



**Universidad San Gregorio de Portoviejo**

**Departamento de Posgrado**

Programa de Maestría en Derecho Penal

Artículo profesional de alto nivel

**LA COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LA  
LEGISLACIÓN PENAL ACTUAL DE ECUADOR.**

**THE UNDERSTANDING OF ANTIJURIDICITY IN THE CURRENT  
CRIMINAL LEGISLATION OF ECUADOR.**

Autores: MAURICIO ANDRES CEVALLOS TRICERRI

JOSE EDUARDO BOWEN CHAVEZ

Tutor: JAVIER ANTONIO ARTILES SANTANA

Portoviejo, 2021

**Autores:** MAURICIO ANDRES CEVALLOS TRICERRI

JOSE EDUARDO BOWEN CHAVEZ

JAVIER ANTONIO ARTILES SANTANA

## **RESUMEN**

El artículo toma en cuenta el planteamiento que existe en Ecuador sobre el estado de necesidad exculpante, desde el Código Penal de 1938, hasta la legislación actual con el objetivo de analizar la evolución de la comprensión de la antijuridicidad en el Derecho Penal ecuatoriano. El legislador del 2014 proclama que nuevas tendencias del Derecho arrojarían el COIP, la investigación verifica si tal promesa se cumple en la categoría de culpabilidad, para ello se utiliza el método cualitativo en la obtención de datos mediante la observación documental. La investigación se apoya en el valor metodológico de la teoría general del delito, y el estudio analítico de la categoría de culpabilidad al objeto de establecer precisiones conceptuales sobre estructura sistémica en las causas de exclusión. El fundamento de la culpabilidad, resulta cuestionado con los avances obtenidos en las investigaciones de biología celular, el debate se extiende a las causas de inexigibilidad, ante los inconvenientes se recomienda otra forma de valorar el juicio de reproche, alternativas de exclusión de la culpabilidad donde ingresa el estado de necesidad exculpante o disculpante, en lugar de las acostumbradas causas de inculpabilidad.

Palabras clave: Antijuridicidad; culpabilidad; causas de exclusión; exigibilidad; Tipicidad.

## **ABSTRACT**

The article takes into account the approach that exists in Ecuador on the state of exculpat necessity, from the Penal Code of 1938, to the current legislation with the aim of analyzing the evolution of the understanding of unlawfulness in Ecuadorian Criminal Law. The legislator of 2014 proclaims that new trends in law would cover the COIP, the investigation verifies if such promise is fulfilled in the category of guilt, for this the qualitative method is used in obtaining data through documentary observation. The research is based on the methodological value of the general theory of crime, and the analytical study of the category of guilt in order to establish conceptual clarifications on the systemic structure in the causes of exclusion. The basis of guilt, is questioned with the advances obtained in cell biology research, the debate extends to the causes of unenforceability, given the inconvenience, another way of assessing the judgment of reproach is recommended, alternatives of exclusion of guilt where enter the state of exculpatory or apologetic necessity, instead of the usual causes of blamelessness.

Keywords: Unlawfulness; culpability; causes of exclusion; enforceability; Typicity.

## INTRODUCCIÓN

Diversos estudios en Ecuador proponen incorporar en el ordenamiento legal una norma positiva sobre la causa de exclusión de la culpabilidad del estado de necesidad exculpante o disculpante. El planteamiento data del Código Penal de 1938 como evidencia las investigaciones realizadas por Salazar Páramo (2012) y Vélez Zhindón (2012) y se extiende al Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, en las propuestas realizadas por Gómez Huilca (2017) y por Ibáñez Bustos (2018). El error de prohibición también se encuentra en los escenarios propositivos, tal es el caso de las investigaciones realizadas por Maza Gonza (2018) y por Villaroel León (2020), reclamo doctrinal que ingresa a la letra de la ley en la Reforma al COIP del año 2019 por intermedio del artículo 35.1. En cambio, la comprensión de la antijuridicidad, el estado de necesidad exculpante o disculpante, una cuestión de exigibilidad, desde la actividad legislativa del 2014 permanece en exhibición, en la letra del artículo 34 del COIP, sin ulterior desarrollo legal.

El trabajo contiene un estudio analítico sobre la evolución histórica de la legislación penal ecuatoriana en la comprensión de lo ilícito que toma como referente el Código Penal de 1938 y su sucesor, el COIP, texto que entra en vigor en el año 2014. El enfoque se mantiene en la culpabilidad, categoría de la teoría del delito que adeuda al ordenamiento jurídico ecuatoriano uno de sus principales componentes, el estado de necesidad exculpante o disculpante. La investigación tiene por objetivo verificar si el proceso de codificación y reforma legislativa del año 2014 se encuentra reñido con la legislación anterior, si las nuevas tendencias del Derecho que proclama el legislador en Exposición de Motivos al COIP confirma los avances de la dogmática jurídica, en específico, la comprensión de la antijuridicidad, o simplemente quedaron en proclamas de la ley.

