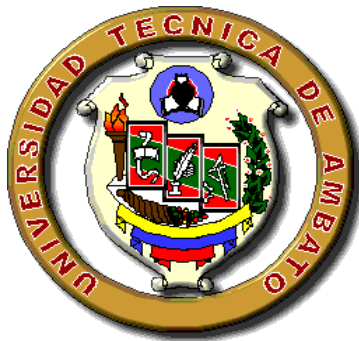


UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

Tema:

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ERROR DE TIPO EN EL DERECHO
PENAL

Trabajo de Titulación, modalidad Proyecto de Desarrollo, Previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Penal y Procesal Penal.

Autor: Abogado Jimmy José Ramires Cevallos


Director: Doctor Washington Javier Bazantes Escobar, Magíster.

Ambato – Ecuador

2020

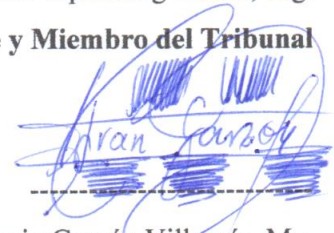
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato.

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Jaime Tarquino Tipantasig Cando Magíster, Presidente y Miembro de Tribunal e integrado por los señores Doctor Iván Arsenio Garzón Villacrés, Magíster y Abogado Segundo Ramiro Tite Magíster, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ERROR DE TIPO EN EL DERECHO PENAL”, elaborado y presentado por el señor Abogado Jimmy José Ramires Cevallos, para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Penal y Procesal Penal; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la Universidad Técnica de Ambato.



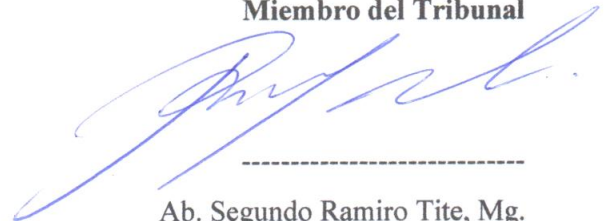
Dr. Jaime Tarquino Tipantasig Cando, Mg.

Presidente y Miembro del Tribunal



Dr. Iván Arsenio Garzón Villacrés, Mg.

Miembro del Tribunal

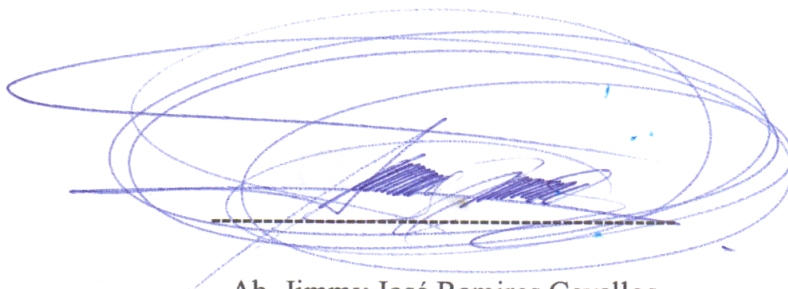


Ab. Segundo Ramiro Tite, Mg.

Miembro del Tribunal

AUTORÍA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

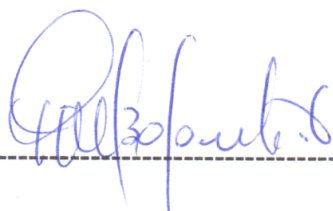
La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ERROR DE TIPO EN EL DERECHO PENAL, corresponde exclusivamente al Abogado Jimmy José Ramires Cevallos, quien elaboró el mismo bajo la Dirección del Doctor Washington Bazantes Escobar Magíster, en calidad de Director del Trabajo de Titulación; y el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.



Ab. Jimmy José Ramires Cevallos

C.C. 0604189126

AUTOR



Dr. Washington Javier Bazantes Escobar, Mg.

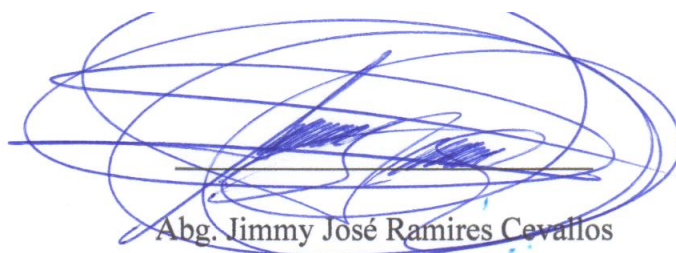
C.C. 020104157-1

DIRECTOR

DERECHOS DEL AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned above the printed name.

Abg. Jimmy José Ramires Cevallos

C.I. No.060418912-6

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

PORTADA	i
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato.....	ii
Autoría del Trabajo de Titulación.....	iii
Derechos del autor	iv
Índice general de contenidos	v
Índice de cuadros.....	vii
Agradecimiento	viii
Dedicatoria	ix
Resumen ejecutivo.....	x
Executive summary	xii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
EL PROBLEMA	3
1.1 Tema	3
1.2 Planteamiento del problema.....	3
1.2.1 Contextualización.....	4
1.2.2 Análisis crítico.....	5
1.2.3 Interrogantes.....	6
1.2.4 Delimitación del objeto de estudio	6
1.3 Justificación	7
1.4 Objetivos.....	7
1.4.1 General	7
1.4.2 Específicos.....	7
CAPÍTULO II	8
MARCO TEÓRICO.....	8
2.1 Antecedentes investigativos.....	8
2.2 Fundamentación.....	13
2.2.1 Fundamentación filosófica.....	13
2.2.2 Fundamentación legal	13

2.3	Definiciones.....	14
2.4.	Fundamentación Teórica.	15
2.4.1.	El principio de legalidad.	15
2.4.2.	El error de tipo.	22
2.4.3.	El principio de legalidad y el error de tipo.....	29
CAPÍTULO III.....		36
METODOLOGÍA		36
3.1	Enfoque.....	36
3.2	Modalidad básica de la investigación (Bibliográfica, de campo, Estudio Comparado)	36
3.3	Nivel o tipo de investigación	36
CAPÍTULO IV.....		38
ANÁLISIS DE RESULTADOS		38
4.1	Análisis descriptivo y/o inferencial de los datos obtenidos.	38
4.2	Interpretación de los datos obtenidos.....	43
CAPÍTULO V.....		45
PRODUCTO FINAL		45
5.1	Conclusiones.....	45
5.2	Recomendaciones	46
5.3	Desarrollo del producto.....	47
5.3.1.	Nombre del producto.....	47
5.3.2	Objetivo general del producto.....	47
5.3.3	Objetivos específicos del producto	47
5.3.4	Justificación	47
5.3.5	Antecedentes históricos.....	48
5.3.6	Desarrollo del producto.....	49
5.3.7	Conclusiones y recomendaciones.....	50
5.4	Bibliografía	52
5.5	Anexos	56

ÍNDICE DE CUADROS

Tabla 1. Conceptos.....	14
Tabla 2. Desarrollo Normativo	17
Tabla 3. El dolo en las escuelas de la acción	25

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis docentes de maestría quienes han compartido sus enseñanzas sin ninguna reserva de conocimiento durante los dos años de colegiatura, en especial al Prof. Dr. Washington Bazantes Escobar, director de tesis, quien me ha orientado en mi trabajo de titulación.

Agradezco a los grandes maestros del derecho penal, quienes desde el siglo pasado se han esforzado por buscar mejores soluciones a los conflictos sociales que son objeto de estudio del derecho penal, maestros que han servido de inspiración para poder estudiar y aportar en todo momento.

Jimmy Ramires Cevallos.

DEDICATORIA

Dedico mi trabajo a mis queridos hijos Joseph y Valentina, quienes me inspiran en todo momento, para seguir adelante con mis objetivos, a mi esposa Johanna por estar siempre a mi lado prestándome su apoyo.

Jimmy Ramires Cevallos.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

TEMA:

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ERROR DE TIPO EN EL DERECHO PENAL

AUTOR: Abogado Jimmy José Ramires Cevallos

DIRECTOR: Doctor Washington Javier Bazantes Escobar, Magister.

FECHA: Ambato, 14 de Enero del 2020

RESUMEN EJECUTIVO

En este trabajo se estudia la relación que existe entre el principio de legalidad y la aplicación de métodos de integración del derecho, a efectos de poder suplir lagunas normativas o axiológicas que se presenten en casos concretos, de manera particular la aplicación del error de tipo en el derecho penal como causal de exclusión del dolo; para el efecto se presentan dos estudios, el primero sobre el sentido y alcance del principio de legalidad en el derecho penal y el segundo sobre el error de tipo como causa de exclusión del dolo; para el efecto se ha revisado bibliografía sobre la evolución del principio de legalidad desde la revolución francesa y el iluminismo hasta el garantismo penal, así mismo se ha realizado un análisis bibliográfico sobre teoría del delito para entender al error de tipo y si es posible o no su aplicación sin vulnerar al principio de legalidad; se trabajó por medio de entrevistas a cinco abogados penalistas, dos docentes universitarios y juristas reconocidos, una agente fiscal de la ciudad de Cuenca, una funcionaria del Centro de Detención Provisional de Riobamba y un abogado en libre ejercicio, a efectos de consultar sobre la aplicación o no del error de tipo sin afectar el principio de legalidad; los resultados indican que el principio de legalidad en materia penal tiene un alcance especial, que es el de limitar el ámbito de lo punible, evitar el exceso y arbitrariedades del poder estatal contra los ciudadanos, siempre tendrá un sentido más favorable hacia las personas, a sus derechos y garantías; en el caso del error de tipo, como causal de

exclusión del dolo aún si no está legislado es posible su aplicación sin vulnerar el principio de legalidad, reduciendo el poder punitivo y ampliando las libertades.

Descriptores: Causal de Exclusión, Dolo, Error de Tipo, Garantismo Penal, Garantismo Penal, Principio, Lagunas Axiológicas, Lagunas Jurídicas, Legalidad, Sistema Penal.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

THEME:

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE TYPE ERROR IN CRIMINAL LAW

AUTHOR: Abogado Jimmy José Ramires Cevallos

DIRECTED BY: Doctor Washington Javier Bazantes Escobar, Magister.

DATE: Ambato, 14 of January 2019

EXECUTIVE SUMMARY

This paper studies the relationship between the principle of legality and the application of methods of integration of law. The objective is to be able to fill regulatory or axiological gaps that arise in specific cases, in particular the application of type error in criminal law as grounds for exclusion of fraud. For this purpose, two studies are presented, the first on the meaning and scope of the principle of legality in criminal law and the second on the type error as a cause of exclusion of fraud. To this end, bibliography has been reviewed on the evolution of the principle of legality from the French revolution and illuminism to criminal guarantee, as well as a bibliographic analysis on crime theory to understand type error and whether it is possible or not its application without violating the principle of legality. This work was carried out through interviews with five criminal lawyers, two recognized university professors and lawyers, a fiscal agent from the city of Cuenca, an official of the Provisional Detention Center of Riobamba and a lawyer in free exercise in order to consult on the application or not of the type error without affecting the principle of legality. The results indicated that the principle of legality in criminal matters has a special scope, which is to limit the scope of the punishable, avoid excess and arbitrariness of state power against citizens. It will always have a more favorable sense towards people, to their rights and guarantees. In the case of type error, as grounds for exclusion of fraud, even if it is not legislated, its application is

possible without violating the principle of legality, reducing punitive power and expanding freedoms.

Keywords: Cause of Exclusion, Type Error, Fraud, Guarantee, Criminal Guarantee, Legality, Principle, Axiological Gaps, Regulatory Gaps, Criminal System.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto de estudio al error que recae sobre la tipicidad en la estructura del delito de la escuela finalista del derecho penal; además, el estudio de la legalidad como principio rector del derecho penal. El problema a investigar es: si hay vulneración o no del principio de legalidad al momento de aplicar causas de exclusión o justificación del delito, no contempladas en la legislación, además las oscilaciones respecto de si un juez debe integrar el derecho cuando existan lagunas normativas o axiológicas, tomando en consideración el criterio dividido entre la comunidad académica y los profesionales del derecho, respecto de que si algo no está en la ley se puede o no aplicar en materia penal.

La hipótesis se estructura sobre la idea de que: la aplicación judicial del error de tipo, no afecta el principio de legalidad en el derecho penal ecuatoriano. Para el efecto se estudia el papel integrador del juez penal, con el objeto de dar solución a casos que presentan lagunas jurídicas o axiológicas, tomando en consideración que en su labor argumentativa, cuenta con métodos de integración del derecho como son: la analogía, los principios generales del derecho, la doctrina, el derecho comparado y las otras ramas del derecho.

Para la investigación se utilizó bibliografía referente a derecho penal parte general, principio de legalidad penal, teoría del delito, causas de exclusión de cada una de las categorías del delito y, en especial el estudio de la tipicidad, el dolo y la ubicación del dolo en la teoría finalista de la acción. Se realizará un análisis legal de cómo se ha desarrollado la teoría de error en el derecho penal, desde la presunción del dolo en legislaciones anteriores, invirtiéndose la carga de la prueba, teniendo que probarse la ausencia del dolo por parte de quien lo alega, hasta la actualidad, considerando las distintas escuelas de la acción.

