UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADIMINISTRATIVA

CARRERA: DERECHO

TITULO:

"La ausencia del error de prohibición, en relación con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana; y el carácter punitivo del Código Orgánico Integral Penal".

TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL GRADO DE LINCENCIADA EN JURISPRUDENCIA Y TITULO DE ABOGADA.

AUTORA:

Lía Selena Matute Ochoa

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Nelson Geovanny Caamaño Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2019

CERTIFICACIÓN.

Dr. Nelson Geovanny Caamaño Gangotena.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que luego de haber dirigido y revisado durante todo el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica de autoría de la señorita Lía Selena Matute Ochoa; que lleva por título **"La ausencia del error de prohibición, en relación con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana; y el carácter punitivo del Código Orgánico Integral Penal"**, previo a la obtención del Grado de Licenciada en Jurisprudencia y Abogada, y por cumplir con los requisitos establecidos en el régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación y sustentación.

Loja, 29 de marzo, 2019.

Dr. Nelson Geovanny Caamaño.
Director de Tesis

AUTORÍA

Yo, Lía Selena Matute Ochoa, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional- Biblioteca Virtual.

Autora: Lía Selena Matute Ochoa

Firma: .....

Cédula: 1104371727

Fecha: Loja, 10 de junio de 2019

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Lía Selena Matute Ochoa, declaro ser autora de la tesis titulada: **"La Ausencia del Error de Prohibición, en Relación con la Teoría Finalista De la Acción que Orienta a la Fundamentación de la Legislación Penal Ecuatoriana; y el Carácter Punitivo del Código Orgánico Integral Penal"**, como requisito para optar por el grado de **Licenciada en Jurisprudencia y Abogada;** autorizo al sistema bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad. La universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la cuidad de Loja, a los 10 días del mes de junio de 2019. Firma la autora.

Firma: .....

Autora: Lía Selena Matute Ochoa

Dirección: Loja, sector Argelia.

Correo electrónico: lismatute29@gmail.com

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Nelson Geovanny Caamaño Gangotena

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. José Dositeo Loaiza Moreno. Mg. Sc.

Vocal: Dra. Elena Carrión. Mg. Sc.

Vocal: Dr. Patricio Armijos. Mg. Sc.

DEDICATORIA.

El presente trabajo de investigación está dedicado a mis dos madres, Josefina Suescum, por haber sido mi apoyo incondicional a lo largo de toda mi carrera universitaria y a lo largo de mi vida y Dora Ochoa, a pesar de nuestra distancia física, siento que estás conmigo y aunque nos faltaron muchas cosas por vivir juntas, sé que este momento hubiera sido tan especial para ti como lo es para mí.

Lía S. Matute O.

AGRADECIEMIENTO.

Mi gratitud a Dios por haberme permitido llegar a este momento tan importante de mi formación profesional.

Quiero utilizar este espacio y estas líneas para agradecer a las personas que se han involucrado en el desarrollo de esta investigación y que alguna manera me ha acompañado en diferentes momentos de mi vida, gracias abuelito por las incontables veces que me brindo apoyo.

A mi familia que de alguna forma me acompañan en mis sueños y metas.

De igual Manera mis agradecimientos a la Universidad Nacional de Loja, a la carrera de Derecho, a mis docentes que con sus enseñanzas aportaron para que cada día crezca como profesional, de igual manera mi gratitud a todo el personal administrativo de esta honorable Alma Mater.

Finalmente quiero expresar mi gratitud a el Dr. Geovanny Caamaño, director de mi tesis.

La Autora.

TABLA DE CONTENIDOS

I. PORTADA.

II. CERTIFICACIÓN.

III. DECLARACIÓN DE AUTORÍA.

IV. CARTA DE AUTORIZACIÓN.

V. DEDICATORIA.

VI. AGRADECIMIENTO.

VII. TABLA DE CONTENIDOS.

1. TITULO.

2. RESUMEN.

2.1. Abstract.

3. INTRODUCCIÓN.

4. REVISIÓN DE LA LITERATURA.

Capítulo Uno: Conceptos Generales.

1.1. Antijuricidad.

1.2. Conocimiento.

1.3. Conciencia Jurídica.

1.4. Ignorancia.

1.5. Error.

1.6. Error Penalmente Concebido.

Capitulo dos: Teoría Finalista de la Acción y Principales Características de Diferenciación de las Teorías Causalistas y Funcionalista.

2.1. Teoría Finalista.

2.1.1. La Acción Finalista.

2.1.2. La Acción Típica Finalista.

2.1.3. La Antijuricidad.

2.1.4. Las Causas De Justificación.

2.1.5. La Culpabilidad.

2.2. Teorías Causalista y Funcionalista.

2.2.1. Teoría Causalista.

2.2.2. Teoría Funcionalista.

Capítulo Tres: El Error de Prohibición.

3.1. Antecedentes del Error de Prohibición.

a. Antecedentes Inmediatos.

b. Antecedentes Mediatos.

3.2. Efectos del Error de Prohibición.

3.3. El Objeto del Error de Prohibición.

3.4. Clasificación del Error de Prohibición.

3.5. Error de Tipo y Error de Prohibición.

3.6. Ejemplos de Error de Prohibición.

Capítulo Cuatro: Fundamento Jurídico para el Error de prohibición.

4.1. Constitución de la República del Ecuador.

4.2. Código Orgánico Integral Penal (COIP).

4.3. Código Orgánico de la Función Judicial.

Capítulo Cinco: El Error de Prohibición en el Derecho Comparado.

5.1 Código Penal de Colombia.

5.2. Código Penal de Perú.

5.3 Código Penal de Nicaragua.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Métodos.

5.2. Técnicas y Procedimientos.

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados de la aplicación de encuestas.

6.2. Resultados de la aplicación de entrevistas.

6.3. Casos Prácticos.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

7.2. Contrastación de Hipótesis.

7.3. Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.

8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.

10. BIBLIOGRAFIA.

11. ANEXOS.

1. TÍTULO.

“La ausencia del error de prohibición, en relación con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana; y el carácter punitivo del Código Orgánico Integral Penal”.

2. RESUMEN.

Este trabajo de investigación desarrollado bajo el título de **"La Ausencia del Error de Prohibición, en Relación con la Teoría Finalista de la Acción que Orienta a la Fundamentación de la Legislación Penal Ecuatoriana; y el Carácter Punitivo del Código Orgánico Integral Penal"**, el mismo que surge del vacío legal que existe en el Código Orgánico Integral Penal de nuestro país sobre esta figura doctrinaria, propia de la teoría finalista de la acción.

Figura que alude al desconocimiento de la Antijuricidad, es decir, se trata en el caso del sujeto que comete un delito y que desconoce la tipificación de esta acción o considera erróneamente que está permitida por el ordenamiento jurídico vigente; la teoría finalista plantea que en caso de encontrarse este error de prohibición invencible elimina la culpabilidad y el vencible atenúa la pena.

Esta investigación será abordada partiendo del estudio doctrinario de las tres Teorías del delito, causalista, finalista y funcionalista con los elementos del delito que plantea y define cada una de las teorías; así como profundizando en el error de prohibición, como es su correcta aplicación cuando se trata de invencible o vencible; dado que la ausencia de esta figura afecta a principios y garantías procesales.

Para dar fiel cumplimiento a los objetivos propuestos en esta temática de investigación, se recurrió a recompilar recursos bibliográficos jurídicos y doctrinarios, así como también legislaciones de diferentes países en cuyos códigos penales si figura el error de prohibición y es regulada su aplicación.

La aplicación de métodos y técnicas como la encuesta y entrevista, ambas dirigidas a profesionales del Derecho, arrogaron datos de gran valía y permitieron establecer criterios y fundamentos para determinar la necesidad de una propuesta de una

reforma que este enfocada en la realidad social y cultural, acorde con las necesidades legislativas de nuestro país, garantizando así el debido proceso y la correcta administración de justicia.

2.1. ABSTRACT.

This research work developed under the title of "The Absence of the Error of Prohibition, in Relation to the Finalist Theory of Action that Guides the Foundation of Ecuadorian Criminal Legislation; and the Punitive Character of the Integral Penal Organic Code, "the same that arises from the legal vacuum that exists in the Comprehensive Organic Criminal Code of our country on this doctrinaire figure, typical of the finalist theory of action.

Figure that alludes to the ignorance of the Unlawfulness, that is to say, one treats in the case of the subject that commits a crime and that does not know the typification of this action or considers wrongly that it is allowed by the effective legal order; the finalist theory states that if this error of invincible prohibition is found, it eliminates guilt and the vencible reduces the penalty.

This investigation will be approached starting from the doctrinal study of the three theories of crime, causalist, finalist and functionalist with the elements of the crime that poses and defines each one of the theories; as well as deepening in the error of prohibition, as is its correct application when it comes to invincibility or vencible; given that the absence of this figure affects principles and procedural guarantees.

In order to faithfully comply with the proposed objectives in this research topic, recourse was made to recompile legal and doctrinal bibliographic resources, as well as legislation from different countries whose criminal codes include the error of prohibition and its application is regulated.

The application of methods and techniques such as the survey and interview, both aimed at legal professionals, gathered valuable data and allowed establishing criteria

and rationales to determine the need for a proposal for a reform focused on social and cultural reality, according to the legislative needs of our country; guaranteeing due process and the correct administration of justice.

3. INTRODUCCIÓN.

El Código Orgánico Integral Penal de nuestro país que, se encuentra vigente desde el 2014 no contempla la figura del error de prohibición, figura doctrinaria clasificado en invencible cuando existe una ausencia de culpabilidad mientras que cuando es vencible lo correspondiente es atenuar la pena.

En cambio, en el viejo Código Integral Penal de 1983 figuraba el "ignorantia juris non excusat" el cual estaba escrito de la siguiente manera: "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."

El nuevo COIP lo que si contempla es una definición finalista de la culpabilidad como elemento del delito, pero en la relación al desconocimiento Antijuricidad de la conducta; presenta un vacío al no contemplar el error de prohibición y como sería su tratamiento.

El error de prohibición al ser la falta de la conciencia de la antijuricidad se trata del desconocimiento, la ignorancia o la falsa apreciación sobre cierta acción que es contraria a la ley. El error de prohibición es una característica de la antijuricidad al igual que el error de tipo y se diferencia de este dado que se excluye la culpabilidad y en cambio el error de tipo excluye a al dolo.

Bajo estos antecedentes nos encontramos frente un problema de vacío legal que ocasiona que la ausencia del error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal es incongruente con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana, la misma que predomina en esta legislación; acentuando el carácter punitivo del COIP e incumpliendo así las garantías del debido proceso, dado que este vacío al momento de tratar una

reducción de la pena en caso de vencible o invencible no permite desarrollar esta teoría del error de prohibición, ya que se debería considerar que el sujeto que desconoce o supone que su actuar es prohibido por las leyes penales, no puede ser sancionado o por lo menos no de la misma manera que quien en verdad conoce que su acto es antijurídico.

Es importante resaltar que en esencia la ausencia de esta figura es característica de un sistema no democrático por el desconocimiento que se da a la existencia del pluralismo cultural, étnico y a los grupos sociales no integrados, ya que en la aplicación se esta figura en el sujeto es importante evaluar y considerar su medio cultural, procedencia étnica y su nivel de educación.

Dicho es esto el objeto del presente estudio es determinar la predominancia de la teoría finalista de la acción en la legislación penal ecuatoriana para así diagnosticar que la figura del error de prohibición que es propia de esta teoría y que además es compatible con el modelo de estado social democrático de derechos y justicia.

El presente trabajo de investigación contiene las conclusiones y recomendaciones a las cuales se llegó en el desarrollo del mismo, de igual manera se determina la necesidad de presentar la propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de incluir esta importante figura del derecho penal, que es compatible y vela las garantías y principios del debido proceso; encaminada en la búsqueda de una correcta administración de justicia por parte de los servidores del sistema judicial.

Es importante resaltar que esta propuesta de reforma respondería a la realidad social y jurídica de nuestro país considerando y la existencia de jueces positivistas que no aplican esta figura doctrinaria y a pesar por solo ese hecho la ley faculta su aplicación, es por ello entonces que debe estar escrita en el Código Orgánico

Integral Penal de manera clara y por la misma existencia de la diversidad cultural de nuestro país.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

CAPITULO UNO: CONCEPTOS GENERALES.

El presente perfil conceptual es desarrollado con la finalidad de referir caracterizaciones, opiniones e ideas relacionadas a temas de relevante valor para una clara compresión de la materia a abordar en la presente investigación.

1.1. Antijuricidad.

De manera breve se puede definir que la antijuricidad es lo contrario al derecho, Welzel (1987) de modo más amplio lo define como "un juicio de valor "objetivo", en tanto se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico" (págs.76-77). Es decir, la antijuricidad es un acto voluntario que contraviene el ordenamiento jurídico, que al realizarlo pone en peligro o lesiona bienes jurídicos protegidos.

Rodríguez (1977) señala que es *"*por exclusión o sea lo contrario al orden jurídico tiene que ser el desconocimiento y lesión real a ese orden de bienes jurídicos" (pág. 331).

Si bien lo jurídico está conformado por bienes, valores, derechos y deberes; lo antijurídico será la vulneración, la puesta peligro o daño de los mismos.

Peña y Almanza (2010) basados en el criterio de Muñoz Conde afirman que *"*el derecho penal no crea la antijuricidad, sino que la selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes conminándolos a una pena" (pág.177). A esto podemos colegir que la antijuricidad se concreta en el momento que se produce una afectación a un bien jurídico y no hay en la legislación una norma de carácter permisivo que autorice la realización del acto, en principio

prohibido por el derecho penal. Además, es necesario que se determine si la conducta típica que realiza el sujeto está dentro de una causa justificación para llegar determinar la antijuricidad de la misma.

Varios juristas tienen su criterio respecto a la antijuricidad y el objeto de la misma, en la obra de Peña y Almanza (2010), se cita también a Bacigalupo quien sostiene que “la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho” (pág.177). Es decir, la antijuricidad tiene por objeto que debe señalar cuando un acto contraviene o no el ordenamiento jurídico, por lo tanto, una acción típica es también una acción antijurídica si no existe una causa de justificación señalada por la ley.

Gómez (2003) considera como una característica importante de la antijuricidad, que esta se encuentra ligada al derecho de igualdad, dado que impulsa un concepto de injusto material considerando condiciones personales de los sujetos, para ello cita a un Fiscal General de la Nación de Colombia que al respecto del tema dice:

> Obligará a interpretar de modo diferente el estado de necesidad frente al llamado hurto famélico, como también servirá de derrotero para la consideración de los llamados límites ético-sociales de la legítima defensa frente a los ataques perpetrados por enfermos mentales y niños, que pueden ser evadidos por el agredido (Gómez, 2003, pág. 512).

Aunque doctrinariamente se discute si la antijuricidad tiene un carácter objetivo o subjetivo, la teoría más predominante la califica como objetiva, dado que es una oposición entre la conducta y el derecho positivo. Pero con la evolución y

estudio de la antijuricidad, esta se llega a clasificar en: antijuricidad formal y material, genérica y específica. Peña y Almanza presentan esa clasificación:

> La antijuricidad formal. Es la violación de la norma penal establecida y que no tiene causa de justificación en la misma norma.
>
> La antijuricidad material. Es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por una conducta contraria a la normativa penal, aunque no está siempre establecida en los códigos penales.
>
> La antijuricidad genérica. Se refiere al injusto sin precisar en sus peculiaridades.
>
> La antijuricidad específica. Es aquella en la que le injusto está referido a una descripción específica del delito. (Peña y Almanza, 2010, pág. 187).

Es así que la antijuricidad, injusto penal o conducta contraria al derecho nos va a señalar basados en su clasificación: cuando un hecho se opone a la norma (formal), cuando un hecho que además de contradecir el ordenamiento jurídico lesiona o pone en peligro a un bien protegido (material), los aspectos generales del injusto sin las peculiaridades del caso (genérica) y cuando el injusto se refiera a la descripción especifica de un delito.

1.2. Conocimiento.

El conocimiento es una facultad del ser humano para la comprensión de hechos o de información. Jurídicamente Cabanellas (1730) define como la "Inteligencia, entendimiento, razón de los hombres. Su falta o sus defectos, sean transitorios o permanentes, determinan diversas incapacidades" (pág. 473).

Al hablar del conocimiento es necesario acércanos a sus fuentes para luego relacionarlo con las del conocimiento jurídico que es parte de la materia de estudio en esta investigación. El autor Aníbal Bascuñán Valdés se refiere que fuente del

conocimiento es “todo instrumento racionalmente aprehensible que nos ofrece los datos concretos requeridos para una conceptuación científica (...)” (Sáenz, Leoncio, 1999, pág. 65.)

En cambio, las fuentes del conocimiento del derecho están conformadas por elementos que permitan un acceso y compresión a lo jurídico en sus diferentes formas. Una importante definición es la que nos da el abogado Déctor García:

> Todo hecho, acto o cosa susceptible de ser percibido por los sentidos del investigador, y que proporcionan al mismo, datos técnicamente registrables e intelectualmente aprensibles sobre el objeto del derecho, entendido éste como norma, hecho social, valor, sistema de normas en el tiempo y en el espacio y, finalmente, como los procesos de producción de las normas de carácter jurídico (Déctor, 2014, pág.14).

En doctrina encontramos una esquematización de la clasificación de estas fuentes en directas e indirectas.

I. Directas	A. Mediatas	1. Hechos
	B. Inmediatas	2. Formas
		3. Objetivos
II. Indirectas	A. Mediatas	1. Hechos
	B. Inmediatas	2. Formas
		3. Objetivos

(Sáenz, Leoncio1999, págs.104 -105).

Las fuentes directas son aquellas que se refieren al derecho como objeto, de ahí se parte que las directas mediatas son la elaboradas con fines científicos como a

literatura jurídica y las directas inmediatas son referentes al orden del derecho, estas se dividen en:

1. En cuanto a los hechos: Conductas humanas de tipo jurídico, costumbres jurídicas.

2. En cuanto a las formas:

a) Legislación (en sentido genérico: códigos, leyes, decretos-leyes, decretos con fuerza de ley, ordenanzas, reglamentos, decretos, dictados en ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria).

b) Normas jurídicas consuetudinarias.

c) Resoluciones judiciales (generales; autos acordados; especiales: sentencias, autos y decretos).

d) Terminología jurídica.

e) Refranes y aforismos, locuciones clásicas de contenido jurídico.

f) Formularios, registros, fórmulas, asientos, fichas, minutas de contenido jurídico.

g) Textos de actas, contratos o de testimonios jurídicos.

3. En cuanto a los objetivos: establecimientos, locales, aparatos, muebles y demás implementos para la realización de sesiones, actos, reuniones, etcétera, para impartir sanciones o premios de tipo jurídico. También, atributos, emblemas, distintivos, etcétera, de instituciones o personas para fines jurídicos. Otros objetos (monedas, sellos, de esa índole) (Romano, 1983, pág. 104).

Por otra parte, las fuentes indirectas no tienen una relación directa al derecho, pero son afines, las indirectas mediatas es toda la literatura social, si bien no es

netamente jurídica, pero tiene esa proyección. Las indirectas inmediatas son una parte secundaria de lo jurídico clasificadas de la siguiente manera:

1. En cuanto a los hechos: conducta humana tipo pre, proto, anti y metajurídico (sus testimonios); costumbres, usos y hábitos pre, proto, anti y metajurídicos (sus testimonios).

2. En cuanto a las formas:

a) Normas éticas, higiénicas, económicas, técnicas, religiosas, sociales, etcétera (sus testimonios).

b) Resoluciones, instrucciones, órdenes, del orden administrativo.

c) Terminología política, administrativa, económico-técnica.

d) Refranes, aforismos, locuciones (de contenido social) y toponimia.

e) Piezas orales, escritas, grabadas, fotografías, de creaciones intelectuales de autoridades o de particulares de contenido pre, proto, anti y metajurídicos.

3. En cuanto a los objetivos: objetos individualizados en I, B, 2 pero de contenido pre, proto, anti o meta jurídico. También monumentos históricos, obras artísticas, restos etnoarqueológicos. Otros objetos representativos de la vida social, la cultura y la civilización (Romano, 1983, pág. 105).

1.3. Conciencia Jurídica.

Para definir conciencia jurídica, se debe partir desde la definición de conciencia que nos da López (2013):

> Sentimiento interior por el cual una persona reconoce sus propias conductas. Se trata de un estado en el cual el sujeto percibe lo que existe a su alrededor y se percibe a sí mismo, noción que permite diferenciar entre la conciencia objetiva y la autoconciencia (pág. 61).

Conciencia jurídica es poseer conocimiento del ordenamiento jurídico que existe, se encuentra vigente, regula una sociedad y además de ello es tener la voluntad de acatarlo. Podemos encontrarla clasificarla a través de las fuentes bibliográficas como formal y material:

> La conciencia jurídica formal (respecto a la ley u obediencia a esta) y la conciencia jurídica material (el deseo de hacer justicia, la tradición y la cultura). Esta última está formada por un conjunto cuadripartito de estándares, valores, ideales y actitudes que contextualizan al discurso jurídico (Ross, 1958, § XXVII).

La conciencia jurídica podemos decir que se genera en función de que la idea de la norma legal, llegue al sujeto destinatario por medio de estímulos para tenga obediencia a la indicada norma, lo que es conciencia jurídica. A mi criterio la conciencia jurídica no se educa sola, y menos en un país con tanta diversidad cultural marcada por una brecha de desigualdad social como el nuestro, esta requiere de ciertos estímulos, por lo tanto, es de importancia considerar que una persona que desconoce la norma no puede ser juzgada de igual manera que una persona que si conoce, al menos no en igual forma.

1.4. Ignorancia.

Puede ser concebido como la falta de conocimiento, de comprensión o de instrucción, Cabanellas (1974) en su diccionario primero plantea una concepción general que la considera “como una privación de conocimientos o ideas” (Pág. 334).

Este término para su estudio es divido según su origen, naturaleza o efectos que produce. Por su origen la ignorancia puede voluntaria o involuntaria. Por su naturaleza “se contrapone a la ignorancia de derecho la de hecho” (Cabanellas,

1974, pág.334). Y finalmente por sus efectos existe los tipos de ignorancia esencial y accidental.

Ya en materia de derecho la ignorancia se refiere al desconocimiento de las normas jurídicas que están vigentes o que rigen un Estado, esta falta de conocimiento puede ser que se trate de parcial, total o falso. En derecho hay una presunción que se concibe que toda norma es conocida por todos los ciudadanos desde su promulgación. Esta presunción se basa en ciertos principios que la doctrina expone: "a) a nadie le es permitido ignorar las leyes

b) se presume que todos las conocen, por lo cual, aunque alguno las ignore, le obliga como si no las ignorará" (Cabanellas, 1974, pág.335).

Esta presunción es basada en la idea que, todos los que vivimos en una sociedad tenemos la fiel obligación de conocer las leyes del Estado y los efectos que estás producen en caso de su incumplimiento.