Desde el punto de vista histórico, las cuestiones de culpabilidad, señala Roxin (1981, p. 41 y ss.) aparecen vinculadas a las de política criminal en la imposición de la pena. El artículo 51 del COIP define la pena como la consecuencia jurídica de acciones u omisiones punibles, es decir, del delito, sin embargo, la Constitución ecuatoriana no establece expresamente la relación que para el Estado tiene culpabilidad y pena, aspecto que llama la atención en un Estado Constitucional de Derecho, como señala Jescheck (2003, p. 01: 2) en alusión a una cita del Tribunal Constitucional Federal: *“al principio de culpabilidad “le corresponde un rango constitucional. Su fundamento está en el mismo principio del Estado de Derecho”*. Los fundadores de la concepción normativa de culpabilidad han establecido en ésta, Goldschmidt (2007, p. 74 y ss.) *“no solo el fundamento de la pena, sino también un medio para medirla”*, otro exponente de la concepción normativa, Mezguer (1955, p. 192) también lo expresa: *“no hay pena sin culpabilidad”*. Desde una perspectiva axiológica, el juzgador ecuatoriano, podría asumir que por el tipo de Estado que adopta la Nación ecuatoriana, la Constitución, en el carácter de fuente directa de

Derecho, tal precisión no sea necesaria, sin embargo, al respecto resulta aconsejable las palabras de Roxin (1981, p. 47) *“La libertad individual en el mundo moderno no es algo tan evidente como para que se pueda renunciar a asegurarla con la ley”*.

Esta expresión de los derechos de libertad no aparece contemplado en las variantes de libertad que al efecto prevé el artículo 66 de la Constitución, sin adentrarnos en el estudio de las lagunas normativas y axiológicas que se producen en el ámbito constitucional, análisis que, por ejemplo, realiza Núñez Leiva (2012), lo cierto es que la Carta Magna no contiene tal pronunciamiento, se hace necesario entonces acudir al componente axiológico del texto constitucional, de lo que coincidimos con Roxin y parafraseando la obra de Dworkin (1989) tomamos muy en serio el derecho de libertad como para no asegurar por mandato constitucional uno de sus principales componentes, la libertad de voluntad, si se quiere, libertad de conducta, es decir, el derecho a responder por sí mismo y de sí mismo de nuestros actos, y la exigibilidad por tal comportamiento, con la consiguiente consecuencia jurídica que establece la ley, aspecto que la Constitución pasa por alto al no contar con el dispositivo limitador de la pena, la determinación previa de culpabilidad.

En cambio, el COIP sella la triada de filtros del artículo 18 bajo amenaza de pena, una construcción como ésta no solo destina la sanción al problema de las excusas legales y las condiciones objetivas de punibilidad. La especial consideración que en la imposición de pena merece la culpabilidad está fuera de toda duda, sin embargo, el ordenamiento legal opera con una estructura penal incompleta, el legislador, no garantiza a la culpabilidad el desarrollo normativo de la comprensión de lo ilícito en causas de exclusión, la consideración de si pudo o debió actuar de uno u otro modo, autodeterminación y exigibilidad, queda en poder de la incertidumbre, de eso trata el presente estudio.

## **METODOLOGÍA**

La investigación utiliza el método cualitativo en la obtención de datos contenidos en los documentos y la técnica de observación documental con el objetivo de extraer información sobre teorías y elementos de dogmática jurídica, la búsqueda se realiza en la literatura especializada en el tema. Se tuvo en cuenta además antecedentes de otras investigaciones y un estudio analítico en la evolución histórico-normativa de la legislación penal de Ecuador sobre la comprensión de lo ilícito desde el Código Penal de 1938 hasta el actual Código Orgánico Integral Penal, con las reformas. El trabajo combina la descripción de los datos obtenidos en las fuentes de información con otro explicativo en el análisis de la categoría de culpabilidad, un razonamiento deductivo con el que se recomienda la alternativa en la posible configuración legal de la comprensión de la antijuridicidad, más que un simple cambio de denominación, un problema de fondo, una forma diferente de valorar la exigibilidad en el juicio de reproche.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El Código Orgánico Integral Penal deja tras de sí la herencia legislativa de más de medio siglo de vigencia bajo el Código Penal de 1938, experiencia adquirida que el legislador del 2014 no toma en serio. La codificación del 2014 convoca al legislador unificar en un solo texto legal comportamientos dispersos en diferentes cuerpos legales, el pretexto de satisfacer reclamos de justicia y dotar de certidumbre el sistema jurídico invocando el mandato Constitucional del 2008 <sup>1</sup> coloca la atención en lo novedoso y descuida la experiencia acumulada. Independientemente de la narrativa del artículo 18 del COIP, la fusión de los elementos *conducta-típica*, un contrasentido en teoría de filtros, lo cierto es que la codificación del 2014 comienza a visualizar en la ley penal ecuatoriana una construcción metodológica de la teoría general del delito en la que el legislador establece de manera predeterminada las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con sus causas de exclusión, lamentablemente éstas las ha ido construyendo a fuerza de golpes legislativos.