Las fuentes principales de la presente investigación son las obras de los maestros de las escuelas finalistas, post finalistas y funcionalistas de la acción penal, como por ejemplo: Mezger (1955), Welzel (1970), Zaffaroni (2006), Roxin (1977); en cuanto al principio de legalidad se han considerado las obras de autores como: Beccaria (1828), Feuerbach (1989), Luigi Ferrajoli (1995), entre otros.

En cuanto a lo legal, la investigación tendrá como punto de partida el Código Penal Ecuatoriano de 1837 hasta el Código Orgánico Integral Penal; como base filosófica del principio de legalidad se considerará en primer término la filosofía del derecho de la ilustración, hasta las teorías del garantismo penal; como fundamento doctrinario del error de tipo, se estudiará la escuela clásica de la acción hasta el funcionalismo penal.

En el primer capítulo se estudió el problema que genera la laguna jurídica de no contar con el error de tipo en nuestra legislación, en el segundo capítulo se sustentan teóricamente las variables, en el método se utiliza la revisión documental y entrevistas; finalmente se concluye con la idea de que se puede aplicar el error de tipo a pesar de no estar legislado; se propone un cambio en la legislación y se ofrece una propuesta de reforma legislativa.

Capítulo I

EL PROBLEMA

1.1 Tema

El principio de legalidad y el error de tipo en el derecho penal.

1.2 Planteamiento del problema

El Estado Constitucional es el modelo más avanzado de Estado, imponiéndose como consecuencia de la negación de su modelo antecesor, el Estado de derecho, en el cual, la ley establecía el desarrollo cualitativo y cuantitativo de los derechos, los límites del ejercicio de los mismos y el procedimiento para hacerlos efectivos, dejando al criterio del legislador creador e intérprete de la norma, el cuándo y cómo ejercerlos. “En una división fácil y hasta reduccionista, podríamos afirmar que hay tres modelos de Estado: (a) el Estado absoluto, (b) el Estado de derecho o Estado legal de derecho, (c) el Estado constitucional de derecho” (Ávila, 2008, pág. 20)

El Estado constitucional de derecho reconoce a los ciudadanos, derechos establecidos en una constitución y además garantías para hacerlos efectivos; el Estado se propone resguardarlos a través de sus funciones; el Estado queda subordinado al orden constitucional para limitar el ejercicio del poder estatal, para evitar arbitrariedades y por ende vulneraciones de derechos; “la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental.” (Ávila, 2008, pág. 22)

En el Estado constitucional es necesaria una constitución que contenga derechos y garantías, pero además es ineludible reconocer e incorporar a nuestro orden normativo tratados y convenios internacionales que contengan derechos y garantías, que amplíen, aclaren o hagan efectivos los preceptos constitucionales cuando se tornen incompletos u oscuros; al respecto la Constitución de la República del Ecuador (2008) consagra: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” (Art.424 inc. 2).

El derecho penal habilitado por la ley penal, de igual manera debe regirse sobre la base de la supremacía constitucional y supraconstitucional, y, así tal cual, la ley

penal debe ser fiel al bloque de constitucionalidad, por cuanto se ven involucrados derechos y garantías; la Constitución de la República del Ecuador (2008) consagra: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” (Art.424 inc. 1).

Ley penal presenta lagunas normativas y axiológicas que acortan el entendimiento de lo que se pretendía cambiar con la adopción de un sistema garantista en cuanto a la defensa de derechos, finalista en cuanto a lo que se entiende por delito y acusatorio en cuanto al proceso; a efectos de que se pueda dar solución a todos los casos que pudieren presentarse, los jueces en la motivación de sus resoluciones y las partes en la fundamentación de sus pretensiones, deben invocar, los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia para extinguir o acortar los márgenes de punibilidad.

El Código Orgánico Integral Penal (2014) prevé: “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.” (Art. 13.3); es decir, la ley penal prohíbe la analogía *In MalanPartemen* ciertos casos en los que se agrava la situación del procesado; en contraste, cuando se trate de la aplicación de circunstancias atenuantes de la infracción, causas excluyentes de la conducta o de la tipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad, y, en lo que beneficie al procesado, no establece ninguna prohibición; la doctrina, los principios generales del derecho y la jurisprudencia se reconoce como herramientas argumentativas e integradoras del derecho.

1.2.1 Contextualización

El Estado necesita estar legitimado para poder aplicar de forma exclusiva o reservada el derecho de castigar; el sistema penal es el ala estatal encargada de aplicar el poder punitivo, habilitado por la ley penal; todo lo señalado debe ser aceptado y reconocido por la sociedad; en un Estado en donde los ciudadanos no están conformes, en cuanto a la forma en que el Estado que representa sus intereses se comporta con sus administrados, y la manera en que procesan a los que desobedecen las normas

elaboradas por el mismo Estado, es un Estado autoritario y por tanto deslegitimado, en un futuro nadie creará en el sistema penal ni en el sistema de rehabilitación(Zaffaroni, 2009).

Cuando no hay claridad en el fin del derecho penal y una línea clara de política criminal, los procesados no comprenden por qué el Estado persigue penalmente por medio de fiscales si el daño está saneado, por qué se les impone una pena privativa de libertad desproporcionada o innecesaria; en cuanto al delito si no actuó con dolo o con conocimiento de lo que hacía, aún si tenía pruebas suficientes de descargo, por qué el juez se ha dejado influenciar por presiones externas, o por ideologías superadas; en un sistema penal que presenta éstos problemas los ciudadanos, dejarán de creer en la justicia como la conocemos y buscarán respuestas en ideologías más radicales, como el abolicionismo penal (Hulsman, 1984).

El Derecho Penal debe ser de última ratio, es decir: sólo a falta de norma administrativa o civil que pueda resolver un conflicto, así se encuentra establecido cómo política criminal por mandato constitucional y legal, al respecto Muñoz Conde dice: “Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes” (Muñoz, Derecho penal Parte General, 2010, pág. 70); es decir cuando el conflicto generado sea irreconciliable por vías alternativas; de no ser posible, después de determinar que fue necesaria la vía penal aún se puede aplicar la mínima intervención y la oportunidad; finalmente si hay juicio, la tendencia del juzgador debe ser: aplicar, interpretar o integrar el derecho en lo más favorable a la persona que está siendo juzgada.

1.2.2 Análisis crítico

Los jueces en el desempeño de sus cargos deben motivar sus sentencias, en base a las reglas de la motivación, a la prueba y a las alegaciones, fundamentos y objeciones que realicen las partes, las decisiones deben contener normas jurídicas aplicables al hecho, aún si no han invocado las partes, pero ocurre que en ciertos casos no existe norma legal aplicable, y, el juez por el principio de obligatoriedad de administrar justicia debe satisfacer la labor de administrar justicia de las partes cuando algo no esté legislado (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009); contrario al legalismo que con el fundamento errado de que por “reserva de ley” o por “legalidad” no es posible juzgar.

El Código Orgánico de la Función Judicial (2009) dice: “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.” (Art. 28). El Código Orgánico de la Función Judicial reconoce como métodos de integración del derecho a los Principios Generales y a la Doctrina, lo cual constituye un avance importante, sin embargo no se dice nada respecto de la analogía.

Existe distinción entre aplicar, interpretar e integrar el derecho; la aplicación se entiende que las partes son las que colocan los hechos sobre los cuales el juez ha de ubicar el derecho, principio *Iuranovit curia*; por interpretación se entiende al ejercicio que realiza el juzgador de proporcionarle sentido a la ley, para ello existen reglas, herramientas y métodos; en cambio integrar el derecho se concibe a la labor del juzgador en la cual en un caso en concreto no previsto por el legislador por cuanto éste no puede prever todo aquello que el derecho debería regular, fiel al principio de obligatoriedad de administrar justicia, acude a la doctrina, a la analogía y a los principios para evitar el *non liquet*.

Si no se tiene claro estas diferenciaciones, en especial el papel del juzgador en el garantismo penal, se seguirá reprimiendo conductas que bien pueden quedar libres de persecución penal, ampliando el margen de acción del poder punitivo y recortando garantías a los ciudadanos.

1.2.3 Interrogantes

¿Cuál es el papel del juez en el garantismo penal en torno al principio de legalidad?

¿Cómo integrar el derecho para cubrir las lagunas normativas o axiológicas que presenta la ley?

1.2.4 Delimitación del objeto de estudio

El estudio lo efectuaré en el campo del Derecho, por cuanto el principio de legalidad, se estudia en los principios generales del derecho; de igual manera el error de tipo como excluye el dolo, estudiado en la tipicidad cuyo objeto de estudio es en el derecho penal parte general.

1.3 Justificación

Este tema es importante para impulsar una reforma legislativa que incluya en la ley penal al error de tipo y sus clases, el dolo y sus clases, la analogía *in bonam partem* como método de integración del derecho, además de los que ya existen, y de ésta forma se pueda aplicar causales de exclusión, justificación y exculpación no contempladas en la ley para evitar el fundamento de imposibilidad a falta de ley.

Es un aporte para el juzgador al momento de resolver, porque puede además de aplicar las leyes e interpretarlas, ser un integrador del derecho con herramientas que cuenta para éste ejercicio, tomando en consideración a la doctrina, los principios generales del derecho penal y a la analogía como métodos de integración principales y de esa forma poder superar los rezagos del legalismo.

Es importante por cuanto se diferenciará al principio de legalidad del sistema legalista en contraste con el principio de legalidad del garantismo penal; se diferenciará a la legalidad de la reserva de ley; a la interpretación con la integración del derecho; se estudiará las causas de exclusión; el presente trabajo constituye un aporte que beneficiará a la comunidad judicial y académica.

1.4 Objetivos

1.4.1 General

Determinar si el principio de legalidad influye en la aplicación de del error de tipo en el derecho penal ecuatoriano.

1.4.2 Específicos

- Determinar el papel del juez en el garantismo penal en torno al principio de legalidad.
- Verificar si se puede integrar el derecho para cubrir las lagunas normativas o axiológicas que presenta la ley.
- Determinar si se puede aplicar el error de tipo como causa de exclusión del dolo en el Ecuador.

Capítulo II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes investigativos

Tema: Fundamentos para el desarrollo de la teoría del error en el Ecuador

Autor: (Gallardo, 2018)

Objetivo General: Determinar si existen fundamentos necesarios para el desarrollo de la teoría del error de tipo y error de prohibición en el Derecho Penal ecuatoriano.

Objetivos específicos:

1. Calificar la racionalidad del Derecho Penal ecuatoriano.
2. Estudiar la teoría del error de tipo y error de prohibición, como instituciones de la teoría del delito.
3. Evaluar el aporte del reconocimiento de la teoría del error de tipo y el error de prohibición en el Derecho Penal ecuatoriano.
4. Estudiar los fundamentos para desarrollar la teoría del error de tipo y el error de prohibición mediante la vía jurisprudencial.

Conclusiones:

1. El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia. Su ordenamiento jurídico, sea constitucional, convencional o legal, contiene principios limitadores a ius puniendi, existentes en todo Estado moderno. Principios que funcionan como contrapesos del poder punitivo del Estado y que racionalizan la sanción penal de sus destinatarios.
2. La teoría del delito del Código Orgánico Integral Penal, representa un avance jurídico notorio respecto a la teoría del delito del código penal de 1938.
3. La teoría del delito del Código Orgánico Integral Penal tiene conceptos de varias escuelas del delito, sin embargo, se apega mayormente al esquema finalista del delito.
4. Para el Código Orgánico Integral Penal, la tipicidad es objetiva (Art.25) y subjetiva (Art. 26 – 28). El dolo se concibe como “el designio de causar daño”. Con esta definición medieval de dolo y mediante un proceso de interpretación jurídica, podemos decir que solo tiene designio de causar daño, quien conoce los elementos del mismo daño, o más bien la parte externa del tipo. De manera que el dolo debe ser entendido como el conocimiento y la

voluntad de ejecutar los elementos externos del delito. Ahora bien, ¿Qué sucede cuando alguien desconoce alguno de los elementos del delito? Pues por supuesto que estamos ante un error sobre los elementos del tipo penal, llamado error de tipo.

Para el Código Orgánico Integral Penal, la categoría dogmática de culpabilidad tiene entre sus elementos la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. La conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es representada por un nivel cognitivo superior al conocimiento de los elementos del tipo penal. Puesto que una cosa es conocer los elementos del tipo, y otra es entender su significado antijurídico. Ahora bien, ¿Qué sucede cuando alguien desconoce el significado antijurídico de la conducta típica? Pues por supuesto que estamos ante un error de prohibición.

Tema: Violaciones constitucionales en que incurre el Código Orgánico Integral Penal al haber eliminado el error de tipo de su contenido normativo.

Autor: (Llamuca, 2014).

Objetivo General: Establecer los ámbitos jurídico-doctrinarios de los elementos estructurales del delito y los fundamentos substanciales para la existencia objetiva del error de tipo que, desgraciadamente, fueron descartados en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, desconociendo, en el fondo, los lineamientos constitucionales de la plurinacionalidad, multi-etnicidad e interculturalidad.

