penal*. 2da. ed. Bogotá: Temis, 1994.
- Fernández, Juan. *Delito y error*. Bogotá: Temis, 1990.
- Fontan Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. IV. Buenos Aires: Perrot, 1983.
- Gómez José. *Teoría Jurídica del delito*. Madrid: Civitas, 1988.
- González Octavio. *Derecho Penal*. 2da. ed. México: Abeledo, 1925.
- Gunther Hans Ludwing. *Causas de Justificación y de atipicidad en el derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1995.
- Gurruchaga, Hugo. *El error en el delito*. Buenos Aires: Din, 1985.
- Herrera, Luis. *El error en materia penal*. Segunda. Abeledo Perrot, 1991.
- Hessen. *Teoría del conocimiento*. Mexico: Porrúa, 1992.
- Jacobs, Gunther. *Derecho Penal Parte General*. Alemania: Jurídicas, 1995.
- Jiménez de Asúa. *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*. Buenos Aires: Ateneo, 1942.
- Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. Argentina: Cervantes, 1963.
- Kant Immanuel. *Crítica de la razón pura*. España: Espasa, s. f.
- Kant Immanuel. *Prolegómenos a toda metafísica del futuro*. México: Porrúa, 1991.
- Keller Albert. *Teoría general del conocimiento*. Barcelona: Herder, 1988.
- Kropp Gerhard. *Teoría del Conocimiento*. México: 1961, Uteha.

Maurach Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962.

Morente Manuel García. *Lecciones preliminares de filosofía*. 11.^a ed. México: Porrúa, 1985.

Muñoz Carlos . *Lecciones de derecho penal*. Panamá: Universidad de Panamá, 1985.

Muñoz Conde. *Derecho penal, Parte general*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1993.

Peñaloza, José. *Castigo sin prevención?* México: Porrúa, 2007.

Ramallo, Nicolás. *Anuario del Instituto de Derecho Penal*. Barcelona: Reus, 1952.

Reyes Alfonso. *Derecho Penal, Parte General*. Colombia: Universidad Externado, 1986.

Romero Soto, Luis. *Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Temis, 1969.

Rousseau. *El contrato social*. Madrid: Aguilar, 1970.

Roxin. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. T.I. Madrid, 1997.

Salazar, Mario. *Injusto penal y error*. Medellín: Gustavo Ibañez, 2001.

Sancinetti, Marcelo. *Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

Savigny. *Sistema de derecho Romano*. Madrid: Góngora, 1879.

Soler Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Vol. IV. Buenos Aires: Tea, 1970.

Vela Treviño, Sergio. *Culpabilidad Penal y Responsabilidad*. México: Trillas, 1987.

Verneaux, Roger. *Epistemología general*. Barcelona: Herder, 1989.

Vives Antón. *Fundamentos del sistema penal*. España: Tirant, 1966.

Walters, Schweitzer. *Error de Derecho en materia Penal*. Chile: Editorial Jurídica Chile, 1964.

Welzel Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ariel, 1964.

Zaffaroni Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ariel, 1983.

Plexo normativo:

Código Penal Ecuador, vigente, publicado en el Registro Oficial Suplemento N 147 de 22 de Enero 1971

Constitución de la República del Ecuador 2008 publicada en el Registro Oficial N 449 de 20 de octubre 2008

Código Civil publicado en Registro Oficial Suplemento N 46 de 24 de junio 2005

Proyecto de Código Orgánico Integral Penal 14 de junio 2012

Código Penal Argentino

Código Penal Español

Código Penal Colombiano