El concepto de culpabilidad que entra en vigor en el año 2014, mejor técnica que su antecesor, describe en el artículo 34 del COIP dos componentes de la culpabilidad que la ubican en su concepción normativa: capacidad de culpabilidad y comprensión de la antijuridicidad. Sin embargo, al igual que su antecesor, el actual texto legal desarrolla únicamente causas de inimputabilidad, tales como el trastorno mental y la responsabilidad por embriaguez o intoxicación, tal interés muestra el legislador hacia las causas de inimputabilidad que el texto del 2014, con alguna variación del que antecede, mantiene el desarrollo de la teoría de *actio libera in causa* <sup>2</sup> del texto anterior. La capacidad de culpabilidad completa el filtro de culpabilidad con lo estipulado en el artículo 38 del COIP que fija la mayoría de edad en los 18 años.

Independientemente del mayor o menor acierto en la técnica legislativa utilizada en ambos textos, la descripción del artículo 32 del Código Penal de 1938, el *actuar con conciencia y voluntad* no visualiza, como sí lo hace el COIP, la inclinación legislativa hacia la comprensión de lo ilícito. La redacción del artículo 34 del COIP es taxativa, no hay dudas que la comprensión de la antijuridicidad forma parte del concepto legal de culpabilidad que refrenda la norma, sin embargo, este elemento de la tercera categoría del delito se encuentra pendiente desde el primer giro legislativo, aún sin

---

<sup>1</sup> Vid. Exposición de Motivos al Código Orgánico Integral Penal.

<sup>2</sup> Acciones libres en su casusa. Vid. Rodríguez Devesa (1995)

resolver, entre tanto, la norma se ocupa únicamente de la capacidad de culpabilidad, la comprensión de la antijuridicidad, queda en el silencio legislativo.

La Ley Reformatoria al COIP del 2019 vino a encarar por primera vez la conciencia de antijuridicidad en el error de prohibición, figura que la dejadez legislativa había colocado en poder de las restantes fuentes de Derecho, así principios generales, doctrina y jurisprudencia se encargarían de la integración y aplicación del Derecho bajo el imperativo legislativo de obligatoriedad al administrar justicia que al juzgador avoca el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, mientras tanto el error de prohibición no hizo su aparición en la norma.

La actividad judicial del juzgador ecuatoriano cuenta con apoyo legal en prestigiosas fuentes de Derecho, pero éstas no pueden hacerse cargo de toda la problemática, menos aún en causas de exclusión necesitadas de fuente legal, de las que el estado de necesidad justificante lleva la delantera. No está en dudas el respaldo que la dogmática jurídica brinda al estado de necesidad exculpante o disculpante, respaldo plenamente acreditado, sino la inseguridad que afronta el juzgador en situaciones que los teóricos ofrecen en líneas generales y el legislador, también presupuestos generales.

Investigaciones realizadas en Ecuador abordan el tema de la dejadez legislativa, la solución dogmática, incluso el acomodo en otras normas, en evidencia del tema que estamos planteando, *p. ej.*, investigación realizada por Cabrera Placencia (2019) intitulada *“La coacción como estado de necesidad disculpante en el delito de tráfico de drogas”* que toma como referente la coacción realizada sobre un transportista (taxista) a cambio de trasladar drogas. En igual sentido la investigación realizada por Vásquez Cedeño (2020) intitulada: *“El análisis judicial de la culpabilidad penal: fundamentación tradicional y posterior a la reforma penal del 24 de diciembre del 2019”*, esta investigación, analiza la inclusión en el ordenamiento legal de figuras como el error de prohibición, el no impedimento de su aplicación desde antes de la reforma, en normas dogmáticas, en cambio, no hace mención del vacío legal que aún existe en torno a la comprensión de la antijuridicidad, a pesar que la norma lo menciona en los elementos que componen la culpabilidad.

La ausencia de norma, o ausencia de desarrollo normativo en la comprensión de lo ilícito en situaciones de estado de necesidad exculpante o disculpante como causa de exclusión de la culpabilidad, es objeto de demanda doctrinal de años en Ecuador. En el estado actual podría decirse que existe un peligro de abandono legislativo, al respecto la alerta de Von Liszt, en palabras que cita Silva Sánchez (1992, p. 44) *«Cuanto más se abandonen a la casuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la Administración de Justicia»*, por supuesto, la inseguridad, la incertidumbre en situaciones de estado de necesidad exculpante o disculpante está latente.