Objetivos Específicos:

- a) Determinar la naturaleza jurídica del Estado represivo-policíaco en materia penal, instituido en el Ecuador; y su crisis a partir de la década de 1990;
- b) Demostrar la necesidad de un cambio sustancial en la institucionalidad del Estado ecuatoriano, para que la política penal sea acorde con la constitución de 2008;
- c) Realizar un análisis jurídico-doctrinario sobre la nueva institucionalidad del sistema penal, de la política penal y de la legislación penal objetiva que se ha proyectado en el Ecuador; y,
- d) Demostrar, con serios fundamentos jurídico-doctrinarios, por qué es que el Código Orgánico Integral Penal, viola la Constitución al haber descartado los contenidos del error de tipo, basado en los principios de la plurinacionalidad,

multi-etnicidad e interculturalidad, que sí constaba en el Proyecto que tramitó la Asamblea Nacional.

Conclusiones:

- Frente a las corrientes o concepciones jurídico-penales básicas que se confrontaban hasta finales del siglo XIX, surgió la Teoría del Delito de Ernst Von Beling, en el año de 1903, quien a lo que Francisco Carrara denominaba delito, lo llamó simplemente: CONDUCTA TÍPICA, es decir un acto humano violatorio de la Ley Penal, pero que, para convertirse en delito, debía reunir una serie de presupuestos jurídicos adicionales, además de la “conducta típica” o tipicidad, como son: la antijuridicidad, la imputabilidad y las condiciones objetivas de culpabilidad.
- En base a esta nueva concepción estructural compleja del delito es que se ha desarrollado la confrontación científico-doctrinaria sobre los “errores de tipo” y los “errores de prohibición”, desde la década de 1930, en el ámbito de la reprochabilidad y exigibilidad de la conducta, es decir que para la materialización del delito dicha conducta típica, antijurídica e imputable, debía ser, además, exigible al sujeto activo de la infracción, porque su obrar sí tuvo otro modo, racional, de dirigir su conducta.
- Entonces, solamente si la conducta del sujeto infractor era Típica, Antijurídica, Imputable (dolosa) y reprochable (porque en las circunstancias concretas le era exigible al sujeto actuar conforme a lo determinado en la norma penal específica y por tanto no había error de tipo), se debía determinar el último elemento estructural del delito: LA CULPABILIDAD, la misma que se debe establecerla conforme a las circunstancias agravantes o atenuantes de la infracción.
- Es necesario, por consiguiente, la institucionalización y reconocimiento constitucionales de la plurinacionalidad, multi-etnicidad e interculturalidad que crea una sociedad equitativa y unitaria, reconociendo estas diversidades primordiales de la sociedad ecuatoriana, lo que incrementa la complejidad de los conceptos jurídicos penales sobre “el error de tipo”, e, incluso sobre “el error de prohibición”
- Ha resultado hartamente compleja la tarea legislativa establecer un sistema legal para la interpretación intercultural en el juzgamiento, que determine el error

substantivo del tipo penal en el infractor, conforme correspondería a los mandatos constitucionales, pues primera vez en la historia del país se reconocen los derechos de los grupos humanos que conforman las diversas nacionalidades antropológico-sociales que fueron colonizadas desde la conquista española y que permanecieron en tal situación jurídica, incluso con la institucionalización de la República del Ecuador.

- Bajo los nuevos lineamientos jurídico-doctrinarios y legales positivos expresos que hoy constan en el propio COIP, se debió haber comprendido la doctrina penal sobre el error de tipo y el error de prohibición que, en términos genéricos y muy amplios, ya fue planteado en 1903 por el creador de la Teoría del Tipo Penal: Ernst Von Beling; desarrollada luego en la década de 1930, por uno de sus más connotados seguidores como fue Hans Welzel, cuya posición fue determinante para que se introdujera como norma objetiva en el “Modelo de Código Penal Latinoamericano”.
- Han sido las herencias culturales de dominación colonizadora, que subsisten como real osamenta de los pensamientos, conceptualidades, juicios (o más bien prejuicios), razonamientos y todo el andamiaje de la llamada “opinión pública”, las que no han permitido una real apertura jurídico-cognoscitiva y jurídico normativa en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, para instituir los Principios de Justicia Intercultural en el COIP.
- El hecho de haber generado, en medio de la discusión y debates sobre el COIP en la Asamblea Nacional, un ambiente de pánico colectivo, de psicosis, de paranoia, de segregacionismo y de contenidos conceptuales equivocados sobre la realidad de la delincuencia, de la criminalidad y del robo sistemático, se logró impedir que se instituyera el error de tipo; pero esto tiende a una finalidad substancial: esconder el latrocinio de los grandes y gigantescos delincuentes, como aquellos banqueros que saquearon a todo el país, que generaron más de tres millones de migrantes y algunos de los cuales, pocos de los que fueron juzgados, hoy están prófugos.
- Son las fuerzas mediáticas y económico-políticas que estaban detrás de los procesos de discusión en la Asamblea nacional, las que impidieron la aprobación del Nuevo Código Orgánico Integral Penal, por ello, a pesar de que demoró tanto tiempo su discusión y su socialización, no se pudo

incorporar todo lo que hubiere sido deseable, en función de las nuevas disposiciones constitucionales, propias del neo constitucionalismo y del garantismo para los sectores plurinacionales, interculturales y multiétnicos del país.

- La situación jurídica-constitucional del país, no deja de ser compleja porque el neoconstitucionalismo del Estado de Derechos y de Justicia, y, luego, el todo el marco conceptual, y De Principios, del Régimen de Derechos, rompe los sistemas de dominación a que estuvieron acostumbradas las clases dominantes: los banqueros, las multinacionales y sus vasallos en calidad de gobernantes, de aquellos que se declaraban “los mejores amigos de los empresarios y de los gobiernos de Estados Unidos”.
- Es muy claro y notorio que cuando aquellas clases dominantes gobernaban el país, hasta a lo oprobioso del sistema penal le daban visos de legalidad o de racionalidad e incluso de supuesta “justicia”, como aquellos ajusticiamientos in situ por multitudes enardecidas, los linchamientos cotidianos espoliados por todo el sistema mediático con el fin de esconder los grandes atracos de los grandes banqueros.
- Pero, hoy, que se han eliminado, constitucionalmente, múltiples mecanismos jurídicos de saqueo del país, como las privatizaciones de bienes y recursos públicos, de los servicios públicos, como el agua y hasta la recolección de basura, con los que hacían su gran negocio, aquellas clases sociales, se hallan resentidas en grado sumo, y mueven todos sus resortes ideológico-religiosos y psicológicos-perceptivos, para enervar a la ente, para envenenarla en sus mentes, para emponzoñar sus sentimientos, para dañar su comprensión de la realidad en todos los aspectos de la vida nacional, y, claro, también en lo que atañe a los contenidos de las ciencias penales.
- Quedan establecidos los ámbitos jurídico-doctrinarios de los elementos estructurales del delito y los fundamentos substanciales para la existencia objetiva del error de tipo que, desgraciadamente, fueron descartados en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, desconociendo, en el fondo, los lineamientos constitucionales de la plurinacionalidad, multi-etnicidad e interculturalidad, con lo que se ha cumplido el objetivo central de esta investigación.

- Finalmente se ha demostrado la hipótesis planteada para la elaboración de este trabajo investigativo: que el error de tipo penal debe ser aplicable dentro del nuevo ordenamiento jurídico-constitucional del Estado ecuatoriano, en base a los fundamentos constitucionales del Estado de Derechos y de Justicia, plurinacional, intercultural y multiétnico, el cual determina que en el análisis de los elementos estructurales del delito se tomen en cuenta los Principios de Interpretación Intercultural de los tipos penales y del error de comprensión culturalmente condicionado; y el no haberlo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, constituye una clara violación de aquellos principios constitucionales básicos.

2.2 Fundamentación

2.2.1 Fundamentación filosófica

El presente trabajo de investigación tiene como fundamento filosófico a la teoría del garantismo penal, la idea vertebral de ésta corriente es, que todo Estado, por más democrático que se presente ante sus ciudadanos, debe estar limitado por preceptos normativos que obliguen al mismo Estado a respetar los derechos de sus ciudadanos en forma de garantías, en el ámbito penal, a limitar la actuación del sistema penal y del derecho de castigar (Ferrajoli, Derecho y Razón, 1995); de igual manera se basa en la teoría de la acción, la misma que exige la persecución penal y el castigo a conductas, no a personas (Beling & Soler, 1944).

2.2.2 Fundamentación legal

Arts. 1. y 2(Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

Arts. 424 y 426(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Art. 28 (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Arts. 3, 5.1, 13 y 26 (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Art. 32 (Estatuto de Roma, 1998)

Arts. 6 y 7 (Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, R.O. 107, 2019)

2.3 Definiciones

Tabla 1. Conceptos

LEGALIDAD PENAL	
Autor	Concepto
(Beccaria, 1828, pág. 60)	“sólo el legislador en cuanto que representa a toda la sociedad unida por un contrato social puede decretar los delitos y las penas.”
(Feuerbach P. J., 1800, pág. 25)	“nullum crimen, nullapoena sine lege. No cabe establecer delito alguno sin una pena legal”
(Convención Americana de Derechos Humanos, 1969: Art. 9)	“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.”
(Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2010: Art. 7#1)	“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional”
(Ferrajoli, Derecho y Razón, 1995, pág. 35)	“la reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales”
(Código Orgánico Integral Penal, 2014: Art. 5)	“no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008: Art. 76#3)	“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza”
(Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948: Art. 11#2)	“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos”

Fuente: elaboración propia a partir de autores.

2.4. Fundamentación Teórica.

2.4.1. El principio de legalidad.

2.4.1.1. Principios fundamentales del derecho penal.

El derecho penal al ser una rama del derecho tiene principios generales propios, los principios son valores o enunciados básicos que inspiran a la creación de las normas penales, principios que se construyen en función de lo que el Estado se propone como fin del Derecho Penal, ya sea la protección o tutela de bienes jurídicos o la vigencia de la norma; dichos principios son enunciados generales sobre los cuales se construyen las normas y se pretende orientar la aplicación o los límites del ius puniendi; en nuestro caso el fin del derecho penal es la defensa o protección de bienes jurídicos, entre los cuales tenemos el principio de legalidad, igualdad, presunción de inocencia, culpabilidad, mínima intervención, etc. (Yacobuchi, 2002)

“Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta” (Ávila, 2008, pág. 24). Los principios pueden estar positivizados o no, en el primer caso deben aplicarse con prioridad ante normas oscuras o contrarias, en el caso de que no formen parte del ordenamiento normativo, se debe integrar el derecho penal, en ambas posibilidades los principios son fuentes de derecho, es decir deben estar presentes en toda argumentación.

2.4.1.2. Legalidad penal en el marco constitucional.

“Derecho Penal es el conjunto de preceptos jurídicos por medio de los cuales se determina cuándo, cómo y bajo qué condiciones previas debe alguien sufrir una pena” (Beling & Soler, 1944, pág. 1), el derecho penal está estructurado sobre la base de principios especiales, el principio de legalidad es el más importante, su función es: limitar el ejercicio del poder punitivo, por cuanto nos enseña que es lo que se va a castigar, cuál es el procedimiento para procesar a las personas responsables de conductas delictivas y la pena aplicable, es decir no se deja al arbitrio del juzgador; de igual manera del principio de legalidad se deriva la reserva de ley, la cual además de los tipos y penas, también limita al funcionario que actúa en la creación de la norma y aplicación, a adecuar sus actuaciones conforme a derecho.

Con la derrota del feudalismo, era necesaria la división de poderes, un gobierno para administrar, un órgano legislativo, y un órgano para administrar justicia, la filosofía de la ilustración y las revoluciones liberales trajeron consigo la necesidad de que la ley y no el monarca sea quienes establezcan las reglas que rigen la nueva sociedad, ley elaborada por un órgano legislativo, que recoja en sus leyes la voluntad del soberano. “Sólo el legislador en cuanto que representa a toda la sociedad unida por un contrato social puede decretar los delitos y las penas.”(Beccaria, 1828, pag. 60)

En base a este criterio iluminista en un principio se entendía que la ley es el eje sobre el cual gira la sociedad y el Estado, el órgano estatal ya sea Parlamento, Congreso o Asamblea, tenía poder absoluto en el manejo del Estado y el resto de poderes, siendo la ley lo que regulaba absolutamente todo y a falta de esta no se podía administrar justicia en casos concretos, es a lo que llamamos “legalismo”, necesario en un principio para retirar la facultad legislativa a la monarquía y que el poder esté concentrado en el órgano legislativo, pero como todo es dialéctico pasamos del Estado de derecho, al Estado social de derechos y finalmente al Estado constitucional.

Con la aparición de los Estados constitucionales, los derechos son aplicables directamente sin necesidad de ley que desarrolle el alcance y aplicación de derechos, nuestra (Constitución de la República del Ecuador, 2008: Art. 1) consagra que tenemos un modelo de Estado “constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”; los derechos se ejercen por medio de principios de aplicación, y las garantías son las herramientas para hacer efectivos los derechos mediante la judicialización de los mismos.