Existe una doctrina contraria que se oponen a esta que es importante considerarla y se fundamenta en dos principios:

a) nadie conoce todas las leyes, y solo una insignificante minoría de los hombres sabe una parte, y no grande, de las normas positivas vigentes en un momento dado;
b) que es imposible que la mayoría de los hombres, y aún la minoría de ellos, las conozca todas" (Cabanellas, 1974, pág.335).

Las presunciones de que las leyes se conciben conocidas por todos, una vez dada su promulgación no es más que un aforismo alejado de la realidad social; si bien este desconocimiento no es una excusa para su cumplimiento, es necesario considerar diversos factores que llevan a la ignorancia de las leyes como la diversidad étnica, cultural, social, económica e incluso el nivel de educación que hay

en la población de un estado, para con ello determinar los estímulos que el Estado requiere impulsar como principal interesado, en que sus ciudadanos no caigan en obrar ilícitamente debido a la falta de conocimiento de las normas y por ende afectar a la convivencia ciudadana en armonía.

En este tema es importante referirse también a la ignorancia de hecho que trata sobre el caso del desconocimiento o el concepto equivocado sobre un hecho, circunstancia o relación que tiene o puede llegar a tener efectos jurídicos. Para finalizar esta conceptualización, al respecto del error de hecho Cabellas (1974) nos dice que:

> Esta ignorancia del Estado o cualidades de las personas, de la naturaleza de los objetos y del planteamiento de los asuntos se divide en ignorancia verosímil, cuando se trata de hechos extraños, crasa o afectada, relativa a hechos propios o a los de pública notoriedad. Aquella puede excusar; ésta, muy rara vez" (pág. 335).

1.5. Error.

Generalmente el error se conoce como el conocimiento de un objeto ya sea de manera inexacta o falsa. En este punto es importante indicar que error no tiene similitud con ignorancia, para la comprensión de esta diferenciación es de valor citar que:

> "El error se distingue de la ignorancia, que es defecto de conocimiento o, mejor, ausencia absoluta de conocimiento respecto a un objeto. Como tal, la ignorancia tiene un carácter negativo, mientras que el error es un quid positivo en cuanto que implica un cierto convencimiento (Antolisei, 1960, pág. 297).

Podemos decir que un sujeto se halle en error cuando tiene una falsa representación de la realidad e incluso si cayó en una situación de olvido dado que

en el caso de haber tenido conocimiento como de haberlo olvidado los resultados serían los mismos. El error afecta en la voluntad y por ende en la ejecución u obstaculización de un delito.

> El error incide normalmente sobre el proceso formativo de la voluntad, que aparece así viciada por una falsa representación de la realidad. Puede, sin embargo, incidir también sobre la ejecución del delito, obstaculizando o desviado el proceso de la actuación práctica de la voluntad. Esta segunda clase error llamada por Carneluti “inhabilidad”, es tomada en consideración en los supuestos del denominado delito aberrante” (Antolisei, 1960, pág. 298).

Dado que el error afecta o vicia a la voluntad, es de concebir que este afecta a los elementos del delito y a la norma jurídica diferenciándose así el error de hecho y el error de derecho.

Al tratar el primero de esta división de error, “podemos decir que el llamado error de hecho, es el que impide al sujeto activo lograr la representación real del acontecimiento” (Jiménez, 2008, pág. 521). Es decir, que este tipo de error es un vicio del consentimiento que recae en las circunstancias del hecho.

A diferencia de este, el error de derecho “versa sobre los hechos jurídicos; es decir, sobre las condiciones exigidas al hecho para la aplicación de una regla jurídica” (Jiménez, 2009, pág.553). Aquí, el error recae en la norma por el estado equivocado que se llegue a tener de esta en relación con el hecho.

Esta diferenciación viene desde el derecho romano y se halla consagrada en varias legislaciones penales contemporáneas, y es acepada por la mayoría de penalistas incluido Carrara que parte de considerar al error como un aspecto negativo.

El profesor inglés Glanville L. Williams (1961), al tratar de distinguir entre error de hecho y de derecho dice que “generalmente un hecho es algo perceptible por los sentidos, mientras que la ley es una idea en la mente del hombre” (pág.383).

1.6. Error Penalmente Concebido.

En materia penal el error es un tema muy relevante, el error excluye de la responsabilidad penal del agente, el dolo y la culpa convirtiendo a la acción en un caso fortuito.

Así encontramos autores que al respecto consideran que “la responsabilidad penal es basada en la voluntariedad del hecho, el error funciona como un eximente de pena, en cuanto constituye y caracteriza un estado de perturbación de la inteligencia” (Mariconde, 1927, pág.172).

En materia penal nos encontramos ante el error de tipo y el error de prohibición que, de manera sencilla podemos decir que el error de tipo es aquel, que versa sobre las circunstancias fácticas que sirve de supuesto de hecho del tipo penal, es decir no es un problema de responsabilidad sino de tipicidad; este tipo de error y el de prohibición en la presente de investigación será tratados y desarrollados más adelante.

CAPITULO DOS: TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE DIFERENCIACIÓN DE LAS TEORÍAS CAUSALISTAS Y FUNCIONALISTA.

2.1. Teoría Finalista.

La teoría finalista de la acción, es desarrollada por el jurista Hans Welzel, que es su máximo representante y exponente, ya que da origen a la misma, que supera a la teoría causalista de la acción, dominante en el derecho penal alemán.

Esta doctrina se nombra así, por la utilización de la palabra finalidad para caracterizar a la acción, además de ser muy apartada de la que concibe la teoría causalista ya que, se realiza con una finalidad de actuar conscientemente en relación de un resultado propuesto de manera voluntaria. Es decir que si bien el delito parte de una acción, y que esta es una conducta humana voluntaria, pero que es realizada con una finalidad propuesta que por el contrario la teoría causalista no considera estos aspectos de voluntad y finalidad.

En la obra de Peña y Almanza (2010) parafrasean que el finalismo plantea:

> Que la acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues para ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error de tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de la antijuricidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado). En la antijuricidad distingue el aspecto formal (lo contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico) *(*págs. 39-40).

Otra de las características principales de esta teoría es que se centra en fundamentar no solo los elementos que integran el delito sino, el derecho penal

como base de esta teoría; para ello Welzel (1987) dice que “la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y solo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares (pág.15). Considero importante el planteamiento de esta corriente acerca que, el derecho penal tiene la función vital de proteger los bienes jurídicos propios del ser humano y no en ser un medio para que los órganos del poder del Estado se valgan a través de el para oprimir y tiranizar. Ya nos dice Orellana (2004) que para el fundador del finalismo:

> Detrás de cada prohibición o mandato se hallan los elementales deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena debe dirigirse sólo a la protección de los básicos deberes ético-sociales, como la vida, la libertad, el honor, etc., (principio de exclusividad de los medios punitivos específicos), pues extender la punición a conductas que no revistan de gravedad de lesión a elementales deberes, degenera en un Estado represivo (pág.82).

También es conveniente traer a colación y como conclusión que un rasgo relevante de la teoría en mención es que se considera un límite del poder del Estado.

El finalismo maneja los conceptos de acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad de manera diferente a la teoría causalista, busca dar soluciones a problemas que no se encontró una adecuada solución por el causalismo como son los relativos a la tentativa, la participación, la autoría, entre otros. **2.1.1. La Acción Finalista.**

Para Welzel (1951) “la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista” (pág. 19). Para el finalismo realizar la acción con base al conocimiento causal puede

prever las consecuencias de dicha acción, a la vez proponerse objetivos y plantearse la ruta de la obtención de los mismos. “La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que para la causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales concurrentes (Orellana, 2004, pág. 88).

Para la teoría finalista la acción tiene dos fases, una interna y una externa que plantea el esquema de las características de las mismas.

La fase interna considera:

-El objetivo que se pretende alcanzar o proposición de fines.

-Los medios que se emplean para su realización.

-Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal.

La fase externa considera:

-Es la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal.

-El resultado previsto y el o los resultados concomitantes.

-El nexo causal (Orellana, 2004, págs. 88 - 89).

Podemos concluir que, una acción es finalista según los resultados que el sujeto se propuso de manera voluntaria y los efectos que la acción ocasionó; y estos en relación con los resultados y efectos no propuestos.

Orellana (2004) a su criterio considera que:

En efecto, el hombre realiza continuamente acciones finalistas, pero la inmensa mayoría no tiene ninguna connotación jurídico-penal, así cabalgar, manejar un automóvil, caminar, comer, etcétera, de ahí que el derecho penal

solo se interese por aquellas acciones finalistas que están dirigidas a la realización de resultados socialmente negativos, a “acciones” calificadas de antijurídicas consagradas en los tipos penales (pág.91).

El hombre para actuar cuenta con una libertad de voluntad que podemos decir que, no es de una manera absoluta esta se encuentra sujeta a limitaciones por el hecho de forma parte de una sociedad; aun así, el hombre se propone fines de manera voluntaria y emplea los medios necesarios para la obtención de estos fines; es así que se puede reprochar conductas antijurídicas, cuando opta por ellas. El origen del mismo derecho penal existe por esta concepción y como consecuencia el Estado ejerce un poder punitivo sobre sus individuos.

La acción que realiza el sujeto debido a que se trazó o planteo un objetivo y emplea medios para llegar a éste, teniendo inclusive conocimiento de las consecuencias que se pueden derivar de su accionar; si esta acción se encuentra tipificada en la normativa legal sería calificada de dolosa o culposa.

Orellana (2004) nos dice que “el sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísimamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista” (pág.92).

Por otra parte, la teoría finalista de la acción sostiene que la omisión se encuentra dentro del concepto de la acción humana. Orellana (2004) parafraseando a Liszt nos dice que este considera que “la acción y la omisión se pueden equiparar, pues la producción de un resultado y la no evitación de un evento, resultan de la voluntad del sujeto y de la antijuricidad de ellos” (pág.93). Para el sistema finalista tanto el fin de la acción como el fin de la omisión, son dominados por la voluntad del agente es así que se puede convertir una inactividad en omisión.

Dentro de la doctrina se encuentra que el nexo causal en la omisión, es un problema muy debatido alrededor de esta teoría, dado que la omisión, es la realización del delito ya que la acción que pudo evitarlo no se la ejecuto, es relevante hacer mención que la acción penal no solo es la ejecución lo es de igual forma la omisión; el penalista Orellana (2004) lo plantea de la siguiente manera:

> Así en la omisión simple se habla de nexo jurídico; en los delitos de comisión por omisión en que se da resultado material el nexo causal se plantea en la posibilidad de que el resultado no se hubiera producido si el sujeto realiza la acción ordenada por la ley, teniendo el deber jurídico de obrar; de esta manera el sujeto obligado por la norma tiene la llamada posición de "garante", es decir tiene el deber de evitar el resultado, posición que se desprende de la ley cuando ésta señala al sujeto determinados deberes cuyo cumplimiento derivan de su cargo, profesión, empleo, lazos familiares, etc. (pág. 94).

El finalismo difiere radicalmente del causalismo, dado que la acción deja de ser objetiva y se transforma en un concepto objetivo y subjetivo, definidos como "objetivo en cuanto que la voluntad se va a manifestar por el movimiento corporal, o por su ausencia (acción u omisión), y subjetivo porque la voluntad la va a proyectar en forma dolosa y culposa" (Orellana, 2004, pág.95).

2.1.2. La Acción Típica Finalista.

Es preciso en este apartado recordar al creador de la teoría del tipo Ernesto Beling, que plantea que el tipo y la tipicidad son instrumentos para consagrar el principio nullum crimen sine lege. Esta teoría de Beling es reconocida tanto por el causalismo como por el finalismo.

La teoría que este autor plantea, se desarrolla en base a que el tipo desempeña una triple función:

Una función sancionadora, represiva para las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad). Una función de garantía, solo las conductas que son típicas son las únicas que pueden llegar a tener una sanción. Una función preventiva; el tipo penal busca que la prohibición que contiene la ley sea para que el ciudadano no realice dicha conducta tipificada.

Es oportuno destacar también que, en la teoría de la acción finalista el dolo y la culpa se la encuentra ya no en el nivel de la culpabilidad como el causalismo, sino a el nivel de la acción típica por constituir el fin de la acción.

El penalista Gómez Benítez (1988), al respecto de la ubicación del dolo y la culpa pronuncia que:

> La ubicación, pues, del dolo o de la imprudencia entre los elementos de la tipicidad penal introduce la finalidad, y en este sentido, elementos subjetivos, en todos los tipos penales; cuestión, está no sólo inevitable, ya que los tipos describen acciones y éstos implican siempre finalidad (pág.70).

Es así que podemos decir que, la acción y la tipicidad se encuentran ligados, siendo a la vez toda acción dolosa o culposa y que su resultado perteneciente al injusto jurídico penal viene siendo lo que conocemos ya definido anteriormente como antijuricidad. Bush (1969) respecto del injusto escribe que:

> Está determinado no sólo objetivamente por el resultado probado, sino también subjetivamente por la voluntad reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto y con esto se lo arranca de la culpabilidad (pág. 19).

Elementos del tipo. Para el finalismo, el tipo está compuesto no sólo de elementos objetivos sino también de elementos subjetivos. Respecto a los elementos objetivos, Orellana nos dice que esta clasificación se refiere a:

> Las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo (por ejemplo, homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales que sólo califica, agravan, o privilegian (atenúan) al tipo autónomo (la premeditación como calificativa del homicidio o la riña como atenuante en el propio delito de homicidio) (Orellana, 2004, pág.98).

Como elementos del tipo podemos señalar: el sujeto activo (autoría y participación); el sujeto pasivo; el bien jurídico tutelado; la acción u omisión; el resultado típico en los delitos de resultado; los elementos normativos; las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Por otra parte, respecto a los elementos subjetivos, Orellana (2004) nos dice que estos elementos atienden a “condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo” (pág.98).

Los elementos del tipo subjetivo podemos considerar que son: el dolo o la culpa. Otros elementos subjetivos diferentes del dolo se pueden señalar como el ánimo, la tendencia, etcétera. El finalismo posiciona al dolo y la culpa como elementos del tipo a diferencia del causalismo que los ubica en las especies de la culpabilidad.

Dolo de tipo. Para los finalistas tratar acerca del dolo es hablar de un dolo de tipo o dolo de hecho, es decir que se trata de la voluntad del sujeto de realizar cierto hecho típico. Para el finalismo los aspectos objetivos y subjetivos del tipo están una relación estrecha. Orellana (2004) respecto a este tema dice que:

> El dolo a su vez, como elemento subjetivo del tipo, no es sino la realización del tipo objetivo de un delito. En efecto, el finalismo nos explica que hay infinidad de acciones finalistas no dolosas, que no están dirigidas a la realización del tipo de un delito, como son las acciones cotidianas, caminar, leer, trabajar, comer, etcétera (pág.100)

El dolo de tipo concretamente se basa en la voluntad que tiene el sujeto de realizar cierta acción típica diferenciándose del causalismo que se exige que la afirmación del dolo posea conocimiento de la antijuricidad. En la teoría finalista el dolo es considerado por la consecuencia de su pura finalidad.

Culpa de tipo. Al tipo también pertenecen las acciones culposas, aquí la voluntad de acción no se dirige hacia al resultado típico, pero en su lugar se proyectan consecuencias socialmente intolerables, donde puede ser el caso que el sujeto confía en que no se producirán o no pensó que su realización se pudiera efectuar.

> En los delitos culposos, por referirse a la producción de eventos socialmente intolerables, debidos a la imprudencia, falta de cuidado o previsión, es el juez, quien en cada caso, debe investigar cuál era el límite del cuidado requerido; de ahí que en los delitos culposos la “acción no esté precisada como en los delitos culposos”, ya que la ley al señalar “actúa imprudentemente o con imprevisión”, no detalla la conducta culposa, por lo que se trata de “tipos” abiertos que requieren de ser complementados por el juez , quien va a juzgar la actuación del sujeto en relación al deber de cuidado que debió tener en cada situación concreta (Orellana, 2004, pág.100).

La teoría finalista es muy criticada por cómo concibe a los delitos culposos, en especial el caso de la culpa inconsciente, en la cual el sujeto no representa el

resultado y por ende no se puede explicar la finalidad de su conducta empelada para llegar a la obtención de un propósito o fin, dado que el agente ni siquiera concibió la idea de su ejecución, por ello dicho resultado no se puede conectar con la finalidad del sujeto autor, sino que se entiende como imprudencia en la evitabilidad del resultado producido.

2.1.3. La Antijuricidad.

Al hablar de antijuricidad nos referimos a que es la acción, contraria al ordenamiento jurídico. En este sistema finalista la antijuricidad es un juicio de valor objetivo.

El penalista Muñoz Conde (1990) desde su perspectiva finalista nos da una definición de antijuricidad:

> El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo (pág.83).

En el sistema causalista la antijuricidad se encuentra separada del tipo, pero autores como Mayer, Hegler y Mezger plantean que el injusto penal está integrado por la tipicidad y la antijuricidad. Algunos autores consideran que antijuricidad e injusto son par, pero la teoría finalista los distingue. Para los finalistas:

> La Antijuricidad es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuricidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma

de la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio (Welzel, 1898, pág.78).

Es decir, la teoría finalista sostiene que quien realiza una acción y se encuentra adecuada al tipo, estaría actuando antijurídicamente ya que como consecuencia se produce un daño. La tipicidad se considera como un indicio de antijuricidad.

También podemos encontrar el caso que al consumarse un evento este no resulte ser contrario al derecho, sino lícito ya que la acción realizada podría estar amparada por ser una causa de licitud o justificación que el derecho mismo contempla.

Elementos subjetivos del injusto. Los causalistas mantienen una posición sobre el injusto y que este pertenece a los caracteres externos u objetivos, de donde parte la teoría objetiva de la antijuricidad; en la cual todo elemento subjetivo es prescindible. “Para la teoría causalista, la antijuricidad, toma en cuenta sólo elementos objetivos, pues los elementos subjetivos son terreno de la culpabilidad” (Orellana, 2004, pág.107).

A pesar que la mayoría de autores afines al causalismo comparten la posición de la antijuricidad objetiva, el penalista Hans Welzel (1987) propone un criterio de elementos subjetivos y objetivos:

> Debido a la ambigüedad de concepto objetivo ha surgido el equívoco de que la antijuricidad sólo podría referirse al aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor objetivo. En realidad, el empleo de la palabra objetivo, en ambos casos, no tiene nada en común. La antijuricidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; la acción, en cambio,

es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos (pág.77).

El sistema finalista de la acción dentro de los elementos subjetivos ubica al dolo. Para el finalismo la antijuricidad ya se definió que es la desaprobación de un hecho referido a un autor, es decir el injusto de la acción referida a su autor es un injusto personal.

El tipo por otra parte, desde la posición finalista se plantea elementos objetivos y subjetivos, estos últimos se encuentran dentro de la teoría que estudia lo injusto de los delitos dolosos y lo injusto de los delitos culposos.

El injusto personal. Welzel nos plantea el concepto del injusto personal, como parte de la teoría finalista de la acción. Dado que el causalismo concibe al injusto penal basado en el resultado y el finalismo en la acción. Orellana (2004) al respecto nos dice que:

> Para el causalismo el fundamento del injusto penal constituye el "desvalor del resultado" y ello se basa en el concepto causalista de la conducta, es decir, se apoya en aspectos externos, de ahí que resalta el resultado como punto central de la valoración; en cambio, en el sistema finalista se apoya en el desvalor de la acción que incluye no sólo el resultado, sino el desvalor de toda la acción, abarcando la finalidad de la acción sea esta dolosa o culposa (pág.110).

Es importante ya destacar en este punto de la investigación que para el finalismo no se deja de considerar la finalidad de la acción en ninguno de los elementos del delito que desarrolla, en el injusto penal vemos que se considera si esta se trata de dolosa o culposa como lo dice Orellana en la anterior cita, en si para el finalismo todo gira en torno a la finalidad del autor al ejecutar la acción.

2.1.4. Las Causas de Justificación.

Estas son situaciones en las cuales el sujeto realiza la acción antijurídica pero no le será imputable dado que son ejecutadas en el marco de la defensa de derechos propios o ajenos. En la doctrina se ubica que estas causas de justificación en el finalismo se las concibe como:

> En esta teoría, la conducta típica es un indicio de la antijuricidad de la misma, es decir ese indicio puede ser desvirtuado; en efecto, el propio orden jurídico a lado de las normas prohibitivas, en ciertos casos, opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierte en deber jurídico concreto, y así aparecen las llamadas "causas de justificación" (Orellana, 2004, pág.110).

En otras palabras, las causas de justificación aparecen, en el propio orden jurídico al lado de las normas de carácter prohibitivo, que en ocasiones se oponen a disposiciones permisivas que impide que la norma general abstracta se convierta en deber jurídico.

Orellana (2004) al respecto explica las causas de justificación y por qué están caracterizadas:

> Las causas de justificación no excluyen la tipicidad, es decir, por ejemplo, la acción típica dolosa subsiste, pero esa conducta típica dolosa no será antijurídica, si aparece una causa de justificación. La acción de privar de la vida a otro en legítima defensa, deja subsistente la materia de prohibición, el tipo, lo que anula es la antijuricidad de la conducta, el hecho concreto está amparado en una determinada causa de justificación (pág.110).

Las causas de justificación entonces, excluyen la antijuricidad ya que supone que no exista delito debido a la naturaleza con las que son realizadas por el autor

del hecho que contraviene la norma. Como causas de justificación son la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento del ofendido.

2.1.5. La Culpabilidad.

En algunos códigos penales se rigen por que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad. Es decir, la culpabilidad es el límite de la pena, ninguna pena puede ser mayor a la culpabilidad. Becaria postula que es mejor evitar los delitos que castigarlos:

> Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación… ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos (Becaria,1988, pág.93).

A esta cita la podemos complementar que la culpabilidad cumple finalidades de prevención general y especial, pero no de carácter retributivo general dado que la pena busca la resocialización del delincuente y que este produzca un efecto de prevención especial.

Dentro de la culpabilidad encontramos tópicos que se relacionan con ella que son: “culpabilidad de autor, culpabilidad por el hecho o el acto, fundamento de la irreprochabilidad y culpabilidad normativa” (Orellana, 2004, págs. 114-118).

Elementos de la culpabilidad. La teoría finalista de la acción categoriza como elementos de la culpabilidad a:

a. La imputabilidad o capacidad de la culpabilidad.

Podemos entender que la imputabilidad en este sistema es la capacidad de culpabilidad, la capacidad de su autor y está integrada por subelementos:

- a capacidad de comprender lo injusto del hecho,

- La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa compresión.

Es decir, en forma más precisa, la imputabilidad se refiere posibilidad de que un sujeto se haya podido motivar para obrar en el sentido de la ley.

b. El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido.

Es la posibilidad de la compresión de lo injusto. El jurista Orellana al respecto define que se trata de "el conocimiento de la antijuricidad, es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación de la norma" (Orellana, 2004, pág. 121).

A diferencia del Causalismo; el sistema finalista en esta parte distingue entre error de tipo y el error de prohibición.