La despreocupación por la ley, fenómeno que advierte Navarro Frías en un estudio intitulado *Técnica legislativa y derecho penal*, (2010, p. 220 y ss.) marca un hito

entre estudios de dogmática jurídica y estudios legales en el que prevalecen los primeros sobre los segundos, esta situación se evidencia en la actividad legislativa del 2014, es decir, las propuestas de actualización doctrinaria y otros imperios de ley plasmados en el COIP deja en el ocaso años de vigencia legislativa, estudios doctrinales, investigaciones enfocadas en el Código Penal de 1938 que plantearon la necesidad de regular la figura del estado de necesidad exculpante o disculpante, en cambio, estudios olvidados, tácitamente inservibles para el nuevo legislador que se muestra más preocupado en cómo se interpreta y aplica el Derecho Penal ecuatoriano del 2014 en adelante que en el material doctrinario y legal acumulado. La experiencia de estudios generados en Universidades queda en la legislación olvidada, la atención la acapara la nueva ley, la misma que trajo consigo estructuras penales incompletas, consecuencia de remover un sistema legal añejado en construcciones normativas.

No hay sistema de normas perfecto afirma Robert Alexy (2009, p. 81), ni legislador capaz de crearlo, como tampoco hay dudas de lo indeseable de antinomias y ausencia de normas sobre las que fundar la decisión, nada que no procure evitar y/o minimizar la técnica legislativa como se deduce de la obra de Valverde (1999) intitulada *El Lenguaje de la Ley*. Una de las demandas más recurrentes en la norma jurídica, como señala Rodolfo Vigo (2016, p. 113), ubica la pretensión de validez en la racionalidad sistémica, coherencia y consistencia del ordenamiento jurídico. En cambio, el Derecho Penal ecuatoriano del 2014 enfoca las nuevas tendencias del Derecho hacia la configuración legal de la concepción normativa de culpabilidad, hecho normativo que ocurre en dos pasos, uno de avance, en la concepción de culpabilidad que adopta, otro de retroceso, en la forma asistémica con que la norma ingresa al ordenamiento jurídico, situación que aún persiste.

Los excesos en causas de justificación, un problema de reproche, fueron a parar a la Sección de la Antijuridicidad, en cambio, en la Sección de la Culpabilidad, el legislador se interesa únicamente en las causas de inimputabilidad, la comprensión de la antijuridicidad queda para un momento posterior. La reforma del 2019 trajo consigo algunos avances al incluir el error de prohibición en una norma legal, sin atención legislativa, en poder de la incertidumbre permanece el estado de necesidad exculpante. Un sistema de normas incompleto, fragmentado, constituye un proceder contrario a las recomendaciones de técnica legislativa, no separar forma y contenido sugiere Navarro (2010, p. 239), mayor el defecto si con ello se desdibuja el concepto de culpabilidad que la teoría científica ha logrado construir tras años de evolución doctrinal, del que la dogmática jurídica, nuestra ciencia, destina a la concepción normativa de culpabilidad.

La concepción de culpabilidad que el legislador fija en el COIP no admite separar componentes, la alerta doctrinal es bien clara, como afirma Vigo (2016, p. 116) *“la ley debe respetar y conformarse a aquellas verdades evidentes o que la ciencia tiene por acreditadas de manera categórica”*, o sea, capacidad de culpabilidad y comprensión de la antijuridicidad constituyen partes inseparables en la concepción

normativa de culpabilidad que la dogmática jurídica tiene por acreditada, ignorar o no tomar en cuenta el avance doctrinal implica descrédito legislativo y la puesta en peligro del carácter científico de la norma cuya validez constituye ideal legislativo, sin contar las dificultades que para el operador jurídico y el ordenamiento legal acarrea la falta de sistematicidad de las normas.

## **BREVE RESEÑA DEL VALOR METODOLÓGICO DEL SISTEMA DE TEORÍA DEL DELITO EN LA CULPABILIDAD.**

Luis Miguel Reyna Alfaro (2015, p. 3) señala que no es posible establecer con exactitud el momento histórico de aparición de la teoría general del delito, sino que no es hasta diez años después de la entrada en vigor del Código penal alemán de 1881 que comienza a visualizarse una auténtica teoría general del delito, ello gracias a la obra de Frank Von Litz. La estructura de la teoría se construye en el siguiente orden: culpabilidad, antijuridicidad, tipicidad.

En el debate doctrinal sobre la ubicación sistémica de los elementos subjetivos del tipo en la culpabilidad (Liszt, 1916) fue cediendo paso una nueva forma de valorar el juicio de reproche, contribución que se debe, no a un solo autor, sino a la unidad de pensamiento de varios autores, entre ellos Goldschmidt (2007) quien se aparta de Mezguer, separa elementos de hecho *-el aspecto psíquico del dolo y la culpa-* de la exigibilidad, aquellos junto a los de imputabilidad son observados por dicho autor en los presupuestos de la culpabilidad sobre los que sustenta el *poder* actuar conforme al deber jurídico, la exigibilidad, Goldschmidt, la ubica en el reproche. Entre Mezguer y Goldschmidt no existe un desprendimiento total, no obstante, son éstos los primeros pasos de la culpabilidad hacia el normativismo.