El garantismo solo puede existir en un Estado constitucional, el garantismo penal específicamente protege a la persona procesada una vez que el Estado empieza la persecución penal, por cuanto considera que es la parte más vulnerable de las relaciones sociales en el proceso de criminalización secundaria, dotándole de principios, derechos y garantías al procesado; entre ellas el principio de legalidad, proporcionalidad, igualdad; el derecho a la seguridad jurídica, el derecho a la defensa y las garantías procesales establecidas en la (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 76).

2.4.1.3. Legalidad en Derecho Penal.

“El principio de reserva de ley impone limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley como delitos: nullapoena sine lege, nullapoena sine crimine.” (Baratta, 2004, pág. 306). Nuestra legislación recoge los criterios del principio de estricta legalidad, esto es, *lexpraevia*, *lexcerta*, *lexstricta* y *lexscripta*; entendida este por la (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art.82) como la “existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” en derecho penal demanda la existencia de infracciones y sanciones tipificadas previo al acto; de la legalidad nace latipicidad como categoría del delito necesaria para establecer conductas donde se describen acciones y sanciones.

Tabla 2. Desarrollo Normativo

LEGALIDAD PENAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA		
Normativa	Fecha	Descripción
Código Penal	1837	“Art. 74.- Ningún juez ni tribunal podrá jamás aumentar ni disminuir las penas prescritas por la ley, ni variar, conmutar, dispensar, ni alterar en manera alguna las penas que la ley señale, ni dejar de aplicarlas en los casos respectivos” (Código Penal Ecuatoriano, 1837)
Código Penal	1871	“Art. 4.- No serán castigadas otras infracciones que las que la ley con anterioridad haya declarado punibles” (Código Penal Ecuatoriano, 1871)
Código Penal	1889	“Art. 4.- No serán castigadas otras infracciones que las que la ley, con anterioridad, haya declarado punibles” (Código Penal Ecuatoriano, 1889)
Código Penal	1906	“Art. 9.- Para que una infracción pueda ser castigada, es menester que la Ley la haya declarado punible, con anterioridad a la perpetración del hecho” (Código Penal Ecuatoriano, 1906)
Código Penal	1938	“Art. 2.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida” (Código Penal Ecuatoriano, 1938)
Código Penal	1971	“Art. 2.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida” (Código

		Penal Ecuatoriano, 1971)
Código Orgánico Integral Penal	2014	“Art. 5.1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho” (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Fuente: elaboración propia a partir de autores.

Como se observa en la tabla 2, desde 1837, el primer Código Penal ya recoge un criterio de legalidad, aunque el primer código solo habla de penas, a partir de 1871 ya se dice además de penas, infracciones previamente establecidas; más adelante se un analizará cuál era el alcance de la legalidad por cuanto el papel de los jueces era diferente en el legalismo.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), al referirse al principio de legalidad, además de infracciones y penas, se extiende también a la preexistencia de procesos penales; también en el caso de que los tipos penales deban remitirse a una norma que lo complemente, como son: los tipos penales en blanco; hace referencia a la favorabilidad penal y la aplicación de la ley penal más benigna incluso si es posterior al acto; finalmente indica que una de las categorías del delito como es la tipicidad debe describir las conductas que tienen relevancia para el derecho penal y además las penas aplicables.

2.4.1.4. Evolución Doctrinaria.

“Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, quien representa toda la sociedad unida por el contrato social” (Beccaria, 1828, pág. 21), es una de las teorías del pensamiento político ilustrado que posteriormente se consagró con base jurídica en el código de Baviera de 1813 con la máxima, “*Nullum crimen, nullum poena sine lege praevia*” atribuida a Feuerbach; el Código de Baviera inspiró a otros códigos penales de la época, pues además de la máxima expresada en el principio de legalidad, aportó con la abolición de la tortura, el procedimiento público y la prevención general negativa del delito como fin de la pena, a lo que Feuerbach denominó Teoría de la Coacción Psicológica que consiste en la abstención de cometer delitos por cuanto existe la amenaza de una pena establecida en la ley, razón por la cual el sujeto activo se abstiene de delinquir (Feuerbach, 1813).

Posteriormente, se dice que: “El Garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en el despotismo” (Ferrajoli, Derecho y Razón, 1995, pág. 90). Por cuanto se debe siempre desconfiar del poder independientemente de lo democrático que se presente un régimen, del poder estatal se espera potenciales abusos, el mismo que puede ser limitado a través de las garantías, con esto se defiende y tutela derechos subjetivos; en el mismo sentido la actuación judicial debe estar apegada en el principio de estricta legalidad anulando la arbitrariedad, la discrecionalidad debe ser evitada desde la creación de la norma a través del legislativo, mediante una reducción clara y rigurosa sancionando actos y no autores, al respecto se dice “El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho.” (Carbonell, 2019); así mismo en la aplicación no puede haber la analogía *In Malam Partem*, es decir la que perjudique al reo, ni la interpretación extensiva, lo dicho se entiende como estricta legalidad.

Ferrajoli (1995) es quien desarrolla la estricta legalidad para el garantismo penal, entre otras distinciones con la mera legalidad que realiza en su libro Derecho y Razón tenemos la siguiente:

El principio de mera legalidad, que se limita a exigir que los presupuestos de las penas estén establecidos de antemano por un acto legislativo, constituye el presupuesto elemental solo del principio de retribución, que no puede quedar satisfecho a falta de aquel; el principio de estricta legalidad, que exige además que la ley penal esté dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación en proposiciones verificables, presupone por el contrario todas las demás garantías - las penales (o sustanciales) de la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad, y las procesales (o instrumentales) de la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa, a falta de las cuales no puede quedar satisfecho (pág. 380).

Sobre ésta base se construyen las legislaciones penales modernas, esta dualidad es necesaria, mientras el principio de mera legalidad de la ilustración, exige un ley penal previa a la infracción, el principio de estricta legalidad o de taxatividad de la ley penal del garantismo, exige que debe existir claridad en la redacción de la ley,

orientado éste último deber al legislativo, y, por otro lado a la interpretación de los jueces conforme al (Código Orgánico Integral Penal, 2014: Art.13#2) que dice: “Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.”, o lo que es lo mismo la interpretación extensiva está prohibida, de igual manera manifiesta “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.” (ibídem: Art.13#3), lo que viene a ser la *Analogía In MalanPartem*.

2.4.1.5. Tipicidad.

Para la Escuela Clásica del Derecho Penal, el hombre es libre en sus decisiones y actuaciones, en base a esta libertad, elige el delinquir o no, la libertad acarrea la responsabilidad por los derechos de otros, el delito es un fenómeno natural, es el actuar externo y voluntario del hombre; el Estado interviene de forma punitiva, en un acuerdo general, en donde el hombre cede parte de sus libertades al Estado, con el objeto de que el Estado mediante la imposición de penas proteja de los delitos a los ciudadanos a través del *iuspuniendi*, delitos como entes jurídicos creados por la ley y no como fenómenos sociales. (Beccaria, 1828).

La autoridad asume el *iuspuniendi*, la forma y alcance del ejercicio del poder punitivo debe estar determinado por el derecho penal, éste a su vez se fundamenta en leyes morales superiores, tanto que no es voluntad del legislador lo que se va a legislar sino es voluntad de un orden superior, Dios; la pena cumple una función retributiva y el que hace un mal debe recibir un mal y además debe ser para prevenir el cometimiento de otros delitos; el fin del derecho penal es preventivo general, no es necesario que el poder punitivo intervenga cuando no hay derechos vulnerados ni necesidad de defensa (Carrara, 2000).

Es suma para la escuela clásica si era necesario que los tipos penales y penas estén establecidos con anterioridad al acto; posteriormente el positivismo criminológico con el desarrollo de las ciencias, hicieron que el derecho penal, el estudio del delito, de la pena y del delincuente, también necesiten un sustento científico; es así como el positivismo criminológico estudia la génesis natural del delito, asociado a las conductas del delincuente y los efectos de las penas; la antropología criminal

lombrosianos aportó que el delincuente es un anormal, con ciertos caracteres psicosomáticos que lo distinguen del resto de personas, lo que conocemos como el hombre atávico; la sociología criminal considera los factores sociales del delito, desarrolla la teoría antropológica de los tipos delictivos; se definió el delito natural y la responsabilidad (Zaffaroni, 1988).

Sobre esta base en el positivismo, el estudio central no es el delito, sino el delincuente; el delito es un fenómeno natural, humano originado por tres factores individuales, orgánicos, psíquicos y externos o sociales; la responsabilidad no es moral basado en el libre albedrío como para la escuela clásica, sino social, todo sujeto activo es responsable independientemente de su estado mental o físico, porque se antepone la sociedad; la prevención especial es prioridad, en tal virtud la duración de la pena puede ser indefinida hasta que desaparezca la “peligrosidad”, en proporción a la personalidad del delincuente en razón del delito, sobre esta base el derecho penal no es de acto sino de autor, es decir cada delincuente tiene su particularidad y por lo tanto no se puede establecer con anterioridad en la ley las características de cada uno, dejando al arbitrio del juzgador decidir sobre la peligrosidad del delincuente y la pena, es decir el principio de legalidad y la tipicidad son quebrantados (Serrano, 2017).

Posteriormente se recupera la importancia de la seguridad jurídica con el positivismo jurídico, el mismo que impuso el criterio de la exclusión de todo lo que no este positivizado en normas como parte del derecho; y, luego se impuso el positivismo ius naturalista, que considera, que además de la seguridad jurídica debe la norma tener coherencia con la realidad, para que ésta tenga un sentido material, por lo tanto es necesario que las conductas a perseguirse en materia penal sean típicas, en esta transición Beling desarrolla una teoría de la acción en base a los planteamientos naturalistas de la escuela clásica, con una estructura del delito tripartita de la acción, esto es típica, antijurídica y culpable.

Respecto de teoría del delito, Muñoz (2010) afirma que “Teoría Del Delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito” (pág. 207). Con lo expuesto se entiende que para verificar la existencia de un delito, es necesario seguir

un camino sistemático y ordenado para saber si la conducta estudiada cumple con los presupuestos de delito, es decir si es típica, antijurídica y culpable; reconociendo a la tipicidad como elemento principal en la estructura del delito, por cuanto la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad.

Se dice que “La Teoría Del Delito sirve para verificar si están dados los elementos del delito para requerir a los tribunales o jueces penales una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado”(Zaffaroni E. R., 2006, pág. 288); sin embargo éste análisis, en especial el de tipicidad, debe realizarse desde el primer momento, es decir desde la noticia criminis, en nuestro sistema por ejemplo con el archivo por desestimación de fiscalía al tratarse de situaciones conflictivas que no constituyen delito; sin embargo hay casos en los que avanza la persecución penal y efectivamente es el juzgador el último filtro para realizar un análisis de tipicidad y en general la teoría del delito sobre el caso en concreto.

2.4.2. El error de tipo.

2.4.2.1. Error.

En el Derecho Civil ecuatoriano, el error de hecho vicia el consentimiento, y al ser el consentimiento un requisito para la validez de un acto o contrato, sería una causal para la acción de nulidad; es decir: el desconocer o errar en la naturaleza del acto o contrato, el desconocer o errar sobre algún elemento sustancial del contrato o del acto, el desconocer o errar sobre el objeto del contrato son causas de nulidad por vicio del consentimiento, el Código Civil Ecuatoriano sin embargo no reconoce los errores de derecho ni el error que recae sobre la persona con quien se contrata como vicio de consentimiento (Código Civil Ecuatoriano, 2005).

Para el Derecho Penal, el error o ignorancia puede presentarse en el desconocimiento o falso conocimiento del sujeto activo, sobre uno de los elementos objetivos del tipo penal, en este caso es error de tipo; también puede haber error o ignorancia en uno de los elementos objetivos o subjetivos de alguna de las causas de justificación; o a su vez en el conocimiento de la antijuridicidad exigencia de la culpabilidad (Muñoz, Derecho penal Parte General, 2010); en el casualismo se estudiaba la imputabilidad del autor y el elemento subjetivo o psicológico a manera de dolo o culpa que lo vincula al acto a manera de culpabilidad, es ahí donde se concebía el error de hecho y el error de derecho (Beling & Soler, 1944).

Para el estudio del error de tipo, es necesario destacar la diferencia entre el error y la ignorancia, el primero según la Real Academia de la Lengua Española (2014), es un “Concepto equivocado o juicio falso” y la segunda es “falta de conocimiento”; lo que tienen en común es que ambos excluyen el dolo, por cuanto el dolo exige conocimiento y voluntad de realización de un tipo penal; el creer equivocadamente que se conoce algo se considera error como por ejemplo, el sujeto que se lleva un abrigo igual al suyo por equivocación, el elemento del tipo penal “cosa ajena” no se configura; y, la ignorancia es desconocer por completo, como cuando alguien que deja encomiendas, transporta una sustancia catalogada sujeta a fiscalización pero desconocía el elemento del tipo penal “sustancia catalogada sujeta a fiscalización”.

El error de prohibición se estudia en la culpabilidad y la excluye por cuanto si bien una conducta puede ser típica y antijurídica, el sujeto activo sabe y está consciente de lo que hace, pero cree que en su caso está justificado, la culpabilidad exige conocer que una conducta es antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico, sin embargo la presunción del conocimiento de la ley ya no existe en nuestra legislación, por lo tanto habrán casos en donde la persona ignore por cuestiones étnicas, culturales o por rusticidad del sujeto activo (Zaffaroni, 1988).