> El error de tipo se refiere al desconocimiento del sujeto en alguna circunstancia objetiva del hecho que pertenece al tipo legal, que puede ser un elemento descriptivo o normativo del tipo, por ejemplo, la causalidad, el sujeto, el objeto, la honestidad, la ajenidad, el carácter de funcionario, etcétera (Orellana, 2004, pág.122).

El error de tipo, que en conclusión es el error sobre los elementos del tipo excluye el dolo, además el error de tipo es de carácter vencible y puede dejar subsistente la responsabilidad a título culposo ya que no considera el problema la conducta antijurídica y culpable.

Por su parte, el error de prohibición, se trata de cuando el sujeto se equivoca o se confunde sobre el conocimiento de la antijuricidad de su conducta. Entre las más relevantes conceptualizaciones del error de prohibición se destaca la del jurista Welzel (1987), que lo puntualiza como:

> El error de prohibición es el error sobre la antijuricidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo del tipo). El autor

sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación (págs. 232-233).

En el sistema finalista, si el error de prohibición tiene una clasificación de vencible o invencible, si se trata del caso que es vencible se da a lugar que únicamente se atenúa la culpabilidad, es decir la irreprochabilidad y la penalidad. Si es invencible no cabe la culpabilidad. Este tema es desarrollado con más amplitud en el siguiente capítulo.

La exigibilidad de un comportamiento distinto. El sujeto para ser culpable, debe determinarse la imputabilidad y la conciencia de la antijuricidad que tenía el mismo. Pero además "debe examinarse si en el caso concreto le era exigible una conducta apegada a derecho y con tales elementos se materializa la culpabilidad de la fórmula poder en lugar de ello" (Orellana, 2004, pág.126).

El sistema finalista plantea que la exigibilidad está presente en la capacidad de la culpabilidad y sobre el conocimiento de lo injusto.

Finalizando así el estudio de la teoría finalista de la acción, es de valía resaltar algunas orientaciones y fundamentos de esta teoría que están presentes en el Código Orgánico Integral Penal vigente de nuestro país, iniciando con uno de los objetivos de de esta ley que versar sobre pretender normar el poder punitivo del Estado. De igual manera encontramos aspectos finalistas en algunos conceptos que brinda este cuerpo legal entre los principales que son: tipicidad, dolo, culpabilidad, omisión dolosa, antijuricidad, causas de exclusión de la conducta.

2.2. Teorías Causalista y Funcionalista.

Este espacio en la presente investigación, es desarrollado con la finalidad de exponer las principales características de las teorías del delito causalista y

funcionalista para tener una clara diferenciación de estas con la teoría finalista de la acción objeto de estudio.

2.2.1. Teoría Causalista.

Esta teoría nace en la obra Tratado de derecho Penal de Franz Von Liszt (1927), quien define que la acción es un fenómeno meramente causal, el cual es ahí donde parte el delito. En esta obra el autor mencionado concibe una postura que la acción física o naturalística, se integra por un movimiento corporal y por el resultado que esta produce que causa una modificación en el mundo exterior, lo cual está unido por un nexo causal. Es decir, el origen del delito es la acción y esta es realizada por el movimiento corporal; se dice teoría causal porque, la acción es la causa; el delito está formado de una acción causal y del resultado.

Dentro de esta teoría se distinguen tres categorías del delito: la tipicidad, la Antijuricidad y la culpabilidad. Pero para comprender el delito dentro de estas teorías es necesario describir sus rasgos, la acción causal, la tipicidad, la Antijuricidad, la culpa y, el dolo dentro de la culpabilidad.

a. Acción u Omisión.

La acción es un movimiento corporal, que va a producir un efecto en el mundo exterior y otro que dará origen a una relación. Algunos autores afines al causalismo consideran que el concepto de omisión es parte de la acción, otros autores en cambio optan por usar otros términos como conducta, acontecimiento, hecho, que abarcan los conceptos de acción y omisión. Esta teoría se centra en estudiar una fase que consideran externa dentro de la acción que es la manifestación de la voluntad.

A partir de Liszt el causalismo desglosa a la acción en subelementos que la integran y los cuales Orellana (2004) hace mención y define en su obra:

Manifestación de la voluntad: esta subelemento consiste en la inervación voluntaria de cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (cuando nos hallamos frente a la omisión). Un resultado, que es la mutación en el mundo exterior: este resultado es causado, por la manifestación de la voluntad o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza.

Un nexo causal: es el que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa efecto (pág.11).

En conclusión, para el causalismo la acción es caracterizada por el resultado que produce y el efecto que causa en el mundo exterior, si bien parte de la voluntad esta es considerada como el movimiento corporal realizado u omitido más no por el fin que persigue, destacando el desenlace de esta acción por su resultado enmarcado dentro del tipo penal.

b. La Tipicidad.

Es el segundo elemento del delito dentro del causalismo, se inició con la expresión latina “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” ningún delito, ninguna pena sin ley previa; este es derivado de un principio de legalidad creado por César Beccaria. El concepto de tipicidad arranca de la teoría de Ernesto Beling que define como “La correspondencia entre un hecho y un esquema legal que rige la figura de un delito en concreto, tal cosa lleva a definir el tipo como la abstracción conceptual que designa el delito, tanto para la faz externa (objetiva), como interna (subjetiva)” (Elía, 2002, pág. 298).

c. La Antijuricidad.

La Antijuricidad es la acción o hecho contrario a la norma, es conocido como un concepto negativo. “Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho” (Jiménez Asúa, 1992. Pág. 958). En la obra de Luis Jiménez de Asúa, la ley y el delito citan que la teoría de Mayer de las normas de cultura son un fundamento de la Antijuricidad dado que:

> Dentro de esta teoría causalista se afirma que se requiere primero, valorar la conducta del sujeto para asumir que es antijurídica y segundo la integración de elementos subjetivos, que señala el tipo, los autores causalistas manifiestan que “estos elementos subjetivos son diferentes del dolo, son especiales “tendencias”, “motivos” que el legislador exige, además del dolo (Muñoz Francisco, 1998, pág. 68).

Por otro lado, para el causalismo valorativo la Antijuricidad junto con el tipo, conforman el injusto penal; de lo cual surgía una interpretación teológica sobre el bien jurídico.

d. La Culpabilidad.

La culpabilidad es uno de los elementos más fundamentales de la teoría del delito, este elemento está en casi todas las concepciones modernas de la teoría del delito. Desde la antigüedad ya se castigaba según la magnitud del daño que se provocaba, sin consideración de la intención con la que esta acción fue realizada. Bien nos dice Orellana Octavio (2004):

> En los albores del derecho penal, para la aplicación de una pena, su fuente radica en la presencia de un nexo objetivo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado, independientemente del vínculo de carácter

sociológico, subjetivo que ligase al hecho con su autor. En otros términos, se aceptaba que la responsabilidad penal revestía carácter objetivo (pág. 39).

Von Liszt elabora una teoría que reafirma el carácter causalista de un sistema denominado “teoría psicologista de la culpabilidad”, para este jurista la culpabilidad es una relación propiamente natural y psicológica, entre el sujeto y el acto; de ahí la procedencia del nombre de esta teoría.

El causalismo considera importante que exista una diferenciación entre elemento psíquico de la conducta y el elemento psíquico con respecto del resultado, este último “estriba en la conciencia y voluntariedad de agente encaminado a obtener el evento. Así, una cosa es querer la conducta (elemento psíquico del hecho), y otra, es querer el resultado (elemento psíquico del delito. Son conceptos diferentes” (Orellana, 2004, pág.41).

Por otra parte existe una segunda corriente dentro del sistema causalista en el estudio de la culpabilidad, llamada como la “teoría normativista de la culpabilidad” *es* en base al estudio de R. Frank “sobre la estructura de la culpabilidad” donde el penalista autor plantea que la culpabilidad no es solo una relación psicológica entre el autor y su hecho, “sino que radica en el “reproche” a ese proceso o relación psicológica, es decir, una valoración normativa (Reproche) de esa relación psicológica (Orellana, 2004, pág. 41-42).

Con la evolución del derecho se han desarrollado los conceptos de dolo y culpa como manifestaciones de la culpabilidad, ya sea que se trate de la teoría psicologista, o de la normativista y algunos otros autores aumentan y se refieren a la preterintencionalidad.

El Dolo: Desde la antigüedad se imponía penas y castigos basados en la proporción del daño que se provocaba, sin tener mayor relevancia la relación

psicológica entre el sujeto y resultado. Como antecedente podemos mencionar que Roma surgió una distinción entre dolus bonus y dolus malus. Entendiéndose como "Dolus bonus como una actitud no maliciosa, de carácter civil; y el dolus malus referida a conductas artificiosas, engañosas, de carácter penal" (Orellana, 2014, pág.45*).*

El mayor representante del causalismo define que "el dolo es la más importante de las formas de culpabilidad" (Liszt, 1927, pág.397)*.* Concepto que comparten la mayoría de penalistas, algunos optan por añadir que el dolo es la figura que se reviste de más gravedad. Para Jiménez de Asúa solo se deben distinguir cuatro clases de dolo: el directo, específico, de consecuencia necesarias y eventual. Pero en conclusión dentro de la teoría causalista se afirma que el dolo está inmerso en la culpabilidad.

La culpa. La culpa es la segunda especie de la culpabilidad. Se puede decir que este concepto ha sido más debatido que el concepto del dolo.

La culpa no siempre fue aceptada como especie de culpabilidad, pues existe una afirmación que dice: nadie puede ser penado por una acción no querida por él; Orellana (2004) hace una diferencia entre el dolo y la culpa, "consiste en la primera el agente si quiere la conducta y su resultado, en cambio en la segunda el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir las conductas culposas" (pág. 54).

A pesar de este argumento, el daño que resulte de las conductas culposas, la mayoría de penalistas si se inclinan por aceptar a la culpa como una especie de la culpabilidad y por consiguiente que estas conductas sean punibles.

El individuo dentro de una sociedad por el solo hecho de ser parte de ella, debe encaminarse bajo la obligación de no provocar algún daño a terceros, debe

relacionarse con diligencia y prudencia. La culpa es “la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que, por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso (Jiménez de Asúa, 1963, pág.55).

La preterintencionalidad. Esta tercera especie de la culpabilidad, es admitida por algunos penalistas del sistema causalista como especie de la culpabilidad, este concepto es más debatido que el dolo y la culpa, la preterintencionalidad también, es llamada como ultra intencionalidad. La palabra preterintencionalidad es de origen latín, praeter que significa “más allá de” y intentionem que es “intención”.

Entre los penalistas existe el postulado que la preterintencionalidad está formada por un dolo en el inicio y una culpa en el resultado, “no debe sancionarse ni como dolo, ni como culpa sino precisamente como la pena que deba corresponder a su proceder preterintencional” (Orellana, 2004, pág.62).

En base a la conceptualización de Orellana podemos decir que, la preterintencionalidad se refiere a cuando el daño causado por la acción es excesivo a la intención que tenía el agente al realizarlo.

La teoría causalista en general es de considerarla que posee una sencillez para ubicar la culpabilidad dado que solo requiere la comprobación de la causa siendo el efecto causado de su acción por el cual el sujeto será atribuido de culpable. En esta teoría hay cierta similitud con la finalista, si bien esta teoría es la primera es de suponer que la finalista tiene ciertas semejanzas como lo es el caso de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad que se encuentran relacionados entre sí, cada uno de estos elementos posterior del delito presupone el anterior.

2.2.2. Teoría Funcionalista.

Este sistema es muy difundido y aceptado entre los especialistas de las ciencias sociales.

> Por funcionalismo se entiende el conjunto de hechos fisiológicos o de otras índoles que se producen o suceden en un organismo, un aparato o sistema. En el campo social se refiere al estudio de las funciones dentro del sistema social concebido como una totalidad integrada, que desempeñan los individuos grupos o instituciones (Orellana, 2004, pág. 165).

El funcionalismo se dice que tiene sus raíces y pautas en Darwin y acerca de su teoría de la evolución de las especies, tesis que la adoptaron las ciencias sociales. Esta postura funcionalista la refleja el criminólogo Baratta Alessandro quien, realiza una distinción entre la sociología criminal y la sociología jurídico- penal de esta forma:

> La sociología criminal estudia el comportamiento desviado con significación penal, su génesis y su función dentro de la estructura dada. La sociología jurídico-penal, en cambio, estudia propiamente los comportamientos que representan una reacción ante el comportamiento desviado, los factores condicionantes y los efectos de esta reacción, así como las implicaciones funcionales de la misma respecto de la estructura social global (Baratta,1998, pág.15).

Esta tercera teoría del delito tiene en sí dos corrientes: el funcionalismo moderado representado por Claus Roxin que en síntesis reconoce los elementos del delito como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, pero es manejado con un tinte de orientación político criminal, donde se considera que los presupuestos de la

punibilidad deben estar regidos por los fines del derecho penal y que estas categorías no son más que instrumentos para llegar una valoración político criminal.

> “Roxin pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte del sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta” (González y Almanza, 2010, pág.48).

En cambio, el funcionalismo sociológico o radical por Gunther Jakobs, tiene como base que el Derecho es un garante de las normas, de la Constitución y de la misma sociedad; que tiene un único objetivo de resolver los problemas sociales. Esta corriente al igual que le funcionalismo moderado tiene su punto de partida en el sistema finalista de la acción; a diferencia de la primera corriente está exceptúa las tendencias político criminales dado que las categorías del delito tienen la finalidad de estabilizar el sistema.

> Para Jakobs, cuando se violan las normas jurídicas, se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, y congruentemente con ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del mismo sistema social mediante la estabilización de las normas en el referido sistema, de manera que la imputación derivará de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales (Peña y Almanza, 2014, pág.55).

De esta manera para Jakobs lo importante no son los individuos sino lo que simboliza su comportamiento en relación a las normas.

a. La Pena.

Para esta teoría la pena es de gran importancia por la función que esta debe tener dentro de la sanción penal. A la vez, ubica a la política criminal y a el sistema

jurídico que deben estar fusionados. De ahí para el funcionalismo la dogmática penal debe estar basada político-criminalmente por los principios rectores de la pena.

Claus Roxin (1981) señala en su concepción expone que:

> El fin de la pena es exclusivamente la prevención y ciertamente tanto la prevención general como la especial. Al respecto la prevención general hay que entenderla no en primer lugar como prevención integradora negativa sino como prevención integradora positiva. Esto significa la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores potenciales de la perpetración de delitos, sino que debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada (pág.46 - 47).

Las teorías sobre el fin de la pena se han agrupado en una teoría denominada absoluta, o también conocida como de la retribución y teorías relativas consistentes en: teorías de la prevención general y de la prevención especial.

b. La Imputación Objetiva.

En el tratamiento de la teoría del delito, el funcionalismo propone como parte principal lo que se llama imputación objetiva. En el causalismo ya se plantea que, para que un resultado sea imputable a un sujeto, se debe establecer el nexo causal entre la acción y el resultado.

Orellana (2004) plantea en base a Roxin que “La teoría de la imputación objetiva toma en cuenta que un resultado causado por la acción humana solamente se puede imputar objetivamente a una persona cuando esta haya creado un riesgo desaprobado, que a su vez produzca un resultado típico” (pág.179)

c. La Culpa.

Esta teoría se ubica en el tipo de manera similar que la teoría finalista, a nivel del tipo.

Consideran que una conducta culposa, en un caso en concreto puede resultar justificada o exculpada, pero primero se decide si es culposa en el tipo. Sin embargo Roxin considera que la fundamentación de la culpa se acepta como “lesión del deber objetivo de cuidado” y en los conceptos de “previsibilidad” y “evitabilidad” lo que a su juicio no es del todo correcto, puesta de esta forma de comisión del delito es un clásico delito de los llamados tipos “abiertos”, es decir donde es imposible adicionar al tipo de comportamientos específicos para las conductas culposas; así es imposible describir en detalle las conductas imprudentes, faltas de pericia o cuidado, etc. por lo que a su examen debe resolverse bajo el estudio de la imputación objetiva. (Orellana, 2004, págs. 180-181).

Los funcionalistas sostienen el enunciado que en la conducta culposa va imperar la producción de un peligro no permitido, que será mayor que la lesión del deber de cuidado.

La asunción de culpabilidad por incumplimiento del deber de informarse, que consiste en que el sujeto que va a ejecutar una conducta que exija conocimientos especializados, técnicos o de habilidades prácticas, para no poner en riesgo bienes jurídicos protegidos penalmente, debe contar con la información suficiente para no crear o incrementar riesgos, o bien abstenerse del comportamiento cuando de ellas carezca.

Concluyendo esta tercera teoría del delito, vale destacar que es impulsada y surge de las críticas al finalismo con el fin de superarlas, esta tiene por motor el estudio de las funciones dentro del sistema social que desempañan los individuos, grupos o instituciones. Además, considera que el derecho penal es parte de la identidad de la sociedad y que la pena es la reacción al quebrantamiento de la norma la cual, al ser aplicada busca la restitución de la norma violada por una conducta delictiva.

CAPÍTULO TRES: EL ERROR DE PROHIBICIÓN.

Al hablar de error de prohibición nos encontramos frente a una figura doctrinaria, que recae sobre el sujeto en torno a la conciencia del carácter prohibitivo o antijurídico de la acción que realiza.

Entre una de las definiciones notables sobre el error de prohibición puedo citar la de Mercedes García Arán (2010):

> Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia de limites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida en un caso en concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación) (págs. 392 -393).

El abogado ecuatoriano Pedro Ceballos (2009) en su trabajo titulado El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana, define que "se conoce al error de prohibición como una institución compatible con el moderno Estado Social y Democrático de Derecho e imprescindible para el derecho penal actual, que puede dar lugar a la exclusión total o parcial de la culpabilidad –entendida como reproche- "(pág. 83).

Entonces, error de prohibición se incurre cuando, el agente que realiza una acción cuyo resultado lesiona un bien jurídico protegido o lo pone en peligro, pero dicho agente carece de conciencia o no puede comprender la antijuridicidad de su conducta, esta acción que es contraria a la norma y que conlleva a una responsabilidad penal; no sería de merecimiento de una pena si no de una exclusión de este sometimiento.

La dogmática moderna considera que, si un agente actúa antijurídicamente, pero dentro de estas condiciones, no puede ser sometido al juicio de culpabilidad, o al menos no de la misma manera que quien sí tiene conocimiento y comprensión de que su acto es antijurídico. El profesor Jakobs (1996) al respecto manifiesta que "Solo puede cumplir una determinada orden quien tiene la voluntad de acatar órdenes, es capaz de reconocer que esa orden está dirigida a él y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir esa orden" (pág.19).

3.1. Antecedentes del Error de Prohibición.

a. Antecedentes Inmediatos.

Desde el derecho romano, existió la concepción del principio de conocimiento de la ley, el cual se presume que la ley es conocida y su ignorancia no es excusa el " *error juris nocet".*

Esta permisiva es propia de *"*un sistema no democrático, pues desconocía la existencia del pluralismo cultural y étnico, como la existencia de grupos sociales no integrados a la cultura dominante" (Gómez, 2003, pág.1021- 1022). En otras palabras, que el sujeto autor de un hecho punible, no podía alegar para su favor que desconocía la norma, con lo cual no existía un principio de inocencia.

La afirmación del error iuris nocet, estuvo presente por mucho tiempo en varias legislaciones de varios países.

b. Antecedentes Mediatos.

La aceptación del error o ignorancia del derecho o de la prohibición como una forma de excluir la responsabilidad, viene teniendo un origen aristotélico, pero modernamente se sostiene en un histórico fallo del Tribunal Federal de Alemania de la fecha de 18 de marzo de 1952. El penalista Gómez en su obra citando a Weber, resume este fallo en lo siguiente:

En síntesis, para las Salas de lo Criminal de Tribunal Federal, la responsabilidad penal implica que el autor debe << conocer las circunstancias del hecho previstas en la ley y, además tener o haber podido tener conciencia del obrar injusto >>, exigencias que afectan no solo el tipo sino los demás elementos del delito, pues con tales requisitos quedaba cancelado o derogado el aforismo del error iuris nocet (Weber, 2003, pág.1023).

Otro antecedente meritorio de nombrar es que, en la doctrina inicial se consideraba que toda forma de error afectaba al dolo, sin que sea relevante que se tratara de un error sobre los elementos objetivos que integran el tipo o sobre el carácter injusto del acto, dado que en la teoría de Belling el dolo pertenece a la conciencia de la ilicitud.

En cambio en los desarrollos posteriores el dolo no comprende la conciencia de la antijuricidad, sino sólo abarca el conocimiento de los elementos que integran la previsión típica, en tanto la conciencia de la antijuricidad se consideró como parte de la culpabilidad, por tanto, un error sobre los elementos del tipo excluiría el dolo y por lo mismo el tipo: en tanto el error sobre el carácter injusto de la acción excluiría la culpabilidad, distinguiéndose así entre error de tipo y error de prohibición (Gómez, 2003, pág. 1023).

Para ubicar y entender el error de prohibición se han presentado varios puntos de vista que parten de la teoría del dolo, de la teoría estricta de la culpabilidad y la teoría restringida de la culpabilidad. El primero versa sobre que el dolo es un *dolus malus* y está conformado por el conocimiento de los elementos del tipo y la conciencia del acto prohibido; es así que el error sobre estos elementos y el error sobre la ilicitud van a tener un efecto similar y excluir al dolo. "Es decir hay un

tratamiento unitario de error de tipo pues ambos se consideran como formas de error de tipo, por exclusión del dolo" (Muñoz, 1989, pág. 25).

Por su parte es importante mencionar que la teoría ilimitada del dolo "acepta que el dolo tendría dos momentos cognoscitivos diferentes, uno referido al conocimiento actual de los elementos del tipo, y otro la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad*" (*Gómez, 2003, pág. 1024).

La segunda, la teoría estricta de la culpabilidad considera que *"*el dolo como un dolo natural, el dolo sólo está referido a la tipicidad es decir como el conocimiento y la voluntad de ejecutar los elementos del típico, la conciencia de la ilicitud del acto no integra el dolo sino juicio de culpabilidad*"* (Bustos, 1989, pág. 349). Es decir, el dolo está integrado por el conocimiento y la voluntad de llegar a cometer los elementos del tipo, de existir un error en estos elementos, no se produce un dolo; lo cual se convierte en un error de tipo. A diferencia de éste, si existe un desconocimiento de la ilicitud de la acción, no se excluye el dolo, sino la culpabilidad.

Finalmente, la teoría restringida de la culpabilidad, parte de la conciencia de la antijuricidad del acto formal y se ubica en la culpabilidad y no en el tipo, es así que en caso de error sobre la ilicitud del acto se excluye la culpabilidad si el error es invencible, en caso de error vencible se sancionará como delito doloso atenuado.

> La teoría limitada de la culpabilidad coincide con la teoría que inicialmente es propuesta por Merkel y luego desarrollada por Frank, llamada "teoría de los elementos negativos del tipo". La primera entiende que "el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación debe ser considerada como un error sobre el tipo excluyente del dolo" (Gómez, 2003, pág. 1026).