El enfoque de la investigación no es hacia el presupuesto metodológico de la teoría general del delito, como así lo desarrolla, por ejemplo, Peña y Almanza (2010, p. 23 y ss.), sino que toma como referente la pregunta formulada por Enrique Bacigalupo (2009, p. 329):

*¿es el sistema dogmático de la teoría del delito un orden lógico de niveles valorativos independientes y por sí mismos jurídico-penalmente relevantes o es sólo un orden de la subsunción para la solución práctica de los problemas de aplicación de la ley?*

La investigación considera que hay que tomar en cuenta las dos posiciones. De un lado, la teoría general del delito no debe ser entendida como simple orden lógico de niveles valorativos sino un orden lógico-valorativo de categorías que actúan como filtros en los que se depura la conducta, obviar filtros conduce a consecuencias indeseables. Las teorías de *ratio cognoscendi*, y *ratio essendi* no subestiman el valor de los filtros, el planteamiento de éstos consiste en extender o acortar filtros. Bacigalupo entiende que los sistemas actuales operan bajo un sistema tripartita, en

cambio, los partidarios del sistema bipartita reducen filtros, consideran suficiente la valoración del comportamiento típicamente antijurídico y culpable. La primera parte de la interrogante representa una forma de operar la teoría general del delito, es decir, depurar filtros, un método de gran valía.

**La segunda parte opera en diferentes direcciones. Llegar a la tercera categoría del delito implica haber transitado antes por las categorías de tipicidad y antijuridicidad, filtros en los que se depura el comportamiento delictivo, que sella el filtro de culpabilidad, facilita además al operador jurídico, como señala Velázquez (2012) seleccionar las teorías jurídicas con las que fundamentar la teoría del caso, el juzgador, a su vez, encontrará en la teoría general del delito criterios con los que aplicar el derecho, fundamentar sus decisiones.**

En todos los casos el método opera de igual forma, depurar filtros. La estructura lógica del sistema de teoría general del delito también sirve de brújula al estudioso del derecho en el océano de doctrina, sin embargo, la teoría general del delito tiene reservado un rol adicional, de orientación y guía al legislador en la edificación del ordenamiento legal, estructuras que deben ser confrontadas y completadas en el aval de la dogmática jurídica antes de su inserción al orden legal, la teoría general del delito reporta un valor metodológico, el mismo que en momento posterior permite al juzgador, en palabras de Paca Padilla (2019, p. 103) *“unir el mundo fáctico al mundo normativo”*.

La teoría general del delito orienta y guía al legislador en la estructuración de la Ley penal, la Parte General del Derecho ingresa al texto conforme al planteamiento que tiene acreditado la teoría general del delito, un todo de racionalidad y sistematicidad que conecta con la Parte Especial, de manera armónica, coherente, este proceder brinda al operador jurídico un beneficio adicional, de naturaleza teleológica, podrá operar el ordenamiento legal en un contexto que visualiza el fin de protección que le ha destinado el legislador, incluso su confrontación con normas dogmáticas tarea que asume con eficacia la fuente legal, no ocurre de igual forma cuando el operador jurídico encuentra el vacío legal, tendrá que integrar el Derecho, actividad necesaria que trae consigo un cierto sabor a inseguridad, deja latente la falta de uniformidad en la aplicación de la ley, riesgo que habrá que asumir.

La concepción normativa de culpabilidad tiene en la teoría del delito una unidad que le viene dada en el rigor de la dogmática jurídica, avalada científicamente en años de evolución doctrinal, en cambio, el proceder del legislador del 2014 hasta la fecha ha sido fragmentar esta unidad, es decir, reforma tras reforma incorpora elementos, aún no termina, proceder que no solo afecta la validez racional y sistémica de la norma, sino que también enfrenta el principio de determinación cuyos principales destinatarios, como afirma Urquiso Olaechea (2001, p. 1338) son *el legislador y el juez penal*.

El legislador no ofrece al juzgador el desarrollo normativo con el que debe operar la comprensión de la antijuridicidad que solo enuncia en la norma del artículo 34 del

COIP, el resto del trabajo lo deja al operador jurídico que acostumbrado a resolver tales fallas acude a las fuentes alternativas, en tal sentido, la investigación realizada por Pino Andrade (2016) intitulada “*El desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, como error de prohibición, en el Código Orgánico Integral Penal*” en la que concluye que la figura del error de prohibición existe en el Derecho positivo ecuatoriano -desde antes de la reforma del 2019- y su aplicación deriva de la interpretación constitucional, los tratados, etc.