La doctrina desarrolla también, el error que recae sobre las causas de justificación, al igual que en el caso del error de tipo, habrá que analizar cada elemento objetivo de las causas de justificación para saber cuál de ellos desconocía el sujeto activo; o a su vez los elementos subjetivos (Muñoz, 2010).

2.4.2.2. Dolo.

En el derecho civil el dolo también es una causal de nulidad, por cuanto vicia el consentimiento. “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.” (Código Civil Ecuatoriano, 2005: Art.1474); “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014: Art. 26), ésta es la definición de dolo en nuestra legislación penal, no es completa ni precisa; por tanto es necesario buscar claridad en la doctrina penal.

El dolo: "es aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto." (Welzel, 1951, pág. 27); para

Donna (1995) “El autor actúa dolosamente cuando conoce el concreto tipo objetivo, y consecuentemente se dispone a realizar la acción allí descrita.” (p. 90), ambos autores finalistas coinciden en que el dolo es conocimiento y voluntad de realización del tipo penal; el representante más emblemático del funcionalismo Roxín (1979) señala: “Puede afirmarse que el dolo es la voluntad de realización de la acción con conocimiento de las circunstancias de la situación.” (pág. 118); ambas escuelas concuerdan respecto de los elementos conocimiento y voluntad.

El dolo es inherente a la mente del autor y no puede probarse, tampoco puede presumirse, solo se infiere, a través de la lógica, consecuentemente es parte de la tipicidad subjetiva; como se dijo, el dolo tiene dos elementos: “Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica.” (Muñoz, 2013, págs. 53-54), esto en cuanto al conocimiento; en cuanto a la voluntad: Zaffaroni (2009) dice:

Se encubre psicológicamente la voluntad de realización cuando no se tiene ninguna razón fundada para creer que se podrá evitar el resultado; inversamente, media un rechazo serio de esa posibilidad y, por ende, no existe voluntad realizadora cuando el agente tiene razones fundadas para creer que evitará la producción del resultado. (pág. 31).

Como se observa, conocimiento y voluntad son los elementos del dolo, en nuestra legislación penal al decir que: existe dolo cuando hay el designio de causar daño, es la voluntad de causar daño, y, la voluntad solo puede ser guiada por el conocimiento de lo que se hace; existen tres clases de dolo, el dolo directo, el dolo indirecto y el dolo eventual, en nuestra legislación no hay norma que determine en que consiste cada uno, solo se reconoce el dolo directo, si no hay dolo se deberá determinar si la conducta es imprudente, si no está tipificada la conducta como imprudente entonces no hay delito.

En el dolo directo el actor quiere que el resultado se produzca tal y como indica el tipo penal en los delitos de resultado, como por ejemplo un homicidio en el que directamente produce el resultado a la víctima o actúa conforme el tipo penal en los de mera actividad como por ejemplo en el caso de porte de drogas ilegales; en el dolo indirecto el autor no quiere una o varias de las consecuencias que produciría su

acción, pero lo ve como necesarias para su finalidad, como cuando se derriba un avión comercial en donde viajaba la persona que era el objetivo del sujeto activo, pero además se produce la muerte del piloto y otros pasajeros; en el dolo eventual que suele confundirse con la culpa consciente, el sujeto actúa, aun planteándose como probable su resultado (Zaffaroni, 2009), como en el caso de un conductor que se pasa varios semáforos en rojo de forma consciente por una apuesta.

La siguiente tabla 3, tiene como objeto ubicar el dolo en las distintas escuelas de la acción, sobre la base de un ejemplo: El joven que estudia con la luz encendida hasta altas horas de la madrugada, beneficiando a los transeúntes, pues la luz que salía por la ventana del estudiante iluminaba la calle a falta de alumbrado público, para evitar caer en la zanja de la calle en construcción, un día el joven estudiante ve por la ventana pasar a una persona no grata para él, y justo cuando su enemigo quiere saltar la zanja, el estudiante apaga la luz provocando que la otra persona caiga y se lesione gravemente.

Tabla 3. El dolo en las escuelas de la acción

Escuelas de la acción	Estudio del dolo / en el ejemplo	
Casualismo	El dolo se estudia en la culpabilidad; el causalismo entiende al delito como un mero proceso causal, la acción debe modificar el mundo exterior, a través de un movimiento corporal externo (Beling & Soler, 1944), es irrelevante si el movimiento tenía una finalidad, sólo basta con que exista una relación de causalidad haciendo una supresión mental de la causa obteniendo como resultado la no producción del efecto, es decir que cualquier acción podría ser reprimida.	En el ejemplo se suprime mentalmente la acción de apagar la luz y las lesiones no se producen por lo tanto hay un delito y el responsable es el estudiante, para el casualismo no tiene importancia si quiso o no lesionarle al otro con esa acción, solo es necesaria una relación de causalidad entre apagar la luz y el efecto que se produce.

Finalismo	<p>El dolo se estudia en la tipicidad. En el finalismo no se concibe a la acción como un movimiento voluntario causal ciego sino que además debe tener una finalidad (Welzel, 2004); es decir que no toda causa debe ser imputada al autor sino solamente la que tuvo la finalidad de adoptar su conducta a los tipos penales; es por eso que en el finalismo el dolo se estudia en la tipicidad, por cuanto no basta que exista una relación de causalidad entre acción y resultado, sino que además el agente quería que se produzca un resultado lesivo de los que están tipificados como delitos.</p>	<p>En el ejemplo el joven estudiante a más de apagar la luz con un movimiento corporal, además de que existe una relación de causalidad, quiso causar daño con su acción por lo tanto sería responsable de lesiones.</p>
Funcionalismo Moderado	<p>El dolo se estudia en la tipicidad. Para el funcionalismo moderado el dolo de igual manera se considera como en el finalismo el conocimiento y voluntad de la realización de un tipo penal (Roxin, 1979).</p>	<p>En el ejemplo el joven estudiante a más de apagar la luz con un movimiento corporal, además de que existe una relación de causalidad, quiso causar daño con su acción por lo tanto sería responsable de lesiones.</p>
Funcionalismo Radical	<p>El dolo es irrelevante si se cumple el rol. En el funcionalismo radical se estudia a la persona como objeto de derechos y obligaciones y a los roles como una especie de engranaje dentro de la maquinaria llamada sociedad, el rol está condicionado a normas las mismas que de ser violentadas, es decir el</p>	<p>En el funcionalismo el joven estudiante ejerce su legítimo derecho a estudiar y sin salirse de su rol de estudiante, apaga la luz sin tener la obligación de mantenerla encendida por cuanto sobre quien recae la obligación de prestar un servicio de alumbrado público es sobre la autoridad de obras públicas, en tal</p>

	<p>no mantenerse en el rol vulnera la vigencia de la norma y por lo tanto el derecho penal puede actuar en contra de este ciudadano sin limitación alguna a lo que se llama “derecho penal del enemigo”; el dolo no tiene relevancia si una persona se mantuvo en su rol aun con el designio de causar daño (Jakobs, 1996).</p>	<p>virtud no habría delito ni responsabilidad; la acción causal y el dolo no son considerados, sino únicamente el apego a la norma.</p>
--	---	---

Fuente: elaboración propia a partir de autores.

2.4.2.3. El error de tipocomo excluyente del dolo.

"Las eximentes de la responsabilidad criminal son las circunstancias que eliminan uno de los elementos esenciales de la infracción penal" (Zaffaroni, 1988, pag. 15); al ser el dolo un elemento esencial dentro de la estructura finalista del delito, tiene como eximente al error de tipo.

En nuestra legislación se toma del finalismo y del funcionalismo, el dolo y la imputación objetiva respectivamente para diferenciarse de entre las escuelas de la acción; se toma conceptos de dos escuelas cada uno aplicable a casos concretos; desde Beling hasta la actualidad se reconoce a la tipicidad como un elemento constitutivo del delito, según nuestra ley (Código Orgánico Integral Penal, 2014: Art. 25) se dice que “los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”, el legislador crea tipos penales de manera general empleando terminología simple, comprensible y que abarque la mayor cantidad de conductas posibles en un tipo penal *abstracto*.

En el finalismo el dolo se ubica en la tipicidad, específicamente en la tipicidad subjetiva; el error de tipo excluye el dolo, por cuanto: “La teoría del error es la teoría del dolo a la inversa. Si el autor yerra sobre una circunstancia de hecho objetiva abarcada por el dolo, que pertenece al tipo de injusto, entonces se excluye el dolo” (Welzel, Derecho Penal Parte General, 1956, pág. 82), en la práctica corresponde al juzgador revisar la tipicidad objetiva, esto es: primero una subsunción del hecho a la

norma, luego una relación de causalidad entre la acción y el resultado, luego un análisis de imputación objetiva; y, una vez comprobada la tipicidad objetiva se analiza la tipicidad subjetiva del dolo o culpa.

El error puede recaer sobre alguno de los elementos objetivos del tipo penal como por ejemplo: sobre el objeto sobre el cual recae la acción, como cuando se quiere matar al oso y se mata al hombre entre los arbustos, aquí hay error en el elemento objetivo “mate a otra” refiriéndose a una persona y no a un animal; el error además puede recaer sobre la relación de causalidad, como cuando se quiso lesionar pero la víctima muere por otra causa ajena a la lesión producida, en este caso además es necesario hacer un análisis de imputación objetiva no solamente una relación de causalidad, como por ejemplo: el hospital se incendia y se muere la persona lesionada a causa del incendio (Muñoz, 2010).

Es irrelevante el error in persona como cuando se quiere matar a Juan y se mata a Pedro, por cuanto el tipo penal no establece cualidades del sujeto pasivo, “la persona que mate a otra” es un sujeto pasivo indeterminado; es irrelevante también el dolus generalis, como cuando el autor piensa que ha matado a su víctima pero se muere después a causa de dejarla abandonada, o sobre las desviaciones inescenciales como cuando se dispara a matar pero la muerte se produce días después a causa de la gravedad de las lesiones (Muñoz, 2013).

Para determinar si el sujeto actuó con dolo el juez debe inferir, pues, saber el pensamiento del sujeto al momento que comente el delito no es posible; en nuestra legislación la presunción de dolo no existe, y el juez debe valorar cada hecho para saber si se actuó o no con dolo, en especial cuando hay delitos en grado de tentativa, como cuando el sujeto activo le dispara a otro diez veces en partes vitales del cuerpo, y la víctima sobrevive; no puede juzgársele por lesiones, sino por asesinato en grado de tentativa.

En suma, cuando el sujeto no conoce lo que hace actúa con error o desconocimiento, en el caso anterior, si el que dispara es un cazador del bosque y piensa que la víctima es un oso entre los arbustos, le causa la muerte pero desconocía el elemento “persona” del tipo penal de homicidio, al no verificarse el dolo un elemento esencial en los delitos, queda la infracción a un deber objetivo de cuidado, siempre que esté

contemplada la conducta como infracción culposa, de no ser así se excluye el dolo por error de tipo invencible; “el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo.” (Muñoz, 2010, pág. 275).

El error invencible es aquel que aún con la debida diligencia del autor, a éste le es imposible salir del error, es decir, cuando el sujeto ha hecho todo lo que esté a su alcance para apreciar la realidad típica objetiva y aun así no le ha sido posible, como cuando el autor conoce a la víctima en un lugar donde solo se admiten a mayores de edad, con la respectiva presentación de la cédula de ciudadanía y además fisiológicamente la menor aparenta ser mayor de dieciocho años, quien además miente sobre su edad y se hace pasar por mayor de edad, cuando en realidad tiene 13 años, además los amigos del sujeto activo le cuentan que antes ellos ya tuvieron relaciones sexuales con la víctima; se excluye el dolo en el delito de violación por cuanto el error recae sobre el elemento objetivo del tipo penal “menor de 14 años”.

En cambio, el sujeto incurre en un error vencible cuando no ha empleado la debida diligencia para conocer la realidad típica objetiva, en el ejemplo del párrafo anterior, si la menor por ejemplo no aparenta físicamente la edad que dice tener y el sujeto desconocía sobre la actividad sexual de la víctima con sus colegas, pero concurren el resto de circunstancias.

2.4.3. El principio de legalidad y el error de tipo.

2.4.3.1. Integración del derecho penal.

El legislador es una persona que realiza un trabajo y como cualquier otra, está sujeto a errores, inconsistencias e inexactitudes en su labor legislativa; la integración del derecho es una herramienta con la que el juez cuenta para dar solución a determinados problemas que se ponen en su conocimiento, ante lagunas jurídicas o axiológicas; como consecuencia de la falta de técnica legislativa al redactar la ley penal, el legislador deja fuera de lo punible lo que se propuso castigar (infra inclusión) al respecto Mir (1994) expresa lo siguiente:

El principio de legalidad [...] es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Ello exigiría un casuismo excesivo de las figuras

delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos. Por grande que fuera el casuismo, que haría a los Códigos penales sumamente farragosos, nunca podría el legislador comprender la rica variedad de los hechos que ofrece la vida real. (pág. 178).