En la segunda:

Pretende que las inexistencias de las causas de justificación obran como elementos negativos del tipo, es decir la tipicidad requiere además de los elementos positivamente previsto en la previsión legal, la ausencia de las causas de justificación (elementos negativos), pues la errónea apreciación de circunstancias objetivas que se refieran a causas de justificación debe ser considerada como un error de hecho y por lo mismo como un error de tipo" (Muñoz, 2003, pág.38).

3.2. Efectos del Error de Prohibición.

Los rasgos esenciales y efectos jurídicos de la posición sistemática del error de prohibición versan sobre:

3.2.1. El inevitable de error de prohibición suprime la culpabilidad.

Desde el punto de vista de la estructura del delito, el hecho es doloso, pero no se agrava al autor, dado que el dolo no dice nada sobre la indiferencia del sujeto hacia el derecho y la norma positiva.

La constancia del dolo descarta la responsabilidad por imprudencia: el tipo lo llevó a cabo de modo doloso, si bien no pudo realizar una correcta valoración, esto es una valoración desde el punto de vista de la colectividad. El inevitable error de prohibición conduce necesariamente a la absolución. (Murach, 1962, pág.147)

3.2.2. El evitable error de prohibición deja constante el hecho punible doloso, pero permite que se atenúe la pena por culpabilidad disminuida.

En el evitable error de prohibición es el hecho cualitativamente, aunque no la mayoría de veces desde el punto de vista cuantitativo, plenamente delictivo. El tipo de injusto concurre en su parte objetiva y subjetiva gracias a la dirección de suceso por el dolo; el sujeto actúa dolosamente. No se da causa de

justificación alguna; concurre la responsabilidad, pues es exigible al autor, con carácter general, una conducta fiel a derecho. Por último, se da también la imputabilidad como general -referida al autor- capacidad de conocimiento" (Murach, 1962, pág.148).

El evitable error de prohibición, no perjudica el carácter del acto como un acto doloso, pero si es una facultad de causa de atenuación de la pena.

3.3. El Objeto del Error de Prohibición.

El error de prohibición situado en la teoría de la culpabilidad por el conocimiento del injusto y la conciencia del mismo; Murach (1962, págs. 149-150) cita que se puede presentar en tres formas: Como desconocimiento del general mandato normativo, como error sobre el ceder de la norma y como viciosa representación de la eficacia determinante de la norma.

Como desconocimiento del general mandato normativo ("abstracto" error de prohibición o error sobre la existencia de la norma). El autor no sabe que existe una norma general prohibitiva y considera, por lo tanto, su actuar como indiferente para el derecho.

El error de prohibición directo es cuando, el sujeto o autor desconoce completamente la ilicitud de su acto y las consecuencias. También es posible que el autor si conozca la norma, pero tiene una comprensión o interpretación errada de la misma por lo que considera que su conducta no infringe la norma. O puede ser el caso que el sujeto crea que la norma ya no está en vigencia en el ordenamiento jurídico del país. Bien la doctrina nos dice el cual "en que el agente cree que su actuación no tiene relevancia para el derecho, pues entiende que no hay norma que la prohíba o que ésta, de haberla, no tiene en el alcance ni eficacia material" (Ceballos, 2009, pág. 90)

Como error sobre el ceder de la norma. El autor conoce la existencia de la prohibición, pero cree erróneamente que un derecho prevalente legitima su actuar ("concreto" error de prohibición, error sobre una causa de justificación). "El error de prohibición indirecto se da en casos en que el agente cree que su conducta ilícita se encuentra amparada por una causa de justificación que en realidad no existe" (Ceballos, 2009, pág. 92). En otras palabras, cree que su acción estaba justificada por la ley o que era permitida.

Como viciosa representación de la eficacia determinante de la norma. El autor que conoce la existencia de la misma y no invoca ningún especial derecho a actuar, cree que "la observancia de la norma no le es exigible (error sobre una causa de exclusión de la responsabilidad)" (Murach,1962, págs.149-150).

3.4 Clasificación del Error de Prohibición.

El penalista Ceballos comparte la clasificación de un error de prohibición abstracto, concreto y plantea una definición sobre el doble error de prohibición. En doctrina también se encuentra el llamado "Doble error de prohibición", que se trata de los casos en que el agente no tiene el conocimiento de antijuridicidad de un tipo penal y a la vez cree que su acción no está permitida pero otras razones ya sean morales, religiosas, sociales o por jurídicas mismo pero erróneas de tipos que en realidad están permitidos. "Para resolver el problema ha de determinarse que existirá un error de prohibición cuando el conocimiento de la antijuridicidad falte respecto del tipo que es penalmente relevante" (Ceballos, 2009, pág. 91).

Para su tratamiento y aplicación el error de prohibición posee otra clasificación que es invencible o vencible. Se puede definir que es invencible cuando existe una ausencia de culpabilidad. Se tratará de invencible cuando recae

sobre la antijuricidad del acto. “Es el error que habría podido superarse si el autor realiza el esfuerzo del que era capaz” (Gómez, 2003, pág. 1031).

Será invencible cuando no exista la posibilidad de ser exigible al autor, en razón de las circunstancias fácticas, conocimientos, medios expeditos, descuido o desidia que enmarcaron el hecho, para atender a la ilicitud del actuar del sujeto y excluir el juicio de culpabilidad.

> Cuando el autor obra con duda acerca de la ilicitud de su comportamiento, no tiene un real conocimiento de la criminalidad de la acción ni tampoco sobre la licitud de ella - aunque bajo ciertas circunstancias puede resultar que salir de la duda le sea fácil o posible-, en este caso se le podría cargar el no actuar para salvar la duda que resultaba vencible (Gómez, 2003, pág. 1033).

Dado el caso que el autor tenía información sobre el carácter prohibitivo penal de la acción, no podría alegarse invencibilidad del error, ya que pudo haber realizado un esfuerzo mayor por comprender la ilicitud.

Cuando de se trata de vencible, evitable o superable lo correspondiente es atenuar. Para configurar si el carácter de la acción es vencible se debe considerar deficiencias, grado de instrucción, el medio cultural, el grupo étnico, madurez psíquica y aptitudes concretas del autor.

“El error vencible será superable para el autor concreto atendidas sus fuerzas y capacidades individuales” (Gómez, 2003, pág.1031). En concreto es aquel que se le puede exigir al sujeto que lo superase y por ende que comprendiera la ilicitud del hecho realizado.

Como se ha hecho mención, cuando se trata de un error vencible, la pena será reducida dado que al tratarse de este particular la acción continúa siendo dolosa.

Ante esta clasificación Zaffaroni plantea tres reglas para distinguir cuando un error de prohibición es invencible o vencible

- es invencible si el autor no pudo comprender la criminalidad de su hecho;
- es vencible cuando su comprensión tuvo dificultades que no le son imputables totalmente; cuando la no comprensión de la criminalidad le sea totalmente imputable (Significa atribuir a alguien las consecuencias de su obra, para lo cual el acto debe ser realizado con discernimiento, intención y libertad), no corresponde considerar ninguna atenuación. (Zaffaroni, 2002, pág.73)

3.5. Error de Tipo y Error de Prohibición.

Entre el error de tipo y el error de prohibición existen diferencias de objeto.

En el error de tipo, el error recae sobre uno de los elementos del tipo penal, pudiendo ser de carácter fáctico o normativo. Es así que el sujeto no quiere realizar el tipo o no tiene conocimiento que lo ha realizado.

En el error de tipo se excluye la tipicidad de la acción y recae sobre los elementos del tipo.

En el error de prohibición, el autor considera que su acción no es injusta por erradamente creer en la existencia de una norma permisiva, o por desconocer la prohibición de la norma, aquí la conciencia de la antijuricidad está excluida y por ende se elimina la culpabilidad. Es decir, la acción es típica, antijurídica pero no culpable.

La claridad conceptual sobre el tipo y error sobre la prohibición, parte de entender cuáles son los elementos del tipo y cuales integran la antijuricidad, pues lo

que permite diferenciar las formas de errado conocimiento es el objeto sobre el cual recae el conocimiento y el errado conocimiento.

> Tradicionalmente el tipo se integra por todos los elementos que conforman la determinación legal de la conducta punida (sean descriptivos, normativos, subjetivos, motivacionales, finalísticos, fácticos); la antijuricidad es el carácter injusto o prohibido de la acción misma y se concreta en la falta de una norma permisiva que haga legitima la afectación al bien protegido, por lo tanto, es un desvalor del acto frente al ordenamiento jurídico general (Gómez, 2003, pág. 1030).

3.6. Ejemplos de Error de Prohibición.

Para una clara compresión cito los siguientes ejemplos de error de prohibición en los cuales se puede determinar cuándo se yerra en el conocimiento de la antijuricidad. En el primer ejemplo se puede tratar un error de prohibición invencible, caso en el que se eliminaría la culpabilidad y no conllevaría una pena. En el segundo se trataría de un error de prohibición vencible, dado que el sujeto pudo haber salido del desconocimiento de la antijuricidad por ende le corresponde una pena atenuada.

> Unos jóvenes estudiantes españoles en viaje de fin de curso adquieren pequeñas cantidades de hachís para su consumo personal en Italia, sin saber con certeza si la mera posesión de este estupefaciente es delictiva o no en ese, país.
>
> Un sujeto se encuentra en una situación de duda irresoluble ante ciertos aspectos de una ley penal reciente, cuyo contenido es poco claro, no existe jurisprudencia y la opinión doctrinal está dividida. En estas condiciones no puede descartar seriamente ninguna de las dos posibles calificaciones del hecho (prohibido o permitido) y queda definitivamente encallado en un estado

de duda, es decir, conociendo la eventual antijuricidad del hecho (al menos tal como se entiende rnayoritariamente). Ahora bien, si en esa misma situación, se hubiese producido un error y el sujeto considerara que su conducta estaba permitida, probablemente dicho error sería vencible porque, dadas las circunstancias, toda persona que se informara sobre la situación no hubiese podido confiar en que el hecho era lícito y descartar la posibilidad de que estuviera prohibido, es decir, hubiese podido salir de su desconocimiento y adquirir el conocimiento eventual de la antijuricidad, aunque fuera en forma de duda irresoluble. En conclusión, los mismos haremos permiten afirmar que el sujeto no es responsable de la situación de incertidumbre, pero, en cambio, sí sería responsable de la situación de desconocimiento. La duda sería irresoluble, el error seria vencible (Saborit, 1997 Pág. 406).

CAPÍTULO CUATRO: FUNDAMENTO JURÍDICO PARA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.

4.1. Constitución de la República del Ecuador.

La presente investigación está enmarcada y fundamentada en los siguientes artículos:

> Artículo 11. Principios para el ejercicio de los derechos. - El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
>
> (…) 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
>
> Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (…) (Constitución de la República de Ecuador, 2008, pág. 21).

Este artículo, es un pilar para el tema de la presente investigación, si bien todas las personas gozan de los mismos derechos es dado que para la aplicación del error de prohibición se deben considerar aspectos de discapacidad psíquica, nivel de instrucción; para determinar si el sujeto tenía o no conocimiento sobre la antijuricidad de la acción.

> Artículo 76. Garantías básicas del derecho al debido proceso. - En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas.
>
> (…) 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada
>
> 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (…) (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 53).

En el marco de las garantías básicas al debido proceso en la Constitución de la República del Ecuador he considerado los incisos 2 y 5 en los que se halla el principio de inocencia y el in dubio pro reo, los cuales son reafirmados en el Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de principio de favorabilidad y de inocencia, hacen al COIP menos punitivo y más garantista de derechos y de un debido proceso penal: con el cual se busca que a la hora de administrar justicia las decisiones se tomen debidamente sustentadas y de manera objetiva.

> “Artículo 82.- El derecho a la seguridad jurídica. - El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 58).

Es parte de los deberes del Estado proveer seguridad jurídica, generando leyes para la sociedad de manera clara, para su correcta aplicación. Estas deben tener existencia formando parte del cuerpo legislativo de nuestro país y encontrarse en vigencia actual. Si bien hay figuras que son aplicadas por encontrarse en doctrina o jurisprudencia, pero que no constan de manera explícita en la ley.

> Art. 84.-Adecuación jurídica de las normas y leyes. - La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 61).

La Asamblea Nacional como poder legislativo tiene la responsabilidad de modificar las leyes cuando se requiere necesario. Es importante reconocer que nuestro país es intercultural dado la existencia de más de diez nacionalidades indígenas, es por ello que hay que tener especial atención en que las leyes no atenten contra derechos de estos pueblos y nacionalidades, que sean en base de realidad social de las misma; y de existir la necesidad reformar las leyes para una correcta aplicación de las misma sin excluir este sector de la población.

4.2. Código Orgánico Integral Penal (COIP).

De nuestro COIP, considero relevantes algunas definiciones y principios para la presente investigación de los cuales cito:

> “Artículo 2.- Principios generales. - En materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código” (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014, pág. 6).

Nuestra legislación penal está orientada por veintiún principios fundamentales para un debido proceso penal. De los cuales solo enumero los relacionados al presente tema:

> Artículo 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:
>
> 3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.
>
> 4.Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutoríe una sentencia que determine lo contrario.
>
> 5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014, pág. 6).

Estos principios buscan asegurar que un sujeto, un proceso y una administración de justicia justa y por igual. El indubio pro reo favorece al imputado, dado que en duda de su inocencia se deberá aplicar la pena más favorable, este principio va

paralelamente con el principio de inocencia en ninguna estancia del proceso el sujeto puede ser considerado culpable hasta que exista una sentencia ejecutoriada que lo señale como tal.

> Artículo 13.- Interpretación. - Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:
>
> La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
>
> Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
>
> Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014, pág. 9).

Este artículo del COIP nos rige como se deben interpretar las leyes de la manera que siempre sea respetando el orden jerárquico de las leyes. En sí estas reglas de interpretación nos conducen a que las leyes se aplicarán estrictamente como están escritas y que no es posible el aplicarlas en situaciones parecidas a como no están en la ley. Esto nos remonta al principio de tipicidad que no se puede sancionar a una persona por una acción que no se encuentra enmarcada en la norma como prohibitiva.

> “Artículo 24.- Causas de exclusión de la conducta. - No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia,

debidamente comprobados” (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014, pág.10).

Las conductas que no son penalmente relevantes, una vez determinadas no conllevan una coerción al sujeto por ejecutarlas en este artículo la ley penal menciona el estado de inconsciencia, fuerza irresistible o movimientos reflejos o lo que se conoce como legítima defensa. El COIP en este artículo hace mención a la eliminación de la culpabilidad, por estados de plena inconciencia, pero no está incluyendo el error de prohibición y su aplicación como una forma de eliminación de la culpa (invencible) o para una disminución de la pena (vencible).

Artículo 25.- Tipicidad. - Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes

Artículo 26.- Dolo. - Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.

Artículo 27.- Culpa. - Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014, pág.10).

El dolo y la culpa son concepto ubicados en el tipo por la teoría finalista de la acción

Nuestra legislación penal define a la tipicidad al dolo y la culpa de manera similar que la teoría finalista de la acción, ubicando estos dos últimos dentro de la tipicidad como esta corriente de la teoría del delito. Se parte en que una conducta es dolosa cuando persigue un fin voluntariamente propuesto, para que esta conducta sea

penalmente relevante debe afectar un bien protegido y encontrarse tipificada en la norma.

> Artículo 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.
>
> Artículo 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad. - No existe infracción penal culpando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

La antijuricidad es un importante elemento del delito, dado que este delito debe estar presente para la configuración de un delito. Relacionado con la figura del error de prohibición la antijuricidad desempeña un aspecto importante, dado que cuando se trata del desconocimiento de este elemento se estaría tratando de un caso de error de prohibición.

> Artículo 34.- Culpabilidad. - Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Otros aspectos importantes destacados en el COIP y en relación muy ligada al tema propuesto son el de antijuricidad, sus causas de exclusión y culpabilidad (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014).

En este artículo al hablar del conocimiento de la antijuricidad se está hablando indirectamente del error de prohibición, pero si bien la norma hace una alusión a esta figura no plantea su tratamiento en caso de tratarse de error de prohibición invencible o vencible; si bien al no tener el conocimiento de la antijuricidad el sujeto

no caería en culpabilidad, pero no nos expresa cuando se busque atenuar la pena cuando se trate de un error superable o vencible.

> Artículo 35.- Causa de inculpabilidad. - No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado.
>
> Artículo 36.- Trastorno mental. - La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad. La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal. (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014).

Estos dos artículos del COIP son indicios de un error de prohibición, si bien nos habla den de eliminar la responsabilidad penal por casos de trastorno mental, condición que evoca que la persona con tenga conocimiento de la antijuricidad de actuar, lo cual sería un caso de un error de prohibición invencible sin duda. Pero nos sigue queda la existencia de un vacío del caso en ser vencible y de más circunstancias que puede llevar a al error de prohibición además del trastorno mental.

4.3. Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ).

Si bien en el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial manifiesta que:

> Art. 28.- Principio de la obligatoriedad de administrar justicia. - Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se

> ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República. No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.
>
> Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia (Código Orgánico de la Función Judicial, 2019, pág.11).

Es decir, la doctrina es un recurso al que se puede recurrir ante la falta de una norma para una situación específica y no expresada en la ley vigente, pero en la actualidad y realidad jurídica de nuestro país, un gran porcentaje de los operadores de justicia mantienen un pensamiento y criterio basado en el positivismo, es decir que la norma escrita es la aplicable. Por ello al encontrarse ausente esta figura expresamente en la norma es muy poco común que sea aplicada.

CAPÍTULO CINCO. EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La ausencia de la figura del error de prohibición en nuestra legislación penal, guía mi investigación a obtener información y otros enfoques respecto al tema dentro de las legislaciones de otros países con ordenamientos jurídicos similares al de nuestro país y en los cuales si figura el error de prohibición.

5.1 Código Penal de Colombia.

La legislación Penal de Colombia vigente (ley 599 de 2000); en su cuerpo legal si consta la aplicación del error de prohibición invencible o vencible, en su artículo 32, incisos 10, 11 y 12, que versa sobre la ausencia de la responsabilidad. El cual señala que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

> Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.
>
> Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.
>
> Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.
>
> Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

> El error vencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la disminuyente (s/p).

Esta legislación concibe al error de prohibición, no con tal nombre, pero sí con el de su clasificación error invencible o error vencible. Podemos definirlo en este código que concibe al error de prohibición como una ausencia de responsabilidad y por ende no conlleva a una responsabilidad penal.

Se especifican los casos que la acción sea invencible o vencible. Al tratarse de vencible se atribuye este privilegio de suprimir la culpabilidad del sujeto y en cuanto a la reducción de la pena se tratará de casos de error vencible cuando esta se determine que es culposa

5.2. Código Penal de Perú.

La legislación penal vigente de Perú en su capítulo I, del título II que trata sobre las bases de la punibilidad, si está establecido el error de prohibición en el artículo 14 que se expresa de la siguiente manera:

> Error de tipo y error de prohibición. - El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.
>
> El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena (Código Penal Peruano, 1991, s/p).

Este cuerpo legislativo en primer lugar realiza una fusión del error de tipo y del error de prohibición. Siguiendo la orientación de la teoría finalista creadora del error de prohibición también tipifican los casos en los que se excluye la culpabilidad

(invencible) y los cuales se puede llegar a una atenuación de la pena (vencible) y en el cual se determinará que la conducta fue culposa.

Es interesante que esta legislación penal contiene un artículo el cual lo considero ligado al error de prohibición por tratarse del desconocimiento de la antijuricidad y al cual se le puede atribuir la aplicación de error invencible o vencible, Como ya se observado en doctrina unos de los aspectos para realizar una calificación si se trata o no de un error de prohibición es el medio cultural y la procedencia etnia del sujeto, además de su nivel de educación; este es el artículo 15 de la legislación penal peruana que versa sobre:

> Error de comprensión culturalmente condicionado. - El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena Código Penal Peruano, 1991, s/p).

5.3 Código Penal de Nicaragua.

Ocurre de manera similar a las dos legislaciones anteriores citadas que dentro del Código Penal de la República de Nicaragua si se figura el error de prohibición en el título I de la infracción penal, en el capítulo I que se enfoca en los delitos y las faltas, dentro de los artículos 25 y 26 que manifiesta que:

> Art. 25. Error de tipo. - El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.
>
> El error sobre un hecho que califique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la apreciación de la circunstancia calificadora o agravante.

> Art. 26. Error de prohibición. -El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal.
>
> Si el error sobre la prohibición del hecho fuera vencible, se impondrá una pena atenuada cuyo límite máximo será el límite inferior de la pena prevista en la ley para el delito o falta de que se trate y cuyo límite mínimo podrá ser la mitad o la cuarta parte de éste. (Código Penal de Nicaragua. 2011. s/p).

En el primer artículo citado nos habla de las formas de aplicación del error de prohibición invencible y vencible, pero las titula como error de tipo, en el caso del error vencible es importante destacar que es considerado como imprudente y en esta legislación penal la imprudencia es merecedora de una medida de seguridad o pena y tiene una prohibición sobre la responsabilidad objetiva por el resultado. En la pena por error vencible la ley penal de este país establece que sea la mínima al igual que las legislaciones anteriores.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

En el desarrollo de esta investigación recurrí a obras jurídicas de destacados penalistas nacionales y extranjeros de diferentes grupos generacionales, además fueron de gran apoyo en el desarrollo del tema planteado leyes penales de otros países, artículos jurídicos y otros documentos como recursos de consulta. Recurrí a la Constitución de la república del Ecuador, al Código Integral Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial.

Determinado el tema de investigación a realizar dentro de la materia de Derecho Penal, se concretó la población muestra para la aplicación de encuestas y entrevistas, seleccionando a treinta profesionales del Derecho. De esta población muestra arrojaron importantes resultado y opiniones sobre el tema y de las categorías que se encuentran inmersas en el mismo; permitiendo tener otras perspectivas del tema en relación a la administración de justicia penal real de nuestro país.

5.1. Métodos.

Los métodos al ser procedimientos para llegar al conocimiento de la problemática planteada permitieron que, estos instrumentos creen un enlace con la investigación desarrollada determinando así, posibles soluciones en base a una reflexión objetiva de datos actuales y reales; es por ello que he recurrido en la presente investigación a diferentes métodos y técnicas para como resultado llegar a la obtención de conclusiones satisfactorias.

Los métodos empleados en el desarrollo de la investigación son:

5.1.1. Método Deductivo.

Este método, permite ir de la generalidad a lo particular; al emplearlo en la presente investigación para verificar que la teoría finalista se encuentra orientando nuestra legislación penal y que plantea la figura del error de prohibición la cual está ausente en el COIP, lo cual afecta a las garantías básicas del debido proceso.

5.1.2. Método Comparativo.

Lo aplique en la presente investigación para realizar un estudio comparativo sobre el error de prohibición y su aplicación en las legislaciones penales de países vecinos como Colombia, Perú y Nicaragua; para finalmente colacionar con nuestro Código Orgánico Integral Penal

5.1.3. Método Analítico.

Con este método obtuve un de análisis de las normas y principios jurídicos que se encuentran afectados o comprometidos con el problema, así como las fuentes doctrinarias que lo tratan y las opiniones de los expertos juristas en materia penal.