El Derecho positivo ecuatoriano convive con la figura del error de prohibición desde antes de su ingreso a la norma legal con la Reforma del 2019, como mismo el estado de necesidad exculpante o disculpante, normas dogmáticas avalan su aplicación, sin embargo, nadie podrá dudar que desde que el error de prohibición cuenta con respaldo de la norma legal, convertido en causa de exclusión de la culpabilidad, las dudas disminuyen considerablemente, la jurisprudencia y el sistema se armoniza, en cambio, el estado de necesidad exculpante permanece en la espera legislativa, en éste el juzgador se resigna a las fuentes alternativas del Derecho, en última instancia, al dispositivo *in dubio pro reo* del artículo 5 numeral 3 del COIP, fórmula en la que se refugia la causa de exclusión de la culpabilidad, entre tanto, la comprensión de la antijuridicidad no disponga de base normativa que establezca los requisitos de su operatividad.

El estado de necesidad exculpante o disculpante constituye un componente de la concepción normativa de culpabilidad que traspasa el aspecto valorativo del acto de salvamento al dilema de los bienes jurídicos, no en la justificación, sino en el juicio de reproche, el escenario de la conducta se encuentra ante alternativas, debe elegir, el conocido caso de la *tabla de Carneades*, la valoración se realiza en el ámbito de la reprochabilidad, su ubicación sistémica como *auténtica causa de exclusión de la culpabilidad* se atribuye a Reinhard Frank (2011, p. 18)

Los avances obtenidos en las investigaciones de biología celular, señala Bacigalupo (2009, p. 327 y ss.) pone en dudas un elemento que ha venido siendo cuestionado en diferentes momentos, la escuela positiva, Lombroso, Garófalo, Ferri y la escuela sociológica en Von Liszt debaten el fundamento de la culpabilidad, la libertad de voluntad, las neurociencias también lo cuestionan, Bacigalupo sugiere el uso de conceptos jurídicos que, por razones lógicas, no necesita explicación en la biología celular, en cambio, los planteamientos sobre la naturaleza de las causas de inexigibilidad adquieren diferente matiz, se debate tanto en causas de exclusión, atenuación, como de renuncia de la pena, opiniones que enfilan la exigibilidad en diferentes posiciones doctrinales que dota de discutible la ubicación del estado de necesidad exculpante o disculpante en esta área, el ejemplo de las coacciones y su posible solución en terreno distinto de la culpabilidad. Bacigalupo compara Derecho español y Derecho alemán, el fundamento en cada legislación, el cuestionamiento sistémico del estado de necesidad exculpante parece tener razón, sin embargo, no se podrá obviar el planteamiento del filósofo alemán Rudolf Stammler (1925, p. 71), el Derecho constituye un “*procedimiento de ordenación*”, un orden compuesto de

normas, en el que cada ordenamiento adopta su propio sistema, todo orden tiende a lo sistemático, el fundamento lo ofrece el sistema y tratándose de un asunto que atribuye a lo normativo la facultad de discernir, entonces la exigibilidad en el estado de necesidad exculpante, donde mejor encuentra ubicación sistemática es en el juicio de reproche, desde los neokantianos la culpabilidad es precisamente reprochabilidad.

En las relaciones entre sistema nervioso y conducta humana, expertos (Arrieta, *et. al* 2004, p. 70) en este campo afirman que la *psicobiología* y las *neurociencias* estudian el sistema nervioso “*con un ojo puesto en la explicación de la conducta y la mente en términos nervioso*”, es innegable la complejidad del comportamiento humano y del sistema nervioso, qué decir entonces, la valoración que en términos de reprochabilidad debe realizar un observador *-operador judicial-* sobre el comportamiento de otra persona, si le era exigible actuar de otra manera en una situación fáctica determinada, que puede estar influenciada incluso por el factor cultural, como afirma Jakobs (2016, p. 85) “*aquel que crea que puede llegar a conclusiones sobre culpabilidad o inocencia exclusivamente con base en la situación de la cabeza del autor se queda al margen de la cuestión “Derecho”*”, mientras esto ocurre, la investigación observa que tanto ley penal como Constitución de Ecuador no brindan atención normativa al asunto.

Bacigalupo (2009, p. 311) resalta la movilidad del sistema de teoría del delito, conceptos móviles en los que ninguno puede darse el lujo de ser el único, regularmente, todos los cambios son posibles, la culpabilidad, es un buen ejemplo, del que Jescheck (2003, p. 01: 2) señala: “*el concepto se ha visto sometido a diversas transformaciones y sigue siendo aún hoy especialmente discutido*”, por supuesto, el concepto lleva implícito sus componentes, capacidad de culpabilidad, comprensión de la antijuridicidad, y las causas de exclusión involucran elementos en constante movimiento.