O al contrario puede ampliar lo punible en conductas que al momento de redactar la ley no tenía la intención de que sean castigadas (sobre inclusión) consecuencia de una redacción genérica de la ley; así mismo puede dejar sin regular asuntos que debían ser regulados; el principio de legalidad en materia penal exige la preexistencia de tipos penales, penas y procedimientos; pero cuando no hay taxatividad o ley aplicable, y, el juez debe resolver por el principio de *non liquet*, le corresponde actuar como intérprete e integrador del derecho, o continuador del derecho como lo llama Zippellius (1994) citado en Baldó (1997), quien declara que:

La función que despliega este desarrollo continuador del Derecho consiste en precisar, complementar y corregir el Derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas o allí donde las leyes presentan incompletudes que requieren ser colmadas. (pág. 362).

El Juez puede integrar el Derecho, buscar soluciones en la doctrina y en los principios generales del derecho (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009); sin embargo nada se dice sobre la analogía *In Bonam Partem* o analogía favorable, ni sobre la utilización de otras ramas del derecho como métodos de integración. En materia penal el juez debe interpretar la ley restrictivamente, y la prohibición hacia los jueces de integrar el derecho a través de la analogía *In Malam Partem* analogía desfavorable (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En suma, la integración del derecho para aplicar eximentes, justificantes, exculpantes y atenuantes de la conducta creadas por el juez, a partir de la analogía *In bonam partem*, de la aplicación de otras ramas del derecho, sería una norma válida aunque no obligatoria; por otro lado la integración del derecho para aplicar eximentes, justificantes, exculpantes y atenuantes de la conducta creadas por el juez, a partir de la doctrina y de los principios generales de derecho es vinculante.

Como ya se dijo, la integración del derecho es una herramienta; y, la analogía, la doctrina, los principios generales y la aplicación de otras ramas del derecho, son los

métodos para integrar el derecho; es decir la herramienta es el qué y los métodos son el cómo.

La interpretación en cambio es una herramienta la cual consiste en darle sentido a la ley que por cualquier razón carece de taxatividad, es obligatorio para el juez en el garantismo la interpretación de la norma en cada caso concreto, debe ser siempre favorable al reo, independientemente del método que se utilice, ya sea gramatical, histórico, teleológico, sistemático, etc., debe ser de manera restrictiva, es decir que no puede para aumentar la punibilidad y además tal interpretación debe apegarse al texto constitucional.

2.4.3.2. Métodos para integrar el derecho

Por analogía se puede crear causas de exclusión, justificación y exculpación no contempladas en la ley a efectos de dar sentido al ordenamiento jurídico que se considera íntegro; para ello el juzgador debe hacer uso de este método de integración del derecho; en el caso del error de tipo se encontraría un argumento válido en el concepto de dolo del Código Orgánico Integral Penal (2014), el designio de causar un daño; y, en la ausencia del error de tipo como ley, análogamente habría que decir que o bien se desconocía lo que se estaba haciendo, o bien se tenía un falso conocimiento; en la práctica, no se sancionan conductas, por ausencia de dolo, pero el fundamento es que al no existir dolo no hay delito, por ser un elemento esencial del delito.

Al respecto Bacigalupo (1996) dice lo siguiente:

Un amplio consenso científico estima que la prohibición de la analogía sólo rige cuando se trate de la llamada analogía *in malam partem*, es decir, lo que resulte extensiva de la punibilidad. La analogía *in bonam partem*, por el contrario, estaría legitimada en la interpretación de la ley penal. Por tanto, una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable. (pág. 35)

Debo insistir que la analogía no está permitida, pero de manera específica nuestra legislación prohíbe usar la analogía para crear tipos penales, agravar las penas, circunstancias agravantes o en suma, lo que prohíbe es la analogía *In*

MalamPartempor mandato del artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal (2014).

Otro método de integración del derecho reconocido por la legislación ecuatoriana es la doctrina, la misma que no deberá ser contradictoria a lo normado y tampoco deberá suplir a la jurisprudencia o normas de carácter vinculante expedido por los órganos competentes por ejemplo las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador o las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador; la doctrina que se deberá tomar en cuenta es la finalista para el estudio del error de tipo; Muñoz (2013) dice: “La gran aportación de la teoría final de la acción consistió en demostrar que la acción u omisión subsumible en el tipo, no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal dirigido por la voluntad hacia un fin” (pág. 51).

Finalmente a falta de ley se puede aplicar el principio como método de integración del derecho, tenemos una amplia gama de principios que se encuentran establecidos en la constitución e instrumentos internacionales, en materia penal; en el Código Orgánico Integral Penal encontramos principios procesales en el artículo 5; a falta de ley se aplica el principio, como cuando una parte alega sin sustento material o prueba y la otra parte se da por probada, también puede ser el reconocimiento de un derecho de la otra parte, o el no hacer uso de un derecho por evitar abusar del derecho, la ley dice que se debe actuar con buena fe y lealtad procesal pero no establece cada caso en los que se aplica, en todos los casos señalados se invocaría el principio de buena fe y lealtad procesal.

2.4.3.3. La jurisprudencia.

La jurisprudencia es unaherramienta interpretativa del derecho, que consiste en la obligatoriedad de los jueces de aplicar un criterio emitido por jueces nacionales de triple reiteración sobre un mismo punto del derecho, previo a la aprobación expresa o tácita del Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, máximo órgano de interpretación de la ley ordinaria; se hace necesaria la jurisprudencia ante la oscuridad de la ley; en ese sentido el (Código Orgánico Integral Penal, 2014: Art.182) dice: “La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración [...]”.

Existe un precedente jurisprudencial del año 2013, el mismo que por haberse expedido antes de la vigencia del COIP no tendría efecto, en su momento se encontraba vigente el Código Penal de 1971, recordemos que en nuestro anterior Código Penal causalista se estudiaba al dolo en la culpabilidad, se presumía el dolo, por cuanto invertía la carga de la prueba para demostrar la ausencia de ésta figura. “Repútanse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario” (Código Penal Ecuatoriano, 1971: Art. 33) en esas circunstancias no se podía alegar error de tipo; y, de igual manera se presumía el conocimiento de la ley. “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” (*Ib Idem*: Art. 3).

El precedente fue expedido mediante resolución No.: 334-2013 (Sala Penal CNJ) del 12 de marzo de 2013, dentro del Juicio No.: 636-2011 publicado en un libro de recopilación de jurisprudencia por la Corte Nacional de Justicia (2013) y dice lo siguiente:

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 o 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.

ERROR DE PROHIBICIÓN: Consiste en el poco conocimiento del autor sobre una conducta típica o la antijuricidad 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. Este tipo de error no está contemplado en nuestra legislación, y de aplicarse contravendría norma expresa, resultando inconstitucional. (pág. 366)

Concluye manifestando que no es aplicable por no estar el error contemplado en la legislación penal.

2.4.3.4. Reformas al Código Orgánico Integral Penal de 17 de diciembre del 2019.

En el primer anteproyecto del Código Orgánico Integral Penal se consideró al error de tipo y de prohibición, pero en el último debate los legisladores retiraron dichas figuras, con el argumento de que existiría impunidad ya que todos invocarían que desconocían lo que hacían o que ignoraban que su conducta era antijurídica respectivamente, o el argumento de que no estamos preparados para implementar estas figuras y desencadenaría en abusos por parte de los jueces, aún así en el Código Orgánico Integral Penal, se estudiaba al dolo en la tipicidad, siendo éste un aporte del finalismo, en febrero del año 2014 se aprobó en COIP y el 10 de agosto del 2014 entró en vigencia.

La presente investigación se realizó en la transición entre la falta de norma del error de tipo como excluyente del dolo con el COIP, y la implementación en la legislación penal del error de tipo el 24 de diciembre del 2019 por la Asamblea Nacional del Ecuador; el pensamiento de un sector de la comunidad académica y algunos profesionales del derecho es que no se puede aplicar mientras no se encuentre legislado; otro grupo mayoritario tiene el criterio de que solo podía ser aplicado integrando el derecho penal, en las formas que se han estudiado en éste trabajo.

El 24 de diciembre del 2019 la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal introduce al error de tipo en la legislación ecuatoriana, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 107 (2019) y dice lo siguiente:

Artículo 6.- Sustitúyese el artículo 26 por el siguiente texto:

“Artículo 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.

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 7.- Agregase a continuación del artículo 28 un artículo con el siguiente texto:

“Artículo 28.1.- Error de tipo. No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal.

Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe.

El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces.” (pág. 3)

Como se observa, en las reformas se hace mención en el concepto de dolo, a los dos elementos: conocimiento y voluntad, en contraste con el concepto de dolo que aún está vigente del art. 26, que es demasiado genérico que a criterio de García (2014) dice:

[...] en su formulación existen errores de bulto, como la anacrónica definición de dolo o la exclusión de los errores de tipo y prohibición, que son consecuencia necesaria de la estructura dogmática que guía al COIP. Si el dolo tiene un elemento cognitivo (conocimiento), es obvio que debe regularse lo que sucederá si este es incompleto o no existe (error de tipo vencible e invencible) (pág. 657).

Sin embargo aún no está en vigencia, por cuanto la Disposición Final de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal dice: “La presente Ley entrará en vigencia en ciento ochenta días a partir de su publicación en el Registro Oficial”(Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, R.O. 107, 2019, pág. 23)

Se deben seguir considerando incluso después de que entren en vigencia las reformas del COIP, disposiciones doctrinarias complementarias, por cuanto no se incluyeron en el paquete de reformas, como por ejemplo si hay dolo directo, dolo indirecto o dolo eventual, la culpa consciente y culpa inconsciente; además criterios previos al análisis del dolo y el error dentro de la tipicidad, como por ejemplo los criterios de imputación objetiva y otras figuras como el error en las causas de justificación, y la analogía *In bonam partem*.

Capítulo III

METODOLOGÍA

3.1 Enfoque

El enfoque de la presente investigación es cualitativo el mismo que guarda concordancia con el recomendado por la Universidad Técnica de Ambato, y en general con las Ciencias Sociales.

El tema planteado tiene un enfoque cualicuantitativo porque incluye las características del enfoque cualitativo en cuanto a la interpretación de todo el contexto dogmático y al enfoque cuantitativo en cuanto a la recolección de datos e información.

3.2 Modalidad básica de la investigación (Bibliográfica, de campo, Estudio Comparado)

La modalidad de la investigación es de campo y bibliográfica-documental.

Investigación documental: “La investigación documental es la búsqueda de una respuesta específica a partir de la indagación en documentos.”(Paz, 2014, pág. 12)

Investigación de campo: Permite recolectar información en base al contacto directo con el objeto de investigación.

Paz (2014) dice: “Las técnicas específicas de la investigación de campo, tienen como finalidad recoger y registrar ordenadamente los datos relativos al tema escogido como objeto de estudio.” (pág. 12).

La observación y la interrogación son las principales técnicas que usaremos en la investigación.

3.3 Nivel o tipo de investigación

El nivel que se plantea en la presente investigación es el exploratorio, descriptivo y asociativo.

Los estudios exploratorios según Sampieri (2018): “Se emplean cuando el objetivo consiste en examinar un tema poco estudiado o novedoso.” (pág. 91)

La investigación es descriptiva porque: “Busca especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población.” (Sampieri, 2018, pág. 92)

Es correlacional o asociativa por cuanto: “Asocian variables mediante un patrón predecible para un grupo o población.” (Sampieri, 2018, pág. 93)

Capítulo IV

ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1 Análisis descriptivo y/o inferencial de los datos obtenidos.

Se entrevistó a un Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en Riobamba, un Jurista especialista en teoría del delito y Docente Universitario, a una Servidora Pública del sistema penitenciario especialista en Derecho Penal, a una Fiscal de la ciudad de Cuenca; y a un Abogado penalista en libre ejercicio, obteniendo los siguientes resultados:

Dr. Franklin Ocaña Vallejo-Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en Riobamba y Docente Universitario.

1. ¿Cuál es el papel del juez respecto del principio de legalidad en el garantismo penal?

En un Estado Constitucional de Derechos el principio de legalidad no solamente se limita a proteger garantías sino derechos establecidos en normas convencionales y constitucionales, el papel es garantizar derechos.

2. ¿Considera que un Juez puede aplicar como parte de su motivación algún concepto, principio o dogma que no está establecido como norma?

Si puede hacerlo, aplicar un principio, por su papel garantista, hay jueces que son legalistas o positivistas, pero un juez garantista si debe hacerlo, aplicar otras normas que no estén en el derecho positivo, eso nos garantiza el art. 11 de la Constitución de la República.

3. ¿Conoce Usted, qué es el error de tipo en el derecho penal? Señale un ejemplo.

Si se ha hablado sobre el error de tipo en el derecho penal con mis alumnos, el acto debe ser típico antijurídico y culpable, las personas cometen el delito con conocimiento, de lo que en el tipo está establecido, hay error cuando la persona desconoce la tipicidad objetiva, si no hay conocimiento y voluntad de lo que está establecido en la norma, la infracción no es típica.

Una señora analfabeta se embarca en un bus y otra persona le dice lléveme el canasto, y se encuentra con un kilo de droga, desconoce el elemento del tipo penal de tráfico de que es una sustancia ilegal.

4. ¿Podría indicarnos si al no estar contemplado el error de tipo en la legislación ecuatoriana podría ser aplicado por un juez?