5.1.4. Método Estadístico.

La aplicación de este método fue de suma importancia ya que me dirigió hacia una investigación de campo, la cual fue tabulada por medio de tablas y gráficos todo en base a las encuestas aplicadas a la población muestra sobre la problemática. Los resultados finales de esta investigación de campo permitieron tener datos reales y criterios objetivos.

5.2 Técnicas y Procedimientos.

En el transcurso de la investigación acudí a técnicas y procedimientos acordes a los métodos empleados con el fin de recopilar información en base a la problemática que se determinada.

Las técnicas y procedimientos que emplee en el desarrollo de la investigación fueron:

5.2.1 Encuesta.

Fue aplicada a una población muestra de treinta profesionales del derecho, las opiniones expresadas en las misma fueron paralelas a las planteadas en la hipótesis, objetivos sobre el error de prohibición y su ausencia en el Código Orgánico Integral Penal.

5.2.2. Entrevista.

Fue aplicada a un número de cinco profesionales del derecho con el conocimiento y experiencia específica en materia doctrinaria penal y procesal, quienes me expresaron perspectivas de cómo influye la ausencia del error de prohibición y su tratamiento en el momento de asignar una pena a quien desconoce la antijuricidad de su accionar, tanto como a quien la conoce.

5.2.2. Consulta Bibliográfica.

Esta técnica, fue la principal empleada en el desarrollo de la presente investigación; me permitió obtener información de conceptos, opiniones y criterios de los tratadistas más selectos del Derecho, tanto nacionales como extranjeros, de lo cual extraje lo más valioso y nutrido de la doctrina y filosofía jurídica en cuanto al Error de Prohibición y su tratamiento en caso de ser invencible o vencible.

De todos estos métodos y técnicas aplicados en el desarrollo de la investigación me llevan a sustentar la relevancia jurídica del tema propuesto. Los resultados obtenidos en apoyo con las fuentes bibliográficas fueron guía para elaborar las conclusiones, recomendaciones y principalmente determinar la necesidad de una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal como una solución al problema planteado; para así de esta manera proceder a la culminación del trabajo de investigación de acuerdo a la planificación para el mismo.

Finalizando la parte teórica de la investigación, doy continuación con la investigación de campo conformado por un cuerpo de análisis, interpretación y representación de resultados los cuales exponen las opiniones de profesionales del derecho con variado nivel de experiencia en el campo penal, los cuales respaldan el vacío que constituye el error de prohibición en el Código Orgánico Penal Integral y la relevancia del estudio e investigación del mismo.

6. RESULTADOS

6.1 Resultados de Encuestas.

Conforme a las estrategias metodológicas planteadas para su aplicación dentro de la investigación de campo, aplique la encuesta como técnica de indagación cuyo fin es la recopilación de datos e información basada en un banco de preguntas escrito para ser dirigido a una población muestra.

Este banco de preguntas fue de un número de cinco, elaboradas a partir de del tema planteado, objetivos y problemática; estas interrogantes fueron aplicadas de forma directa a treinta profesionales del Derecho dentro de la ciudad de Loja, que como resultado me contribuyó con respuestas de gran valía, de ello obtuve los siguientes resultados:

Pregunta N. 1.

Considera usted ¿Que nuestra legislación penal tiene una orientación de la teoría finalista de la acción?

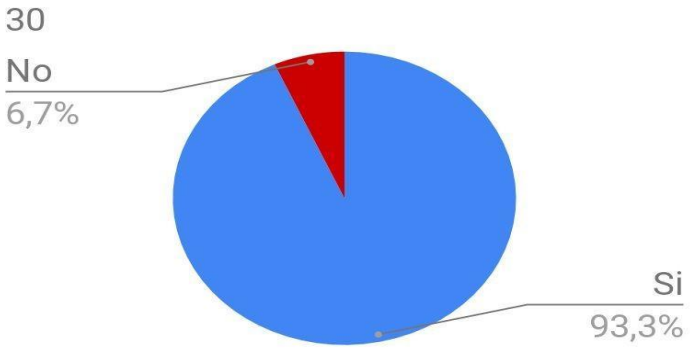
Cuadro N. 1.

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	28	93.33%
No	2	6.67%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lía Selena Matute Ochoa.

Gráfico N.1.



Interpretación.

En esta primera pregunta 28 de los abogados encuestados respondieron que afirmativamente, representando un 93.3% de la población muestra. Además, entre los criterios más significativos justificaron sus respuestas en:

- Nuestra legislación penal si establece la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad como elementos de la infracción penal, los mismos que son base de la teoría finalista de la acción. Pero además este código tiene bases de las teorías funcionalista y causalistas. El COIP es una recopilación de las teorías del delito.
- Basado en que dentro de nuestra legislación penal existe la acción y se encuentra en ella el dolo y la culpa; siendo estas acciones provistas de una finalidad a consecuencia del inicio de una acción.
- Para que exista el delito tiene que estar presente el elemento subjetivo del dolo
- (actuar con voluntad) y este; se encuentra ubicado en la tipicidad.
- El delito parte de la acción, que es una conducta voluntaria, la misma que tiene una finalidad porque persigue un fin.
- En nuestra legislación orienta las penas al reconocimiento del daño más que a una privación de libertad.

- Sí, pero nuestra Constitución de la República trata de ser garantista de los derechos de las personas, por lo tanto, se debe adaptar el resto de leyes ecuatorianas hacia la teoría finalista.

Análisis.

La mayoría de encuestados afirman que el Código Orgánico Integral vigente en nuestro país si tiene una orientación finalista; entendiendo que en esta la acción es una conducta humana voluntaria, que persigue un fin propuesto. Es por ello que la finalidad es la mayor característica de la acción en esta teoría, además de ubicar la acción y el elemento de dolo en el tipo.

Un aspecto importante en esta teoría, es el tener como prioridad la protección los bienes jurídicos antes que emitir castigos o penas; lo que concuerda con nuestra legislación Penal y Constitución de la República, que son garantistas de derechos. Por otro lado, encontré en mi investigación muy repetidamente el criterio que nuestra legislación penal es una compilación de las teorías del delito, si bien es finalista no deja tener aspectos causalistas y funcionalistas.

Pregunta N.2.

¿Comprende usted la figura del error de prohibición?

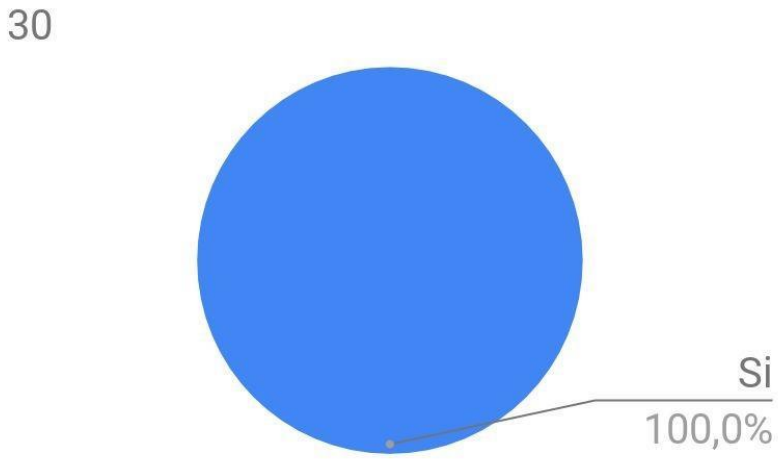
Cuadro N. 2.

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lía Selena Matute Ochoa

Gráfico N. 2.



Interpretación.

En la presente pregunta se observa un resultado afirmativo de los 30 profesionales del derecho, significando que el 100% conoce la figura del error de prohibición. Los abogados encuestados en la misma interrogante definieron al error de prohibición como:

- Que afecta el elemento estructural del delito denominado antijuricidad, pues supone que el sujeto activo yerra por conocimiento equivocado al creer que el ordenamiento jurídico no prohíbe determinada conducta. Y que debido a ese error de conocimiento realiza la acción por error o por ignorancia.
- Está basado en la determinación de la culpa, es decir todos tenemos en el código penal culpabilidad, así desconocemos la norma, pues se suponía que conocíamos que actos eran sancionados o penados, este evento no se registra en el COIP.
- Es cuando el que comete una infracción considera que está permitida, pero en realidad está prohibida.

- El desconocimiento de la antijuricidad del acto en el que el sujeto activo participa.
- Cuando una persona por error, o por ignorancia invencible no comprende la ilicitud de la conducta.
- Está ubicado en la teoría finalista, se produce o genera cuando un individuo cree que está permitido algo que está prohibido. Cuando es invencible elimina la culpabilidad

Análisis.

La totalidad de la población afirmó conocer el error de prohibición por encontrarlo dentro de la teoría finalista de la acción y por ende en doctrina jurídica, a pesar del mismo no encontrarse establecido en nuestra ley penal. Es así que se define por dar lugar a la exclusión de la conducta ya sea total o de manera parcial, por que el sujeto carece de conciencia o comprensión de la antijuricidad de la acción que realizo y como resultado se vulneran bienes jurídicos protegidos.

Pregunta N.3.

¿Conoce la correcta aplicación del error de prohibición: invencible y vencible?

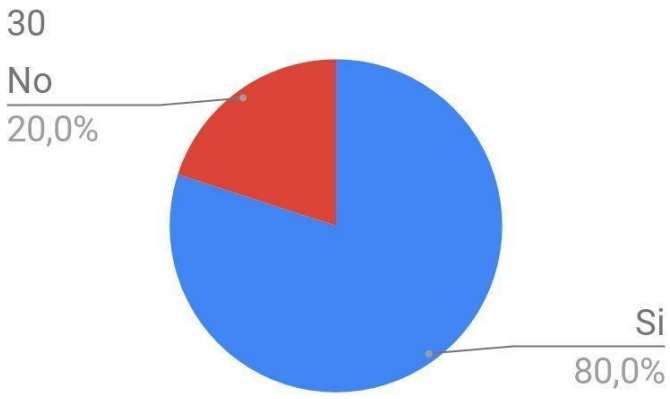
Cuadro N. 3.

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	24	80%
No	6	20%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lía Selena Matute Ochoa

Gráfico N.3.



Interpretación.

En las respuestas de este apartado un número de 25 abogados respondieron afirmativamente, representando el 80% de la muestra, a diferencia de 6 equivalente al 20% manifestaron su desconocimiento sobre la correcta aplicación del error de prohibición invencible y vencible. La muestra que respondió afirmativamente justificaron su respuesta que de tal manera que definen:

- Es vencible cuando el sujeto activo dispone de medios a su alcance para salir de su error, en cuyo caso, si omite actuar con la diligencia necesaria es susceptible de responder por culpa. Es invencible cuando a pesar de obrar con diligencia y cuidado le resulta imposible al sujeto activo salir del error o de la ignorancia respecto de la prohibición de la conducta.
- Error de prohibición invencible: cuando el implicado no comprende la ilicitud de la conducta ya sea por temas de culturales o religiosos, entre otros y error de prohibición vencible es cuando se solicita la pena mínima prevista para la infracción.
- Se diferencia en el tipo de actos que se cometen y en el tipo de lógica jurídica que se establece en cada caso; esto para poder determinar si se puede vencer o no en base a las normas jurídicas.

- Es invencible cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Es vencible cuando afecta a la tipicidad dolosa o culposa, teniendo el efecto de disminuir la pena.
- Dos conceptos que se han visto en conflicto al momento de sancionar y obtener una reducción en la pena (vencible) ya sea por la falta de conciencia al momento de su cometimiento o en el caso de que no se halle culpabilidad o responsabilidad penal (invencible).

Análisis.

De las respuestas de esta pregunta es evidente que la mayoría de profesionales del derecho si tienen un conocimiento de cómo debe ser la correcta aplicación del error de prohibición que enseña la teoría finalista. Esta es invencible o vencible, hablamos de invencible cuando se determina la eliminación de la culpabilidad y responsabilidad penal; a diferencia de este se trata vencible cuando si se determina la culpabilidad, pero le corresponde una pena atenuada.

La minoría de la población muestra no conoce la aplicación del error de prohibición, debido a no encontrarse en nuestra legislación penal. Si bien conocen el error de prohibición más no su aplicación.

Pregunta N.4.

Considera usted ¿Que, al existir la ausencia del error de prohibición en nuestro Código Orgánico Integral Penal, el carácter punitivo de este aumenta?

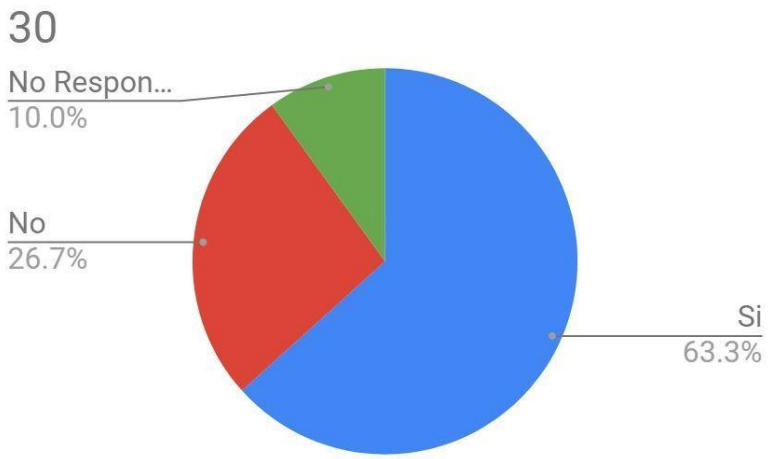
Cuadro N. 4.

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	19	63.3%
No	8	26.7%
No responde	3	10%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lía Selena Matute Ochoa

Gráfico N. 4.



Interpretación.

De los profesionales del derecho encuestados un número de 19 correspondiente al 63.3% responden afirmativamente, 8 señalaron que no siendo el 26.7% y una minoría de 3 significando un 10% no respondieron a esta pregunta. Quienes marcaron la opción afirmativa de esta pregunta argumentan que:

- Al no estar positivizado de manera expresa en la norma, muchas conductas que no merecen la reacción del derecho penal son sancionadas.

- Existen casos en que es necesario aplicar el error de prohibición como figura de defensa del procesado, ausencia en la legislación penal dificulta la defensa técnica.
- Si por su falta de regulación en el COIP
- Porque no habría una interpretación jurídica adecuada a los principios rectores de la justicia y por ende su aplicación.

Al responder negativamente la población muestra justifican su respuesta en base a que:

- Las leyes penales en nuestro país son blandas, estas deberían aumentar las penas de privación de libertad.
- Porque a pesar de no constar en el COIP el error de prohibición se lo aplica utilizando la doctrina de la teoría finalista.
- Aun no existiendo en el COIP en forma expresa el error de prohibición esta es una figura que está plenamente desarrollada en la dogmática penal y, por lo tanto, aplicando el Art. 28 del COFJ, es perfectamente aplicable en nuestro país.

Análisis.

De los resultados de este apartado del banco de preguntas, se puede determinar que la mayoría de los profesionales del derecho comparte el criterio que al existir la ausencia de la figura del error de prohibición y su aplicación de manera clara y expresa; si aumenta el carácter punitivo de nuestro código orgánico Integral Penal vigente. Ya que al encontrarse en la norma se garantiza una interpretación jurídica correcta enmarcada en los principios rectores del debido proceso.

Además, que se eliminaría la culpabilidad en caso de ser invencible es decir no es exigible al sujeto el conocimiento y comprensión de la antijuricidad de la acción que

afectó a un bien protegido; de tratarse vencible si se le asignaría al sujeto una pena, pero de manera atenuada, basado en que no fue superable el error y al sujeto le es exigible la comprensión de la ilicitud de su acto.

Pregunta N.5.

¿Cree usted que se debería reformar el Código Integral Penal para incluir el error de prohibición y su correcta aplicación: invencible o vencible?

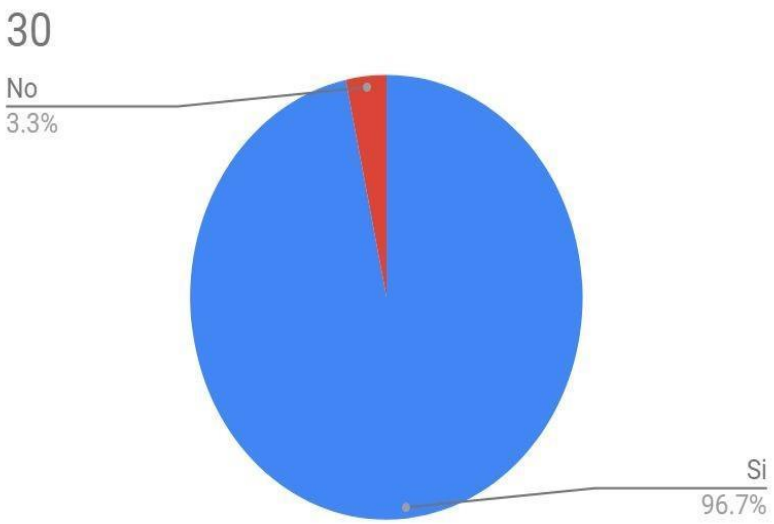
Cuadro N.5.

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	29	96.7%
No	1	3.3%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lía Selena Matute Ochoa

Gráfico N.5.



Interpretación.

En esta muestra se puede evidenciar que 29 de los 30 abogados encuestados que representa el 96,7% que coinciden en la necesidad de reformar en COIP, sus respuestas las sustentan en base a:

- Aunque no es estrictamente necesaria la reforma, es de considerar que debería realizarse con el fin de que sea una norma sustantiva la que legitime la actuación de los jueces y fiscales en la aplicación de esta figura, sobre todo porque en la práctica diaria a pesar de que el COIP cambió el paradigma, sigue habiendo operadores de justicia con mentalidad positivista, que consideran que lo que no está escrito en el código no existe.
- Es necesario darles uniformidad a los cuerpos orgánicos (ley) ya que facilita al juez, defensa y partes procesales.
- Al estar en la norma penal de manera expresa todos los operadores de justicia estaría obligados a tener en cuenta esta figura cuando llegue a su conocimiento el caso en concreto.
- Es un vacío jurídico que es necesario se incorpore a nuestra legislación penal regulando su correcta aplicación invencible o vencible.
- Al regular su aplicación en la norma, no genera que sea utilizado cuando conviene y de manera errónea.
- Porque siguiendo la orientación finalista se puede insertar esta figura en el COIP.

Análisis.

El resultado de esta última pregunta nos lleva a concluir que la mayoría de la población muestra, considera procedente la reforma del COIP vigente en nuestro

país para la inclusión de la figura finalista del error de prohibición y su aplicación invencible o vencible. La minoría de los profesionales de derecho que señalan que no se debe incluir por sí encontrarse en la dogmática penal y ser este un recurso el cual si es aplicable. Pero es de considerar que, si bien es una figura que suele ser aplicada por encontrarse en la doctrina, es importante que conste en cuerpo jurídico penal para regular y garantizar su correcta aplicación.

6.2 Resultados de la aplicación de las entrevistas.

Las entrevistas fueron aplicadas con el fin de obtener respuestas de la realidad socio-jurídica de la problemática planteada para sustentar los objetivos, siguiendo los procedimientos de investigación de campo elaboré un banco de 3 preguntas derivadas del tema, problema, hipótesis y objetivos. Este banco de preguntas fue aplicado a profesionales del derecho de la ciudad de Loja entre ellos, fiscales, docentes y abogados en libre ejercicio con maestría en derecho penal adquiriendo de ellos los siguientes valiosos criterios:

Pregunta N.1.

A su criterio ¿nuestro Código Orgánico integral tiene orientación a la teoría finalista de la acción?

Respuestas.

En esta interrogante los cinco profesionales del derecho entrevistados señalan que en efecto nuestro código orgánico integral penal tiene una clara orientación finalista pero aún contiene aspectos causalistas.

Uno de los abogados entrevistados afirma nuestro Código Orgánico integral Penal estrictamente se maneja con la teoría finalista, es decir que con esta teoría lo que se pretende y se debe buscar dentro de un determinado cuestionamiento sobre la responsabilidad penal de una persona es la finalidad que tuvo esta persona al

momento de realizar el acto; si esa finalidad está dirigida al cometimiento del acto punible pues habrá una responsabilidad de lo contrario simplemente se estaría hablando de un acto atípico.

Por otro lado, otro profesional del derecho manifestó que si bien en teoría el COIP es inspirado en la teoría finalista en la práctica no lo es.

Comentario.

Me encuentro en la misma opinión que los entrevistados al afirmar que nuestro Código Orgánico Integral Penal tiene una orientación finalista de la acción. Dado que se considera a la acción como un movimiento voluntario que persigue un fin y que no es solamente causal. Se ha afirmado en doctrina que no hay una acción finalista sin dolo; y que el elemento (subjetivo) del dolo es el factor que dirige la acción. Otro de los aspectos finalistas que encontramos en el COIP es la antijuricidad, este esquema de determinar la sustancia del delito permite percibir la constatación de la conducta típica y que no se encuentra en ninguna de las causas de justificación que señala el cuerpo legal.

Pregunta N.2.

En nuestra legislación penal encontramos ausente la figura de error de prohibición y su aplicación. ¿Cómo considera usted su ausencia en relación al carácter punitivo del COIP?

Respuestas.

Los abogados entrevistados manifiestan que es verdad que en nuestra legislación no está previsto el error de prohibición y el error de tipo que son dos figuras doctrinarias que con el pasar de los años se han venido manejando especialmente para determinar responsabilidad de una persona en un tipo penal. Es verdad que en el COIP no está estrictamente determinado como error de prohibición, pero sin

embargo las categorías dogmáticas del delito se las analiza a través de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Dentro de la tipicidad hay dos elementos que son la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva; y dentro de la tipicidad subjetiva se analiza el dolo y la culpa, entonces dentro del elemento del dolo necesariamente se analiza este tipo de figuras doctrinarias. Pero el tema del error de prohibición o error de tipo son necesarias analizarlas dentro de esa tipicidad, si existiría un error de prohibición netamente atañe con el dolo de la persona, la intención que tuvo de realizar la acción típica y si obviamente se determina que hubo un error de prohibición ya no pasaría el análisis de esa categoría dogmática por lo tanto sería innecesario pasar al análisis de otras categorías.

Además de que entre las respuestas de los entrevistados también se afirma que la ausencia de la figura del error de prohibición en el COIP, puede llevar al error al juzgador al momento de administrar justicia y que la ausencia de la figura del error de prohibición es una carencia en comparación con las legislaciones penales de otros países que justamente limita una defensa de tipo finalista.

Comentario.

Comparto con las respuestas de los entrevistados que el error de prohibición que a diferencia de otros países que lo contemplan en sus cuerpos legales este se encuentra ausente en nuestro Código Orgánico Integral Penal y puede llevar al error del juzgador asignado penas desproporcionadas al no considerar esta figura en los casos que lo amerita y por consecuencia guiar una a una mala administración de justicia. Si bien la figura de error de prohibición es una figura doctrinaria y que las categorías dogmáticas del delito como lo es la tipicidad específicamente en su categoría de tipicidad subjetiva que se encuentra el dolo y la culpa, permitiendo que

en el elemento del dolo necesariamente se ya analice y determine este tipo de figura doctrinaria como es el error de prohibición.