En investigación doctoral culminada en el año 2020, López Soria (2020, p. 292) afirma que la culpabilidad no es imprescindible como elemento de la estructura del delito, en opinión de la autora, la culpabilidad, interesa a efectos de determinación de la pena, un presupuesto que reduce la tercera categoría del delito a la teoría de la pena y mantiene los elementos de *conducta, tipicidad y antijuridicidad* en la teoría del delito, de los que deduce la existencia o inexistencia del delito. No es la primera vez que el sistema de teoría del delito recibe tesis radicales y reduccionistas, los partidarios de la *ratio essendi* lo intentaron, lo mismo puede decirse del concepto de pena que como bien señala Roxin (1981, p. 41) posiciones más radicales han intentado suprimirlo por completo, no se puede dudar que los problemas de la pena afectan el concepto de culpabilidad y viceversa, sin embargo, no está en dudas el estrecho vínculo que existe entre ambos conceptos. Nuestra posición opta por conservar lo logrado, el sistema, el valor metodológico que la estructura de teoría general del delito aporta a la ciencia del Derecho, en distintas direcciones, la culpabilidad, dota de sentido el sistema, el mismo que brinda servicio a la

Administración de Justicia, preferimos el sistema, en el que la culpabilidad cumple un cometido. Resulta cuestionable, confuso, y hasta peligroso disolver la categoría de culpabilidad en las cuestiones relativas a la política criminal y la determinación e imposición de la pena, el interés punitivo absolvería todo, un paso hacia el absolutismo.

Las investigaciones en neurociencias y psicobiología celular generan dudas en el fundamento de la culpabilidad, la complejidad de los procesos cerebrales, reacciones del sistema nervioso lógicamente trasladan su efecto al comportamiento humano, de difícil comprobación en temas de exigibilidad, sin embargo, importante es seguir perfeccionamiento el concepto, la culpabilidad es una de las categorías que se ha ganado un espacio en el sistema de teoría del delito, si se le diluye en la teoría de la pena, la política criminal ocupa su lugar, se deshumaniza la culpabilidad, el ser humano, queda relegado al segundo plano. El oscurecimiento que sobre la categoría de culpabilidad ha sobrevenido en los últimos tiempos, diferentes puntos de vista, tanto materiales, como formales no puede ser motivo para que la fórmula sea la disolución, el abandono, como plantea Zaffaroni (2002, p. 861):

*“No parece recomendable que cada vez que aparece un concepto poco estable u oscuro se lo elimine, y se acepte con ello un poder punitivo totalmente irracional. Cabe pensar que lo correcto es el esfuerzo científico por perfeccionar el concepto”.*

De eso se trata, de perfeccionar el concepto, la investigación recomienda sustituir la denominación causas de inculpabilidad del artículo 37 COIP por **alternativas de exclusión de la culpabilidad**. No constituye un simple cambio semántico, sino de orientación, suprimir la idea que existe entre los juristas de buscar causas, metáfora que funciona en Teoría de las Fuentes, no así en *causas de exclusión de culpabilidad, o inculpabilidad*. La propuesta se dirige a sustituir **“causas”** por **“alternativas”**, opciones de exigibilidad asimilables en la conciencia jurídica, quien busque una causa, no puede comprender alternativas, el aspecto valorativo de la conducta humana frente al Derecho, en la exigibilidad, lo humano también enfrenta alternativas, la flexibilidad que ofrece la ciencia jurídica en la regulación de la conducta humana es posible debido a la posición privilegiada del Derecho en el uso del lenguaje, la culpabilidad está llamada a perfeccionar el concepto.

## CONCLUSIONES

La comprensión de la antijuridicidad, promesa incumplida del legislador ecuatoriano, pende de un sistema de culpabilidad incompleto en bases normativas. La libertad de voluntad, la exigibilidad, una de las esferas que más invade lo individual queda en la valoración axiológica del juzgador. La comprensión de la antijuridicidad, un paso de avance respecto de la legislación anterior constituye objeto de exhibición en la nueva ley. El estado de necesidad exculpante o disculpante, en ausencia de

la fuente legal, su aplicación, queda en poder de las restantes fuentes del Derecho, o en su caso, en la fórmula de *in dubio pro reo*.