Si se podría aplicar, un ex estudiante de la UNACH que esta de Juez de Babahoyo, Luis Velastegui, aplicó el error de tipo, en un caso de violencia sexual, la víctima le dijo que tenía 18 años, se aplicó el error de tipo, porque no necesitamos una ley, según la doctrina hay error de tipo y la jurisprudencia establece el elemento dolo, en el COIP también se explica el dolo.

5. ¿Usted considera que es acertada la incorporación del error de tipo en la legislación ecuatoriana?

Es acertado, es positivo.

6. ¿Usted considera que es necesario detallar en la legislación los tipos de dolo?

Para un aspecto didáctico el dolo indirecto y el dolo eventual no se especifican en las reformas.

Dr. Mauricio Enrique Pacheco - Jurista experto en teoría del delito y Docente Universitario.

1. ¿Cuál es el papel del juez respecto del principio de legalidad en el garantismo penal?

El principio de legalidad es el principio más fundamental del derecho penal, herencia de la revolución francesa y el iluminismo; es la garantía de que todos sean penados y juzgados con una ley previa, cierta y clara antes de la comisión del delito y tiene una connotación en los tipos penales, procedimiento y un conjunto de garantías.

El papel del juez es someterse a lo que dice estrictamente la ley cuando cumple con la condición de que es cierta, clara y cumple con el principio de proporcionalidad.

2. ¿Considera que un Juez puede aplicar como parte de su motivación algún concepto, principio o dogma que no está establecido como norma?

Por su puesto, ningún Código Penal tiene establecido todos los tipos penales, sería una biblia, la doctrina es una fuente del Derecho Penal y en las sentencias es obligatorio invocar a juristas doctrinarios conforme el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial que indica en caso de ausencia de ley, obscuridad o deficiencia normativa la obligación de acudir a la doctrina y no cualquier tipo de doctrina, sino a las más concurridas, universales y acordes a la época.

3. ¿Conoce Usted, qué es el error de tipo en el derecho penal? Señale un ejemplo.

El dolo es el conocimiento para cumplir un tipo penal; en nuestra legislación no se establece una diferencia entre dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual, lo que establece nuestra legislación es el dolo directo, el cual es el designio de causar daño.

Si bien es cierto no estaba especificado en el Código Orgánico Integral Penal el error de tipo es el desconocimiento de uno de los elementos del tipo objetivo, es la ausencia de dolo específicamente, en suma la falta de dolo es igual al error de tipo.

4. ¿Podría indicarnos si al no estar contemplado el error de tipo en la legislación ecuatoriana podría ser aplicado por un juez?

Si se podría aplicar por medio de la doctrina.

5. ¿Usted considera que es acertada la incorporación del error de tipo en la legislación ecuatoriana?

Si era necesario y la diferenciación que se hace, el error invencible con el cual cualquier tipo de esfuerzo no es suficiente para salir del error; y el vencible con el cual hay culpa si está legislado un tipo penal culposo para esa conducta.

6. ¿Usted considera que es necesario detallar en la legislación los tipos de dolo?

Sí, siempre y cuando existan consecuencias de la norma que se considere dolo directo, indirecto y eventual.

Mgs. Valeria Vicuña Pozo – Coordinadora del Centro de Detención Provisional de Riobamba y Magíster en Derecho Penal.

1. ¿Cuál es el papel del juez respecto del principio de legalidad en el garantismo penal?

El principio de legalidad es un imperativo en el cumplimiento estricto de la norma.

La Constitución de la república indica que todos los jueces son garantistas de derechos eso no significa que van a trascender los parámetros de legalidad más bien que en aplicación de principio de legalidad se deben realizar acciones que vayan encaminadas al cumplimiento de los derechos, constitucionales.

2. ¿Considera que un Juez puede aplicar como parte de su motivación algún concepto, principio o dogma que no está establecido como norma?

Si por su puesto, en este caso si es indispensable la aplicación de principios, si las partes no invocan la norma ellos la aplican en base al IuraNovit Curia, si no esta clara la interpretan y si no hay norma tranquilamente puede aplicar doctrina o la analogía favorable.

3. ¿Conoce Usted, qué es el error de tipo en el derecho penal? Señale un ejemplo.

En el derecho penal tenemos al error de tipo como una causa de exclusión de la tipicidad que significa que un ciudadano ha desconocido el dolo de su actuar; en este caso una forma de exclusión del dolo seria, el señor que de un perchero se lleva un abrigo similar al suyo no comete un delito por cuanto faltaría el elemento del tipo penal “cosa ajena”.

4. ¿Podría indicarnos si al no estar contemplado el error de tipo en la legislación ecuatoriana podría ser aplicado por un juez?

Sí, claro los jueces no deben actuar solo en función de la legalidad, sino también las fuentes del derecho y una de ellas es la doctrina.

5. ¿Usted considera que es acertada la incorporación del error de tipo en la legislación ecuatoriana?

Si y no solo el error de tipo, algunas figuras jurídicas que son perfectamente aplicables y que constan como vacíos jurídicos y al existir vacíos legales crean inseguridad jurídica.

6. ¿Usted considera que es necesario detallar en la legislación los tipos de dolo?

Sí, claro debería especificarse el dolo de primera clase, dolo de segunda clase y dolo eventual.

Mgs. Carolina Ruiz Abad – Fiscal de Cuenca.

1. ¿Cuál es el papel del juez respecto del principio de legalidad en el garantismo penal?

En aplicación del bloque de constitucionalidad la aplicación de la normativa internacional y de fuentes de derecho que convenga al reo.

2. ¿Considera que un Juez puede aplicar como parte de su motivación algún concepto, principio o dogma que no está establecido como norma?

Si en especial el error de tipo que es el que ataca a la tipicidad subjetiva, y puede ser vencible e invencible por medio de la doctrina.

3. ¿Conoce Usted, qué es el error de tipo en el derecho penal? Señale un ejemplo.

El dolo es el conocimiento y la voluntad de causar daño, si no se conoce no hay dolo y por tanto hay error, Ejemplo matar a otro sin saber que es persona sobre quien recae la acción.

4. ¿Podría indicarnos si al no estar contemplado el error de tipo en la legislación ecuatoriana podría ser aplicado por un juez?

Sí, claro; el error de tipo ha sido incorporado en la legislación ecuatoriana en las últimas reformas al COIP de diciembre 2019, pero aun no están vigentes.

5. ¿Usted considera que es acertada la incorporación del error de tipo en la legislación ecuatoriana?

Si es acertada.

6. ¿Usted considera que es necesario detallar en la legislación los tipos de dolo?

Si es necesario detallar para evitar la aplicación de la norma de manera antojadiza

1. ¿Cuál es el papel del juez respecto del principio de legalidad en el garantismo penal?

El principio de legalidad consiste en que los operadores de justicia tienen que aplicar las penas establecidas para cada tipo penal y solo para esos delitos.

2. ¿Considera que un Juez puede aplicar como parte de su motivación algún concepto, principio o dogma que no está establecido como norma?

Considero que el juez está obligado a aplicar cualquier norma que no esté establecida en el Código por cuanto toda resolución tiene que basarse en doctrina, jurisprudencia, etc.

3. ¿Conoce Usted, qué es el error de tipo en el derecho penal? Señale un ejemplo.

El error de tipo sería cuando el sujeto actúa sin conocer uno de los elementos objetivos en el tipo penal, como por ejemplo cuando una persona está en el bosque y dispara pretendiendo cazar un venado, cuando en realidad entre los arbustos dispara a una persona.

4. ¿Podría indicarnos si al no estar contemplado el error de tipo en la legislación ecuatoriana podría ser aplicado por un juez?

Si se puede.

5. ¿Usted considera que es acertada la incorporación del error de tipo en la legislación ecuatoriana?

Considero que sí por cuanto es un elemento que excluye la tipicidad subjetiva.

6. ¿Usted considera que es necesario detallar en la legislación los tipos de dolo?

Considero que no pues al no detallar hay amplitud en la impunidad.

4.2 Interpretación de los datos obtenidos.

De las personas que fueron entrevistadas, a la primera pregunta sobre el principio de legalidad y el juez en el garantismo, todos coinciden en que el principio de legalidad es la aplicación de normas, con apego a la constitución y al bloque de constitucionalidad, en materia penal los delitos y penas y el papel del juez gira en

torno a la protección de derechos y garantías y a la aplicación del principio de legalidad.

A la segunda pregunta, sobre la aplicación judicial de conceptos, principios o dogmas no establecidos en la ley, todos respondieron afirmativamente, el juez si puede aplicar, ya sea que utilice principios, doctrina o jurisprudencia; solo una persona hizo referencia a la analogía *In bonam partem*.

La tercera pregunta fue también afirmativa, para todos el error consiste en desconocer los elementos objetivos del tipo penal y por lo tanto excluir el dolo, todos han citado ejemplos que tiene que ver con la realidad.

A la cuarta pregunta, sobre la aplicación judicial del error sin que este vigente, todos respondieron afirmativamente, el juez si puede aplicar, en relación con la segunda pregunta.

A la quinta pregunta, sobre si es acertado la incorporación del error de tipo, todos respondieron afirmativamente, para evitar que se aplique a discreción del juez.

Finalmente, a la última pregunta, de si es necesario detallar en la ley los tipos de dolo, cinco respondieron que si, ya sea para fines didácticos, también para evitar la aplicación antojadiza como con el error, para diferenciar las clases, y otro respondió que no es necesario porque mientras sea uno solo hay más impunidad.

Con lo expuesto queda demostrada la hipótesis que se estructuraba sobre la idea de que: la aplicación judicial del error de tipo, no afecta el principio de legalidad en el derecho penal ecuatoriano, siendo necesaria su aplicación incluso antes de que entre en vigencia la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal de diciembre del 2019, dicho esto por personas entendidas en el Derecho Penal de cada sector del Sistema Penal; se hace importante incluir a la analogía *in bonam partem* como método de integración del derecho además de los ya establecidos, para suplir las deficiencias normativas o axiológicas.

Capítulo V

PRODUCTO FINAL

5.1 Conclusiones.

El principio de legalidad tiene una connotación diferente en el Derecho Penal a diferencia de las otras ramas, no solo exige la existencia previa de ley que regule al acto o a la pena o lo que es lo mismo la irretroactividad de la ley (*lex praevia*), es necesario también que los enunciados sean precisos y que tengan coherencia con la realidad, es decir un sentido material, así mismo debe contar con una técnica legislativa que no le de lugar a sobreinclusiones, es decir que se castiguen conductas que en la mente del legislador no quisieron ser alcanzadas por el poder punitivo (*lex, stricta, lex scripta, lex certa*).

El juez tiene un papel fundamental en el garantismo penal, en nuestra Constitución existen abundantes derechos y garantías, de directa e inmediata aplicación, al igual que los instrumentos internacionales; nuestro Código Orgánico Integral Penal reconoce el derecho penal mínimo y los derechos y garantías constitucionales como guía, reconoce principios procesales y la estricta legalidad a manera reglas interpretativas; en esas circunstancias deducimos que el Estado Constitucional hace posible un sistema garantista en materia penal, en el garantismo el juez le da vida a las normas, es un intérprete e integrador del derecho, tiene la obligación de administrar justicia por el *non liquet*.

Nuestra legislación toma de la escuela finalista de la acción la doctrina para elaborar la estructura del delito, así tenemos elementos constitutivos del delito como son: la conducta en su modalidad activa u omisiva, la tipicidad objetiva y subjetiva, la antijuridicidad formal y material y la culpabilidad; en la tipicidad se estudia el dolo como elemento esencial en la tipicidad subjetiva, esto constituye un aporte del finalismo, por cuanto en la escuela causalista de la acción se estudiaba en la culpabilidad; el dolo pertenece a la tipicidad por cuanto debe existir voluntad guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo al momento de realizar la acción, es decir a falta de conocimiento no hay tipicidad por ausencia de dolo, o lo que es lo mismo, hay error de tipo.

En nuestra legislación hasta el 24 de diciembre del 2019 no se incorporaba el error de tipo como causal de exclusión del dolo, aún no esta vigente por cuanto la Disposición Final de la Ley Reformatoria al COIP dispone de un plazo de 180 días; esto no quiere decir que el error de tipo, de prohibición y otras causas de exclusión, justificación, exculpación y atenuantes no puedan ser aplicadas si aun no tienen vigencia o no están legisladas; el juez debe integrar el derecho con los métodos que el legislador le pone a disposición contempladas en el art. 28 del COFJ, esto es: los principios generales del derecho y la doctrina; además la analogía *in bonam partem* que si bien no está reconocida en este articulado como método para integrar el derecho, tampoco está prohibida; lo que prohíbe el COIP en su art. 13 es la analogía *in malam partem*, sin afectar de ninguna manera el principio de legalidad.

Las reformas al COIP del 24 de diciembre, Suplemento del Registro Oficial No 107 (2019) solo confirman que nuestra teoría del delito es finalista, aún sin estar en vigencia debería ser aplicado por los jueces, la falta de activismo judicial y el desconocimiento de las herramientas argumentativas con la que cuenta, así como la falta de conocimiento en la metodología jurídica hacen posible que aún existan jueces legalistas, que esperan que todo esté legislado; desconociendo su papel de intérprete e integrador del derecho; de ésta forma el error de tipo es aplicado por un sector y por otro no; pero más grave aún es que los abogados defensores piensen que no se puede aplicar si algo que le beneficia a su cliente no está legislado o en el caso del error de tipo aun no está vigente .