Pregunta N.3.

¿Concuerda usted con la necesidad de reformar el Código Integral Penal para incluir el error de prohibición y su correcta aplicación: invencible o vencible?

Respuestas.

En este interrogante los profesionales del derecho seleccionados para esta entrevista manifiestan que si es necesaria la inclusión de la figura del error de prohibición en nuestra legislación penal y que sería muy conveniente la misma. Pero que esta se la podría aplicar como un instrumento del principio de favorabilidad que si se encuentra recogido en el COIP.

Además entre las respuestas se resaltó que si se concuerda con la necesidad de esta reforma a pesar que doctrinariamente dentro de la tipicidad estaría inmerso el análisis de este tipo de figuras como el error de prohibición, no es menos cierto que a nivel nacional se han dado pronunciamientos en la corte nacional que son erróneos por manifestar que no se puede analizar el error de tipo o el error de prohibición por cuanto no encontrarse expuesto en nuestra legislación; lo cual conlleva problemas y que recaen en criterios tradicionalistas. El error de prohibición o el error de tipo se los puede analizar o verificar dentro de la primera categoría dogmática llamada tipicidad, sin embargo, es necesario para evitar este tipo de contratiempos que se estipule en la ley un artículo en que consiste claramente el error de prohibición y los alcances y limitaciones que tenga el mismo de acuerdo a la doctrina, jurisprudencia y otras legislaciones.

Comentario.

En esta pregunta los cinco entrevistados conciertan en mi criterio en que se debe reformar el Código Orgánico Integral Penal para la inclusión del error de prohibición y su aplicación invencible o vencible. Debido a la realidad jurídica de nuestro país donde tenemos la existencia de jueces de pensamiento positivista, es decir que si no se encuentra en la norma no es aplicable. Debido a esto es claramente evidente la necesidad de cubrir este vacío en nuestro cuerpo legal a pesar de existir formas de aplicar esta figura como lo es por medio de la tipicidad o por la doctrina.

Esta investigación de campo, realizada a través de encuestas y entrevistas arrojó datos y criterios que son de respaldo para la problemática y objetivos planteados.

Entre los encuestados se coincide que efectivamente el Código Orgánico Integral Penal si tiene semblantes de la teoría finalista de la acción; por responder a los conceptos de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad como elementos del delito y más relevante aún por incluir al dolo y a la culpa en la acción, enfocados a un fin.

Otro aspecto importante evidenciado en la investigación de campo es, que los profesionales del derecho, los cuales que, en el presente trabajo han cumplido el papel de población muestra, evidencian en su mayoría tener conocimiento de la figura del error de prohibición, que proviene de la teoría finalista y por ende comprenden su aplicación de vencible e invencible; a pesar de esta no encontrase expresamente en la ley penal vigente.

Con los datos obtenidos de la investigación de campo realizada, de igual manera se respalda el enunciado que la ausencia de esta figura en nuestro COIP, aumenta el carácter punitivo del mismo. Ya que según los criterios recolectados esta ausencia dificulta la defensa técnica de los procesados en los casos que es factible su aplicación; además de que otorga sanciones desproporcionadas en los casos que se

podrían tratar como error de prohibición invencible eliminando la culpabilidad o error de prohibición vencible que atenúa la pena.

Finalmente se sugiere que el Código Orgánico Integral Penal sea reformado, con la inclusión de un artículo que conciba el error de prohibición y que regule su aplicación; dado que al poder ser un recurso actualmente aplicable no lo es en la práctica, por no encontrarse de manera expresa en la norma. Su inclusión pretende que se garantice una correcta administración de justicia.

6.3 Caso Practico.

En la figura del error de prohibición es poco común encontrar casos que la administración de Justicia de nuestro país haya empleado este recurso, lo cual nos lleva nuevamente a afirmar que es un recurso poco utilizado. El presente caso que expongo de manera resumida fue llevado al recurso de casación, aquí la Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal hace una diferenciación de lo que es error de tipo y error de prohibición pronunciamiento que considero relevante, si bien este asunto se trató con el Código de Procedimiento Penal y no con el actual COIP; no deja de ser un valioso aporte para la presente investigación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL	
Recurso:	Casación
Juicio No.:	636-2011
Procesado:	Señor German Manuel Chusin Lisintuna
Agraviado:	Fiscalía
Motivo:	Violación.
Lugar de	Segunda Sala Penal Corte Provincial de Pichincha

origen:	
Juez Ponente:	Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.
Antecedentes:	El Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, con el voto salvado de uno de sus integrantes, dicto sentencia ratificando el estado de inocencia del señor German Manuel Chusin Lisintuna. La doctora Minan Escobar Pérez, Fiscal de la Unidad Especializada de Violencia Sexual e Intrafamiliar de Pichincha presento recurso de apelación. La Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha revoco la sentencia venida en grado y condeno al procesado a la pena privativa de libertad de 8 años de reclusión mayor extraordinaria, como autor del delito tipificado y sancionado por los artículos 512.1 y 513 del Código Penal. El sentenciado interpuso oportunamente recurso de casación.
Planteamientos de las partes.	El recurrente manifestó que: 1.- Se trata de un caso de error de tipo ya que la señorita Elizabeth Issa, dio su aceptación expresa al engañar sobre su edad al procesado. 2.- “Rogaría al honorable tribunal de esta Sala que se digne solo revisar lo estipulado en la página 178 de la causa mediante la cual Elizabeth Issa, la supuesta agraviada, manifiesta que en la presente causa, ella tuvo relaciones sexuales por su libre voluntad, que ella acepto ante una

	propuesta amorosa que le hizo el señor German Chusin, ante una aceptación tan expresa de una supuesta agraviada de tener relaciones sexuales. ¿Cómo podíamos estar hablando de violación? Ruego al tribunal que solo revise la pagina 178 de la causa. Sobre la exposición de la Fiscalía: Fiscalía General del Estado, cabe reflexionar sobre la presentación realizada en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, por su delegado cuando dijo: “Si me permite señor presidente con su venia hacer la exposición en dos sentidos, uno como José García Falconi y otra como representante de la Fiscalía General del Estado... Como persona, como José García Falconi, estoy de acuerdo que se produjo un error de prohibición y así lo he manifestado en múltiples trabajos, que he escrito, pero como representante de la Fiscalía General del Estado, considero que se debe rechazar el recurso de casación interpuesto.” Fiscalía manifestó fundamentalmente, que: 1.- El Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, dicto sentencia motivada por mayoría, en la que reconoce y ratifica la inocencia del ciudadano German Chusin. La Fiscalía interpuso recurso de apelación, y la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, lo acepto, por considerar que existió el delito de violación

	tipificado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal, e impuso al señor German Chusin, la pena de 8 anos de reclusión mayor extraordinaria, toda vez que considero que la adolescente Odalis Isa a tenía 13 años de edad al momento de mantener relaciones sexuales, de esta sentencia interpuso recurso de casación, señalando en la parte pertinente que la supuesta víctima era mayor de 18 años, invocando de esta manera el error de tipo. 2-Estamos en un Estado constitucional de derechos y justicia, se debe aplicar la teoría del finalismo, y no la teoría del causalismo, de tal manera que procedería el error de prohibición. En el presente caso consta la declaración, el testimonio, de la adolescente Odalis Elizabeth Isa, quien tiene 13 años de edad, y dice engaño al hoy recurrente al manifestar que tenía 18 años de edad para tener relaciones sexuales, quedo embarazada, luego de lo cual contrajo matrimonio, sin embargo de lo cual aplicando la teoría del causalismo, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha establece que se ha cometido el delito de violación tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal y le impone !a pena de 8 años de reclusión". 3.- La Fiscalía tiene la posición de que cuando se tiene relaciones sexuales con una persona menor de 14 años se comete el delito de violación, sin embargo, tanto el señor

	abogado, como la parte recurrente, como la Fiscalía, nos podemos equivocar en el derecho, pero ustedes señores jueces, tienen el principio iura novit curia, ustedes tienen el poder de administrar justicia, se solicita al Tribunal, se rechace el recurso de casación interpuesto por el sentenciado.
Consideraciones del tribunal.	Sobre la materia del recurso: El recurrente reprocha la sentencia en tanto considera que hubo error de tipo, en tanto la Fiscalía ha planteado que existió error de prohibición. El Tribunal de casación considera al respecto: 1- La casación no es un nuevo examen de la prueba actuada en juicio, por lo que no está permitido a este Tribunal de casación, que no participo de la audiencia de juzgamiento en la que hubo inmediación entre sujetos procesales y juzgador, analizar lo que presencio el juez pluripersonal del juicio, sin embargo, si corresponde en esta instancia analizar la construcción del razonamiento del juzgador de apelación a fin de determinar si hubo error de tipo o error de prohibición, que se alega. Sobre el principio “iura novit curia”, invocado por la Fiscalía para plantear el error de prohibición en el presente caso. 2.- Sobre el error de tipo planteado por la defensa técnica: El error de tipo se da cuando habiendo una tipicidad objetiva, falta o existe falso conocimiento de los elementos precisados

	por el tipo objetivo, determina la ausencia de dolo. Dolo es querer y aceptar la realización del tipo objetivo, cuando no se sabe que se está cayendo en una tipicidad objetiva. El error de tipo puede implicar error o ignorancia. El error es el conocimiento falso o equivocado acerca de algo; la ignorancia es la falta de conocimiento sobre algo. Sin embargo, el Código Penal ecuatoriano establece: 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." En nuestro sistema penal, rige el principio "ignorantia vel error iuris non excusat" o sea: la ignorancia o el error de derecho, no exime la responsabilidad de quien vulnera la norma. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, las leyes, luego de publicadas, son obligatorias para todos: y en virtud de esta obligatoriedad se presumen –sin admitir prueba en contra- que son conocidas por todos los habitantes del Ecuador. Por tanto, no es posible alegar desconocimiento de la ley, para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades. El error de tipo o de derecho actualmente no se encuentra contemplado en nuestra legislación, por lo que su consideración vulnera la seguridad jurídica, al o derecho al acceso a la justicia y los derechos de la víctima, Cabe indicar que la defensa técnica al fundamentar la existencia del error de tipo se refirió al

	“consentimiento” dado por la víctima, que correspondería más bien a un error de prohibición al hacer referencia al supuesto consentimiento de la víctima. 3.-Sobre el error de prohibición planteado por la Fiscalía: El error de prohibición consiste en el poco conocimiento del autor sobre una conducta típica o la antijuridicidad de la conducta. El error de prohibición es cuando el sujeto sabe que existe una norma jurídica que prohíbe una conducta, pero cree equivocadamente que en su caso concreto existe una causa de justificación. En el presente caso, la Fiscalía sostiene que la víctima tuvo relaciones “consentidas”, con el agresor, a pesar de haber contado a la época con trece años de edad, porque al ‘engañar” al procesado sobre su edad estaba dando su consentimiento. Por lo que, el error de prohibición, aducido por la Fiscalía, además de no estar contemplado en nuestra legislación, de aplicarse contravendría norma expresa, resultando inconstitucional, en virtud de los artículos antes invocados. En el presente caso, darle valor y efectos jurídicos al “engaño” de la víctima al procesado, reconociendo que fue engañado por la victima sobre su edad, sería un contrasentido, puesto que equivaldría a decir que existe un consentimiento valido de la víctima que subyace en el engaño, pero que es irrelevante según la norma anteriormente transcrita, en casos de delitos sexuales y de

	trata de personas. Por otra parte, aceptar un matrimonio, en las circunstancias del presente caso, conllevaría a considerar, ahí si erróneamente, que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, no es la libertad ni la integridad sexual de las personas, sino cuestiones subjetivas e incluso biológicas como el pudor o la doncellez respectivamente, lo que ha sido cuestionado por diferentes organismos Internacionales de derechos humanos. El matrimonio de la victima de violación sexual con su agresor implica procesos permanentes de revictimización, impidiendo la restitución, en la medida de lo posible, de su proyecto de vida. En conclusión, revisada la sentencia recurrida, en el presente caso, no consta de ella que la Sala haya incurrido en error legal, ni de tipo ni en error de prohibición, al contrario motivo su decisión conforme los estándares jurídicos.
Resolución:	Por unanimidad, este Tribunal de casación de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara improcedente el recurso presentado, en tanto no se ha acreditado conforme a derecho, ninguna transgresión a la ley, respecto del error de tipo alegado por la defensa técnica recurrente y del error de/prohibición que ha planteado la Fiscalía, quedan atendidos los argumentos expuestos.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos.

Con la meta de comprobar el cumplimiento de los objetivos planteados en la presente investigación que versa sobre la temática propuesta " La ausencia del error de prohibición, en relación con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana; y el carácter punitivo del Código Orgánico Integral Penal", en la cual he formulado un objetivo general y tres objetivos específicos; a través del estudio teórico, doctrinario, normativo y de los resultados obtenidos de la investigación de campo que evidencian la importancia de la investigación en el ámbito penal y la figura del error de prohibición en relación a la problemática desarrollada para la presente investigación; es así que conforme va concluyendo la investigación procedo a elaborar el siguiente análisis.

7.1.1. Objetivo general.

"Realizar un estudio doctrinario, jurídico normativo de la legislación penal ecuatoriana, sobre las teorías del delito causalista finalista y funcionalista, del error de prohibición y su correcta aplicación en caso de ser invencible o vencible."

En el desarrollo de la revisión de la literatura se efectuó este objetivo tanto en los parámetros conceptual, doctrinario y el normativo; así también en el derecho comparado que estuvo enfocado en las legislaciones de algunos países vecinos, con cual se pudo evidenciar que la ausencia en nuestra legislación penal del error de prohibición y su aplicación invencible o vencible no corresponde a la teoría finalista de la acción que es la de mayor predominancia que orienta al Código Orgánico Integral Penal; de igual manera se verificó este objetivo por medio de la

investigación de campo desarrollada donde la mayoría de la población muestra conocen la figura del error de prohibición y coinciden que es un vacío en nuestro cuerpo legal el cual debe ser subsanado.

7.1.2. Objetivos específicos.

"**Estudio e investigación doctrinaria y dogmática, de las teorías del delito causalista, finalista y funcionalista en cuanto a los elementos del delito que estas definen."**

Este objetivo se acató de manera positiva, a través del análisis de la doctrina determinando cada una de las características y diferencias de las tres teorías de delito causalista, finalista y funcionalista, así como los elementos que las conforman. Esta investigación permitió definir a nuestro Código Orgánico Integral como un híbrido de estas teorías, criterio que lo comparte las personas seleccionadas para ejecutar la investigación de campo, pero con la afirmación que es la teoría finalista de la acción la de mayor predominancia.

"Estudio e investigación jurídico normativa de la legislación penal ecuatoriana y en el derecho comparado, sobre el error de prohibición y su correcta aplicación."

Para el seguimiento de este objetivo me base en la legislación penal ecuatoriana y en la de países vecinos; para la determinar la ausencia de esta figura en nuestro Código Orgánico Integral Penal y como en otras legislaciones penales de países vecino sí la contemplan y como es su correcta aplicación en caso de ser invencible o vencible. En razón de esto pude determinar la relevancia de este tema, como afecta en la administración de justicia y en la defensa del sujeto que comete la acción típica.

“Determinar la necesidad de una propuesta de reforma de ley para la incorporación del error de prohibición en el código orgánico integral penal.”

Este último objetivo se cumple dado que, la mayoría de encuestados y entrevistados convienen con la necesidad de elaborar una propuesta de reforma legal al Código orgánico Integral Penal; para realizar la inclusión de la figura del error de Prohibición y su aplicación invencible o vencible. Como sustento de este objetivo son la normativa existente en nuestro país, la recolección de información, datos y presentación de resultados de la investigación de campo que evidencian que, reformar el cuerpo legal penal es muy conveniente.

7.2 Contrastación de hipótesis.

La hipótesis que fue planteada para esta investigación versa sobre:

“El error de prohibición y su tratamiento de invencible o vencible es una figura compatible con el moderno estado social, constitucional de derechos y justicia, dado que un sujeto que desconoce o supone que su actuar no está prohibido por las leyes penales, no puede ser sancionado o por lo menos no de la misma manera que quien en verdad conoce que su actuar es antijurídico.”

La hipótesis planteada se comprueba en el desarrollo de la revisión literaria y principalmente de la investigación de campo, tanto en las encuestas como en las entrevistas donde al analizar e interpretar sus resultados, la mayor parte de la totalidad de la población muestra concuerdan que, efectivamente la ausencia del error de prohibición no coincide con la teoría finalista de la acción que es la de mayor predominancia al orientar al Código Orgánico Integral Penal; además que, la inexistencia del mismo violenta las garantías básicas del proceso penal. La mayoría

de encuestados de igual manera afirman que la ausencia de esta figura conlleva a acentuar el carácter punitivo del estado.

7.3 Fundamentación Jurídica para la propuesta de reforma legal.

La presente investigación llevó a determinar que efectivamente es necesaria la incorporación de la figura del error de prohibición, que actualmente está ausente en nuestro COIP; considerando que es viable ya que es una figura compatible con los estados democráticos de derechos y justicia, propia de la teoría finalista de la acción que predomina en la orientación de nuestra legislación penal.

Dado que el Ecuador, al ser un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia social, la Constitución de la República su norma suprema que es superior a cualquier otra del ordenamiento jurídico interno establecido para el país, tiene como deber toda autoridad pública, los diferentes órganos y dependencias; el velar por el cumplimiento de todos los derechos y garantías que la misma constitución contempla sin que estos vayan alejados de los Tratados y Convenios Internacionales.

Es así que en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el principio de legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, como garantías del debido proceso entre otras que señala la ley para tutelar los derechos de los sujetos procesales en pro de que el proceso penal se efectúe de manera confiable.

Al incluir esta figura doctrinaria se busca garantizar un mayor cumplimiento a los principios del debido proceso, destacando el de presunción de inocencia, además es otorgar un valioso recurso para la defensa técnica de los imputados, en los casos

que no exista conocimiento alguno en el sujeto sobre la antijuricidad de la conducta realizada.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 69 es clara al decir que el sistema procesal es un medio para la realización de justicia, y que esta nunca se deberá sacrificar ante la omisión de formalidades y principios. Si bien, el error de prohibición puede ser aplicado por otros mecanismos, es necesario su tipificación para garantizar su aplicación y unificar los cuerpos legales para así dar mayor facilidad a los jueces y a las partes procesales de acudir a esta figura en los casos aplicables y que no se incurra en una aplicación errónea o a conveniencia.

El Código Orgánico Integral Penal es cuerpo jurídico sistematizado, que tiene por finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas y la imposición de sanciones según la antijuricidad de la conducta determinada.

El error de prohibición cuando se trata de invencible, permite que se elimine la culpabilidad en sujetos que desconocen la antijuricidad de su conducta que puso en peligro o afecto un bien protegido; pero al ser vencible la pena que debería dictarse para dicho sujeto le corresponde ser atenuada. Es por ello, que lo hace necesario para nuestra legislación penal dado, que reduce el poder punitivo de este y se evita la sanción de conductas que no merecen esta reacción coercitiva del derecho penal.

Es decir, que si un sujeto no conoce la antijuricidad de su conducta no puede ser subyugado a un juicio de culpabilidad de la manera que se actuaría con un sujeto que si posee o está en la capacidad de comprender la antijuricidad de la conducta realizada.

Dicho esto, en nuestro Código Orgánico Integral Penal se debería incluir expresamente en un artículo la consistencia de la figura del error de prohibición y

como debe ser aplicado su tratamiento de invencible o vencible; dado que, dicho vacío no responde a las necesidades procesales y a la realidad jurídica de nuestro país.

8. CONCLUSIONES

Realizado el presente trabajo de investigación bajo el tema de: “La ausencia del error de prohibición, en relación con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana; y el carácter punitivo del Código Orgánico Integral Penal” tanto en su parte teórica, como en la investigación de campo he considerado determinar las siguientes conclusiones:

- La ausencia de la figura del error de prohibición en la legislación penal ecuatoriana, no corresponde con la teoría finalista de la acción que es la de mayor predominancia en comparación con a las otras teorías del delito que se encuentran presentes en la orientación del Código Orgánico Integral Penal.
- La carencia del Error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal aumenta el carácter punitivo del mismo código, ya que al no aplicarse en los casos que corresponde su empleo se asignan penas desproporcionadas.
- Si bien, la figura del error de prohibición puede ser aplicada por encontrarse en doctrina, dado que la doctrina es un principio general del derecho para suplir la ausencia de la norma, esta no es aplicada en la realidad jurídica y procesal penal de nuestro país.
- Al aplicar correctamente el error de prohibición cuando se trate de los casos de ser invencible se eliminaría la culpabilidad y de ser vencible se atenuará la pena. Esta figura en nuestra legislación penal contribuiría a una mejor administración de justicia y en ser un recurso de defensa al procesado.

- La figura del error de prohibición y su correcta aplicación invencible o vencible no está contemplada en el Código Orgánico Integral Penal, por cuanto es pertinente y debe plantearse una reforma a mencionado código respetando la norma suprema como lo es la Constitución de la República y las garantías básicas del debido proceso.

9. **RECOMENDACIONES.**

Las recomendaciones que considero a fin de dar solución a la problemática planteada son las siguientes que expongo:

- Las facultades de Derecho de las Universidades del Ecuador impulsen en sus proyectos de investigación extender los estudios expuestos en la presente investigación respecto al error de prohibición y su aplicación de invencible o vencible en relación a las garantías básicas del debido proceso y, la diversidad de comunidades y pueblos indígenas que existe en nuestro país pluricultural y multiétnico.
- Realizar una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal para la adhesión del error de prohibición y su aplicación invencible o vencible, para evitar y prevenir la vulneración de las garantías básicas del debido proceso.
- La Asamblea Nacional del Ecuador con su potestad legislativa, reforme el Código Orgánico Integral Penal donde se realice la inclusión del error de prohibición y su aplicación invencible o vencible.

10. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Albán Gómez Ernesto. (2016). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Quito Ecuador: Ediciones Legales
- Antolisei, Francesco. (1960). Manual de Derecho Penal, Parte General, traducción directa del italiano por Del Rosal Juan y Torio Ángel, Buenos Aires, Argentina: Editorial UTHEA.
- Balmaceda Hoyos, Gustavo. (2015). Estudios de Derecho Penal General, Una Aproximación a la Teoría del Delito y de la Pena. Chile, Santiago: Ediciones Nueva Jurídica.
- Baratta, Alessandro. (1998). Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, México. Quinta edición
- Becaría, Cesaré. (1988). Tratado de los Delitos y las Penas, tercera edición, México: Editorial Porrúa.
- Bettiol, Giuseppe. (1957). El Método de la Consideración Unitaria del Delito" Traducción del italiano Luis Fernández Doblado. México
- Bush, Richard. (1969). Modernas Transformaciones de la teoría del delito. Bogotá, Colombia: Editorial, Temis.
- Bustos Ramírez, Juan. (1989). Manual de Derecho Penal. Barcelona España: Editorial Ariel.
- Cabanellas, Guillermo. (1976). Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Carrara, Francisco. (1971). Programa del curso de derecho criminal, parte general, volumen I. Bogotá, Colombia: Editorial Temis

- Ceballos, Pedro. (2009). El Error de Prohibición: Institución necesaria en la legislación Penal Ecuatoriana. Guayaquil, Ecuador. Publicado en la revista jurídica de la universidad católica de Santiago de Guayaquil. Edición 26.
- Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014
- Código Penal Colombiano, 2000.
- Código Penal Peruano, 1991
- Código Penal de Nicaragua, 2011
- Constitución de la República de Ecuador 2008
- Elía, Carlos M. (2002). Ernest Von Beling Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo. Buenos Aires, Argentina: Librería “El Foro”.
- Fontán Balestra. Carlos. (1949). Manual de Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina: Editorial de Palma.
- Glanville, Williams. (1961). Derecho Penal: La parte general 2da edición, Reino Unido, Editorial: Stevens & Sons Ltd.
- Gómez Benítez. José Manuel. (1988). Teoría Jurídica del delito, parte general. Madrid, España: Editorial, Civitas.
- Jiménez de Asúa, Luis. (1986). La Ley y el Delito. México: Editorial, Hermes Sudamericana.
- Jiménez de Asúa, Luis. (2008). Teoría del Delito volumen 2, México: Editorial Jurídica Universitaria, S.A.
- Jiménez de Asúa, Luis. (1963). Tratado de Derecho Penal tomo III y V, Buenos Aires Argentina: Editorial Losada.
- Liszt, Franz Von. (1927). Tratado de Derecho Penal. Madrid, España: Editorial Reus.

- López Betancourt, Eduardo. (2013). Glosario Jurídico Penal. México, D.F: IURE editores.
- Maggiore, Guiseppe. (1954). Derecho Penal. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Maurach, Reinhart. (1962). Tratado de Derecho Penal II. Barcelona, España: Editorial Ariel
- Márquez Piñero, Rafael. (1986). El tipo Penal, D.F, México: Editorial UNAM
- Martínez, Margarita, (1992). La imputación Objetiva del Resultado. Madrid, España: Editorial Edersa.
- Moreno, Hernández Moisés. (1981). Consideraciones Dogmáticas y Político Criminales en Torno a la Culpabilidad. México: Memoria del primer congreso mexicano de Derecho Penal.
- Moro, Aldo. (1949). La Antijuricidad Penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Atalaya.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán Mercedes. (2002). Derecho Penal Parte General. Valencia, España: Editorial Tirant To Blanch.
- Muñoz Conde, Francisco. (1990). Teoría General del Delito. Bogotá, Colombia: Editorial Temis
- Muñoz Conde, Francisco. (2003). El Error en Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal - Culzoni Editores.
- Orellana Wiarco Octavio Alberto. (2004). Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. D.F, México: Editorial Porrúa.
- Peco, José. (1942), Proyecto de Código Penal Exposición de Motivos, Buenos Aires, Argentina.

- Peña, O. y Almanza, F. (2010). Teoría del Delito Manual Práctico para su aplicación en la teoría del caso. Lima, Perú: Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L.
- Quintero, Olivares Gonzalo. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte general, segunda edición. Navarra, España: Editorial Aranzadi.
- Rodríguez Morrullo, J.M. (1977). Derecho Penal Español, Parte General. Madrid, España.
- Romano, David, (1983), Elementos y técnica del trabajo científico, 6 ed., Barcelona, Teide Barcelona, 1983.
- Roxin, Claus. (1981). La culpabilidad prevención en derecho penal. Madrid, España: Editorial Reus.
- Roxin, Claus. (1990). Artículo en la Revista ARS-IURIS, de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. México.
- Sáenz, Lara Leoncio. (1999). Procesos de la investigación jurídica, 4ª ed., DF, Porrúa, México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- Soler, Sebastián. (1951). Derecho Penal Argentino, primera impresión. Buenos Aires, Argentina. Editorial Tea.
- Treviño, Sergio. (1990). Antijuricidad y justificación, CDMX, México; Editorial Trillas.
- Welzel Hans. (1987). Derecho Penal Alemán, Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Welzel Hans. (1951). La Teoría de la Acción Finalista, Buenos Aires, Argentina: Editorial De palma
- Zambrano Pasquel, Alfonso. (2008). Manual de Derecho Penal tercera edición. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Recursos Digitales

- https://es.scribd.com/document/322187329/01-Conciencia-Juridica-UdeG-pdf
- http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/sociales/s-041.pdf
- https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/viewFile/6734/7814
- file:///C:/Users/lisna/Downloads/50053-138812-1-PB%20(1).pdf
- https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm#inbox/FMfcgxwCgzGdWlTBnpswgRpxdRFlPLCT?projector=1&messagePartId=0.1

11. ANEXOS.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADIMINISTRATIVA

CARRERA: DERECHO

TEMA:

"La ausencia del error de prohibición, en relación con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana; y el carácter punitivo del Código Orgánico Integral Penal".

PROYECTO DE TESIS PREVIA A OPTAR POR EL GRADO DE LINCENCIADA EN JURISPRUDENCIA Y TITULO DE ABOGADA.

AUTORA:

Lía Selena Matute Ochoa

LOJA – ECUADOR

2018-2019

1.TEMA.

“La ausencia del error de prohibición, en relación con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana; y el carácter punitivo del Código Orgánico Integral Penal”

2. PROBLEMATIZACIÓN.

Es necesario definir que el error de prohibición, es la falta de la conciencia de la antijuricidad. Se considera que se trata del desconocimiento, la ignorancia o la falsa apreciación sobre cierta acción que es contraria a la ley.

Existen varias teorías del delito que estudian el comportamiento humano, pero la que se refiere al error de prohibición es la teoría Finalista, es su máximo representante y exponente Hanz Welzel se caracteriza por presuponer que “el hombre puede proponerse fines, vale decir, objetivos futuros, elegir los medios necesarios para su obtención y ponerlos en actividad.”

Esta teoría se enmarca en los presupuestos del delito: la adecuación del tipo, el nexo causal de la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La antijuricidad es la relación de contracción entre una conducta y la Ley; pero Welzel da una definición más amplia al referirse que “antijuricidad es el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho para las acciones que se realiza en la vida social. Es el desvalor jurídico, que corresponde a la acción a consecuencia de esa divergencia.” Una característica de la antijuricidad es el error de prohibición y es diferenciado del error de tipo en base que el primero excluye la culpabilidad y el segundo al dolo. Ante esto el mismo representante de la teoría finalista se refiere al error de prohibición en que este “deja intacto el dolo del hecho y se refiere -con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho- a otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluyen la antijuricidad. El autor o no

conoce la norma jurídica o la desconoce (la interpreta erróneamente), o acepta erróneamente un fundamento de justificación."

Dentro de estos breves antecedentes es necesario exponer que el error de prohibición se clasifica en invencible o vencible. Se puede definir que es in invencible cuando existe una ausencia de culpabilidad mientras que cuando es vencible lo correspondiente es atenuar. Ante esta clasificación Zaffaroni plantea tres reglas para distinguir cuando un error de prohibición es invencible o vencible "(1) es invencible si el autor no pudo comprender la criminalidad de su hecho; (2) es vencible cuando su comprensión tuvo dificultades que no le son imputables totalmente; (3) cuando la no comprensión de la criminalidad le sea totalmente imputable, no corresponde considerar ninguna atenuación."

En el viejo Código Penal de 1983 en su artículo 3 figuraba "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."

Estableciendo la vieja fórmula "ignorantia juris non excusat" traducción de latín que nos dice que, la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley. Este enunciado lo establecía en una postura causalista del derecho positivo penal, sin profundizar en la culpabilidad y el tratamiento subjetivo del agente y su falta de conciencia de la antijuricidad.

En el borrador del nuevo Código Orgánico Integral, previo a ser aprobado por la Asamblea Nacional si constaba una norma que recogía el concepto de error de prohibición y regulaba su aplicación; pero esta norma desapareció al encontrarse dentro de las 73 objeciones del veto presidencial al texto de este borrador. El nuevo

COIP vigente desde el 2014 contempla de manera breve una definición en el artículo 34 sobre la culpabilidad como elemento del delito en la siguiente manera:

"Culpabilidad. - Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta." Lo que da una característica finalista a esta norma en cuanto al conocimiento de la antijuricidad de la conducta; es decir si alguien no conoce o no comprende que su conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico penal vigente no tendría responsabilidad penal y culpabilidad alguna.

Este nuevo código presenta un vacío al no contemplar el error de prohibición y como sería su tratamiento si este fuera invencible o vencible en cuanto a una reducción de la pena.

Al indagar dentro del derecho comparado podemos resaltar que algunas legislaciones contemplan el concepto del error de prohibición y regulan su aplicación respecto a una circunstancia que agrave la pena y si es invencible, excluye la responsabilidad o agravación.

El problema radica en que **la ausencia del error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal es incongruente con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana; acentuando el carácter punitivo del COIP.**

Nuestro código orgánico integral penal, tiene algunas características causalistas, pero predominan las afines a la teoría finalista de la acción, teoría que respeta la dignidad del ser Humano.

Al no tomar en cuenta el Error de Prohibición y su tratamiento en la legislación penal ecuatoriana, el código no está afín a la teoría de la acción finalista que predomina y se sanciona a personas que no tuvieron intención de una manera

desproporcionada, sin tomar en cuenta las diferencias proporcionales sobre las cuales se va asentar la punibilidad; llenado las cárceles con personas que pueden cumplir su sanción con penas más leves; e incumpliendo así una de las garantías en caso de privación y derecho de protección que dice “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena”. Además, al no estar en el COIP atenta contra el principio constitucional de favorabilidad y a la vez acentúa el carácter punitivo del mismo código integral penal.

3. JUSTIFICACIÓN.

La presente investigación denominada **“La ausencia del error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal es incongruente con la teoría finalista de la acción que orienta a la fundamentación de la legislación penal ecuatoriana; acentuando el carácter punitivo del COIP”** se desarrolla en cumplimiento de las exigencias del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico, que tiene aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo que permitan optar por el título de tercer nivel de Abogada de la República.

Es un tema importante de aspecto doctrinario de la legislación penal ecuatoriana, ya que esta tiene una predominancia de la teoría de la acción finalista, pero a la vez el código integral penal excluye al error de prohibición y su tratamiento, siendo así que no es afín a la teoría predominante.

Además, la presente investigación es un tema de actualidad y de utilidad práctica debido al aporte investigativo y jurídico, para abogados y jueces en su labor de administrar justicia.

Otra finalidad de la presente investigación es compilar las opiniones y criterios de los más selectos tratadistas del derecho, extrayendo lo más nutrido y valioso de su filosofía jurídica.

Considero que este tema es de suma importancia ya que representa un vacío dentro de nuestra legislación penal, debido a que su ausencia es contraria a las garantías básicas de proceso penal, al principio de favorabilidad defendido por la constitución de la república y la declaración universal de los derechos humanos; este vacío al momento de tratar una reducción de la pena en caso de vencible o invencible no permite desarrollar la teoría del error de prohibición lo que a su vez, acentúa el carácter punitivo del mismo Código orgánico Integral Penal. Es decir que alguien que desconoce o supone que su actuar es prohibido por las leyes penales, no puede ser sancionado o por lo menos no de la misma manera que quien en verdad conoce que su acto es antijurídico.

Además, que es necesaria la propuesta de una reforma de tipo normativa del COIP ya que este, debe estar afín a los avances de la culpabilidad, de la predominancia de la teoría finalista y por la misma diversidad cultural que encontramos en el Ecuador es más trascendente su estudio.

La factibilidad de esta investigación se justifica, pues poseo los medios suficientes para la realización del mismo, así como la accesibilidad a documentos, doctrina, juicios y demás bibliografía necesaria para el desarrollo de la misma.

4. OBJETIVOS.

4.1 Objetivo General.

Realizar un estudio doctrinario, jurídico normativo de la legislación penal ecuatoriana, sobre las teorías del delito causalista finalista y funcionalista, del error de prohibición y su correcta aplicación en caso de ser invencible o vencible.

4.2 Objetivos específicos.

1. Estudio e investigación doctrinaria y dogmática, de las teorías del delito causalista, finalista y funcionalista en cuanto a los elementos del delito que estas definen.

2. Estudio e investigación jurídico normativa de la legislación penal ecuatoriana y en el derecho comparado sobre el error de prohibición, y su correcta aplicación.

3. Determinar la necesidad de una propuesta de reforma de ley para la incorporación del error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal.

5. HIPÓTESIS.

El error de prohibición y su tratamiento de invencible o vencible es una figura compatible con el moderno estado social, constitucional de derechos y justicia, dado que un sujeto que desconoce o supone que su actuar no está prohibido por las leyes penales, no puede ser sancionado o por lo menos no de la misma manera que quien en verdad conoce que su actuar es antijurídico.

6. MARCO TEÓRICO.

6.1. Antijuricidad.

Welzel (1987) define como “es un juicio de valor “objetivo”, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico” (págs.76-77). Es decir, la antijuricidad es un acto voluntario que contraviene el ordenamiento jurídico, que al realizarlo pone en peligro o lesiona bienes jurídicos protegidos.

Rodríguez (1977) señala que es “por exclusión o sea lo contrario al orden jurídico tiene que ser el desconocimiento y lesión real a ese orden de bienes jurídicos” (pág. 331).

Si bien lo jurídico está conformado por bienes, valores, derechos y deberes; lo antijurídico será la vulneración o daño de los mismos.

Gómez (2003) considera que la antijuricidad está ligada al derecho de igualdad, dado que se impulsa un concepto de injusto material considerando condiciones personales de los sujetos, cita a un Fiscal General de la Nación de Colombia que al respecto del tema dice:

> Obligará a interpretar de modo diferente el estado de necesidad frente al llamado hurto famélico, como también servirá de derrotero para la consideración de los llamados límites ético-sociales de la legítima defensa frente a los ataques perpetrados por enfermos mentales y niños, que pueden ser evadidos por el agredido (Gómez, 2003, pág. 512).

Aunque doctrinariamente se discute si la antijuricidad tiene un carácter objetivo o subjetivo, la teoría más predominante la califica como objetiva, dado que es una oposición entre la conducta y el derecho positivo. Pero con la evolución y estudio de la antijuricidad, esta se llega a clasificar en: antijuricidad formal y material, genérica y específica.

6.2. Conocimiento.

Al hablar del conocimiento es necesario acércanos a sus fuentes para luego relacionarlo con las del conocimiento jurídico que es parte de la materia de estudio en esta investigación. El autor Aníbal Bascuñán Valdés se refiere que fuente del conocimiento es “todo instrumento racionalmente aprehensible que nos ofrece los datos concretos requeridos para una conceptuación científica (...)” (Sáenz, Leoncio, 1999, pág. 65.)

En cambio, las fuentes del conocimiento del derecho están conformadas por elementos que permitan un acceso y compresión a lo jurídico en sus diferentes formas. Una importante definición es la que nos da el abogado Déctor García:

> Todo hecho, acto o cosa susceptible de ser percibido por los sentidos del investigador, y que proporcionan al mismo, datos técnicamente registrables e intelectualmente aprensibles sobre el objeto del derecho, entendido éste como norma, hecho social, valor, sistema de normas en el tiempo y en el espacio y, finalmente, como los procesos de producción de las normas de carácter jurídico (Déctor, 2014, pág.14).

6.3. Conciencia Jurídica.

Para definir conciencia jurídica, se debe partir desde la definición de conciencia que nos da López (2013):

> Sentimiento interior por el cual una persona reconoce sus propias conductas. Se trata de un estado en el cual el sujeto percibe lo que existe a su alrededor y se percibe a sí mismo, noción que permite diferenciar entre la conciencia objetiva y la autoconciencia (pág. 61).

La conciencia jurídica podemos decir que se genera en función de que la idea de la norma legal llegue al sujeto destinatario por medio de estímulos para tenga obediencia a la indicada norma, lo que es conciencia jurídica.

6.4. Ignorancia.

Este término para su estudio es divido según su origen, naturaleza o efectos que produce. Por su origen la ignorancia puede voluntaria o involuntaria. Por su naturaleza “se contrapone a la ignorancia de derecho la de hecho” (Cabanellas, *1974*, pág.334). Y finalmente por sus efectos existe los tipos de ignorancia esencial y accidental.

Ya en materia de derecho la ignorancia se refiere al desconocimiento de las normas jurídicas que esta vigentes o que rigen un Estado esta falta de conocimiento puede ser que se trate de parcial, total o falso. En derecho hay una presunción que se concibe que toda norma es conocida por todos los ciudadanos desde su promulgación.

Las presunciones de las leyes se conciben conocidas por toda una vez su promulgación no es más que un aforismo alejado a la realidad social, si bien este desconocimiento no es una excusa para su cumplimiento, es necesario considerar la diversidad étnica, cultural y social que hay un estado y más en el nuestro que desde la historia la brecha de desigualdad es muy amplia.

6.5. Error.

> "El error se distingue de la ignorancia, que es defecto de conocimiento o, mejor, ausencia absoluta de conocimiento respecto a un objeto. Como tal, la ignorancia tiene un carácter negativo, mientras que el error es un quid positivo en cuanto que implica un cierto convencimiento (Antolisei, 1960, pág. 297).

Podemos decir que un sujeto se halle en error cuando tiene una falsa representación de la realidad e incluso si cayó en una situación de olvido dado que en el caso de haber tenido conocimiento como de haberlo olvidado los resultados serían los mismos.

> El error incide normalmente sobre el proceso formativo de la voluntad, que aparece así viciada por una falsa representación de la realidad. Puede, sin embargo, incidir también sobre la ejecución del delito, obstaculizando o desviado el proceso de la actuación práctica de la voluntad. Esta segunda clase error llamada por Carneluti "inhabilidad", es tomada en consideración en los supuestos del denominado delito aberrante" (Antolisei, 1960, pág. 298).

Dado que el error afecta o vicia a la voluntad, es de concebir que este afecta a los elementos del delito y a la norma jurídica diferenciando así el error de hecho y el error de derecho.

6.6. Error Penalmente Concebido.

En materia penal el error es muy relevante, el error excluye de la responsabilidad penal del agente el dolo y la culpa convirtiendo a la acción en un caso fortuito.

En materia penal nos encontramos ante el error de tipo y el error de prohibición que, de manera sencilla podemos decir que es el error de tipo es aquel que versa sobre las circunstancias fácticas que sirve de supuesto de hecho del tipo penal, es decir no es un problema de responsabilidad sino de tipicidad; este tipo de error y el de prohibición en la presente de investigación será tratados más adelante.

6.8. Teorías de Delito.

6.8.1 Teoría Finalista.

La teoría finalista de la acción maneja los conceptos de acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad de manera diferente a la teoría causalista.

La Acción Finalista.

Para Welzel (1951) “la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista” (pág. 19). Para el finalismo realizar la acción con base al conocimiento causal puede prever las consecuencias de dicha acción, a la vez proponerse objetivos y plantearse la ruta de la obtención de los mismos. “La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que para la causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales concurrentes (Orellana, 2004, pág. 88).

Para la teoría finalista la acción tiene dos fases, una interna y una externa que plantea el esquema de las características de las mismas.

La fase interna considera:

El objetivo que se pretende alcanzar o proposición de fines.

Los medios que se emplean para su realización.

Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal.

La fase externa considera:

Es la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal.

El resultado previsto y el o los resultados concomitantes.

El nexo causal (Orellana, 2004, págs. 88 - 89).

Es importante recordar al creador de la teoría del tipo Ernesto Beling, que plantea que el tipo y la tipicidad son instrumentos para consagrar el principio nullum crimen sine lege. Esta teoría de Beling es reconocida tanto por el causalismo como por el finalismo.

La teoría que este autor plantea, el tipo desempeña una triple función:

Una función sancionadora, represiva para las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad). Una función de garantía, solo las conductas que son típicas son las únicas que pueden llegar a tener una sanción. Una función preventiva; el tipo penal busca que la prohibición que contiene la ley sea para que el ciudadano no realice dicha conducta tipificada.

Es así que, la acción y la tipicidad están ligados, pero siendo a la vez toda acción dolosa o culposa, su resultado perteneciente al injusto jurídico penal es viene siendo lo que conocemos como antijuricidad.

Elementos del tipo. Para el finalismo, el tipo está compuesto no sólo de elementos objetivos sino también de elementos subjetivos. Elementos objetivos, Orellana nos dice que esta clasificación de elementos se refiere a:

> Las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo (por ejemplo, homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales que sólo califica, agravan, o privilegian (atenúan) al tipo autónomo (la premeditación como calificativa del homicidio o la riña como atenuante en el propio delito de homicidio) (Orellana, 2004, pág.98).

Como elementos del tipo podemos señalar:

El sujeto activo (autoría y participación);

El sujeto pasivo;

El bien jurídico tutelado;

La acción u omisión;

El resultado típico en los delitos de resultado;

Los elementos normativos;

Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Elementos subjetivos, Orellana (2004) nos dice que estos elementos atienden a “condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo” (pág.98).

Los elementos del tipo subjetivo podemos considerar que son: el dolo o la culpa. Otros elementos subjetivos diferentes del dolo como el ánimo, la tendencia, etcétera.

La Antijuricidad.

Al hablar de antijuricidad nos referimos a que es la acción que es contraria al ordenamiento jurídico. En la antijuricidad hay dos conceptos uno formal y otro material. El jurista Orellana define que:

> El formal es como la contradicción entre la conducta y el derecho, y el material que se concibe como lesión a intereses sociales, que es una de las posturas de Liszt; o contradicción a las normas de cultura que plantea Mayer; o lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados (Orellana, 2004, pág.105).

Algunos autores consideran que antijuricidad e injusto son par, pero las teorías finalistas los distinguen. Para los finalistas:

> La antijuricidad es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuricidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuricidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico (Welzel, 1987, pág.78).

Las causas de justificación.

Para Welzel precursor de la teoría finalista, las causas de justificación son la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento del ofendido.

> “En esta teoría, la conducta típica es un indicio de la antijuricidad de la misma, es decir ese indicio puede ser desvirtuado; en efecto, el propio orden jurídico a lado de las normas prohibitivas, en ciertos casos, opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierte en deber jurídico concreto, y así aparecen las llamadas “causas de justificación” (Orellana, 2004, pág.110).

La culpabilidad.

En algunos códigos penales se rigen por que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad. Es decir, la culpabilidad es el límite de la pena, ninguna pena puede ser mayor a la culpabilidad. Becaria postula que “es mejor evitar los delitos que castigarlos” (Becaria, 1988, pág.93); a lo cual podemos complementar con Roxin (que manifiesta “la culpabilidad cumple finalidades de prevención general y especial, pero no de carácter retributivo, ya que la pena en su aplicación busca la resocialización del delincuente, que, de lograrse, surtirá el efecto de prevención especial” (Roxin, 1950, pág. 150).

Dentro de la culpabilidad encontramos tópicos que se relaciona con ella que son:

- Culpabilidad de autor.
- Culpabilidad por el hecho o el acto.
- Fundamento de la irreprochabilidad.
- Culpabilidad normativa.
- Elementos de la culpabilidad:
- La imputabilidad o capacidad de la culpabilidad;
- El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido;
- La exigibilidad de un comportamiento distinto.

En el literal b respecto al conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido, como elemento de la culpabilidad, Orellana dice que el “conocimiento de la antijuricidad del hecho, requiere de prelación lógica de la capacidad, es decir que el sujeto sea imputable, que se presenten tanto el momento cognoscitivo (intelectual), como el motivo (voluntad)” (Orellana, 2004, pág.121).

El finalismo plantea dentro de tema las circunstancias de error de tipo y error de prohibición. Orellana plantea su diferenciación de la siguiente manera:

El error de tipo se refiere al desconocimiento del sujeto en alguna circunstancia objetiva del hecho que pertenece al tipo legal, que puede ser un elemento descriptivo o normativo del tipo. El error de tipo, o sea, el error sobre los elementos del tipo excluye el dolo, y ni plantea el problema de su conducta a nivel antijurídico y menos culpable. Sin embargo, el error de tipo es de carácter vencible, puede dejar subsistente la responsabilidad a título culposo.

El error de prohibición, se presenta cuando el sujeto se equivoca, se confunde, respecto a conocimiento de la antijuricidad de su conducta. En el sistema finalista, si el error de prohibición es vencible puede dar lugar únicamente a atenuar la culpabilidad, es decir la reprochabilidad y por ende la penalidad, pero no podría convertir una conducta dolosa en culposa (Orellana, 2014, p. 122-125).

6.8.2. Teoría Causalista.

Esta teoría nace en la obra Tratado de derecho Penal de Franz Von Liszt, quien define que la acción es un fenómeno meramente causal, en el cual es ahí donde parte el delito. En esta obra el autor mencionado concibe una postura de que la acción física o naturalística, se integra por un movimiento corporal y que por el resultado que esta produce causa una modificación en el mundo exterior, lo cual está unido por un nexo causal. Es decir, el origen del delito de es la acción y esta es

realizada por el movimiento corporal; se dice teoría causal porque, la acción es la causa; el delito está formado de una acción causal y del resultado.

Acción u Omisión.

La acción es un movimiento corporal, que va a producir un efecto en el mundo exterior y otro que dará origen a una relación. Otros autores afines al causalismo consideran que el concepto de omisión es parte de la acción, otros autores en cambio optan por usar otros términos como conducta, acontecimiento, hecho, que abarcan los conceptos de acción y omisión.

La Tipicidad.

Es el segundo elemento del delito dentro del causalismo, se inició con la expresión latina “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” ningún delito, ninguna pena sin ley previa; derivado de un principio de legalidad creado por César Beccaria.

El tipo es una figura de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad, la averiguación que, sobre una conducta, se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad es el resultado afirmativo de este juicio (Márquez, 1986, pág.165).

La Antijuricidad.

La Antijuricidad es la acción o hecho contrario a la norma, es conocido como un concepto negativo. “Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho” (Jiménez Asúa, 1992. pág 958).

Dentro de esta teoría causalista se afirma que se requiere primero, valorar la conducta del sujeto para asumir que es antijurídica y segundo la integración de elementos subjetivos, que señala el tipo, los autores causalistas

manifiestan que “estos elementos subjetivos son diferentes del dolo, son especiales “tendencias”, “motivos” que el legislador exige, además del dolo (Muñoz Francisco, 1998, pág. 68).

La Culpabilidad.

La culpabilidad es uno de los elementos más fundamentales de la teoría del delito, este elemento está en casi todas las concepciones modernas de la teoría del delito. Desde la antigüedad ya se castigaba según la magnitud del daño que se provocó, sin consideración de la intención con la que esta acción fue realizada.

Von Liszt elabora una teoría que reafirma el carácter causalista de un sistema denominado “teoría psicologista de la culpabilidad”, para este jurista la culpabilidad es una relación propiamente natural y psicológica, entre el sujeto y el acto; de ahí la procedencia del nombre de esta teoría.

El causalismo considera importante que exista una diferenciación entre elemento psíquico de la conducta y el elemento psíquico con respecto del resultado, este último “estriba en la conciencia y voluntariedad de agente encaminado a obtener el evento. Así, una cosa es querer la conducta (elemento psíquico del hecho), y otra, es querer el resultado (elemento psíquico del delito. Son conceptos diferentes” (Orellana, 2004, pág.41).

Con la evolución del derecho se han desarrollado los conceptos del dolo y la culpa como manifestaciones de la culpabilidad, ya sea que se trate de la teoría psicologista, o de la normativista y algunos otros autores aumentan y se refieren a la preterintencionalidad.

El Dolo: Desde la antigüedad se imponía penas y castigos basados en la proporción del daño que se provocaba, sin tener mayor relevancia la relación psicológica entre el sujeto y resultado. Como antecedente podemos mencionar que

Roma surgió una distinción entre dolus bonus y dolus malus. Entendiéndose como "Dolus bonus como una actitud no maliciosa, de carácter civil; y el dolus malus referida a conductas artificiosas, engañosas, de carácter penal" (Orellana, 2014, pág.45*).*

La culpa. La culpa es la segunda especie de la culpabilidad. Se puede decir que este concepto ha sido más debatido que el concepto del dolo.

La culpa no siempre fue aceptada como especie de culpabilidad, pues existe una afirmación que dice: nadie puede ser penado por una acción no querida por él; Orellana (2004) hace una diferencia entre el dolo y la culpa, "consiste en la primera el agente si quiere la conducta y su resultado, en cambio en la segunda el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir las conductas culposas" (pág. 54).

La preterintencionalidad. Esta tercera especie de la culpabilidad, es admitida por algunos penalistas del sistema causalista como especie de la culpabilidad, este concepto es más debatido que el dolo y la culpa, la preterintencionalidad también, es llamada como ultra intencionalidad. La palabra preterintencionalidad es de origen latín, *praeter* que significa "más allá de" y *intentionem* que es "intención".

6.8.3. Teoría Funcionalista.

Este sistema es muy difundido y aceptado entre los especialistas de las ciencias sociales.

> Por funcionalismo se entiende el conjunto de hechos fisiológicos o de otras índoles que se producen o suceden en un organismo, un aparato o sistema. En el campo social se refiere al estudio de las funciones dentro del sistema social concebido como una totalidad integrada, que desempeñan los individuos grupos o instituciones (Orellana, 2004, pág. 165).

Esta tercera teoría del delito tiene en sí dos corrientes: el funcionalismo moderado representado por Claus Roxin que en síntesis reconoce los elementos del delito como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, pero es manejado con un tinte de orientación político criminal, se considera que los presupuestos de la punibilidad deben estar regidos por los fines del derecho penal y que estas categorías no son más que instrumentos para llegar una valoración político criminal.

En cambio, el funcionalismo sociológico o radical por Gunther Jakobs, tiene como base que el Derecho es un garante de las normas, de la Constitución y de la misma sociedad; que tiene un único objetivo de resolver los problemas sociales. Esta corriente al igual que le funcionalismo moderado tiene su punto de partida el en sistema finalista de la acción, a diferencia de la primera corriente, está exceptúa las tendencias político criminales dado que las categorías del delito tienen la finalidad de estabilizar el sistema.

La Pena.

Para esta teoría la pena es de gran importancia por la función que esta debe tener dentro de la sanción penal. A la vez ubica a la política criminal y el sistema jurídico debe estar fusionado. De ahí para el funcionalismo la dogmática penal debe estar basada político-criminalmente por los principios rectores de la pena.

Las teorías sobre el fin de la pena se han agrupado en una teoría denominada absoluta, o también conocida como de la retribución y teorías relativas consistentes en: teorías de la prevención general y de la prevención especial.

La Imputación Objetiva.

Orellana (2004) plantea en base a Roxin que “La teoría de la imputación objetiva toma en cuenta que un resultado causado por la acción humana solamente

se puede imputar objetivamente a una persona cuando esta haya creado un riesgo desaprobado, que a su vez produzca un resultado típico” (pág.179)

La Culpa.

Esta teoría la ubica en el tipo de manera similar que la teoría finalista, a nivel del tipo. Los funcionalistas sostienen el enunciado que en la conducta culposa va imperar la producción de un peligro no permitido, que será mayor que la lesión del deber de cuidado.

La asunción de culpabilidad por incumplimiento del deber de informarse, que consiste en que el sujeto que va a ejecutar una conducta que exija conocimientos especializados, técnicos o de habilidades prácticas, para no poner en riesgo bienes jurídicos protegidos penalmente, debe contar con la información suficiente para no crear o incrementar riesgos, o bien abstenerse del comportamiento cuando de ellas carezca.

6.8. El Error de Prohibición.

El abogado ecuatoriano Pedro Ceballos (2009) en su trabajo titulado El Error de Prohibición: Institución Necesaria en la Legislación Penal Ecuatoriana define que “se conoce al error de prohibición como una institución compatible con el moderno Estado Social y Democrático de Derecho e imprescindible para el derecho penal actual, que puede dar lugar a la exclusión total o parcial de la culpabilidad –entendida como reproche- “(pág. 83).

Entonces, error de prohibición es cuando el agente que realiza una acción que lesiona un bien jurídico protegido o lo pone en peligro, pero este sujeto carece de conciencia o que no puede comprender de la antijuridicidad, es decir que esa acción contraria a la norma y que conlleva a una responsabilidad penal.

La dogmática moderna considera que, si un agente actúa anti jurídicamente, pero dentro de estas condiciones, no puede ser sometido al juicio de culpabilidad, o al menos no de la misma manera que quien sí tiene conocimiento y comprensión de que su acto es antijurídico. El profesor Jakobs (1996) al respecto manifiesta que "Solo puede cumplir una determinada orden quien tiene la voluntad de acatar órdenes, es capaz de reconocer que esa orden está dirigida a él y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir esa orden" (pág.19). En la doctrina se encuentra que el error de prohibición tiene una clasificación, en directo e indirecto o bajo los nombres de abstracto y concreto.

Error de Prohibición Directo o abstracto.

El error de prohibición directo es cuando el sujeto o actor desconoce completamente la ilicitud de su acto y las consecuencias. También es posible que el autor si conozca la norma, pero tiene una comprensión o interpretación errada de la misma por lo que considera que su conducta no infringe la norma. O puede ser el caso que el sujeto crea que la norma ya no está en vigencia en el ordenamiento jurídico del país.

Bien la doctrina nos dice que en el cual "en que el agente cree que su actuación no tiene relevancia para el derecho, pues entiende que no hay norma que la prohíba o que ésta, de haberla, no tiene en el alcance ni eficacia material" (Ceballos, 2009, pág.90).

Error de Prohibición Indirecto o concreto.

"El error de prohibición indirecto se da en casos en que el agente cree que su conducta ilícita se encuentra amparada por una causa de justificación que en realidad no existe" (Ceballos, 2009, pág.92): En otras palabras, cree que su acción estaba justificada por la ley o permitida.

Doble Error de Prohibición.

En doctrina también se encuentra el llamado “Doble error de prohibición”, que se trata de los casos en que el agente no tiene el conocimiento de antijuridicidad de un tipo penal y a la vez cree que su acción no está permitida pero otras razones ya sean morales, religiosas, sociales o por jurídicas mismo pero erróneas de tipos que en realidad están permitidos.

6.9. Constitución de la República del Ecuador.

> Artículo 76. Garantías básicas del derecho al debido proceso. - En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas.
>
> (…) 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada
>
> 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (…) (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 53).

En el marco de las garantías básicas al debido proceso en la Constitución de la República del Ecuador he considerado los incisos 2 y 5 en los que se halla el principio de inocencia y el in dubio pro reo, los cuales son reafirmados en el Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de principio de favorabilidad y de inocencia,

hacen al COIP menos punitivo y más garantista de derechos y de un debido proceso penal.

> Art. 84.-Adecuación jurídica de las normas y leyes. - La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 61).

La Asamblea Nacional como poder legislativo tiene la responsabilidad de modificar las leyes cuando sea necesario. Es importante reconocer que nuestro país es intercultural dado la existencia de más de diez nacionalidades indígenas, es por ello que hay que tener especial atención en que las leyes no atenten contra derechos.

6.10. Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Nuestra legislación penal está orientada por veintiún principios fundamentales para un debido proceso penal. De los cuales solo enumero los relacionados al presente tema:

> Artículo 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

4.Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutoríe una sentencia que determine lo contrario.

5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014, pág. 6).

Estos principios buscan asegurar que un sujeto un proceso y una administración de justicia justa y por igual.

"Artículo 24.- Causas de exclusión de la conducta. - No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados" (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014, pág.10).

El COIP en este artículo hace mención a la eliminación de la culpabilidad, por estados de plena inconciencia, pero no está incluyendo el error de prohibición y su aplicación como una forma de eliminación de la culpa (invencible) o para una disminución de la pena (vencible).

Artículo 25.- Tipicidad. - Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes

> Artículo 26.- Dolo. - Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.
>
> Artículo 27.- Culpa. - Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014, pág.10).

El dolo y la culpa son concepto ubicados en el tipo por la teoría finalista de la acción

Nuestra legislación penal define a la tipicidad al dolo y la culpa de manera similar que la teoría finalista de la acción, ubicando estos dos últimos dentro de la tipicidad como esta corriente de la teoría del delito.

> Artículo 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.
>
> Artículo 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad. - No existe infracción penal culpando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

Relacionado con la figura del error de prohibición la antijuricidad desempeña un aspecto importante, dado que cuando se trata del desconocimiento de este elemento se estaría tratando de un caso de error de prohibición.

Artículo 34.- Culpabilidad. - Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Otros aspectos importantes destacados en el COIP y en relación muy ligada al tema propuesto son el de antijuricidad, sus causas de exclusión y culpabilidad (Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014).

En este artículo al hablar del conocimiento de la antijuricidad del error de prohibición se está hablando indirectamente del error de prohibición, pero si bien la norma hace una alusión a esta figura no plantea su tratamiento en caso de tratarse de error de prohibición vencible o invencible.

6.11. Derecho Comparado.

En el estudio del Derecho comparado encontramos que si figura el error de prohibición en algunos países. Tal es el caso en la legislación Penal de Colombia que sí figura el Error de Prohibición, dentro de la ausencia de responsabilidad, como una de las situaciones en las que no existirá una responsabilidad penal cuando "se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad" (Código Penal Colombiano, 2000, Art.11, s/p), y en cuanto a la reducción de la pena complementa que cuando "el error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a una atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la disminuyente" (Código Penal Colombiano, 2000, Art.12, s/p) .

En el código Penal de Perú se habla de un error de prohibición y cómo se actuaría si este fuera vencible o invencible expresa "El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o agravación. Si fuere vencible la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la Ley. El error invencible sobre la

licitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena" (Código Penal Peruano, 1991, Art.14 s/p).

Ocurre de manera similar dentro de las legislaciones penal de Nicaragua "El error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error sobre la licitud del hecho fuera vencible, se impondrá una pena atenuada cuyo límite máximo será el límite inferior de la pena prevista en la ley para el delito o falta de que se trate y cuyo límite mínimo podrá ser la mitad o la cuarta parte de éste" (Código Penal de Nicaragua. 2011. Art. 26 s/p).

7. METODOLOGÍA.

7.1 Métodos.

Método Comparativo.

Se aplicará en la presente investigación para realizar un estudio doctrinario comparativo entre las teorías de la acción: Causalista, Finalista y Funcionalista, y sobre cuál de ellas contempla el error de prohibición. Las diferencias que se encuentren permitirán deducir cual es la importancia del error de prohibición y la afinidad que debe tener con nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Método deductivo.

Este método, permite ir de la generalidad de casos en los países donde su legislación penal contempla el Error de Prohibición y su tratamiento, para poder enfocarlo a la realidad particular de la Legislación Penal Ecuatoriana y a los avances de la culpabilidad.

Método Analítico.

Me apoyaré en este método con la finalidad de analizar las normas y principios jurídicos que se encuentran afectados o comprometidos con el problema, así como

las fuentes doctrinarias que lo traten y sin descartar la opinión del experto al que se aplicará entrevistas.

Método Estadístico.

La aplicación de este método permitirá la tabulación por medio de tablas y gráficos todo en base a las encuestas que se aplicarán a la población muestra sobre la problemática.

7.2 Técnicas.

Entrevista.

Será aplicada a profesionales que posean el conocimiento específico en materia doctrinaria penal y procesal, además de cómo influye la ausencia del error de prohibición y su tratamiento en el momento de asignar una pena a quien desconoce la antijuricidad de su accionar, tanto como a quien la conoce.

Consulta Bibliográfica.

Se aplicará para obtener información de conceptos, opiniones y criterios de los tratadistas del Derecho nacionales y extranjeros, extrayendo lo más valioso de la doctrina jurídica en cuanto al Derecho de Prohibición y su tratamiento en caso de ser invencible o vencible.

8. RECURSOS

8.1 Recursos Humanos.

-Investigador: Lía Selena Matute Ochoa

-Director de Tesis: Dr. Geovanny Caamaño.

-Personas que interviene como encuestadas y entrevistadas.

8.2 Recursos materiales.

Los recursos Materiales a emplearse los detallo a continuación:

DESCRIPCIÓN	VALOR
Adquisición de Bibliografía	$450,00
Consultas en Internet	$100,00
Material de Oficina	$150,00
Levantamiento de textos	$100,00
Impresiones varias	$70,00
Edición de Tesis	$100,00
Reproducción y empastado	$100,00
Movilización	$100,00
Gastos Imprevistos	$100,00
TOTAL	**$1270,00**

8.3 Financiamiento.

Se utilizarán recursos propios para financiar el presupuesto detallado previamente.

9. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

AÑOS 2018-2019

Tiempo	OCTUBRE				NOVIEMBRE				DICIEMBRE				ENERO				FEBRERO				MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO		
Actividad	2018				2018				2018				2019				2019				2019				2019				2019				2019		
Problematización	x	x																																	
Elaboración del proyecto			x	x	x	x	x																												
Presentación y aprobación del proyecto								x	x	x																									
Recolección de la información bibliográfica						x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x																			
Investigación de campo													x	x																					
Análisis de la información							x	x	x	x	x	x																							
Elaboración del informe final													x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x											
Presentación al Tribunal de grado																									x	x	x	x	x						
Sesión reservada																												x	x	x	x				
Defensa pública y graduación																																x	x	x	x

10. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República de Ecuador 2008
- Código Orgánico Integral Penal, Ecuador 2014
- ● Código Penal Colombiano, 2000.
- ● Código Penal Peruano, 1991
- Código Penal de Nicaragua. 2011
- Albán Gómez Ernesto, (2016), Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Quito Ecuador: Ediciones Legales
- Beccaria, Césaré, (1988). Tratado de los Delitos y las Penas, tercera edición., México: Editorial Porrúa
- Ceballos, Pedro, (2009). El Error de Prohibición: Institución necesaria en la legislación Penal Ecuatoriana. Guayaquil, Ecuador. Publicado en la revista jurídica de la universidad católica de Santiago de Guayaquil. Edición 26.
- Elía, Carlos M, (2002). Ernest Von Beling Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo. Buenos Aires, Argentina: Librería “El Foro”.
- Jiménez de Asúa, Luis, (1963). Tratado de Derecho Penal tomo III y V, Buenos Aires Argentina: Editorial Losada.
- Liszt, Franz Von, (1927). Tratado de Derecho Penal. Madrid, España: Editorial Reus.
- Márquez Piñero, Rafael, (1986). El tipo Penal, D.F, México: Editorial UNAM
- Martínez, Margarita, (1992). La imputación Objetiva del Resultado. Madrid, España: Editorial Edersa.
- Orellana Wiarco Octavio Alberto, (2004). Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. D.F, México: Editorial Porrúa.

- Peco, José, (1942), Proyecto de Código Penal Exposición de Motivos, Buenos Aires, Argentina
- Peña, O. y Almanza, F. (2010). Teoría del Delito Manual Práctico para su aplicación en la teoría del caso. Lima, Perú: Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L.
- Roxin, Claus, (1990). Artículo en la Revista ARS-IURIS, de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. México.
- Treviño, Sergio, (1990), Antijuricidad y justificación, CDMX, México; Editorial Trillas.
- Welzel Hans, (1987), Derecho Penal Alemán, Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Welzel Hans, (1951), La Teoría de la Acción Finalista, Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma
- **https://es.scribd.com/document/322187329/01-Conciencia-Juridica-UdeG-pdf**
- **http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/sociales/s-041.pdf**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Distinguido profesional del Derecho, de manera respetuosa le solicito se digne a contestar la siguiente encuesta que versa sobre el título: "LA AUSENCIA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN, EN RELACIÓN CON LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN QUE ORIENTA A LA FUNDAMENTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA; Y EL CARÁCTER PUNITIVO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL", cuyos resultados servirán para la culminación del presente trabajo de tesis de grado.

1. **¿Considera usted que nuestra legislación penal tiene una orientación de la teoría finalista de la acción?**

SÍ ( ) NO ( )

Justifique su respuesta:……

……

……

2. **¿Comprende usted la figura del error de prohibición?**

SÍ ( ) NO ( )

Justifique su respuesta:……

……

……

3. **¿Conoce la correcta aplicación del error de prohibición: invencible y vencible?**

SÍ ( ) NO ( )

Justifique su respuesta:……

……

……

4. **¿Considera usted que, al existir la ausencia del error de prohibición en nuestro Código Orgánico Integral Penal, el carácter punitivo de este aumenta?**

SÍ ( ) NO ( )

Justifique su respuesta:……

……

……

5. **¿Cree usted que se debería reformar el Código Integral Penal para incluir el error de prohibición y su correcta aplicación: invencible o vencible?**

SÍ ( ) NO ( )

Justifique su respuesta:……..

……

……

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Distinguido profesional del Derecho:

Con fines académico le solicito se digne a contestar la siguiente entrevista que versa sobre el título: "LA AUSENCIA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN, EN RELACIÓN CON LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN QUE ORIENTA A LA FUNDAMENTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA; Y EL CARÁCTER PUNITIVO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL", cuyas respuestas me servirán para la culminación del presente trabajo de tesis de grado.

1. **A su criterio ¿nuestro Código Orgánico integral tiene orientación de la teoría finalista de la acción?**

   ……

   ……

   ……

2. **En nuestra legislación penal encontramos ausente la figura de error de prohibición y su aplicación. ¿Cómo considera usted su ausencia en relación al carácter punitivo del COIP?**

   ……

   ……....

   .....

3. **¿Concuerda usted con la necesidad de reformar el Código Integral Penal para incluir el error de prohibición y su correcta aplicación: invencible o vencible?**

……

……

……

INDICE

PORTADA i

CERTIFICACIÓN ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS iv

DEDICATORIA v

AGRADECIMIENTO vi

ESQUEMA DE CONTENIDOS vii

TITULOVI 1

RESUMEN 2

ABSTRACT 4

INTRODUCCIÓN 6

REVISIÓN DE LITERATURA 9

MATERIALES Y METODOS 69

RESULTADOS 73

DISCUSION 97

CONCLUSIONES 103

RECOMENDACIONES 105

BIBLIOGRAFIA 106

ANEXOS 111

INDICE 148