La Constitución ecuatoriana no regula expresamente el dispositivo de culpabilidad, en el carácter de requisito *sine qua non*, previo a la determinación e imposición de la pena, el constitucional da por entendido un Derecho objeto de alarma en la dogmática jurídica, el sistema opera con una norma de cuestionada validez jurídica. La investigación recomienda sustituir la denominación causas de inculpabilidad del artículo 37 COIP por **alternativas de exclusión de la culpabilidad**, una fórmula de comprensión de la antijuridicidad que coloca el examen del juzgador en opciones que humanizan el concepto jurídico-valorativo, en el juicio de reproche, de mayor acierto que **causas de inculpabilidad**.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del derecho, p. 81.
- Alfaro, L. M. R. (2015). Tratado integral de litigación estratégica. Editorial Temis, p. 3
- Arrieta, M. D. E., & Bares, C. T. (2004). Precisiones conceptuales en torno a Psicología y Neurociencia: afinidades y divergencias. Seminario médico, 56(2), 67-72.
- Bacigalupo, E. (2009). Teoría y Práctica del Derecho Penal, Tomo I, 1ª. Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid, p. 311, 326 y ss.
- Cabrera Placencia, P. E. (2019). La coacción como estado de necesidad disculpante en el delito de tráfico de drogas.
- Dworkin, R., & Guastavino, M. I. (1989). Los derechos en serio. Editorial Ariel S. A. Barcelona, p. 276 y ss.
- Gómez Huilca, G. (2017). Estado de necesidad justificante vs. estado de necesidad disculpante y su correcta aplicación en la legislación ecuatoriana (Bachelor's thesis, Quito).
- Goldschmidt, J. (2007). La concepción normativa de la culpabilidad, trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, B de F, p. 74 y ss.
- Ibáñez Bustos, P. E. (2018). El estado de necesidad disculpante como causal de exclusión de la exigibilidad de otra conducta y la culpabilidad.
- Jescheck, H. H. (2003). Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 5.
- Jakobs, G. (2016). *Culpabilidad jurídico-penal y "libre albedrío"*. Localizable en: Ambos, K., Böhm, L. M., & Zuluaga, J. Desarrollos actuales de las ciencias

criminales en Alemania-Segunda y tercera escuela de verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana. Universitätsverlag Göttingen.

Liszt, Frank V. (1916). Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Tercera Edición, Traducido de la 20ª Edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa. Adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 409 y ss., 429 y ss.

López Soria, Y. (2020). La teoría del delito: revisión crítica del elemento culpabilidad. Pontificia Universidad Católica de Argentina. Tesis de doctorado, p. 291-292.

Maza Gonza, J. M. (2018). El error de Prohibición en el Ordenamiento Jurídico Nacional es susceptible de aplicación (Bachelor's thesis, Quito: UCE).

Mezger, E. (1955). Derecho Penal. Parte general. 6. Edición. Trad. de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica, p. 192, 195 y ss.

Navarro Frías, Irene. (2010). Técnica legislativa y Derecho penal, p. 221, 239 y ss.

Núñez Leiva, J. I. (2012). Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas). Estudios constitucionales, 10(2), 511-532.

Paca Padilla, J. C. (2019). La aplicación de la teoría del delito en las sentencias condenatorias emitidas dentro del procedimiento directo del año 2016 por los jueces de la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), conclusión número tres, p. 103.

Peña Gonzales, O., & Almanza Altamirano, F. (2010). Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación APECC, p. 23 y ss.

Pino Andrade, E. (2016). El desconocimiento de la Antijuridicidad de la Conducta, como Error de Prohibición, en el Código Orgánico Integral Penal (Master's thesis, Universidad del Azuay).

Roxin, C. (1981). Culpabilidad y prevención en derecho penal, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, p. 41 y ss.

Rodríguez Devesa, J. M., & Serrano Gómez, A. (1995). Derecho penal español, parte general. Madrid: Dykinson, p. 452 y ss.

Reinhard, F. (2011). Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Tercera reimpresión. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires, p. 18.

Salazar Páramo, M. D. (2012). Fundamento del estado de necesidad exculpante, su tratamiento en el código penal ecuatoriano y sus diferencias con el estado de necesidad justificante (Bachelor's thesis, QUITO/PUCE/2012).

Silva Sánchez, J. M. (1992). Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Editorial J. M. Bosch. Barcelona. España, p. 44.

Stammler, R. (1925). Tratado de filosofía del derecho. Libro digital: [http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/tratado/presentacion.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/tratado/presentacion.html), p. 71.

Urquiso Olaechea, J. (2001). Principio de determinación de la ley penal. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos.

Vélez Zhindón, M. T. (2012). Estado de Necesidad como Causa de Justificación en el Código Penal Ecuatoriano (Master's thesis, Universidad del Azuay).

Villarroel León, M. J. (2020). Nuevas perspectivas del error de prohibición en la legislación y jurisprudencia constitucional ecuatoriana (Master's thesis, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

Valverde Acosta, Carmen M (1999). El lenguaje de la ley, p. 43 y ss.

Vigo, Rodolfo L. (2016). Una teoría de la validez jurídica, p. 113-114 y 116.

Velásquez, F. V. (2012). La aplicación de la Teoría del Delito en la teoría del caso. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, (4), 3-3.

Vásquez Cedeño, G. A. (2020). El análisis judicial de la culpabilidad penal: fundamentación tradicional y posterior a la reforma penal del 24 de diciembre del 2019.

Zaffaroni, E. R. (2002). Derecho Penal. Parte General. 2ª Edición. Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.