5.2 Recomendaciones

Incluir en el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 28 además de los señalados en la norma, a la analogía *in bonam partem* en materia penal como método de integración del derecho.

Incluir en el Código Orgánico Integral Penal la información contenida en el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, con la debida socialización al sistema penal y a la comunidad académica, del verdadero sentido del principio de legalidad en materia penal, por medio de programas de capacitación, en especial a jueces multicompetentes, quienes al conocer materia penal tienen limitaciones por el principio de especialidad.

Es necesario incluir en la legislación las clases de dolo que hay en la doctrina finalista, por cuanto en nuestra legislación solo se describe el dolo de manera general; en el caso del dolo eventual por ejemplo suele confundirse con la culpa, esto con fines didácticos y además por ser fieles a la línea finalista que el COIP adoptó; también es necesario incluir a la imputación objetiva como requisito previo al análisis del dolo.

5.3 Desarrollo del producto

5.3.1. Nombre del producto

Proyecto de Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal; con la cual se amplía el contenido del artículo al artículo 5.1, art. 25 y art. 26 del Código Orgánico Integral Penal.

5.3.2 Objetivo general del producto

Elaborar el proyecto de Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal que presentara la Comisión Legislativa respectiva al pleno de la Asamblea Nacional, para la reforma del Código Orgánico Integral Penal con la cual se amplía el contenido del artículo al artículo 5.1, art. 25 y art. 26 del Código Orgánico Integral Penal.

5.3.3 Objetivos específicos del producto

- Incluir en el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 28 además de los señalados en la norma, a la analogía *in bonam partem* en materia penal como método de integración del derecho.
- Incluir en el Código Orgánico Integral Penal la información contenida en el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- Incluir en la legislación las clases de dolo que hay en la doctrina finalista, por cuanto en nuestra legislación solo se describe el dolo de manera general.
- Incluir a la imputación objetiva como requisito previo al análisis del dolo.

5.3.4 Justificación

Se justifica por cuanto el principio de legalidad tiene una connotación diferente en el Derecho Penal, no solo exige la existencia previa de ley que regule al acto o a la pena o lo que es lo mismo la irretroactividad de la ley (*lex praevia*), es necesario también

que los enunciados sean precisos y que tengan coherencia con la realidad, es decir un sentido material, así mismo debe contar con una técnica legislativa que no le de lugar a sobreinclusiones, es decir que se castiguen conductas que en la mente del legislador no quisieron ser alcanzadas por el poder punitivo (*lex, stricta, lex scripta, lex certa*) como lo establece el garantismo penal.

Se justifica por cuanto el derecho penal debe contener al poder punitivo y ese papel lo desempeña el juez en el garantismo penal, protegiendo derechos y garantías constitucionales; nuestro Código Orgánico Integral Penal reconoce el derecho penal mínimo y los derechos y garantías constitucionales como guía, reconoce principios procesales y la estricta legalidad a manera reglas interpretativas; en esas circunstancias deducimos que el Estado Constitucional hace posible un sistema garantista en materia penal, en el garantismo el juez le da vida a las normas, es un intérprete e integrador del derecho, tiene la obligación de administrar justicia por el *non liquet*.

Se justifica porque nuestra legislación debe estar integrada, debe tener coherencia y debe ser axiológicamente estructurada, se toma de la escuela finalista de la acción la doctrina para elaborar, en la tipicidad se estudia el dolo, esto constituye un aporte del finalismo; el dolo pertenece a la tipicidad por cuanto debe existir voluntad guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo al momento de realizar la acción.

Por cuanto las reformas al COIP del 24 de diciembre, Suplemento del Registro Oficial No 107 (2019) solo confirman que nuestra teoría del delito es finalista, pero aún deja algunos conceptos fuera de la legislación.

5.3.5 Antecedentes históricos

Como antecedente tenemos la Constitución del Ecuador 2008, en la cual existen abundantes derechos y garantías, al igual que en los instrumentos internacionales; nuestro Código Orgánico Integral Penal reconoce el derecho penal mínimo como Política Criminal del Sistema Penal y los derechos y garantías constitucionales como guía para todas sus actuaciones, reconoce principios procesales en su art. 5, y la estricta legalidad a manera reglas interpretativas en el art. 13; en esas circunstancias deducimos que el Estado Constitucional hace posible un sistema garantista en materia penal, en el garantismo el juez le da vida a las normas, es un intérprete e

integrador del derecho, tiene la obligación de administrar justicia por el *non liquet*; si embargo es importante reformar la ley en el sentido que amplíe libertades para evitar que quede al arbitrio del juez el incorporar causas excluyentes, justificantes, exculpatorias y atenuantes no contempladas en la ley.

5.3.6 Desarrollo del producto

Propuesta de Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal ; con la cual se amplía el contenido del artículo al artículo 5.1, art. 25 y art. 26 del Código Orgánico Integral Penal.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República declara al Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional” (Constitución de la República del Ecuador, 2008: Art. 1);

Que, la Constitución dispone que “en todo proceso en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden , como es en materia penal , se asegurará garantías y derechos que constituye n el debido proceso , tanto de la persona procesada como de las víctimas ” (Constitución de la República del Ecuador, 2008: Art. 76), en tal sentido , es obligación mejorar el texto normativo en procura de su adecuada aplicación;

Que, la Constitución, establece que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa “debe adecuar formal y materialmente las leyes y demás actos normativos a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales y los necesarios para garantizar la dignidad del ser humano.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008: Art. 76);

Que, la Constitución, señala que “es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico , y por lo tanto , las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales , caso contrario carecerán de eficacia jurídica .” (Constitución de la República del Ecuador, 2008: Art. 424);

Que, la Asamblea Nacional puede expedir, codificar, reformar o derogar leyes conforme lo establece el art. 120.6 de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales expide la presente:

LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Artículo 1.- Agrégase a continuación del artículo 5 numeral 1 un inciso con el siguiente texto:

“Los principios generales del derecho, la doctrina, la analogía favorable al reo y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del derecho penal, así como también para suplir la insuficiencia de las disposiciones legales.”

Artículo 2.- Agrégase a continuación del artículo 26 inciso 1, el siguiente texto:

“Cuando el autor no quiere una o varias de las consecuencias que produciría su acción, pero lo ve como necesarias para su finalidad, es dolo indirecto.”

“Cuando el sujeto actúa, aun planteándose como probable su resultado, responde por dolo eventual”

Artículo 3.- Agrégase a continuación del artículo 25 inciso 1, el siguiente texto:

“Para determinar que una conducta es típica, deberá además revisarse la norma extrapenal o el significado literal que definen los términos de los elementos del tipo penal objetivo, a efectos de imputarle objetivamente al sujeto activo dentro de sus deberes y obligaciones funcionales, tanto la acción como el resultado”

DISPOSICION FINAL: La presente ley tiene carácter de tiene el carácter de general y obligatoria, regirá a partir de su publicación en el Registro Oficial.

5.3.7 Conclusiones y recomendaciones

5.3.7.1 Conclusiones

El legislador no puede incorporar en las leyes que fabrica todos los supuestos de hecho que necesitan ser regulados, en esas circunstancias, es necesario aclarar en la

misma ley penal que el juez tiene un papel integrador del derecho, a efectos de no estar corrigiendo la ley cada vez que se presentan deficiencias o lagunas.

El juzgador debe cumplir su rol garantista, para ello a más de proteger los derechos y garantías constitucionales, de los instrumentos internacionales y legales, es necesario que cumpla con su papel de intérprete e integrador del derecho penal.

5.3.7.2 Recomendaciones

Se recomienda hacer un manual que tenga fuerza normativa, a efectos de que se establezcan reglas claras para la elaboración de las leyes de la república, que se cuente siempre con juristas destacados en materia penal, por cuanto es la rama que más riesgo tiene al momento de restringir libertades o garantías, por mala técnica legislativa.

El juzgador debe cumplir su rol garantista, para ello a más de proteger los derechos y garantías constitucionales, de los instrumentos internacionales y legales, es necesario que cumpla con su papel de intérprete e integrador del derecho penal, no es un simple aplicador de la ley, para el efecto se debe capacitar continuamente a los servidores judiciales.

5.4 Bibliografía

- Hulsman, L. (1984). *Sistema penal y Seguridad Ciudadana*. Paris: Editions du Centurion.
- Baratta, A. (2004). Principios de derecho penal mínimo. *Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam*, 299-333.
- Beccaria, C. (1828). *Tratado de los Delitos y las Penas*. Paris: En Casa de Rosa, Librero.
- Pacheco, M. (2015). *Los fundamentos del derecho penal en el Ecuador*. Quito: El Forum Editores.
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). Art. 9. San José, Costa Rica.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. (2010). Art. 7. Strasburgo, Francia.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Art. 76.3. Montecristi.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Art. 11.2. Ginebra.
- Código Penal Ecuatoriano. (1837). Art. 74. Ecuador.
- Código Penal Ecuatoriano. (1871). Art. 4. Ecuador.
- Código Penal Ecuatoriano. (1889). Art. 4. Ecuador.
- Código Penal Ecuatoriano. (1906). Art. 9. Ecuador.
- Código Penal Ecuatoriano. (1938). Art. 2. Ecuador.
- Código Penal Ecuatoriano. (1971). Art. 2. Ecuador.
- Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Llamuca, J. E. (2014). Violaciones constitucionales en que incurre el Código Orgánico Integral Penal al haber eliminado el error de tipo de su contenido normativo. Quito: UCE.
- Gallardo, J. P. (2018). Fundamentos para el desarrollo de la teoría del error en el Ecuador. Quito: UCE.
- Beling, E. V., & S. S. (1944). *Esquema de derecho penal*. Buenos Aires: Depalma.

- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Quito: Registro Oficial.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito, Ecuador.
- Carrara, F. (2000). *Programa del curso de derecho criminal* (Vol. 1). San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Estatuto de Roma. (1998). Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional.
- Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, R.O. 107. (2019). Quito: Registro Oficial.
- Feuerbach, P. J. (1989). *Tratado de Derecho Penal, trad. de Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Feuerbach, P. J. (1800). *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Zweiter Theil: Tasché.
- Carbonell, M. (2019). *El debido proceso en México: análisis de los artículos 14 y 16 constitucionales*. Ciudad de Mexico: Tirant Lo Blanch.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Depalma.
- Muñoz, F. (2010). *Derecho penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. R. (1988). *Tratado de derecho Penal Parte General* (Vol. V). Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni E. R., A. A. (2006). *Manual de Derecho penal. Parte General*". Buenos Aires: Ediar.
- Yacobuchi, G. (2002). *El Sentido de los Principios Penales*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma S.R.L.
- Feuerbach, P. J. (1813). *Código Penal de Baviera*. Baviera.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Zaffaroni, E. R. (1988). *Criminología, aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis.

- Serrano, A. (2017). El delito natural según Garófalo. *Revista de derecho penal y criminología*, 331-336.
- Código Civil Ecuatoriano. (2005). Quito.
- Real Academia de la Lengua Española. (01 de Octubre de 2014). Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/>
- Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: De Palma.
- Donna, E. A. (1995). *Teoría del delito y de la pena* (Vol. II). Buenos Aires: Astrea.
- Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: De Palma.
- Muñoz, F. (2013). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis.
- Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal*. Buenos Aires: B de F.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Mir, J. C. (1994). *Curso de Derecho penal español: parte general I, Introducción: Teoría jurídica del delito*. Madrid: Tecnos.
- Baldó, F. B. (1997). *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito. En Política criminal y nuevo derecho penal:(libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: Librería Bosch.
- Corte Nacional de Justicia. (12 de marzo de 2013). *Jurisprudencia ecuatoriana*. Quito: Creative Commons.
- Suplemento del Registro Oficial No 107. (2019). *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Editora Nacional.
- García, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Quito: Latitud Cero Editores.
- Paz, G. M. (2014). *Metodología de la Investigación*. Mexico: Editorial Patria.

Sampieri, R. H. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. México: McGraw Hill.

Ávila, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: V&M Gráficas.

5.5 Anexos



UNIVERSIDAD TECNICA DE AMBATO

ENTREVISTA DEL PROYECTO DE DESARROLLO, PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Después de leer detenidamente la pregunta, responda según su consideración y análisis previo:

1. **¿Cuál es el papel del juez respecto del principio de legalidad en el garantismo penal?**
2. **¿Considera que un Juez puede aplicar como parte de su motivación algún concepto, principio o dogma que no está establecido como norma?**
3. **¿Conoce Usted, qué es el error de tipo en el derecho penal? Señale un ejemplo.**
4. **¿Podría indicarnos si al no estar contemplado el error de tipo en la legislación ecuatoriana podría ser aplicado por un juez?**
5. **¿Usted considera que es acertada la incorporación del error de tipo en la legislación ecuatoriana?**
6. **¿Usted considera que es necesario detallar en la legislación los tipos de dolo?**

Nombre:

Cargo: