

Lecciones de

DERECHO PENAL ECUATORIANO

Parte General

Editores
Hugo Bayardo Santacruz
Silvana Erazo Bustamante



CRÉDITOS

Pontificia Universidad Católica del Ecuador - Sede Ibarra Ibarra: Av. Jorge Guzmán Rueda y Av. Aurelio Espinosa Pólit. Cdma. “La Victoria”.

Teléfono: 06 2615 500 / 06 2615 631 Fax: (593)6-2615 446

Apartado Postal 10.01.12

Web Site: www.pucesi.edu.ec Email: prorect@pucesi.edu.ec

SELLO EDITORIAL

Centro de Publicaciones PUCE Web Site: www.edipuce.edu.ec Quito, Av. 12 de octubre y Robles Apartado N° 17-01-2184 Telf. (5932) 2991 700

E-mail: publicaciones@puce.edu.ec Primera edición copyright © 2023

Título: Derecho Penal Ecuatoriano parte general

Editores: Hugo Bayardo Santacruz y Silvana Erazo Bustamante

Revisión de estilo y redacción: Elena Fernández

Concepto gráfico y diagramación: Oswaldo Portilla

ISBN: 978-9978-375-69-3

REVISIÓN DE PARES

El presente libro fue sometido al debido arbitraje y dictamen de pares evaluadores expertos en el área del conocimiento.

COMITÉ CIENTÍFICO:

Pazos Padilla Rina Catalina

Alvear Jaime

Ferreira de Abreu, Francisco

González Malla Janeth Patricia

Jirón Encalada María Augusta

Manosalvas Farid

Mila Maldonado Frank

Torres Sánchez Ximena María

Vieira Salomão Fausy

Navarro Villacis Hugo

Arantes Bozola Túlio

Charro Baena María Pilar

Francisco Ilídio Ferreira Rocha

Marques Coelho Edihermes

Méndez Rubén

Miranda Garces María De Lourdes

Rodríguez Ayala Mónica Silvana

ÍNDICE

Introducción

Hugo Bayardo Santacruz C.

Capítulo 1. Aspectos generales del derecho penal Hugo Fabricio Navarro Villacís	10
---	-----------

Capítulo 2. Principios fundamentales del derecho penal Silvana Esperanza Erazo Bustamante	23
---	-----------

Capítulo 3. Estructura de la norma jurídico penal Leslie Santillán M.	40
---	-----------

Capítulo 4. La teoría del delito Juan Emilio Montero Ramírez	59
--	-----------

Capítulo 5. Delitos de omisión impropia Antonino Mejía	73
--	-----------

Capítulo 6. La tipicidad Pablo José Castillo Álvarez	92
--	-----------

Capítulo 7. Los aspectos subjetivos del tipo penal Emma Patricia Pacheco Montoya	107
--	------------

Capítulo 8. La antijuricidad y las causas de justificación Jhonny Iván Hurtado Moreno	125
---	------------

Capítulo 9. La culpabilidad o responsabilidad penal Bladimir Gonzalo Erazo Bustamante	140
---	------------

Capítulo 10. La autoría y participación María Cristina Meneses Sotomayor	151
--	------------

Capítulo 11. El <i>iter criminis</i> Magdalia Hermoza	164
---	------------

Capítulo 12. Los delitos culposos Maritza Elizabeth Ochoa Ochoa	175
---	------------

Capítulo 13. Concurso de leyes y delitos Vicente Vásconez Merelo	192
--	------------

Capítulo 14. Tentativa y Consumación

Hugo Bayardo Santacruz C.

209

Capítulo 15. Consecuencias jurídicas del delito

Andrés Ismael Jácome Rocha

224

Capítulo 16. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Carmen Avelina Eguiguren Eguiguren

243

El derecho penal es una rama fundamental del derecho que se ocupa del estudio de las normas jurídicas que establecen los delitos, las penas y las medidas de seguridad aplicables a los mismos. En su conjunto, el derecho penal se divide en dos partes fundamentales: la parte general del derecho penal trata el conjunto de normas y principios que rigen la conducta humana en la sociedad, estableciendo las bases para la aplicación de la justicia y la protección de los derechos de los ciudadanos, mientras que la parte especial del derecho penal se encarga de regular los delitos y las penas de manera específica. Ambas partes son fundamentales para comprender el funcionamiento del derecho penal y su aplicación en la sociedad.

El derecho penal es una ciencia que se encuentra en constante adaptación a las transformaciones sociales, culturales y tecnológicas que se producen en nuestra sociedad. Por ejemplo, en los últimos años se ha producido una gran evolución en el derecho penal en relación con los delitos informáticos, el terrorismo, la corrupción, la violencia de género y otros delitos que antes no eran considerados como delitos graves. La creciente complejidad de estos delitos y la necesidad de proteger los derechos fundamentales de las personas han llevado a una revisión constante de la legislación penal.

Este libro, titulado *Lecciones de derecho penal ecuatoriano*, ha sido elaborado como un proyecto conjunto entre tres universidades líderes en el ámbito de la enseñanza e investigación del derecho en el Ecuador: la Universidad Técnica Particular de Loja (UTPL), la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ibarra (PUCE-I) y la Universidad Tecnológica Equinoccial (UTE).

Este proyecto ha sido desarrollado por un equipo de expertos en derecho penal, quienes han trabajado en colaboración para ofrecer una obra completa y actualizada sobre el derecho penal ecuatoriano. El libro se estructura en dieciocho capítulos que permiten una comprensión clara y sistemática de este tema.

El primer capítulo presenta el aspecto general del derecho penal, abarca su ámbito de aplicación, sus fundamentos y objetivos, así como los principios y normas que rigen la relación entre el Estado y el individuo en materia penal. La comprensión de los aspectos generales del derecho penal resulta fundamental para entender la lógica y la estructura del sistema penal, así como para conocer los derechos y deberes de los ciudadanos en su relación con la justicia penal.

El segundo capítulo aborda los principios fundamentales del derecho penal, que son los pilares en los que se sustenta el sistema penal y que garantizan la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El tercer capítulo aborda el estudio de la estructura de la norma jurídico-penal. Este capítulo se enfoca en analizar cómo se conforman las normas jurídicas penales, su estructura y su relación con otras normas del ordenamiento jurídico.

El cuarto capítulo se enfoca en la Teoría del Delito, que es una disciplina central del derecho penal. Aquí se estudian los elementos que conforman el delito. La tipicidad se refiere a la adecuación de una conducta a la descripción previa y abstracta de un delito, contenida en la norma penal. La antijuridicidad se refiere a la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico. La culpabilidad implica que el sujeto activo de la conducta tenga conciencia de la antijuridicidad de su acto y la capacidad de actuar conforme a derecho. Estos elementos conforman el juicio de culpabilidad, necesario para establecer la responsabilidad penal. La Teoría del Delito es esencial para la comprensión de la dogmática penal y para el análisis de los casos concretos en el ámbito judicial.

El quinto capítulo se enfoca en el estudio de la omisión, es decir, en la inactividad del sujeto que puede tener relevancia jurídico-penal. Se analiza la distinción entre la omisión propia y la impropia, y cómo cada una de ellas puede ser considerada delictiva. Además, se examinan las situaciones en las que existe un deber jurídico de actuar, como el deber de socorro o el deber de protección de menores, y se estudia la relevancia penal de su incumplimiento. La omisión es un tema fundamental en la Teoría del Delito y en la dogmática penal, y su análisis es imprescindible para entender la aplicación del derecho penal en casos concretos.

El sexto capítulo se centra en el estudio de la tipicidad, uno de los elementos esenciales del delito. En este capítulo se analiza cómo se determina la adecuación de una conducta a la descripción previa y abstracta de un delito, contenida en la norma penal. Se examinan los distintos elementos que conforman la tipicidad, como la acción, el resultado, la causalidad y la imputación objetiva. Además, se estudian las distintas teorías que han surgido en torno a la tipicidad y su relación con la antijuridicidad y la culpabilidad. El análisis de la tipicidad es esencial para la construcción del juicio de culpabilidad y para la aplicación del derecho penal en casos concretos.

El séptimo capítulo realiza un estudio de los aspectos subjetivos del tipo penal. En este capítulo se examina cómo se determina la intencionalidad o conocimiento del sujeto activo en la comisión del delito. Se estudian los distintos grados de dolo, así como la imprudencia o culpa en la comisión del delito. Además, se resalta que la estructura del tipo en los delitos culposos es distinta a la de los delitos dolosos, ya que la comisión del delito no requiere de una intención específica por parte del sujeto activo.

El octavo capítulo se centra en el análisis de la antijuridicidad y las causas de justificación conforme al Código Orgánico Integral Penal. Se examina cómo se determina si una conducta es contraria al ordenamiento jurídico y cuáles son las causas que pueden justificar una conducta típica y antijurídica. Se estudian las distintas causas de justificación contempladas en el COIP, como la legítima defensa, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, entre otras.

El capítulo noveno aborda el tema de la culpabilidad o responsabilidad penal. En este capítulo se estudian los distintos elementos que conforman la culpabilidad, como el conocimiento y la voluntad del sujeto activo en la comisión del delito. Además, se examina cómo se determina la imputabilidad del sujeto activo y las distintas circunstancias que pueden excluir o atenuar su responsabilidad penal.

El capítulo diez se enfoca en el análisis de la autoría y la participación. En este capítulo se estudian los distintos elementos que conforman la autoría y la participación, como la intervención física, psicológica o indirecta en la comisión del delito. Además, se examina cómo se determina la responsabilidad penal de cada sujeto que ha participado en el delito y las distintas formas de autoría y participación que se pueden presentar en un caso concreto.

El capítulo once analiza el camino del delito o llamado también como *iter criminis*, donde se señala que este es el conjunto de etapas o fases por las que atraviesa un delito desde su origen hasta su consumación. Este capítulo analiza detalladamente cada una de las fases del *iter criminis*, desde la ideación o idea inicial del delito, pasando por la preparación, la ejecución y la consumación del delito. Además, se estudian las distintas formas de participación y autoría en cada una de las fases del *iter criminis*, así como las medidas de prevención que se pueden implementar en cada etapa para evitar la comisión del delito.

El capítulo doce aborda el estudio de los delitos culposos, que se caracterizan por ser aquellos cometidos por negligencia, imprudencia o impericia, sin que exista intención de causar un daño. En este capítulo se analizan las diferencias entre los delitos dolosos y los culposos, se estudian las distintas formas de negligencia y sus consecuencias penales, y se examinan las principales teorías que se han desarrollado en torno a la culpabilidad en los delitos culposos. Además, se abordan los criterios jurisprudenciales para determinar la existencia de la culpa, así como las penas que se aplican a los responsables de estos delitos.

El capítulo trece estudia uno de los temas más complejos y relevantes de la materia penal: los concursos de delitos. El capítulo se centra en explicar las diferentes formas en que pueden concurrir varios delitos en un mismo hecho y cómo se determina la pena a imponer en estos casos. Se estudian los distintos tipos de concursos de delitos (ideal, real y medial) y se analiza la regla de la absorción de la pena, que establece que, en caso de concurrencia real o medial de delitos, se impone la pena más grave. También se tratan las distintas formas de conexidad entre delitos y las implicaciones que estas tienen en la determinación de la pena.

El capítulo catorce estudia la consumación y la tentativa del delito. Se analiza en detalle la diferencia entre ambos conceptos, se estudia cómo se determina la consumación de un delito y las circunstancias que pueden afectarla, y se aborda la regulación de la tentativa en el COIP, incluyendo las diferencias entre la tentativa acabada y la inacabada. Además, se examinan los criterios que se aplican para graduar la pena en caso de tentativa, así como las causas que eximen de responsabilidad penal en estos casos.

El capítulo quince analiza las consecuencias jurídicas del delito, en particular, estudia las teorías retributivas, preventivas y mixtas. Se explican los fundamentos y características de cada una de estas teorías y se aborda su aplicación en el sistema penal ecuatoriano. Además, se discuten temas como la gravedad de la pena, la individualización de la pena y las diferentes formas de ejecución de la pena.

El capítulo dieciseis explica las razones por las que las empresas y organizaciones pueden ser consideradas responsables penalmente, y analiza las diferentes formas de imputación de la conducta delictiva a la persona jurídica. También discute las consecuencias jurídicas de la condena penal de una persona jurídica y analiza la importancia de los programas de cumplimiento normativo para prevenir la comisión de delitos por parte de las empresas.

Este libro es fruto del esfuerzo conjunto de un equipo de docentes y expertos en derecho penal de las tres universidades involucradas en el proyecto. La experiencia y conocimiento de cada una de estas instituciones se han sumado para ofrecer una obra completa, rigurosa y actualizada, que resulta de gran utilidad para estudiantes, académicos y profesionales del derecho en el Ecuador.

En definitiva, *Lecciones de derecho penal ecuatoriano* es una obra imprescindible para todo aquel que desee conocer en profundidad el marco jurídico penal del país, desde una perspectiva crítica y actual, fundamentada en la experiencia y conocimientos de las tres universidades que han contribuido en su elaboración.

Hugo Bayardo Santacruz C.

Director de la Escuela de Jurisprudencia PUCE-I

PRESENTACIÓN

Me complace presentar un libro que responde adecuadamente a los retos y tendencias del derecho penal ecuatoriano. Se trata de una obra colaborativa que recoge importantes aportes relacionados con la dogmática penal ecuatoriana, los fundamentos teóricos del derecho penal y los enfoques comprometidos con los derechos humanos.

En el libro predomina la tradición de la dogmática penal, con particular énfasis en el análisis sistemático de los principios y normas jurídicas. De esta manera, la obra aporta al desarrollo de la dogmática penal y sus fines sociales. Huelga señalar que, mediante el desarrollo de criterios que facilitan la interpretación y aplicación de las normas penales, se promueve la correcta aplicación de la ley y la protección efectiva de los derechos humanos.

La dogmática penal continúa ocupando un lugar capital en la formación de abogados y estudiantes de derecho. En consecuencia con esta necesidad educativa, la compilación ofrecida en este libro aborda de manera clara y conceptual, temas usuales del derecho penal, como la omisión impropia, la tipicidad, los aspectos subjetivos del tipo penal, la antijuricidad y las causas de justificación, la culpabilidad y responsabilidad, la autoría y participación, el concurso de leyes y delitos, la tentativa y consumación, las consecuencias jurídicas del delito y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pero el libro no se agota en visiones formales sobre el derecho penal. En consonancia con la crítica que hiciera Carlos Santiago Nino a la dogmática penal, los autores toman distancia del formalismo excesivo, el reduccionismo metodológico y la falta de perspectiva crítica. Esta obra no se limita a analizar la letra de la ley penal, sino que evidencia las tensiones, contradicciones y retos en la aplicación del derecho penal.

Además, el libro plantea un compromiso claro con los derechos humanos y el derecho penal garantista en un momento aciago para los defensores de las garantías penales, pues con frecuencia, importantes segmentos de la población, atribuyen a las garantías penales los problemas de inseguridad y violencia que viven nuestros países. Frente a las mayoritarias exigencias emotivas, nuestros autores formulan argumentos sobre la importancia de la democracia, los derechos humanos y el derecho penal, como paradigmas de inclusión e imparcialidad. La historia demuestra que solo la inclusión y la imparcialidad pueden asegurar la paz social en el largo plazo. Tales bienes están ausentes en Estados excluyentes, punitivos e inquisitorios.

Por las razones anotadas, me complace felicitar a los autores y autoras de este libro. Su obra contribuye con la tradición garantista del derecho penal ecuatoriano, aportando ideas nuevas e inspiradoras.

CAPÍTULO 1:

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL

Hugo Fabricio Navarro Villacís
Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Sede Ibarra
hfnavarro@pucesi.edu.ec

Introducción

Son muchos los elementos desde los cuales se podrían ensayar una explicación del derecho penal. Uno de estos elementos es la violencia. Según Muñoz (1985), “Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)” (p. 16). Por su parte, Roxin (1996) expone que “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad” (p. 18). Bajo este criterio, el delito es la representación de la ruptura de las normas que representan a la sociedad y la pena es el mecanismo que mantiene la identidad social. Una de las formas más tradicionales utilizada para explicar el significado del derecho penal es aquella que apunta a definirlo como “el conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido” (Mezger, 1958, p. 27). En este contexto, la cárcel es “la pena principal y caracterizante de los sistemas penales modernos” (Baratta, 2004, p. 302).

No cabe duda de la existencia de múltiples definiciones del derecho penal y de los elementos que lo integran. Cada una es elaborada dentro del contexto de un sistema jurídico específico y, por esa razón, es posible encontrar una diversidad de criterios cuando se trata de explicar qué es. No es posible encontrar una definición exacta de este concepto e incluso es discutible si es necesario hacerlo. Según Rabinovich (2014) “definir es un acto de ejercicio de poder. Es una conducta autoritaria, soberbia”. Pero también reconoce que las definiciones son importantes por “permitir la comunicación” (p. 29) y hacer posible la comprensión de la realidad. Es necesario identificar los elementos básicos del derecho penal y plantear una definición que sea coherente con el sistema jurídico ecuatoriano. Esto permitirá tener una visión real de las particularidades del derecho penal y el poder punitivo aplicados a nuestro contexto. Esta es una tarea obligatoria si se pretende estar en condiciones de comprender a la penalidad de forma integral. Para ello también es necesario mostrar las distorsiones existentes respecto a su significado, es decir, lo que *no es* derecho penal.

El sistema jurídico ecuatoriano pertenece a la familia romano-germánica, que históricamente ha ubicado a “la ley como fuente hegemónica del derecho” (Alarcón, 2018, p. 43) De este modo, hasta antes de la Constitución de 2008, el derecho en Ecuador fue reducido a la ley positiva. El diseño de un sistema cuya centralidad es la ley presenta, al menos, dos problemas. Pensar que la ley es la única norma y fuente del derecho significa desconocer el resto de normas que integran el sistema jurídico. El artículo 425 de la Constitución de 2008 establece la existencia de doce tipos de normas distintas, dentro de las cuales la ley es solo un tipo de norma. Además, esta distorsión del sistema normativo excluye otras fuentes del derecho como la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina y la costumbre. No es posible entender al derecho como sinónimo de ley, pues esta es solo un elemento más del derecho.

Por lo tanto, el derecho penal no puede entenderse únicamente como una norma positiva. Si se realiza una analogía con otras ramas del derecho, es posible hacer algunas reflexiones. El derecho civil no es solo el código civil, el derecho constitucional no es lo mismo que la constitución, el derecho tributario no es solamente el código tributario. Del mismo modo, el derecho penal no es un sinónimo de la norma penal y, en el caso ecuatoriano, del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP). Una primera y necesaria forma de acercarnos al significado de derecho penal es observarlo como un objeto amplio, que no se reduce a la norma positiva. Para explicar el derecho penal es necesario escoger una definición, para construir argumentos que muestren su significado aplicado al sistema jurídico ecuatoriano.

La siguiente es una definición de derecho penal, la cual señala que es “la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho” (Zaffaroni, 2002, p. 5). Esta forma de entender el derecho penal fue escogida porque muestra su dimensión amplia, recoge partes sustanciales que son parte de su naturaleza, se construye dentro del contexto de un sistema jurídico específico y considera el modelo de Estado dentro del cual se desarrolla. Asumir como propias instituciones jurídicas o disposiciones normativas de forma acrítica y sin considerar la realidad de nuestro sistema puede ser problemático, además de conducirnos a una deficiente aplicación del derecho. Por ese motivo, a continuación, se hará un estudio amplio sobre los elementos propuestos en la definición citada, desde un enfoque que considera las características del sistema jurídico ecuatoriano y el estado constitucional de derechos y justicia.

1. El derecho y el saber jurídico

Las formas de explicar el significado del derecho son innumerables. No existe un acuerdo total en la academia respecto a si se trata de una ciencia, una doctrina, un saber, un método, un instrumento del poder, etc. Kelsen (1982) cuestionaba “si la ciencia jurídica era una ciencia natural o una ciencia social, si el derecho es un objeto natural o un objeto social” (p. 15). Sin embargo, no tenía duda respecto al carácter científico del derecho, verificable principalmente en el derecho positivo. Dworkin (2007) advierte cómo la palabra derecho, *law* en inglés, “y sus equivalentes en otras lenguas se usan de maneras muy diversas” (p. 11). Al respecto, considera que las distintas formas de ver al derecho pueden generar una relación problemática debido a su diversidad y amplitud. Para Bobbio (2015), el derecho debe contener, al menos, dos elementos esenciales “el concepto de sociedad” y la “idea de orden social” (p. 7). De acuerdo con esta postura, no es posible comprender a la sociedad sin la manifestación de los fenómenos jurídicos que contiene. Además, ve al orden social como uno de los principales objetivos que persigue el derecho.

El derecho puede ser entendido de múltiples formas, de acuerdo con el ambiente en el cual se desarrolle su explicación. Por eso, es adecuado asimilarlo como “un saber que —al igual que todos— debe establecer sus límites (definir su *horizonte de proyección*) en forma que le permita distinguir el universo de entes que abarca y, por ende, el de los que quedan excluidos” (Zaffaroni, 2002, p. 3). De esta forma, el saber jurídico es un conjunto amplio de conocimientos sobre las distintas manifestaciones jurídicas posibles en la sociedad, que se adquieren por medio de la experimentación y la investigación. El derecho penal, por consecuencia, es una rama del saber jurídico. La característica que lo diferencia de otras ramas del derecho es que da forma y permite la aplicación del poder punitivo del Estado por medio de la pena. El poder punitivo, que será explicado a profundidad más adelante, se refiere, en términos generales, al poder que tiene el Estado para aplicar una pena a quien cometa una infracción. Ninguna otra rama del saber jurídico tiene la potestad de aplicar penas, por lo cual este es el principal rasgo que diferencia al saber jurídico penal.

2. Las normas penales y la ley penal

No es extraño que los términos *norma* y *ley* sean utilizados sin distinción alguna. La familia jurídica romano germánica, a la cual pertenece el sistema jurídico de Ecuador, tiene como fundamento a la codificación del derecho positivo, plasmado en la ley. La facultad de crear derecho está concentrada en el legislador y se restringe en gran medida la función del juez como creador de normas generales y vinculantes. Se atribuye al legislador una habilidad de predictibilidad, con la cual está facultado para regular *a priori* todas las posibles relaciones jurídicas que se desarrollan en la sociedad. De este modo, la ley se convirtió en el núcleo de los sistemas jurídicos que nacen del *civil law* francés. Dentro de este tipo de sistemas, “lo más probable es que la ley mantenga una importancia sustancial dentro del sistema de fuentes” (Alarcón, 2018, p. 44). Esto trae consigo que la función legislativa tenga el rol principal dentro de la producción jurídica del Estado, que limitaba otras formas de producción jurídica, como la teoría, la jurisprudencia o la costumbre.

Esta estructura del sistema jurídico parte de un excesivo formalismo y es el resultado de diversos factores, con los cuales se ha construido una cultura jurídica que considera que el derecho se reduce a la ley. La Constitución del Ecuador del 2008 transformó ese paradigma cuando estableció de forma expresa un sistema de normas, más no un sistema de leyes. El artículo 425 de la Carta Magna, establece la existencia de varias normas, que funcionan como un sistema coherente y jerarquizado, bajo el principio de supremacía constitucional. De este modo, como se indicó líneas atrás, es necesario hablar de normas y de un sistema

normativo. No es posible hablar de un sistema de leyes, ya que las leyes son solo un tipo de norma más, que funciona dentro del sistema establecido en la Constitución de 2008. A pesar de haber transcurrido más de una década desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, la tradición legalista continúa presente en Ecuador. La ley sigue siendo asimilada como la única norma. En algunos casos, incluso, “se utiliza la expresión *carrera de leyes* para referirse a la formación de tercer nivel en el ámbito del Derecho y se resta importancia a otras fuentes del derecho como teoría y la jurisprudencia” (Navarro, 2021, p. 48).

Dentro del saber jurídico penal, es posible advertir la misma situación. Hablar de la ley penal significaría desconocer la existencia de otras normas que también son aplicadas dentro de esta rama del saber jurídico. La Constitución del Ecuador puede ser aplicada de forma directa en el ámbito penal, los tratados y convenios internacionales de DDHH son norma cuya aplicación es obligatoria. Esto significa que existen otras normas, que no son leyes y son susceptibles de aplicación dentro de un proceso penal. De esta forma, al existir un marco amplio de normas que regulan y condicionan la ejecución del derecho penal en Ecuador, es necesario hablar de normas penales y no solo de la ley penal. Sobre esta base, es muy necesario hacer énfasis en que no se debe confundir la expresión derecho penal con normas penales, entendidas como un acto del poder político.

De acuerdo con Zaffaroni (2002), el derecho penal hace referencia al “discurso de los juristas” (p. 4), es decir a la teoría creada por los académicos y profesores de derecho penal. Las normas penales hacen referencia a un acto de poder político, que se configura por medio de la creación de normas realizada por quienes tienen la potestad normativa. La Asamblea Constituyente puede crear una constitución, la Asamblea Nacional tiene a su cargo la creación de leyes, la Corte Constitucional tiene la facultad de crear precedentes constitucionales, la Corte Nacional de Justicia puede crear precedentes jurisprudenciales. Todas estas normas son un ejercicio de poder político y, por lo tanto, son parte de las normas penales. Es necesario, entonces, no confundir normas penales con derecho penal, pues si bien están vinculados de forma directa, tienen una naturaleza distinta.

3. Sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo

El saber jurídico penal genera un conocimiento que orienta las decisiones de todos los actores que intervienen en la penalidad. Zaffaroni considera que la función que debe tener el derecho penal es la reducción y contención del poder punitivo. Esta visión garantista puede ser contrastada con otras, que ven en el derecho penal un elemento de ampliación del poder punitivo como mecanismo de control social. En este apartado, se explicará, en primer lugar, el significado del poder punitivo y después cuál es la función que debe tener el derecho penal.

a. Contrato social y poder punitivo

El poder punitivo es la facultad que tiene el Estado para aplicar penas a quienes cometan ciertas conductas prohibidas. Este poder está permitido por las normas penales. Es un “modelo de solución de controversias” (Zaffaroni, 2006, p. 8) cuyo fundamento es la aplicación de una pena. Sin embargo, es necesario reflexionar sobre el origen de esta atribución, es decir determinar quién le entrega al Estado esta facultad para aplicar una pena. Las constituciones, generalmente, recogen dentro del sí la atribución punitiva del Estado. De forma general, el derecho es creado sobre la base del contrato social, que se convierte en la piedra angular de los sistemas jurídicos contemporáneos. Al hablar de contrato social no referimos a una ficción en la cual, de forma imaginaria, todos los integrantes de la sociedad acudimos a firmar un gran contrato, un gran acuerdo en el cual se le asigna poderes al Estado, con el objetivo de que administre y proteja a la sociedad.

Los múltiples puntos de análisis de la función de las constituciones, entendidas desde la teoría del contrato social, tienen como denominador común a la limitación de las libertades de las personas y la atribución de poder al Estado. Quienes ejercen la representación estatal están facultados para tomar decisiones y para ejecutarlas, incluso por medio de la coacción. El ejercicio del poder tiene límites específicos que son parte del mismo contrato social. La parte dogmática de las constituciones contiene derechos que cumplen el rol de límites para el ejercicio del poder. La parte orgánica, por otro lado, establece las funciones y atribuciones de cada institución del Estado, marcando un ámbito de acción definido, que no puede ser inobservado.

Si bien el poder punitivo es atribuido al Estado por la misma sociedad en la Constitución, no puede ser visto como un poder ilimitado. Las constituciones habilitan el poder punitivo, pero también se encargan de limitarlo. Los derechos y garantías son una frontera entre lo que le es permitido al poder punitivo y lo que le es prohibido. Del mismo modo, la asignación de funciones específicas a cada órgano estatal encargado

de aplicar el poder punitivo significa, al menos en principio, que su ejecución debe ser ordenada y existen varios actores que se encargan del proceso. La constitución “no es un instrumento neutral, porque siempre su normativa y aplicación viene precedida de presupuestos filosóficos e ideológicos” (Ferreyra, 2013, p. 36). La intensidad del poder punitivo que la sociedad le entrega al Estado depende de múltiples factores de poder, culturales, económicos, políticos, etc. Existen tres elementos principales que explican *las razones* del poder punitivo: la venganza, la violencia y el control social. Estos elementos serán explicados a continuación de forma independiente, pues son aspectos básicos de la epistemología de la penalidad.

b. La venganza y el castigo

Las normas son un reflejo de las relaciones de poder y de las características de la sociedad que las crea. A lo largo de la historia de la humanidad, la venganza ha sido utilizada como un método de resolver conflictos. ¿Es posible afirmar que la venganza tiene una dimensión cultural que nos hace depender de ella? Esta pregunta requiere una reflexión seria para encontrar los vestigios más profundos de la venganza en las sociedades, en la cultura y en la construcción de la realidad. El castigo se manifiesta en la pena como forma de retribución, en la cual se produce dolor a quien cometió un acto que afectó a una víctima específica. En algunos casos la afectación que produce un delito es asumida por el Estado, quien asume el rol de víctima en representación de la sociedad en su conjunto. El castigo también está presente fuera de la penalidad y el derecho. Se aplica castigos en la familia, en la escuela, en el deporte, en las relaciones interpersonales, etc.

El castigo es una institución no solo jurídica, sino social y cultural. No es común preguntarnos sobre el origen del castigo y su eficacia como forma de remediar problemas. Parecería ser un fenómeno natural que siempre estuvo presente, que evoluciona constantemente pero que no desaparece. La pena, como una forma de castigo, no puede ser considerada, de una forma simplista, como la respuesta estatal frente a un hecho punible, pues tiene un contexto social y cultural que la determina. De este modo, “el castigo es una institución comunicadora y didáctica; por medio de sus políticas y declaraciones pone en efecto —y en circulación cultural— algunas de sus categorías y distinciones con las cuales le damos significado a nuestro mundo” (Garland, 2006, p. 293).

Los patrones culturales sobre la venganza y la violencia se manifiestan desde los ámbitos más íntimos de la sociedad. La familia es un espacio en el cual existe un proceso, casi inconsciente, de promoción de la venganza y el castigo como mecanismo idóneo para resolver conflictos. En Ecuador, es común ver distintas variantes del ejemplo que se explica a continuación. Los niños, como parte de su desarrollo físico y psicológico, tienen una tendencia a jugar, experimentar, explorar y realizar varias actividades que les permiten conocer el mundo y la realidad. A menudo, es posible que sufran ciertos accidentes como golpes, caídas, resbalones, etc. Cuando esto pasa, es normal que experimenten dolor físico o miedo, lo cual les conduce, en algunos casos, incluso a llorar.

13

Lo realmente interesante de este ejemplo tan común es la reacción de los adultos frente a este escenario. Se acercan al infante, verifican si se ha causado un daño y, con especial énfasis, realizan un proceso de venganza y castigo *a quien le causó el daño al niño*. A menudo es posible ver cómo le dan golpes al piso, a una silla, una mesa, una puerta o cualquier otro objeto. Esto tiene como objetivo que el niño lo observe, se calme y deje de llorar. Detrás de esta práctica tan habitual, se esconde una dimensión cultural de la venganza y el castigo como mecanismo para resolver problemas. Este es un ejemplo, entre varios, de cómo lo vindicativo es parte de una institución sociocultural, que está siempre con nosotros y sin la cual, en estas condiciones, no podríamos comprender la realidad.

Esta concepción puede ser trasladada al ejercicio del poder punitivo. La pena tiene dentro de sí a la estructura de la venganza ejecutada por medio del castigo. Tanto a nivel individual, como colectivo, la venganza ha sido utilizada a lo largo de la historia de la humanidad. Es necesario, entonces, distinguir las dimensiones pública y privada de la venganza. En su esfera privada, las sociedades primitivas utilizaron este mecanismo para obtener el poder, propio del estado de naturaleza, pero también para generar equilibrio social. Con la creación del Estado y del contrato social, la venganza privada ya no es una actividad permitida, pues el Estado es el único órgano autorizado para aplicar este tipo de castigos de forma legítima.

La institucionalidad estatal “sustrahe el conflicto y su solución a los individuos y, por tanto, también la

venganza privada se transforma en una especie de venganza pública, la cual indefectiblemente continúa siendo una venganza privada pero ejercida por el Estado” (Navarro, 2015, p. 27). Los fundamentos de la venganza y el castigo siguen presentes en la noción sociocultural de la pena. Al respecto, es preciso tomar en cuenta que:

El sistema judicial aleja la amenaza de la venganza, no la suprime: la limita efectivamente a una represalia única, cuyo ejercicio queda confiado a una autoridad soberana y especializada en esta materia. Las decisiones de la autoridad judicial siempre se afirman como la última palabra de la venganza [...] No existe, en el sistema penal, ningún principio de justicia que difiera realmente del principio de venganza. El mismo principio de la reciprocidad violenta; de la retribución, interviene en ambos casos. (Girard, 2005, p. 23)

La pena cumple el rol de ser una forma de venganza ejecutada por el Estado, que se ejecuta por medio del castigo. Las normas penales, tanto sustantivas como procesales se convierten en una “doctrina sistemática o de reglas de conducta” (Horkheimer, 1994) que sirven para darle ritualidad a la venganza y hacerla legítima. Tener presentes a la venganza y el castigo, como fundamentos de la penalidad, es un instrumento indispensable para la creación de una teoría crítica sobre el poder punitivo y su alcance.

c. La violencia del poder punitivo

El poder punitivo es el poder más salvaje del Estado. Dentro de las facultades de coacción estatal, las sanciones civiles o administrativas imponen multas, obligan al cumplimiento de ciertos actos, pero no imponen una pena. Una obligación de pago o la suspensión de ciertas actividades, si bien son capaces de generar una afectación a quien debe cumplir una de estas medidas, no son comparables con el dolor que produce una pena privativa de libertad (en adelante: el encierro). La imposición de una sanción, ya sea a nivel civil, administrativo o penal, debe contener varios criterios de razonabilidad y perseguir un fin legítimo que justifique su aplicación. Todas estas medidas persiguen el objetivo de solucionar un conflicto y, en efecto, existen varias formas de hacerlo. La elección del método que se utilice depende, en gran medida, del diseño normativo que el Estado cree para este fin.

Por ejemplo: si en una escuela, un alumno rompe un vidrio con una piedra, puede pensarse en expulsarlo (modelo punitivo), pero también puede pensarse en llamar al padre y exigirle que pague la reposición del vidrio (modelo reparatorio o restitutivo), en convocar al psicólogo y tratar al alumno (modelo terapéutico) o incluso en sentarse a conversar, para determinar qué comportamientos de los otros determinaron esa reacción y corregirlos (modelo conciliatorio), etc. El inconveniente del modelo punitivo es que impide la aplicación de los restantes —o al menos dificulta— en tanto que los otros modelos pueden combinarse y aplicarse conjuntamente (Zaffaroni, 2006, p. 8).

Los sistemas penales actuales son diseñados sobre el modelo punitivo. La venganza y el castigo solo pueden ser ejecutados por medio de la violencia, cuyo fundamento es la producción de dolor o sufrimiento a quien se la aplica. Se trata de un sistema que pretende procesar y resolver los problemas más violentos de la sociedad, como los delitos, y que para eso utiliza la violencia del castigo. La eficacia de este proceder depende de cuáles son los objetivos que pretende alcanzar. Si tratamos de vengarnos con un castigo violento, tiene un gran nivel de eficacia. Por su parte, si el objetivo que se persigue es la prevención del delito, la rehabilitación o la seguridad, esta eficacia se vería seriamente comprometida. No queda duda de que la violencia es un elemento sustancial del poder punitivo.

Hablar del derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos) (Muñoz Conde, 2010, p. 29).

¿Para qué sirve el poder punitivo?

Esta pregunta poco cuestionada puede tener varias respuestas. El castigo que impone debe perseguir algún fin, si se considera que “el poder punitivo no es un fenómeno natural, sino político” (Zaffaroni, 2011, p. 171). De este modo debe ser visto como un instrumento creado y aplicado por el poder para perseguir objetivos que, por consecuencia, también tienen una dimensión política. Existen varias corrientes teóricas que explican los fines del poder punitivo, de acuerdo con el espacio en el cual se desarrollan. Las posturas más pertinentes para el contexto del sistema penal en Ecuador son la retribucionista y la preventivista. Estas dos corrientes tratan de legitimar el uso del poder punitivo y tienen como fundamento la identificación del mal social, del desviado,

anormal, enemigo, etc. Una vez identificado, se legitima la aplicación del castigo como un mecanismo social que busca retribuir el mal o prevenirlo.

- **Corriente retribucionista (*un mal por otro mal*)**

Esta corriente, también conocida como talional, es la expresión más directa de la venganza y el castigo. Su único propósito es causar dolor y sufrimiento a quien cometió una infracción. Esta expresión del modelo punitivo no está interesada en ser un mecanismo reparador para la víctima, un instrumento terapéutico de rehabilitación, ni un vínculo conciliatorio entre la víctima y el infractor. De esta forma, no resuelve el problema de fondo y resulta cuestionable pensar que pretende hacerlo. Desde sus orígenes, “la idea retributiva o talional canalizaba la venganza exigiendo una proporcionalidad entre la magnitud del delito y la pena” (Zaffaroni, 2011, p. 527)

La característica principal del retribucionismo es que el castigo se justifica por el “mal uso de la libertad” (Zaffaroni, 2019, p. 17). El ser humano es libre para ejecutar los actos que desee, siempre que estén dentro del marco normativo que le establece el contrato social. La Constitución, como base, y el resto de las normas que nacen de ella crean un ámbito de actuación para los individuos, en el cual se garantiza su libertad, pero dentro de los límites normativos previamente establecidos. Esta idea es acertada, no existe ningún derecho que sea absoluto y la libertad, sin duda, debe ser ejercida dentro de cierto espacio, a fin de no lesionar otros derechos. Dentro de este marco de libertad, podemos decidir qué hacer y qué no hacer, pero siempre tomando como referencia al contrato social, que determina el alcance de la libertad.

El mal uso de la libertad es reprochable, cuando alguien hizo algo que no debía hacer o cuando no hizo algo que debía hacer. Dentro de la teoría del delito, esta idea se representa en la culpabilidad. En esta categoría dogmática se analiza las posibilidades jurídicas que existen para atribuirle la responsabilidad sobre un injusto penal (conducta típica y antijurídica a una persona. Cuando se ha verificado que alguien ha cometido un injusto penal), es necesario determinar si esto realmente le es reprochable o no. Esto significa verificar si el injusto penal cometido se debió a un mal uso de su libertad, lo cual sería reprochable o si, por el contrario, se debe a otras causas.

En Ecuador, la culpabilidad tiene dos elementos: la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Los niños y quienes padecen trastorno mental, por ejemplo, son considerados inimputables, por lo cual no es jurídicamente posible atribuirles la responsabilidad por un injusto penal. Tampoco se le puede atribuir la responsabilidad a quien cometió un acto sin conocer que era antijurídico (prohibida), de acuerdo con los criterios del error de prohibición. Determinar si una conducta es realmente reprochable depende de varios factores que deben ser analizados con profundidad, sobre todo si el reproche de como resultado la aplicación de una pena. El retribucionismo considera además que “a menor inteligencia hubiese correspondido menor reproche” (Zaffaroni, 2019, p. 18).

No todo mal uso de la libertad es reprochable penalmente. Únicamente los casos en los que se configure un acto, típico, antijurídico y culpable serán susceptibles de un reproche y la consecuente aplicación de un castigo (pena). Se sanciona a una persona por un acto cometido, por lo que se debe destacar que el elemento que se sanciona es el acto en sí. No se puede aplicar una sanción a un individuo si no ha cometido un delito. El retribucionismo se vincula con la idea de derecho penal de acto, en el cual no se sanciona a una persona por lo que es, sino por lo que hace.

- **Corriente preventivista (es mejor castigar que lamentar)**

La prevención del delito es uno de los elementos más importantes para lograr un nivel adecuado de seguridad. La utilización del castigo como medio de prevención conduce al debate a un escenario en el cual se invierte la dinámica respecto a la corriente retribucionista, en la cual el castigo se aplica como consecuencia del acto cometido. La corriente preventivista aplica castigos para prevenir que se cometa actos delictivos. Se trata de castigar para prevenir, de identificar a quienes potencialmente podrían cometer un delito para aplicarles un castigo antes de que lo hagan. Esta corriente requiere identificar las características de quienes probablemente podrían cometer delitos para neutralizarlos *a tiempo*, es decir antes de que los cometan.

Varias han sido las formas en que se ha tratado de identificar al potencial delincuente. Las características físicas y anatómicas fueron, en algún momento, el fundamento del positivismo criminológico, que trató de explicar la tendencia natural al delito por medio de rasgos físicos. Posteriormente, la psiquiatría trató de

explicar el fenómeno de la criminalidad postulando que el delito es una representación de una enfermedad mental, por lo cual planteaban como necesario identificar los patrones de desviación mental que podrían llevar a alguien a cometer un delito. Esto haría posible castigarlos antes de que lo hagan y, de este modo, cumplir la máxima popular que postula que *es mejor prevenir que lamentar*. Estas diferentes formas de explicar la criminalidad tienen un denominador común. Todas requieren identificar a quienes podrían cometer delitos para neutralizarlos.

Según Zaffaroni (2019), la corriente prevencionista “resulta de la medida de la inclinación de la persona al mal (luego se llamará *peligrosidad* o, más directamente, *pronóstico de conducta*)” (p. 18). De este modo, el castigo no se aplica después de haberse cometido un acto, sino antes. Se trata de enfocarse en “los actos *no realizados* pero que *probablemente podría realizar*” (p. 19). El criterio de peligrosidad ha sido utilizado como mecanismo que permite el castigo o que, cuando se ha cometido un delito, hace posible incrementar la pena por la condición de peligrosidad que representa el individuo. Dentro de esta corriente, se juzga al autor y no al acto, lo cual es conocido como derecho penal de autor. El acto pasa a segundo plano, incluso puede no existir, y se juzga las características de una persona. Entonces, se trata de aplicar un castigo a alguien por lo que es y no por lo que hace (Zaffaroni, 2011, p. 527).

- **La teoría de la prevención**

La prevención es una teoría básica que, en líneas generales, sostiene que la pena es útil para prevenir el delito, por lo cual se legitima como mecanismo de control social. Esta teoría tiene una dimensión amplia y abarca a todos los espacios del núcleo social, quienes participan en el proceso de construcción del sistema penal, pero también son objetos de su aplicación. Esta teoría se divide en dos partes, la general y la especial. Cada una, además, se divide en positiva y negativa. La eficacia de cada dimensión de la teoría de la prevención depende de varios factores que la condicionan, dentro de un contexto social complejo. Esto, por supuesto, es parte de un debate amplio y requiere de un estudio profundo. La diferencia más visible entre la prevención general y la especial es que, mientras la general causa un efecto sobre toda la sociedad, la especial se enfoca en quienes ya han cometido un delito. A continuación, se explicará brevemente el significado de cada una de las dimensiones de la teoría de la prevención:

- **Prevención general positiva**

Para esta dimensión de la prevención, la creación de tipos penales y penas es una garantía de la armonía social. Causa un efecto de afirmación de los valores de la sociedad, que permiten la plena vigencia y eficacia del contrato social. De esta forma, el Estado envía un mensaje por medio del cual pretende generar confianza en los individuos respecto al estricto cumplimiento de las disposiciones que integran el sistema normativo y, en consecuencia, sobre la garantía de derechos. Además, se deja claro que, ante un incumplimiento de las normas, el Estado cuenta con mecanismos de coacción que pueden preservar y restituir la armonía en el núcleo social. La pena se muestra como garantía del orden, de la eficacia de las normas y de la realización de los derechos.

Como analogía, se hará una comparación con la creación de las instituciones policiales. En muchos casos, cuando pensamos en la Policía, imaginamos un órgano con capacidad para salvaguardar el orden social, como algo que fue creado para que todos cumplan las normas. En este primer acercamiento no pensamos en la Policía como una amenaza, sino como una afirmación de la presencia estatal y la tutela de los valores fundamentales de la sociedad. Por lo tanto, el castigo cumple la función de didáctica. Por su intermedio se construyen los principios básicos que regulan la convivencia, se genera un determinado nivel de confianza sobre el poder del Estado y se reafirma progresivamente el significado del contrato social, por medio del cual cedimos poder a cambio de ser administrados y protegidos.

La prevención general positiva también puede generar ciertas distorsiones sobre la dimensión misma del poder punitivo. La creación de castigos no puede ser el único medio de consciencia social respecto a la obligación de cumplir las normas y respetar los derechos. Existe una tendencia latente a incrementar el poder punitivo con el objetivo de reforzar los parámetros sociales de lo aceptable, “la consigna del momento es pretender que todos los conflictos sociales se pueden resolver mediante el poder punitivo. Más fácil que resolver los conflictos es tipificarlos” (Zaffaroni, 2011, p. 12). La creación de nuevos tipos penales y el aumento de las penas no debe convertirse en un síntoma de populismo penal, pues podría crear un espejismo de moral social

y seguridad. La configuración de tipos penales y el incremento del poder punitivo no puede garantizar un nivel adecuado de seguridad. En consecuencia, resulta ingenuo pensar que el aumento del poder punitivo, desde la perspectiva de la prevención general positiva, basta para que cumpla su fin máximo: la prevención del delito.

- **Prevención general negativa**

Determinar con exactitud a quién va dirigida la prevención general negativa es un tema que genera discusión. En principio, se orienta a quienes no han cometido un delito, pero podrían hacerlo potencialmente. Aquí radica “la idea de que la misión de la pena es hacer desistir (intimidar) a autores potenciales” (Jakobs, 1997, p. 26). El factor principal de este tipo de prevención general es la intimidación. La pena se convierte en una amenaza para los potenciales autores de un delito. Sin embargo, a quiénes se hace referencia cuando se habla de autores potenciales, esa es la principal interrogante. Si se toma como referencia a la corriente preventivista, sería necesario tener parámetros de identificación del posible delincuente, para diseñar una pena capaz de intimidarlo. En la actualidad, lograr ese objetivo sería imposible y discriminatorio.

La prevención especial negativa está diseñada para causar un efecto en toda la sociedad, entendida en su conjunto. No es posible individualizar la amenaza de la pena para cierto grupo de personas, pues eso sería contrario al principio de igualdad y no discriminación. La amenaza del castigo debe intimidar a todas las personas para evitar que cometan un delito. Para Jakobs (1997), se fundamenta en el “carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento del infractor” (p. 26). La pena debe ser capaz de causar dolor, ante lo cual quien pretende cometer un delito es conducido a abandonar esa idea por temor al castigo. Esto se explica considerando que el delito es un impulso que debe ser satisfecho por el individuo. Así, se posiciona la idea de que “se neutralizan los impulsos hacia la acción cuando todo ciudadano sabe con certeza que a la infracción seguirá un mal mayor que aquel que surge de la no satisfacción de la necesidad tras una acción” (p. 26).

La eficacia de la prevención general negativa es, igualmente, cuestionable. No todo conflicto social puede ser resuelto utilizando el poder punitivo. Confiar totalmente en la amenaza de la pena significaría pensar que todos los individuos no cometen delitos solamente por el temor al castigo. Sin duda, la explicación del fenómeno criminal es mucho más compleja. Dentro de la analogía propuesta, que vincula a estas teorías con la Policía es posible explicar este fenómeno de forma simple. La Policía, para la prevención general *positiva*, significa una reafirmación de la institucionalidad del Estado y el sistema normativo, la tutela del contrato social que nos regula y de la garantía de derechos. La prevención general *negativa*, por su parte, observaría en la Policía la amenaza del castigo, lo cual funciona como mecanismo de intimidación.

- **Prevención especial positiva**

17 La prevención especial ya no se dirige a toda la sociedad. Su objetivo son las personas que ya han cometido un delito y que podrían cometer otro en el futuro. Se enfoca, principalmente, en las personas privadas de la libertad y el proceso que realizan para no cometer más delitos. De acuerdo con Jakobs (1997), “cuando se considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial” (p. 29). El delito cometido puede ser visto como un síntoma de potenciales delitos que podrían ser cometidos por el mismo autor en el futuro. Eso es lo que busca evitar la prevención especial positiva. Si se centra en la consecución de un proceso exitoso de rehabilitación social, en dotar de herramientas de desarrollo y satisfacción de necesidades del sentenciado y en una reinserción social adecuada, estamos en presencia de la dimensión positiva de la prevención especial.

En Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) considera como uno de los fines de la pena al desarrollo progresivo de los derechos de la persona sentenciada. Esta tutela de derechos solo es posible con la implementación de un sistema de rehabilitación social que cuente con los insumos necesarios para cumplir sus objetivos. Esto requiere de la asignación de recursos económicos y humanos y la puesta en marcha de una política pública integral. En febrero de 2021, se desarrollaron varios motines simultáneos en algunos centros de rehabilitación social de Ecuador, que dejaron un saldo de aproximadamente ochenta fallecidos. En julio del mismo año, hechos similares cegaron la vida de veintidós personas.

Esto es una muestra clara de los altos niveles de violencia que existen en los centros de privación de libertad de Ecuador. Las causas de la situación del sistema de rehabilitación social son múltiples y, por su amplitud, no serán analizadas en este trabajo. Lo que sí es necesario cuestionar es si un ambiente violento, inseguro, insalubre

y peligroso realmente puede, al menos mínimamente, ser el espacio dentro del cual se desarrolle un proceso de rehabilitación social y garantía progresiva de los derechos de los sentenciados. Además, resulta impostergable una reflexión profunda respecto a si existe coherencia entre las políticas públicas implementadas para lograr la rehabilitación con la concepción de la pena que se sustenta en lo vindicativo y el castigo.

- **Prevención especial negativa**

La dimensión negativa de la prevención especial también se centra en quienes han cometido una infracción y busca evitar que cometan otra en el futuro. La diferencia radica en que no se enfoca en el desarrollo de los derechos del sentenciado y su rehabilitación, sino en su neutralización. Esto significa que su vértice no es el sentenciado, sino la sociedad. En este tipo de prevención no es importante lograr un proceso de rehabilitación adecuado para el sentenciado, sino proteger a la sociedad. Se construye sobre la base de la corriente prevencionista, según la cual es necesario neutralizar a quien podría cometer un delito, con el objetivo de proteger a posibles víctimas. Cuando esto se aplica a los sentenciados, los niveles de peligrosidad son mucho más identificables y, por lo tanto, la intervención estatal debe maximizar el poder punitivo en estos casos.

Bajo esta corriente, se legitima el uso de penas que no rehabilitan, pero que son capaces de neutralizar totalmente al sentenciado. Castigos como la pena de muerte, la cadena perpetua, la castración química, entre otras, son una muestra latente de cómo la pena busca neutralizar a quien es considerado como enemigo de la sociedad. El poder punitivo está dispuesto a eliminar al sentenciado si es necesario, a neutralizarlo de por vida o, por lo menos, durante el mayor tiempo posible. La creación indiscriminada de tipos penales y el aumento de penas sin una justificación que se sustente en la rehabilitación social significa una muestra clara de la prevención especial negativa.

Esta parte de la prevención especial está vinculada tanto con la corriente retribucionista, como con la prevencionista. La pena se aplica como una retribución de un mal por otro mal, debe tener una dosimetría que sea capaz de cumplir con el criterio de venganza que tiene el castigo y debe cumplir una función social. Además, se vincula directamente con la corriente prevencionista cuando se considera al aumento del poder punitivo como el único mecanismo capaz de prevenir futuros delitos por parte de los sentenciados. Es en sí misma una negación de la rehabilitación social.

4. Estado constitucional de derechos y justicia

Todos los fundamentos teóricos del poder punitivo que fueron expuestos deben ser analizados dentro del contexto del Estado y del sistema jurídico al que responden. En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 definió al Estado como constitucional de derechos y justicia. Por evidente que parezca, esto significa que Ecuador ya no está configurado como un Estado de derecho, tampoco como un Estado constitucional de derecho, sino como un Estado constitucional de *derechos* y justicia. Este trabajo no pretende explicar a profundidad el significado de cada modelo de Estado, pero sí mostrar algunas diferencias básicas, que influyen en la construcción teórica y normativa del derecho penal y el poder punitivo. El objetivo principal del estado de derecho es cumplir y hacer cumplir la ley, que se convierte en el núcleo del sistema normativo. En este modelo de Estado, la constitución es vista como una norma programática, que requiere de la creación de leyes para aplicarse en la realidad. La constitución es un proyecto político y no una norma aplicable, por lo cual se prioriza su cumplimiento como garantía de la vigencia del poder estatal.

El Estado constitucional de derechos transformó la forma de entender la constitución, que fue rescatada del rincón de lo programática y se le atribuyó normatividad. De este modo, el principal objetivo de este modelo de Estado es asegurar la vigencia, supremacía y eficacia de las disposiciones normativas que están en el texto constitucional. Por su parte, el Estado constitucional de derechos y justicia pone en el centro de su sistema a los derechos. El núcleo de este modelo no es la constitución, mucho menos la ley, sino los derechos de las personas y, en el caso de Ecuador, también de la naturaleza. En consecuencia, es posible inaplicar una ley o incluso la misma constitución cuando esto sea necesario para garantizar los derechos. En resumen, el estado de derecho prioriza el cumplimiento de la ley, el Estado constitucional de derecho tiene como fundamento la aplicación de la constitución, mientras que el Estado constitucional de derechos establece su centralidad en la realización de los derechos. Esta es solo una característica que los diferencia, sin duda, el análisis es mucho más amplio.

Dentro de este contexto, el objetivo del sistema penal en Ecuador no puede ser otro que la garantía de los derechos. El derecho penal, visto como ciencia o saber, es el conjunto de conocimientos sobre las normas penales, el poder punitivo y la dimensión social de la penalidad. Es necesario plantear una visión de derecho penal que sea coherente con el modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, pues la Constitución de Ecuador, de forma expresa, establece que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (EC 2008, art. 11). Es necesario construir un derecho penal con la garantía de derechos y la eficacia de nuestro sistema normativo.

Hablar de garantizar derechos significa contar con elementos para tutelar los derechos de todas las personas, no solo de un grupo específico. Dentro del discurso político, social y mediático se ha posicionado la idea de que la garantía de derechos beneficia a los infractores y promueve el delito, la impunidad y la inseguridad. De acuerdo con esta postura, una excesiva tutela de derechos de procesados y sentenciados causaría un efecto contrario frente al resto de la población, a quien se ubicaría en una situación de vulnerabilidad. Esta perspectiva pertenece al discurso político y mediático, más no al académico. Lo realmente importante es que esta visión sobre los derechos es recogida por la sociedad y se utiliza como argumento para la expansión del poder punitivo. Esta tendencia es cercana al funcionalismo penal, pues “pregona un uso utilitario del derecho penal, que va de la mano con la flexibilización de las garantías penales y de un endurecimiento de las penas y de las restricciones a la libertad” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, párr. 6).

Por contraste, la visión garantista del derecho penal tiene una naturaleza que pretende racionalizar el poder punitivo y limitar la violencia que produce. En este sentido, “pregona el uso racional, excepcional, mínimo del poder punitivo” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, párr. 6). Todo poder es legítimo en la medida en que sea controlado o tenga límites. No es concebible la idea de un poder absoluto que sea capaz de expandirse, transformarse y ser aplicado sin restricciones. Eso significaría la existencia de un poder absoluto, con el potencial para producir múltiples vulneraciones de derechos. Esto se complementa con la idea de un derecho penal mínimo, conocido también como principio de mínima intervención. De acuerdo con esta concepción, el derecho penal debe ser utilizado como mecanismo de tratamiento de conflictos sociales únicamente cuando otro tipo de mecanismos sean ineficaces o insuficientes para resolver un conflicto.

Esto es comparable con una situación cotidiana. Los seres humanos, desde la niñez hasta la edad adulta, reciben consejos sobre cómo resolver un conflicto. En un primer momento, es necesario evitar los conflictos innecesarios y saber analizar si realmente existe o no un conflicto. En caso de que se verifique su existencia es necesario resolverlo con los medios que menos impacto o riesgo causen, como el diálogo o una solución amistosa. Finalmente, si no es posible ninguna de las anteriores formas, es permitido recurrir a la violencia, como medida de última instancia. Lo mismo pasa con el poder punitivo, que es la forma más salvaje y menos civilizada de enfrentar un problema y, por lo tanto, debe ser utilizada como la última medida, en caso de que las demás no sean adecuadas para los fines propuestos. Entonces, el derecho penal debe ser capaz de contener la violencia propia del poder punitivo. Los términos garantismo y derecho penal mínimo tienen una estrecha vinculación:

“Garantismo” y “derecho penal mínimo” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva —tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. (Ferrajoli, 2006, p. 11)

Ferrajoli (2006) apunta a la configuración de un sistema en el cual la tipificación de conductas y la atribución de una pena se realice sobre la base de un criterio de mínima intervención, es decir que se trate solo de conductas que no puedan ser solucionadas con otros mecanismos. Además, requiere dotar de derechos y garantías para las personas que se enfrentan al poder punitivo representado por las agencias estatales. Un proceso penal o la ejecución de una pena significan un espacio de tensión en el cual intervienen, al menos, dos actores. Por una parte, el Estado haciendo uso del poder punitivo, con toda su estructura orgánica y de poder. Por otra, un ser humano. Esta confrontación no tiene equilibrio, ya que se trata de una confrontación entre el Estado y un individuo. Es necesario entonces establecer ciertas reglas y dotar de derechos a la parte más débil de esta relación jurídica, sobre todo si se considera que el objetivo de toda actuación estatal es la garantía de derechos. De esta forma será posible alcanzar “un doble objetivo: no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas” (p. 12).

Si no se limita el poder punitivo, es posible que se produzcan “graves y sistemáticas violaciones a los derechos de las personas, como los genocidios, las torturas, las detenciones arbitrarias, el hacinamiento carcelario, los malos tratos, el abuso de la privación de libertad sin condena” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, párr. 7). Como se explicó antes, si se observa con detenimiento las disposiciones normativas de la Constitución del Ecuador del 2008 y se contrasta con el modelo de Estado adoptado, se puede afirmar que se sustenta en el garantismo penal. “La Constitución vigente, nos guste o no, es garantista penal. No es funcionalista” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, párr. 8). De acuerdo con esto, los juzgadores que intervienen en esta área del derecho son denominados *jueces de garantías penales*. La privación de libertad, como muestra máxima del poder punitivo, está orientada por los criterios de mínima intervención penal y rehabilitación social.

El artículo 35 de la Constitución del 2008 considera a las personas privadas de la libertad como un grupo de atención prioritaria. De acuerdo con esto, cuenta con todos los derechos que tiene toda persona, pero además con ciertos derechos específicos de acuerdo con su condición. De igual forma, la privación de libertad se ejecuta dentro de un sistema de rehabilitación social que tiene una finalidad clara:

El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad. (Constitución, 2008, art. 201)

En el mismo sentido, el COIP, define claramente los fines de la pena, cuando establece que:

Finalidad de la pena. - Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales. (COIP, 2014, art. 52)

De acuerdo con estas disposiciones normativas, la pena no está construida sobre la base del discurso retribucionista de venganza y castigo, sino sobre los fundamentos de la prevención especial positiva. La privación de libertad es vista como un mecanismo de garantía y protección de los derechos del sentenciado, que pretende garantizar sus derechos de forma integral como grupo de atención prioritaria para reinsertarlo en la sociedad. La pena no puede ser entendida como venganza, retribución y castigo, sino como una medida terapéutica que tiene como objetivo el desarrollo integral y progresivo de las personas privadas de libertad. Esta es la visión normativa de la pena, que se sustenta en lo dispuesto por el sistema normativo del Ecuador.

Sin embargo, existe otra visión sobre la naturaleza y función de la pena. Se trata de la óptica social, mediática y política que observa a la pena como un mecanismo de prevención del delito, pues considera que mientras más tipos penales existan y más altas sean las penas, más alta es la confianza en la institucionalidad del Estado y habrá más intimidación para los posibles infractores. Además, la ejecución de la pena está enfocada en la prevención especial negativa, que solamente se ocupa de neutralizar a quien cometió un delito por la mayor cantidad de tiempo posible, con el objetivo de evitar el cometimiento de nuevos delitos en el futuro. En esta dimensión de la pena confluyen la visión retribucionista y preventivista. En referencia a la primera, la cárcel es un castigo y, en consecuencia, debe ser un lugar violento, donde no existan condiciones mínimas de vida digna, pues es un castigo. Es común escuchar razonamientos como *la cárcel no es un hotel, es un lugar donde se va a pagar las culpas*. Observar a la pena solo desde la lógica del castigo hace necesario que la privación de libertad no tenga las características que hacen posible la rehabilitación social.

La visión preventivista se manifiesta en el encierro como instrumento de aislamiento y neutralización del sentenciado, para evitar que vuelva a insertarse en la sociedad y así prevenir que vuelva a delinquir. Es irrelevante si el sentenciado logra o no rehabilitarse, lo que importa es que no recupere su libertad. El discurso punitivista de aumento de penas es una muestra clara de esta corriente. Se trata de prolongar en la mayor medida posible el tiempo de duración de la privación de libertad. Se disminuye las medidas alternativas a la privación de libertad, tanto a nivel cautelar como dentro del cumplimiento de la pena. Este concepto tiene como objetivo evitar la reincidencia, entendida como el cometimiento de nuevos delitos. Respecto a la reincidencia, el COIP establece lo siguiente:

Reincidencia. - Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa. Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio. (COIP, 2014, art. 57)

La prevención especial no considera reincidencia solo a la comisión del mismo delito, sino a cualquier infracción. Los delitos futuros pueden ser prevenidos por medio de la rehabilitación social, pero también con la neutralización y encierro. En cualquier caso, la reincidencia es atribuible principalmente al sistema que no logró cumplir con los objetivos de rehabilitación o neutralización. Es preciso considerar que:

En la reincidencia se podría afirmar que no se puede atribuir a una persona, que se le promete rehabilitarse y se le sumerge en un ambiente de violencia en las cárceles. La reincidencia es la demostración del fracaso del sistema penitenciario y no el fracaso de la persona. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, párr. 33)

Si el sistema de rehabilitación social del Ecuador no cuenta con los insumos necesarios para lograr sus objetivos es imposible cumplir con lo dispuesto por la Constitución, el COIP y las demás normas que regulan este ámbito y tampoco es posible garantizar los derechos de las personas. La pena en Ecuador no es eficaz para lograr una rehabilitación social adecuada, porque no cuenta con las herramientas básicas para hacerlo. Por contraste, la pena es eficaz como instrumento de neutralización y aislamiento de los sentenciados, lo cual está prohibido de acuerdo con los fines de la pena establecidos en el COIP. Resulta curioso ver que, en Ecuador, la pena no funciona para lo que debería funcionar y sirve únicamente para lo que no debería servir.

Este escenario contradictorio muestra claramente que existe una visión normativa de la pena, que apunta a la rehabilitación y el desarrollo de los derechos de los sentenciados, así como a la limitación del poder punitivo. “El derecho penal mínimo intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado” (Ferrajoli, 2006, p. 14). El problema se presenta cuando las políticas públicas no se adecúan a lo que ordenan las normas y se construye un sistema penal orientado al incremento del poder punitivo, la reducción de derechos y la aplicación de penas con carácter de retribución y venganza. Las dos visiones no son compatibles entre sí. El garantismo no es contrario a la visión de proteger a toda la sociedad. No se puede sostener que los derechos generan criminalidad, pues esta es creada por el fracaso de un sistema de rehabilitación social, sumado a múltiples factores sociales, políticos, económicos, mediáticos y culturales que condicionan los índices delictivos de una sociedad.

“En cualquier lugar de la superficie de este planeta se habla de la *cuestión criminal*. Es casi de lo único que *se habla* —en competencia con el fútbol, que es un arte complejo—” (Zaffaroni, 2011, p. 15). La incidencia de la cuestión criminal en la sociedad es innegable, sobre todo si se considera que “la *experiencia* del conflicto social es uno de los estímulos más poderosos para que los hombres sean conscientes del derecho” (Pérez, 2004, p. 20). La inseguridad, el delito y el poder punitivo son temas perceptibles por toda la sociedad sin ninguna diferenciación. Estos temas condicionan nuestra forma de comprender la realidad y comportarnos diariamente. No se le puede asignar al poder punitivo la responsabilidad total sobre el control de la criminalidad y la inseguridad, como si se tratase de una fórmula mágica que resuelve problemas. Haciendo una analogía con el fútbol es como darle a un arquero, no solo la responsabilidad de defender su arco, sino también la de hacer goles en el arco contrario. Es necesario considerar que el derecho penal estudia una multiplicidad de factores dentro de un contexto social específico y su estudio no significa repetir de forma acrítica las disposiciones normativas que constan en el COIP. Es reflexionar sobre la realidad, “tiene que ver con nuestra sobrevivencia, con discutir *lo fundamental*” (Paladines, 2019, p. 16).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alarcón, P. (2018). *Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Baratta, A. (2004) *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo*. Madrid: Trotta.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferreya, G. (2013). *Fundamentos constitucionales*. Buenos Aires: Ediar.
- Garland, D. (2006). *El castigo como institución social*. Madrid: Siglo XXI.
- Girard, R. (2005). *La violencia y lo sagrado*. Barcelona: Anagrama.
- Horkheimer, M. (1994). *Dialéctica de la Ilustración*. Valladolid: Trotta.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mezger, E. (1958). *Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina.
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- Navarro, H. (2015). *Propaganda y castigo en la reforma penal ecuatoriana*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Navarro, H. (2021). *La selección y revisión en Ecuador desde el enfoque de los trasplantes jurídicos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Paladines, J. (2019). *Más allá de una urgente criminología crítica, en La nueva Crítica Criminológica, Raúl Zaffaroni*. Quito: El Siglo.
- Pérez, A. (2004). *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Rabinovich, R. (2014). *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?* Buenos Aires: Didot.
- Roxin, C. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid: Civitas.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. (2011). *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta.
- Zaffaroni, E. (2011). *La palabra de los muertos*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. (2019). *La nueva crítica criminológica*. Quito: El Siglo.

CAPÍTULO 2:

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

Silvana Esperanza Erazo Bustamante
Universidad Técnica Particular de Loja
seerazo@utpl.edu.ec

Introducción

El derecho penal es la rama del derecho público que tiene como objetivo fundamental proteger los bienes jurídicos de todas las personas. Esto, en pocas palabras, puede sonar sencillo; sin embargo, es necesario realizar un análisis profundo de los bienes jurídicos y cuáles son los mecanismos de protección que utiliza el derecho penal. Empezamos, entonces, por explicar qué se entiende por bienes jurídicos.

Se considera a estos como aquellos bienes establecidos en la Constitución que deben ser respetados y tutelados; o, citando a Kierszenbaum (2009) “un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico” (p. 188), como la vida, la libertad, la integridad, la salud, el patrimonio, etc. El derecho penal, por tanto, tiene como misión “proteger los valores elementales de la vida comunitaria”, como lo diría Welzel, citado por Kaufmann (2013, p. 28). “Se trata, entonces, de situaciones de valor ofendibles y tutelables, cuya defensa se plantea como tarea fundamental del derecho penal del estado social de derecho” (Moccia, 2008, p. 184).

La protección a la que nos referimos, para algunos doctrinarios, es la imposición de la pena correspondiente por el delito cometido, de allí que Von Liszt, hace algunos años, propusiera, como definición de derecho penal, “el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (citado por Mir Puig, 2003, p.7). Esta definición ha ido cambiando a lo largo de los años y se han incluido a las medidas de seguridad, es decir, el derecho penal pasó de ser monista, donde la única medida para prevenir los delitos era la pena, a dualista, en el que también se adoptan medidas de seguridad. Lo que se desprende claramente de la definición mencionada es que el derecho penal exige la previsión de la pena. Nos referimos, entonces, al derecho penal subjetivo, el derecho de penar o *ius puniendi*, derecho que es atribuible al Estado. “Así mirado, el derecho de punir aparece como un derecho subjetivo público del Estado y, precisamente, como un particular derecho de supremacía, derivado del general *status subiectionis*, de la general relación de subordinación y de obediencia política” (Rocco, 2008, pp. 19-20).

El tratadista Rocco (2008), al referirse al *ius puniendi*, manifiesta “es la facultad del Estado de accionar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal, en sentido objetivo) que garantizan el alcance de su objeto punitivo y de pretender para otros (reo) esto a que está obligado por fuerza de las mismas normas” (p.17). Es necesario, sin embargo, aclarar, que, en un Estado democrático, el Estado no tiene derechos sino facultades o atribuciones, quienes tienen derechos son los ciudadanos; sin embargo, pese a esta discusión que ha surgido a lo largo de la historia de si el Estado tiene o no el derecho de penar, es claro que la imposición de la pena es una función del Estado.

En esta ilación de ideas, es conveniente indicar que, el derecho penal se relaciona con tres elementos: poder punitivo, ley y dogmática penales. El poder punitivo, entendido como la coerción del Estado al restringir los derechos o libertades; la ley penal, que describe la conducta punible; y, la dogmática o derecho penales propiamente dicho, que limita o controla el poder punitivo. Se puede decir que el derecho penal es la contraparte del poder punitivo.

El derecho penal tiene como misión:

La protección de la sociedad, o, quizá mejor, de los individuos que la integran y que, en virtud del contrato social, han cedido al Estado el casi total monopolio del uso legítimo de la coacción. Más concretamente, la atribución de una finalidad al Derecho penal se ha centrado en la protección de los bienes jurídicos, en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social, mediante la prevención del delito. (Silvas, 2012, p. 303)

El uso legítimo de la coacción, por parte del Estado, debe estar regulado o limitado para evitar que se comenten abusos en el ejercicio de esta coacción, de allí que el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, COIP, tiene como finalidad, entre otras, normar el poder punitivo del Estado, es decir, hace referencia a la dogmática penal.

Podríamos decir, como conclusión, que el derecho penal es un medio de control social, un mecanismo de protección de los bienes jurídicos. El derecho penal para cumplir con su misión o finalidad debe regirse por algunos principios fundamentales, principios que emanan de la Constitución de la República del Ecuador, de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y del Código Orgánico Integral Penal. Sobre estos principios vamos a hacer referencia en este trabajo académico.

1. Principio de legalidad

Como antecedente de este principio, es importante citar a César Beccaria, representante de la Escuela Penal Clásica, quien consagra el principio *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, “no hay delito, no hay pena, sin ley previa”, en vista de los abusos que se cometían en los castigos o penas impuestas por los monarcas, en el período de la venganza pública del derecho penal. Con la tipificación de los delitos y las penas nace un derecho penal más humano al evitar el abuso del poder y la imposición de penas desproporcionadas.

Tal es la importancia de este principio, que se encuentra recogido en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos y en la mayoría de las legislaciones penales del mundo. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11, numeral 2, determina que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional; y, establece, además, que no se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. La normativa de este importante documento internacional ha servido de base para que, en casi todas las Constituciones de los diferentes países, incluida la nuestra, se acoja el principio de legalidad.

El principio de legalidad constituye una garantía básica para asegurar el derecho al debido proceso en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, de acuerdo con lo previsto en nuestra Constitución; así, el numeral 3, del art. 76 establece que “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; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley [...]”. Este principio se encuentra recogido en el art. 5, numeral 1 del COIP, entre los principios que rigen el derecho al debido proceso penal, por el que se establece que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho.

La infracción debe estar determinada de forma clara y precisa en la ley penal, con todos sus elementos y caracteres para evitar interpretaciones o analogías; esa es una tarea fundamental del legislador. La Constitución de la República del Ecuador, CRE, obliga a la Asamblea Nacional a tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, a través de leyes, conforme lo estipula el art. 132.

El principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar “determinada por la ley” antes de su comisión, se basa en la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de los diversos caracteres de la conducta delictiva (Welzel, 2011, pp. 72- 73)

La pena, como consecuencia jurídica del delito, de igual forma, debe estar tipificada de forma clara y precisa para evitar interpretaciones que se alejen de su finalidad y que puedan vulnerar los derechos de la persona con condena. El principio de legalidad de la pena implica que debe ser individual, determinada e impuesta en sentencia. En primer lugar, el juzgador debe imponer la pena únicamente al responsable de la infracción, responsabilidad que debe haber sido probada en juicio, respetando las normas del debido proceso. Si son varios los responsables de la infracción, el juzgador, en la sentencia, debe individualizar la pena para cada persona, considerando el grado de participación en el delito y la aplicación de circunstancias atenuantes o agravantes, en caso de existir. Adicionalmente, el juzgador debe aplicar la pena establecida en la ley para la infracción cometida, indicando la clase de pena y el tiempo de duración.

Esta tipificación, tanto de la infracción como de la pena, permite garantizar el derecho a la seguridad jurídica, por el cual deben existir normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, al tenor de lo prescrito en el art. 82 de la Constitución ecuatoriana. “El delito debe estar descrito con la mayor claridad en una ley penal expedida con anterioridad al cometimiento de la infracción, del mismo

modo que la pena debe estar claramente señalada para cada tipo de delito” (Vaca, 2014, p. 44). Le corresponde, por tanto, al juzgador, interpretar en forma estricta los tipos penales y las penas, respetando el sentido literal de la norma, tal como lo establece el art. 13, numeral 2 del COIP; esta misma norma, prohíbe la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permitan la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos (numeral 3). Para Sancinetti, citado por Pacheco (2015), “el juez no puede extender la sanción a acciones no abarcadas en el texto, aun cuando hubiera razones para pensar que la acción no abarcada es básicamente tan disvaliosa como la acción descrita en el tipo penal” (p. 135). La analogía, en materia penal, contradice el principio de legalidad, puesto que el juzgador podría cometer arbitrariedades en la interpretación de la norma redactada por el legislador, de allí que la intervención penal se limita a lo que está previsto en la ley.

Con respecto al proceso penal, este debe estar debidamente establecido en la ley penal; las reglas o principios claramente especificados, garantizando de esta manera el derecho al debido proceso penal. La CRE, en el art. 76, establece estas garantías y es obligación del juzgador velar porque sean respetadas. De igual forma, el art. 5 del COIP, recoge los principios por los cuales se regirá el derecho al debido proceso penal, entre los cuales se encuentra el principio de legalidad.

Este contexto se relaciona con el art. 17 del COIP, que, al referirse al ámbito material de la ley penal, establece que “se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código”. En conclusión, solo a través de la ley penal escrita, *Lex Scripta*, se pueden crear los delitos, las penas y establecer el proceso correspondiente, limitando, de esta forma, el poder del Estado, obligándolo a respetar las normas prescritas para evitar la vulneración de derechos humanos y fundamentales.

2. Principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos

La intervención del Estado, con su poder punitivo, debe ser de *ultima ratio*. El principio de lesividad exige que el derecho penal regule únicamente las conductas penalmente relevantes para la protección de los bienes jurídicos, limitándose, por tanto, su intervención, cuando existan amenazas que pongan en peligro dichos bienes jurídicos. Una conducta, entonces, será penalmente relevante cuando, a más de reunir los elementos del tipo penal, cause daño o ponga en peligro un bien jurídico protegido; nos referimos al bien jurídico con rango constitucional. Según Vega (2020):

[S]urge un delito cuando las acciones de una persona afectan o perjudican los derechos de otra u otras; por tanto, solo cuando se vulnera un bien jurídico hace aparición el principio de lesividad, es decir, cuando hay daño a terceros, debido a que el principio de lesividad está vinculado con el derecho penal y este con la afectación del derecho a la libertad. (p. 19)

El poder punitivo del Estado tiene sentido en tanto deba proteger los bienes jurídicos puestos en peligro, de allí que el derecho Penal sanciona las conductas humanas que lesionan los bienes jurídicos. El COIP, al referirse a las conductas penalmente relevantes, manifiesta que “son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables” (art. 22). En este sentido, se sanciona, no solo los resultados, sino la puesta en peligro del bien jurídico, de allí que el COIP, castiga la tentativa con uno a dos tercios de la pena que le correspondería si el delito se hubiera consumado (art. 39). Pero, además, nuestra ley penal castiga los delitos de peligro abstracto, es decir, aquellas conductas consideradas inadecuadas, como modo de prevenir dichos resultados lesivos, como la tenencia de armas o de drogas, etc., aquí se castiga la conducta, sin que se considere si produjo o no un peligro. El Estado, como garantista de los derechos de las personas, toma estas medidas o precauciones para proteger a la sociedad en general, puesto que, de acuerdo con lo manifestado por Pacheco (2015), “no es necesario un bien jurídico lesionado concreto y demostrable sino basta con la peligrosidad de la conducta que impide el derecho al disfrute de ciertos bienes jurídicos a los demás” (p. 149). Y, con respecto a los resultados, deben ser, en primera instancia, lesivos, es decir, haber atentado contra un bien jurídico protegido.

Para que opere el principio de lesividad debe existir la afectación a un bien jurídico, “ninguna ley puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, ya sea que se trate de una afectación individual o colectiva, más o menos concreta, total o parcial de un bien jurídico” (Ramos y Sanáis, 2013, p. 269).

La intervención del derecho penal se hace necesaria cuando existe lesión a dicho bien jurídico, es decir, no basta que la conducta se ajuste al tipo penal, sino que lesione o afecte al bien jurídico protegido; y, más aún, considerando el principio de mínima intervención penal, el derecho penal intervendrá cuando la afectación de los bienes jurídicos más importantes sea grave.

Según De Toledo (1990), “las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución. Ni tampoco pueden proteger aquellos otros que, siendo constitucionalmente viables, reciben tutela bastante por parte de las demás ramas del Derecho” (pp. 5-28), lo que significa que se debe recurrir a otros mecanismos distintos al derecho penal que resulten menos drásticos para la solución del conflicto.

Para la Cámara Nacional de Casación Penal de la Capital Federal, el principio de lesividad implica que no puede haber tipo penal sin afectación a un bien jurídico, “la lesión es condición necesaria pero no suficiente, puesto que no cualquier afectación amerita su categorización como delito y el consiguiente ejercicio del poder punitivo, sino que debe tratarse de una lesión significativa -real, ostensible y grave”. Por consiguiente, para el ejercicio del poder punitivo, es necesario analizar cada caso en particular y determinar el grado de lesividad que causó la conducta penal y, atendiendo además al principio de oportunidad, considerar si dicha conducta merece o no sanción penal o, por el contrario, la no intervención del derecho penal (función negativa). Como lo afirma, Vizcardo (2009), “para imputar como punible una conducta, no basta su sola realización material. Es menester, entre otros elementos, la real causación de daño o creación de riesgo para el bien jurídico protegido” (p. 55).

El principio de mínima intervención penal, que se analiza a continuación, se relaciona directamente con el principio de lesividad, toda vez que el Estado debe priorizar su intervención para proteger los bienes jurídicos más importantes, como la vida, la libertad, la integridad personal, frente a delitos que atentan, como por ejemplo, contra la propiedad, puesto que, como ya se ha dicho, existen otros mecanismos de protección para resolver el conflicto penal, sin que sea necesaria la intervención del derecho penal.

El principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, en conclusión, obliga al derecho penal a proteger ciertos bienes jurídicos, no a todos, a aquellos que merecen protección de manera exclusiva, limitando, con esto, el ejercicio del poder punitivo del Estado.

3. Principio de intervención mínima

El derecho penal es un medio de control social, un mecanismo de protección de los bienes jurídicos; sin embargo, no es el único mecanismo de protección, puesto que existen otros mecanismos tendientes a conseguir la misma finalidad y que resultan menos lesivos para los derechos fundamentales.

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde 2008, incorpora el principio de mínima intervención penal como un mecanismo de garantía penal, toda vez que, la aplicación de este principio tiene como finalidad el limitar el poder punitivo del Estado. El garantismo penal, por tanto, tutela los derechos fundamentales y los protege contra una conducta penalmente relevante, lo que significa que el derecho penal no debe intervenir en conductas delictivas irrelevantes.

Para hacer referencia al principio de intervención mínima o principio de mínima intervención penal, es necesario tener en cuenta que, según mandato constitucional, le corresponde a la Fiscalía la sujeción a este principio en el ejercicio de la acción pública, según lo establecido en el art. 195.

Este principio, adicionalmente, se encuentra recogido en el art. 3 del COIP, que establece: “la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”. El texto de la ley nos refiere al carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal. Fragmentario, en cuanto a que la intervención del Estado debe darse únicamente en los delitos que atentan de manera grave o seria contra los bienes jurídicos protegidos, y, por consiguiente, sea necesaria la imposición de la pena para mantener el orden y la paz social; y, subsidiario cuando se hayan agotado mecanismos de protección menos drásticos, es decir, el Estado no debe intervenir de forma inmediata o en primera instancia, esto no es legítimo; su intervención es de *ultima ratio*, lo que significa que el derecho penal debe reducir su intervención a lo estrictamente

necesario para proteger a las personas, como claramente lo establece el mencionado artículo 3 del COIP. “El *ius puniendi* funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena” (Goicochea y Córdova, 2019, pp. 45-55).

De lo anterior destacamos que el principio de mínima intervención es una garantía de limitación del *ius puniendi* del Estado. El derecho penal debe utilizar otros mecanismos de protección menos drásticos en los delitos menores, puesto que la pena no es el único mecanismo de solución de conflictos o problemas sociales. En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal contempla, como mecanismo de solución de conflictos, la conciliación penal, por la que las partes, víctima y persona investigada o procesada, pueden llegar a un acuerdo conciliatorio que permitirá la declaratoria de extinción del ejercicio de la acción penal, una vez que se cumpla de manera íntegra con dicho acuerdo, considerando las demás reglas previstas en el art. 665. La conciliación, haciendo alusión al derecho penal fragmentario, solo tiene cabida en delitos menores o, como lo dijera la doctrina, en delitos de bagatela, es así que, a lo dispuesto en el art. 663 del COIP, la conciliación puede presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, en los siguientes casos: delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años; delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, ni de lesiones graves que causen incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano; y, delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Con la aplicación de este principio no se debilita el principio de seguridad jurídica, como lo afirmarían algunos tratadistas, más bien lo fortalece, puesto que permite descongestionar el sistema de administración de justicia para ocuparse de los delitos que afectan gravemente los bienes jurídicos. Los delitos de bagatela, considerados como aquellos que afectan, de forma leve, al bien jurídico protegido, pueden ser susceptibles de mediación o conciliación, puesto que representan un grado de criminalidad baja, tal como lo vemos en los casos mencionados en el art. 663 del COIP.

La no intervención del Estado frente a los delitos menores da cuenta, además, de la aplicación del principio de insignificancia sobre el cual se pronuncian los jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal de la Capital Federal de Argentina, cuando manifiestan:

Partiendo de una concepción que entiende que, a través de los tipos penales, el derecho penal tiene por objeto principal la protección de determinados bienes jurídicos frente a daños que alcanzan cierta magnitud, se deduce que las afectaciones insignificantes resultan atípicas pues, en virtud de los principios que regulan la materia, no constituyen lesividad relevante. Es que aun cuando mediante el derecho penal se protegen los bienes jurídicos, los principios que lo orientan, entre ellos, el de *ultima ratio*, exigen que sea la última instancia para considerar, de modo tal que existiendo alternativas disponibles que no importen la aplicación de una pena, aquéllas deben preferirse para salvaguardar los bienes.¹

27

De acuerdo con lo establecido en la Constitución, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por tanto, el fin del derecho penal no es la penalidad, como lo hemos referido, existen otros mecanismos menos drásticos para hacer efectiva esa tan anhelada realización de la justicia.

Según Ozafrain (2017), el principio de mínima intervención penal “implica que los medios violentos con los que el Estado cuenta para resolver conflictos y llevar adelante sus mandatos deben ser utilizados siempre como último recurso, y solo en caso de estricta e ineludible necesidad (p. 276). La pena es la medida más violenta con la que cuenta el Estado para restringir los derechos del condenado y como medio de protección social, sin embargo, no hay la necesidad de utilizar esta medida si esta protección se puede lograr a través de medios menos lesivos, y a esto hace referencia el principio de *ultima ratio*, donde deben prevalecer los medios no violentos para la solución de conflictos penales y si no funcionan o no son suficientes, debe intervenir el Estado con su poder punitivo, *ius puniendi*. Como lo diría Binder, no se debe utilizar medios violentos cuando el conflicto no presente ningún elemento de violencia. El derecho penal en sí, es violento, por consiguiente, “con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el derecho penal, sino también ante el derecho penal” (Muñoz Conde, 2014, p. 74).

¹ Cámara Nacional de Casación Penal de la Capital Federal. Fecha de resolución: 06-Nov-2017. Voto del juez Morin al que adhirieron los jueces Niño y Sarrabayrouse.

4. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad, al igual que el principio de mínima intervención penal, fue incorporado en la Constitución de la República del Ecuador del 2008. Según mandato constitucional, la Fiscalía General del Estado, en el ejercicio de la acción pública debe sujetarse a los principios de oportunidad y mínima intervención penal.

El principio de oportunidad, según lo refieren algunos autores, constituye una salida alternativa al proceso penal ordinario. El COIP, en el art. 412, desarrolla el principio de oportunidad, por el cual el fiscal, siendo el titular de la acción penal, puede abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, constituyendo, por tanto, una excepción al ejercicio de la acción penal. La razón de ser del principio de oportunidad es conceder una nueva oportunidad al infractor en vista de su poca o nada peligrosidad, además, el descongestionamiento en la administración de justicia. Sin embargo, para que el fiscal pueda aplicar este principio, es necesario que se cumplan las condiciones establecidas en el mencionado art. 412, esto es: 1. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado; y, 2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

Me parece importante hacer una aclaración con respecto al numeral 1 transcrito. Considero que debe existir un error de tipeo en la normativa, toda vez que, con seguridad, el legislador debió excluir de la aplicación del principio de oportunidad, a aquellas infracciones que “vulneren a los intereses del Estado”, y no lo contrario, como está redactado en la normativa. Las infracciones que vulneran los intereses del Estado son de preocupación e interés social debido a que dichas infracciones tienen que ver con la seguridad del Estado y, por ende, la seguridad y la paz de las personas, por tal razón, en estos casos, es necesario que intervenga el Estado con su poder punitivo, en vista de que estas infracciones pueden causar graves violaciones a los derechos humanos y fundamentales. No se puede entender por qué el legislador, a propósito, pueda excluir de la aplicación del principio de oportunidad a las infracciones que no vulneren los intereses del Estado, a menos que se trate de un error, como lo considero, no se justificaría otra razón.

Es necesario mencionar que, en el Código de Procedimiento Penal anterior del año 2000, con reformas del 24 de marzo de 2009, Suplemento Registro Oficial No. 555, en el art. 15, establecía que, a continuación del art. 39, se agregue algunos artículos innumerados, siendo el tercer artículo el que desarrollaba el principio de oportunidad, con el siguiente texto:

art. [...] Oportunidad.- El fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada cuando: 1. El hecho constitutivo de presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga una pena de hasta cinco años de prisión.

La redacción de este requisito es coherente, se aplica o se puede aplicar el principio de oportunidad siempre que no se vulneren los intereses del Estado; mientras que la disposición del actual art. 412 del COIP, dispone todo lo contrario, no se puede aplicar este principio si “no” existe tal vulneración. En otras palabras, la ley requiere que exista vulneración de los intereses del Estado para la aplicación del principio de oportunidad. Este es un tema preocupante y que debe ser revisado, con urgencia, por los legisladores.

Continuamos con la explicación del principio de oportunidad. Este principio también es conocido como principio de discrecionalidad por cuanto queda a discreción del fiscal iniciar o no la investigación, o continuarla. “La discreción en la persecución significa el poder de declinar, o más bien, de decidir aquellos casos que se impulsarán y los que no, aunque sean casos de probable responsabilidad penal” (Lamadrid, 2015, p. 45). La infracción, por la cual se aplique el principio de oportunidad, se entiende que no causa alarma en la sociedad o no genera impacto público, además, como se indicó, demuestra la poca o nada peligrosidad del infractor. Se puede decir que el principio de oportunidad tiene dos finalidades: a) descongestionar la administración de justicia; y, b) dar una nueva oportunidad al infractor, en este caso, por haber sufrido una pena natural.

Este principio es muy cercano al principio de mínima intervención penal, cuya finalidad compartida, en ambos casos, es limitar el poder punitivo del Estado. El hecho de que, como primera causal de aplicación del principio de oportunidad, estén previstas las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de hasta cinco años, es un indicio de que la infracción no ha lesionado de forma grave un bien jurídico protegido, por lo que la intervención del Estado no sería estrictamente necesaria para solucionar el conflicto penal. Debemos tener en cuenta que la intervención del Estado es de *ultima ratio*. El principio de oportunidad viabiliza la aplicación del principio de mínima intervención penal, al que ya nos hemos referido.

La segunda causal refiere, exclusivamente, a las infracciones culposas, es decir, a aquellas infracciones que carecen de dolo y, habiendo voluntad de cometer el acto, no hay intención de causar daño o lesionar un bien jurídico, más bien el resultado se produce por el actuar descuidado, negligente, imprudente. De acuerdo con el art. 27 del COIP, “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”. El resultado ocasionado por el actuar descuidado, pudo haber sido previsto por el infractor, puesto que está en capacidad de comprender cuál es ese deber objetivo de cuidado, sin embargo, no puso la atención o diligencia necesaria para evitar el resultado dañoso o peligroso. “Es posible que el agente prevea el resultado de su actuar, pero hace caso omiso a la obligación de actuar con cuidado y por esta omisión resulta el acto dañoso, resultado que se sanciona con una pena” (Erazo, 2020, p. 79). Entonces, la primera condición en esta segunda causal es que se trate de una infracción culposa; y, la segunda condición es que el infractor (investigado o procesado) sufra un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal. Ilustramos con el siguiente ejemplo: cuando un conductor se pasa el semáforo en rojo y atropella a un peatón y, por esquivar dicho atropellamiento, se impacta contra una pared y se lesiona la médula espinal, lo que le ocasiona paraplejía permanente. El conductor, ha sufrido ya una pena natural, por lo que, por razones humanitarias, no es necesario aplicar la pena prevista en el COIP, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad. De igual forma, en este apartado, es necesario hacer alusión al principio de culpabilidad por el cual se impone la pena a quien puede responder penalmente, por la infracción cometida, pena que debe guardar relación con la gravedad de dicha infracción y que no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.

La aplicación del principio de oportunidad tiene como efecto jurídico la extinción de la acción penal. En este proceso o trámite, el fiscal no requiere el consentimiento del infractor o de la víctima, puesto que, como ya lo indicamos, queda a su discreción, aunque bajo el control del juzgador. El fiscal solicita al juzgador la aplicación de este principio y el juzgador lo resuelve en audiencia a la que puede asistir la víctima, sin que sea obligatoria su presencia; sin embargo, si se declara la extinción del ejercicio de la acción penal, la víctima puede perseguir, por la vía civil, el reconocimiento y la reparación integral de los perjuicios derivados del acto, tal como lo establece el art. 413 del COIP, que se refiere al trámite de aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad se aplica en delitos menores, conocidos también como delitos de bagatela, por tal razón, la ley prevé que el máximo de la pena privativa de libertad sea de hasta cinco años; y, prohíbe su aplicación en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos, delitos contra el derecho internacional humanitario, contra la integridad sexual, entre otros, que, por lesionar gravemente los bienes jurídicos, merecen penas privativas de libertad superior a la pena establecida.

De igual forma, el COIP prohíbe al fiscal abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada en los casos de delitos contra la libertad personal, como el secuestro, secuestro extorsivo, desaparición involuntaria, etc. Aunque algunos de estos delitos son sancionados con penas privativas de libertad inferiores a cinco años, la ley no permite aplicar el principio de oportunidad porque estos delitos vulneran el derecho a la libertad, un derecho fundamental de tal importancia que permite el ejercicio de los demás derechos fundamentales. La Constitución en el Título II, Capítulo sexto consagra los derechos de libertad, derechos que permiten el desarrollo libre de la personalidad. Si se coarta el derecho a la libertad de manera ilegal, la persona no puede ejercer los demás derechos y esto se constituye en una grave violación a sus derechos humanos y fundamentales, por tal razón, no se puede aplicar el principio de oportunidad, tomando en cuenta, principalmente, la peligrosidad y la mala intención de la persona que comete este tipo de delitos. Finalmente, el fiscal tampoco puede aplicar el principio de oportunidad cuando la persona ha sido sancionada previamente por el cometimiento de otro delito que afecte al mismo bien jurídico protegido, así lo establece el inciso final del art. 412 del COIP. En este caso, la normativa de nuestra ley penal se refiere a la reincidencia, puesto que, según el art. 57:

Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. - La reincidencia sólo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa...

La razón de ser de esta norma es el antecedente penal de la persona, es decir, ya no estamos frente a una persona poco o nada peligrosa, más bien es una persona hostil para la sociedad, puesto que persiste en su conducta antisocial.

El derecho penal al estar en el deber de constitucionalizarse así mismo, debe observar conductas que puedan tener una oportunidad en el ordenamiento jurídico siempre y cuando no se agrave la situación de inseguridad en la sociedad, no exista razón alguna de peligrosidad en contra de las víctimas o la sociedad, no se tenga un reporte de antecedentes de responsabilidad de similares delitos o delitos nuevos que demuestren la reincidencia de la comisión de delitos. (López *et al.*, 2017, p. 15)

El COIP excluye, por consiguiente, algunos casos en los cuales no se puede aplicar el principio de oportunidad por contravenir a su finalidad y porque, en los casos analizados, los bienes jurídicos vulnerados afectan gravemente los derechos de las personas y los intereses del Estado.

Por otro lado, existe el pronunciamiento de varios autores en el sentido de que la aplicación del principio de oportunidad se contrapone al principio de legalidad por el cual el fiscal está obligado a realizar las investigaciones correspondientes frente al conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal; esto es, realizar todas las diligencias tendientes a investigar sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los partícipes en la misma. Si la conducta está tipificada en la ley, el fiscal debe actuar. Sin embargo, como lo habíamos mencionado, el principio de oportunidad se aplica de manera excepcional, y es la misma ley quien desarrolla este principio y establece las condiciones para su aplicación, con el fin de disminuir o descongestionar la carga procesal. La Fiscalía es titular del ejercicio de la acción penal pública, pero puede abstenerse de ejercerla cuando se pueda aplicar el principio de oportunidad, tal como lo establece el art. 411, numeral 1, del COIP.

El Estado, a través de los operadores de justicia debe concentrar su atención en los delitos graves, que afecten los intereses públicos y del Estado, y que afecten, así mismo, de manera seria, los bienes jurídicos protegidos y así poder lograr dicha descongestión en la administración de justicia, estableciendo los mecanismos necesarios para su no intervención, como en este caso, el principio de oportunidad que constituye una salida alternativa al proceso penal, junto con otros principios que limitan el ejercicio del poder punitivo y que se analizan en este trabajo.

Decimos que el principio de oportunidad es un mecanismo eficaz para el descongestionamiento en la administración de justicia, ya que el proceso no sigue su camino normal u ordinario, sino que el fiscal encuentra la solución al conflicto penal, sin necesidad de avanzar a las etapas del proceso penal, incluso no llega ni a la primera etapa, puesto que la ley hace referencia a la investigación, es decir a la fase preprocesal, permitiéndole al fiscal abstenerse de iniciar dicha investigación o desistir de la ya iniciada. Al respecto, la Corte Nacional de Justicia (2018), al responder la consulta realizada sobre el momento de presentación del principio de oportunidad, manifiesta:

En cuanto al momento procesal oportuno en el cual cabe la aplicación del principio de oportunidad, éste puede darse exclusivamente en la fase de investigación previa, pues señala que el fiscal “podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada” así como también en el artículo 413 señala que, si el superior del Fiscal que solicita el principio de oportunidad “revoca la decisión no podrá solicitar nuevamente la aplicación del principio de oportunidad y el caso pasará a conocimiento de otro fiscal, para que inicie la investigación o, en su caso, continúe con su tramitación”; por tanto, la aplicación de este principio se refiere a la iniciación o al desistimiento de la investigación penal.

El descongestionamiento de los procesos penales surge efecto justamente porque el fiscal, antes de iniciar el proceso, solicita la aplicación del principio de oportunidad. El juzgador, por su parte, garantiza que este mecanismo o salida alternativa al proceso penal ordinario cumpla con los requisitos establecidos en la ley.

El principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad y se constituye en una razón político-criminal en pro del fortalecimiento de la justicia penal actual.

5. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad está concebido en nuestra Constitución como una garantía básica del derecho al debido proceso. El art. 76, numeral 6 de la Carta Magna manifiesta que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y, no se puede hablar de justicia sin las penas son desproporcionadas al delito cometido. El sistema procesal exige que se hagan efectivas las garantías del debido proceso, de esta forma se protege los derechos de todos quienes intervienen en un proceso, en este caso, penal.

Las leyes deben ajustarse al mandato constitucional y los legisladores velar porque así sea. Uno de los fines de la pena es la prevención general para la comisión de delitos, por consiguiente, se debe valorar, objetivamente, la pena correspondiente atendiendo el grado de lesión de los bienes jurídicos y las circunstancias de la infracción, así como los participantes en la misma. La pena también tiene con fin el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena y la reparación del derecho de la víctima, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 del COIP.

La pena siempre afecta los derechos del condenado, por esta razón se debe garantizar que esta afectación o restricción de derechos, en especial el derecho de libertad, cumpla con las características de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, características tomadas en consideración para la aplicación del test de proporcionalidad. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria y, entre estos, hace referencia al principio de proporcionalidad, cuando manifiesta que “se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”. La pena, como mencionamos, restringe derechos fundamentales del condenado, por consiguiente, es necesario que exista control de constitucionalidad de estas medidas restrictivas de derechos, aplicando el test de proporcionalidad, para que la pena cumpla con su finalidad. De acuerdo con la teoría de Robert Alexy, el principio de proporcionalidad requiere que la medida que restrinja un derecho sea idónea (adecuación); luego examinar si existe otra medida menos gravosa para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo (necesidad); y, finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, puesto que todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. La proporcionalidad consagra la ley de la ponderación.

La idoneidad hace referencia a lo óptimo, es decir, que la pena cumpla con el fin establecido, proteger los bienes jurídicos, previniendo la delincuencia; y, limitar el poder punitivo del Estado. La pena, por consiguiente, debe ser proporcional al grado de vulneración de un derecho y adecuada para cumplir su finalidad.

La necesidad, por su parte, tiene relación con las medidas que tiene el Estado para castigar al autor del delito, rehabilitarlo, proteger a la sociedad y reparar integralmente a la víctima. La intervención del Estado, con su poder punitivo, se hace necesaria para proteger a las personas, cuando no son suficientes otros mecanismos de protección. Eso lo exige el principio de mínima intervención penal.

Y en cuanto al principio de proporcionalidad, en sentido estricto, se refiere a la ponderación jurídica como tal, a la conveniencia de aplicar tal o cual pena, dependiendo de la gravedad del delito. La Constitución obliga, como lo hemos indicado, a que la ley establezca la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales; el COIP, a su vez, al referirse a la legalidad de la pena, manifiesta que no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales, aclarando que el tiempo de duración de la pena debe ser determinado y que quedan proscritas las penas indefinidas (art. 53). El juez debe sujetarse estrictamente a la pena establecida en la ley penal, considerando atenuantes o agravantes, en caso de haberlas, con esto se evita que la imposición de la pena quede a discreción del juez. Adicionalmente, el juez debe imponer la pena de forma individualizada, esto es, a cada participante del delito, en calidad de autor o cómplice, considerando, además, las condiciones particulares de la víctima y la gravedad de la lesión de sus derechos, de acuerdo con lo establecido en el art. 54 del COIP.

El principio de proporcionalidad, por consiguiente, es un límite al poder punitivo del Estado, *ius puniendi*, evitando la imposición de penas exageradas o irracionales que lesionen los derechos de la persona con condena con más rigor que el derecho lesionado por esta. Una pena desproporcionada excede el límite del daño causado. La pena debe ser justa.

La necesidad de proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico. (Rojas, s.f., pp. 275-286)

El principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y exige que exista una racional ponderación entre el beneficio para el bien común y la restricción del derecho afectado. El legislador debe ajustar las leyes al mandato de ponderación entre medios y fines. La pena debe responder al mal causado, a mayor mal, mayor castigo. Coincidimos con Santiago Mir Puig cuando manifiesta que la proporcionalidad es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general.

6. Principio de culpabilidad

El poder punitivo del Estado, *ius puniendi*, consiste en la facultad o atribución que tiene el Estado de imponer castigos a los responsables de las infracciones. Este poder punitivo debe estar debidamente normado para establecer los límites y evitar abusos en su ejercicio. Una de las finalidades del derecho penal y que se encuentra recogida en el art. 1 del COIP, es, justamente, normar el poder punitivo del Estado, y así lo hace la Constitución y la ley penal al establecer algunos principios que deben aplicarse para esta finalidad.

El principio de culpabilidad exige que, a través del debido proceso, se demuestre la culpabilidad o responsabilidad penal del autor del delito, tomando en consideración la imputabilidad de dicho autor. De acuerdo con el art. 34 del COIP, que hace referencia a la culpabilidad, para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Podemos afirmar, por lo tanto, que la culpabilidad tiene que ver con la imputabilidad, entendida, como la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal, lo que significa que el sujeto activo del delito debe actuar con voluntad y conciencia, de allí que las personas con trastornos mentales son inimputables, ya que, aunque son capaces de producir un resultado lesivo, no pueden comprender o conocer la ilicitud de su acto.

Sin culpabilidad no hay pena. La pena es la consecuencia jurídica de la infracción cometida y debe ser determinada e individualizada para cada participante en el delito, tal como lo prescribe el art. 54 del COIP.

La culpabilidad, como lo hemos mencionado, implica salud mental, requisito *sine qua non*, de la imputabilidad; es decir, el sujeto primero tiene que ser imputable, para luego ser culpable. “El legislador establece las condiciones que debe reunir una persona considerada imputable, y el juez se encarga de establecer si el sujeto imputable es o no culpable” (Erazo, 2020, p. 28).

El art. 18 del COIP da una definición clara de lo que es la infracción penal, y manifiesta: “es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”. Lo que significa que la conducta debe estar tipificada, esto es, cumplir con el principio de legalidad o tipicidad; luego ir en contra del derecho, lesionando un bien jurídico sin justa causa; y, finalmente, ser culpable, o sea, tener la capacidad de responder penalmente. Podríamos decir que la culpabilidad es la capacidad psíquica de la imputabilidad. En tal sentido, según lo prescribe nuestra ley penal, las personas menores de dieciocho años, en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, CONA, en vista de que en este Código se establecen medidas socioeducativas para los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en el COIP.

El art. 305 del CONA determina que los adolescentes son penalmente inimputables y, por lo tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales. La razón de ser de estas disposiciones tiene como fundamento que los adolescentes no tienen la madurez psicológica suficiente para comprender lo ilícito de su conducta y, aunque son responsables, son inimputables. Nuestra Constitución, dentro de las garantías básicas que deben ser observadas en todo proceso penal en que se haya privado de libertad a una persona, manifiesta que, para los adolescentes infractores regirá un

sistema de medidas socioeducativas, proporcionales a la infracción atribuida (art. 77, numeral 13). El tema de la inimputabilidad de los adolescentes infractores sigue generando polémica puesto que, al decir de algunos doctrinarios, los adolescentes, especialmente entre 16 y 18 años, tienen la facultad de comprender lo antijurídico de su conducta. Con todo, el COIP excluye de su contenido normativo a los menores de dieciocho años, pero, como ya lo hemos indicado, al ser responsables de su conducta, la ley les impone una sanción, esto es, una medida socioeducativa, que, en algunos casos, dependiendo de la gravedad de la infracción, restringen sus derechos fundamentales.

La culpabilidad es el juicio de reproche que se le hace a un individuo por realizar una conducta típica y antijurídica. “Un hecho es sólo reprochable si el autor ha conocido, o ha podido conocer, las circunstancias que pertenecen al tipo y su antijuridicidad” (Welzel, 2011, p. 156). Insistimos, la culpabilidad requiere la capacidad mental de juicio y de razón, es decir de la voluntad y conciencia para delinquir, esta capacidad es la condición para la responsabilidad penal. Según Jiménez De Asúa (2005), “imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable” (p. 325). Es imputable a quien se le puede exigir una conducta ajustada a derecho, como lo diría Binding, quien haya sido declarado absolutamente incapaz de acción es incapaz de culpabilidad. La culpabilidad o la imputabilidad surge de la ejecución de un acto penado por la ley y de la posibilidad de que el autor sea consciente de la ilicitud de su acto (Erazo, 2020, p. 31).

Como especies de la culpabilidad se considera al dolo y la culpa. En el primer caso, existe la intención de adecuar la conducta al tipo penal; y, en el segundo caso, se infringe el deber objetivo de cuidado, verificándose el resultado dañoso por imprudencia, negligencia o impericia, que demuestran un actuar descuidado, pero carente de dolo.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la ley sanciona las conductas penalmente relevantes que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables, al tenor de lo dispuesto en el art. 22 del COIP; y, lo que se considera conducta penalmente relevante, son las acciones u omisiones cometidas con voluntad y conciencia; por tal motivo, el COIP, excluye como conducta penalmente relevante, a los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados (art. 24), toda vez que en estas conductas no hay ni la voluntad ni la conciencia para producir dichos resultados. En la fuerza física irresistible existe una condición externa, ajena a la voluntad de la persona, quien no la puede resistir como, por ejemplo, cuando por salir corriendo de un incendio, se empuja a una persona, causándole alguna lesión; o como cuando un huracán levanta a una persona y la arroja contra la vitrina de un almacén. En el caso de los movimientos reflejos, también se descarta la voluntad y conciencia en vista de que se trata de movimientos automáticos que responden a la reacción del cuerpo, como, por ejemplo, cuando una avispa pica en la mano del conductor y, por esquivarla, ocasiona un accidente. Y, finalmente, en relación con los estados de plena inconciencia, como su nombre lo indica, la persona no es consciente de lo que realiza, puesto que se trata de una actividad incontrolable del sistema nervioso, como el sonambulismo, la hipnosis, entre otros. En todos estos casos, no hay culpabilidad por las razones antes analizadas.

Por otro lado, tampoco hay culpabilidad cuando, por error de tipo, se lesiona un bien jurídico protegido. El art. 28.1 del COIP, al respecto manifiesta que no existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles, debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal, esto es, el bien jurídico, verbo rector, elementos descriptivos, elementos normativos, sujeto activo, sujeto pasivo, etc., elementos que tienen que ver con el lado externo de la conducta. En este caso, la persona no sabe lo que hace, ya sea por error o ignorancia. El error de tipo excluye el dolo, puesto que, actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta (art. 26 COIP). El que actúa por error de tipo, desconoce que realiza un tipo penal. Podemos citar, como ejemplo, a aquella persona que, en un lugar autorizado para cacería, dispara a alguien creyendo que dispara a un venado.

El principio de culpabilidad, como se ha analizado, exige la existencia de la voluntad y la conciencia en la realización del tipo penal. Por esta razón, el error de prohibición invencible y el trastorno mental, debidamente comprobados, son causas de inculpabilidad (art. 35 COIP), por carecer de los requisitos fundamentales de la culpabilidad.

En el error de prohibición la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta (art. 35.1 COIP), lo que significa que no tiene conciencia de la antijuridicidad; la persona cree actuar lícitamente, pero lesiona un bien jurídico protegido, puesto que ignora que su conducta está sancionada por la ley penal. Podemos citar el caso de las personas que vienen de turismo a nuestro país y desconocen que para portar armas de fuego se necesita autorización de la autoridad competente del Estado; sin embargo, en su país de origen, no necesita de dicha autorización y cree que en nuestro país tampoco. Es fácil, en este caso, demostrar el error o ignorancia invencible.

En lo que respecta al trastorno mental, la persona que padece dicho trastorno no tiene la capacidad de comprender lo ilícito de su conducta, por tanto, hay ausencia de responsabilidad, lo que significa que no tiene culpabilidad. Según lo refiere el tratadista Tenca (2009), “la capacidad de culpabilidad se pierde cuando la persona deja de ser libre, es decir, cuando no puede elegir entre comportarse conforme a derecho o cometer la acción típica” (p. 43); por consiguiente, la falta de salud mental es la base de la inimputabilidad, y, a la persona que lesiona un bien jurídico en estas condiciones, no se le puede imponer pena alguna, puesto que no es culpable del hecho. Sin embargo, la ley dispone que el juez dicte una medida de seguridad que, en el caso dispuesto en el COIP, consiste en el internamiento en un hospital psiquiátrico, con la finalidad de lograr la superación de su perturbación y la inclusión social, medida que será dictada previo informe psiquiátrico, psicológico y social, que acredite su necesidad y duración (art. 76).

También es interesante destacar los casos en los que la ley contempla la culpabilidad disminuida. El art. 36 del COIP hace referencia al trastorno mental, al que hemos hecho alusión; y, en el inciso segundo, establece la responsabilidad atenuada, en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal, para aquella persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión. Esta situación raya en los límites de la imputabilidad, pero sin llegar a la inimputabilidad. La persona es imputable, por eso se le impone una pena, pero su trastorno mental relativo le permite, con limitaciones, comprender su conducta ilícita, aunque sus facultades volitivas e intelectivas se ven disminuidas.

El art. 37 del COIP, por su parte, nos presenta causas en las cuales no existe responsabilidad penal o existe responsabilidad atenuada, en caso de embriaguez o intoxicación, excepto en los delitos de tránsito. Como causa de inculpabilidad está la embriaguez o intoxicación derivada de caso fortuito y que prive del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto (numeral 1). En primer lugar, no hay voluntad en el consumo de los tóxicos; y, en segundo lugar, hay pérdida del conocimiento, lo que significa que hay ausencia de voluntad y conciencia, requisitos *sine qua non*, para la culpabilidad. Por otro lado, tenemos la culpabilidad disminuida, cuando la embriaguez o intoxicación deriva de caso fortuito y no es completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento, existiendo responsabilidad atenuada, por lo que se impone el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducida en un tercio (numeral 2). En este caso, como ya se lo ha referido, la disminución en las facultades volitivas e intelectivas, permiten la disminución de la pena, cumpliendo de alguna manera con el principio de proporcionalidad.

El juicio de reproche que se le realiza a una persona por lesionar un bien jurídico protegido, con voluntad y conciencia, hace referencia a una valoración subjetiva, puesto que el individuo tiene la facultad de decidir si ajusta o no su conducta al tipo penal. Si el individuo desconoce uno de los elementos objetivos del tipo penal o desconoce que su conducta se encuentra prohibida por la ley penal, no hay culpabilidad. Para Zambrano Pasquel (2006), la culpabilidad es:

[E]l juicio de reproche personal que se le formula al sujeto por el delito, cuando teniendo la capacidad general de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse conforme a esa comprensión, en el caso concreto podía obrar de manera diferente cumpliendo con la conducta que le era exigible y que le impone el ordenamiento jurídico. (p. 322)

El principio de culpabilidad constituye uno de los límites del poder punitivo del Estado, puesto que solo podrá imponer penas a los sujetos culpables, a aquellos que tienen la capacidad de entender y querer, a aquellos a quienes se les pueda reprochar por su conducta. Para Fernández (2012):

La culpabilidad penal dejará de verse como un nexo psicológico con el resultado de la conducta, pasando a convertirse en una valoración: es la reprochabilidad de la conducta antijurídica, la desaprobación que se sintetiza en un juicio de reproche. (p. 24)

Finalmente, coincidimos con el tratadista Welzel (2007), cuando dice:

La culpabilidad es un injusto específico, que se acopla a la acción como consecuencia de la decisión de valor con sentido de la voluntad a favor de lo injusto. Esa determinación del contenido no es otra cosa —como ya se vio— que la determinación de la capacidad de culpabilidad (legal) hacia la culpabilidad de la acción final individual. Capacidad de culpabilidad es la capacidad de la voluntad, de poder decidir razonablemente entre los valores. (pp. 73-74)

La culpabilidad solo puede ser atribuida a quien, de manera racional, es consciente de su actuar ilícito y antijurídico; a aquel que voluntariamente toma la decisión de elegir lo injusto antes que lo justo.

7. Principio de humanidad de las penas y de reinserción social

La historia del derecho penal da cuenta de que, en sus inicios, usaba formas de represión del delito exageradas y totalmente desproporcionadas, cuya finalidad era la venganza. De allí que el derecho penal pasó por diferentes fases o etapas: de la venganza privada, divina y pública. La etapa de la venganza privada se caracterizaba por la Ley del Talió, “ojo por ojo, diente por diente”, donde se pretendía castigar al agresor de similar forma que la lesión cometida, sin ningún interés de rehabilitación. En la venganza divina, los sacerdotes tenían el poder de imponer penas, a nombre de la divinidad, por considerar que algunos actos provocaban la ira de Dios. Y, finalmente, en la etapa de la venganza pública los jueces, que generalmente eran los mandatarios, abusaban de su poder de administrar justicia e imponía penas como, torturas, azotes, mutilaciones; al no existir una ley penal escrita, el juzgamiento era subjetivo, de acuerdo con las concepciones políticas, ideológicas y personales.

Entre los tipos de penas más comunes que se aplicaban, antes de la humanización del derecho penal, se puede mencionar a las penas corporales, como: castraciones, amputaciones, torturas, e incluso, la pena de muerte que sigue siendo aplicadas en algunos países.

El período humanitario del derecho penal inicia con la consagración del principio de legalidad o tipicidad, *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, no hay delito, no hay pena sin una ley previa, regularizando la aplicación de la pena de manera proporcional al delito cometido, cambiando la finalidad de la pena que, en un principio, era de venganza, por el de corrección o rehabilitación del delincuente.

En la actualidad, la imposición de la pena, especialmente de penas privativas de libertad, es el mecanismo más drástico con el que cuenta el Estado para resolver los conflictos penales, por esta razón, es necesario limitar el *ius puniendi* para evitar el abuso o ejercicio arbitrario de su poder.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, como el nuestro, el Estado tiene una función garantista y protectora de los bienes jurídicos y no debe intervenir con el ejercicio de su poder punitivo, a menos que sea estrictamente necesario para la protección de dichos bienes, solo así se legitima su intervención; y, una forma de protegerlos es a través de la imposición de las sanciones correspondientes a quienes lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos. Sin embargo, la imposición de la pena debe responder al mandato constitucional de proporcionalidad de las penas (art. 76, numeral 6) y la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 76, numeral 3, literal c). Nuestra Constitución, al respecto, observa las disposiciones de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 5, establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. De igual forma, el art. 5, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contempla el mismo texto que la Declaración, agregando, además, que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Nuestra ley penal no es ajena a las disposiciones de los documentos internacionales y, en el art. 4, hace referencia a la dignidad humana y titularidad de derechos y, especifica, en el inciso segundo, que las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Finalmente, dicho artículo, concluye prohibiendo el hacinamiento.

La pena debe cumplir con la finalidad para la que fue creada, es decir, la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima, al tenor de lo dispuesto en el art. 52 del COIP. Una pena desproporcionada o inhumana se aleja de esta finalidad. El inciso segundo del artículo en mención establece que en ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales. El condenado tiene derecho a las relaciones sociales, tiene derecho a recibir visitas, a comunicarse. La Constitución garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por tanto, la persona con condena puede ejercer este derecho aun estando privado de su libertad, por lo que puede hacer vida social con los internos o con las personas que desee.

La pena es la consecuencia jurídica del delito y es indispensable para garantizar una sociedad pacífica, puesto que es un mecanismo de control social. La pena debe rehabilitar al delincuente para reintegrarlo en la sociedad y hacerlo útil para ella. La Convención Americana de Derechos Humanos, al referirse a las penas, en el art. 5.6, dice: “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. La pena priva al condenado de su derecho fundamental a la libertad, pero de ningún otro derecho, lo que garantiza el respeto a la dignidad, considerada como un derecho absoluto y la base de los derechos fundamentales. Nuestra Constitución no solo prohíbe la aplicación de penas inhumanas, crueles y degradantes, sino que, además, prohíbe la pena de muerte, puesto que la imposición de la pena capital no guarda proporcionalidad con ningún delito cometido y, nuestra misma Constitución, dispone que exista la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

La humanidad tiene que ver con el respeto a la dignidad humana y, con base en esto, los instrumentos internacionales y la CRE, han creado las disposiciones para que, durante el desarrollo del proceso, se respete este derecho, observando las garantías y principios que rigen el debido proceso penal. Con la humanidad de las penas, entonces, se deben respetar, de manera específica, los derechos de los condenados, alcanzando también a los privados de libertad por efectos de una medida cautelar.

La Constitución ecuatoriana, en el art. 77 establece las garantías básicas que deben observarse en todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, y todas ellas tienen relación con el derecho a la dignidad. De igual forma, la Constitución establece el sistema de rehabilitación social, que tiene como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos (art. 201). La Constitución garantiza, por consiguiente, el ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad, lo que significa que este grupo social, es titular de todos los derechos constitucionales, con la única limitación de la libertad.

36

El principio de humanidad de las penas supone la necesidad de que las penas deben servir a su propósito, impedir la comisión de nuevos delitos, no causar daño al delincuente, más bien rehabilitarlo, y, la reparación integral de la víctima. Es evidente, entonces, que el Estado no ha cumplido su función al ejercer su poder punitivo, aplicando la pena correspondiente por la infracción cometida, sino que, además, debe garantizar que el condenado desarrolle progresivamente sus derechos y capacidades, y, esto se puede lograr con un sistema de rehabilitación social eficiente y efectivo y, para ello, el sistema de rehabilitación debe elaborar y ejecutar políticas públicas que tengan un enfoque de respeto a los derechos humanos de las personas con condena.

Nuestra Constitución establece que la finalidad del sistema de rehabilitación social es la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos; indicando, además, que tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad (art. 201). Solo con un verdadero sistema de rehabilitación social se puede lograr esta finalidad, donde el condenado pueda ejercer libremente sus derechos humanos, con la única limitación propia de la privación de libertad y sea respetado y tratado de forma digna, como ser humano que es. Como se manifiesta en la exposición de motivos número 7, sobre la ejecución de las penas, del COIP, el trabajo, la educación, la cultura, el deporte, la atención a la salud y el fortalecimiento de las relaciones familiares de las personas privadas de libertad, deben ser los puntales que orienten el desarrollo de sus capacidades y viabilicen su reinserción progresiva a la sociedad.

Conclusiones

La finalidad del derecho penal es la protección de la sociedad; dicha protección solo puede ser posible a través de los diferentes instrumentos del control social jurídico penal que restringen conductas penalmente relevantes, asegurando, de esta manera, la convivencia pacífica y el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales.

La aplicación de los principios fundamentales del derecho penal, es requisito *sine qua non* para el respeto y garantía de los derechos humanos constitucionales. El poder punitivo del Estado debe tener sus límites y estar debidamente normado para evitar abusos en el ejercicio de este poder.

Las normas o principios que limitan el poder punitivo del Estado tienen como base la dignidad humana. Una intromisión excesiva de este poder en los derechos individuales implica una excesiva represión punitiva. El derecho penal debe intervenir, únicamente, cuando existan graves violaciones a los derechos humanos, de allí su carácter de “*ultima ratio*” analizado en cada uno de los principios fundamentales expuestos en este capítulo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cámara Nacional de Casación Penal de la Capital Federal. <http://bit.ly/3mB75Lj>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014).
- Constitución de la República del Ecuador. (2018).
- Corte Nacional de Justicia. (2018). *Absolución de consultas. Criterio no vinculante*. <https://bit.ly/3ZZvQiX>
- De Toledo, E. (1990). Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 43(1), 5-28. <http://bit.ly/3FdSRX8>
- Erazo Bustamante, S. (2020). *Nociones fundamentales sobre la filosofía del Derecho Penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Fernández G. (2012). *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal, No. 11. B de F Ltda.
- Goicochea, C. y Córdova, C. (2019). El principio de mínima intervención del Derecho Penal frente a los delitos de violación sexual de menor de edad. *IUS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, 1(2). <http://bit.ly/3FAT2ML>
- Jiménez de Asúa, L. (2005). *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. Cuarta Edición. Editorial Abeledo-Perrot.
- Kierszenbaum, M. (2009). *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas. Lecciones y Ensayos*, 86. <https://bit.ly/3ytSRyI>
- Kaufmann, A. (2013). *Estudios de Derecho Penal*. Euros Editores S.R.L.
- Lamadrid Luengas, M. (2015). *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. (Tesis doctoral) UPF. <https://bit.ly/3Jsfbz4>
- López, C., Pérez, C. y Valencia, N. (2017). *Principio de oportunidad frente a los derechos de las víctimas en el sistema penal acusatorio en Colombia*. Centro de Investigaciones Sociojurídicas. <https://bit.ly/3YwLjFW>
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal, No. 5. B de F Ltda.
- Moccia, S. (2008). *El Derecho Penal entre ser y valor*. Colección: Maestros del Derecho Penal, No. 10. B de F Ltda.
- Muñoz Conde, F. (2014). *Introducción al Derecho Penal*. Colección Maestros del Derecho Penal, Tomo 3. Euros Editores S.R.L.
- Ozafrain, L. (2017). Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como verdadera ultima ratio. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, (46). <http://bit.ly/3Jw9O1V>
- Pacheco, M. E. (2015). *Fundamentos del Derecho Penal en el Ecuador*. Editorial Jurídica El Forum.
- Ramos, M. y Sanáis, S. (2013). *Los delitos de peligro y el principio de lesividad*. X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. <http://bit.ly/3Lcbf6C>
- Rocco, A. (2008). *Cinco estudios sobre Derecho Penal*. Euros Editores S.R.L.
- Rojas, I. (s.f.). *La proporcionalidad en las penas*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://bit.ly/3yr3ceI>

- Silvas, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Segunda edición, ampliada y actualizada. Euros Editores S.R.L.
- Tenca, A. (2009). *Imputabilidad del psicópata*. Astrea.
- Vaca Andrade, R. (2014). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Tomo I*. Ediciones Legales.
- Vega, F. (2020). *La falta de aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado en Ecuador*. (Maestría en Derecho Penal). Universidad Andina Simón Bolívar. <https://bit.ly/3JshguS>
- Vizcardo, S. (2009). *Principios reguladores del control penal. Las normas rectoras. Docencia et Investigatio*, 11(1), 49-72. <http://bit.ly/3yrkCYu>
- Welzel, H. (2007). *Estudios de Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal, No. 6. Montevideo: B de F Ltda.
- Welzel, H. (2011). *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Colección: Maestros del Derecho Penal, No. 4. Euros Editores S.R.L.
- Zambrano Pasquel, A. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Tercera edición. Editores E.I.R.L.

CAPÍTULO 3:

ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICO PENAL

Leslie Santillán M.
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
lfsantillan.ls@gmail.com

Introducción

Como seres sociales, debemos adecuar nuestro comportamiento a ciertas exigencias o prohibiciones que permitirán un desarrollo oportuno dentro de la sociedad, estas exigencias vienen expresadas dentro de las normas, de ahí su importancia, debido a que sin ellas, deberíamos preguntarnos, qué sería de la vida social si no se limitaran los deseos más básicos de las personas, ya que todos, en algún momento han sentido la tentación de velar nada más por sus intereses (Hart, 1961).

Por lo expuesto, es imperante que exista dentro de la realidad, herramientas que tengan como fin el controlar o evitar conductas indeseables que pongan en riesgo a los sujetos que conforman la sociedad, lo ideal sería que se obedezcan dichas herramientas por el simple hecho de ser empático con los demás, no obstante, como se ha palpado a través de la historia es necesario que exista una garantía de cumplimiento, con la cual se logre expresar que aquellos que no cumplan lo exigido tendrán una consecuencia (Raz, 1985).

Por tal motivo, las normas jurídicas no pueden tener cualquier tipo de contenido, estas deben ser expresadas con claridad y validez, y para ser ordenadas según Kelsen (1994) deben enlazar una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, donde se describa de manera adecuada los comportamientos que serían sujetos de un reproche, dentro de este plano juegan roles de suma importancia la Lógica y la Comunicación.

1. Norma jurídica

A través de la historia, el hombre ha buscado dar ciertas guías a su proceder dentro de la sociedad y por este motivo se crean las normas, que según Hart (1961) son reglas que imponen obligaciones y excluyen en cierto modo la libre elección de la persona, limitando su proceder, con el propósito que el individuo sepa comportarse adecuadamente (Hart, 1961).

Es decir, que la norma concebida desde un punto general busca alinear o delimitar la conducta a preceptos aceptados por un contexto determinado, ya que, recordemos que las personas deben ajustarse a la cosmovisión de su realidad.

Como pudimos apreciar la norma ya sea esta social, moral, del lenguaje, jurídica u otras, tiene como punto focal establecer un estándar que debe ser cumplido por un acto de voluntad, con el fin de no caer en una situación adversa o contraria a lo que dicta la misma y producir efectos negativos (Vernengo, 2005).

Continuando, existen varios autores que han definido a la norma jurídica, no obstante, de acuerdo con la doctrina muchas de estas definiciones no son claras o precisas, debido a que todos percibimos la realidad de una manera propia, siendo así Jan Sieckmann (2015), entiende a la norma jurídica:

Como especie de las normas en general, que se caracteriza sólo por el hecho de que pertenece a un Sistema Jurídico. Sin embargo, es a veces entendida como una subclase de normas con propiedades específicas y distintas, en particular, de las normas morales, o ni siquiera como una subclase de las normas en general, sino de manera específicamente jurídica. (p. 905)

Acotando a lo expuesto, Kelsen (como se citó en Sieckmann, 2015) define a las “normas jurídicas como autorizaciones para aplicar sanciones bajo ciertas condiciones” (p. 906), es decir, que los autores citados están de acuerdo en que las normas jurídicas deben estar dentro de un marco jurídico aceptado, donde cada una de ellas tienen características propias y son diferentes a todas las normas que se pueden encontrar dentro

de la sociedad, un punto clave para diferenciarlas es que dentro de su estructura existe una advertencia, que manifiesta: si no se cumple con lo dispuesto por la norma, es decir, existe una violación a un deber, puede derivar en una consecuencia jurídica que ponga límite a ese actuar (Hart, 1961).

Es importante señalar que la norma jurídica pretende conseguir de cierta forma regularizar la conducta de todos los que conforman la sociedad, y esto se logra a través de la gestión de ciertos entes investidos con poder para hacerlo y estos lo que buscan es que la sociedad (en su totalidad) ingrese dentro de un desarrollo oportuno, y según Kelsen (como se citó en Schmill Ordóñez, 2011, p. 22):

Lo que el Estado ‘quiere’ en la norma jurídica no es, ni mucho menos, su propio comportamiento, sino un comportamiento de los otros sujetos de Derecho, y, concretamente, un comportamiento a tono con el orden jurídico, es decir, una serie de actos u omisiones ajustados a Derecho.

Kelsen (1982), acerca de la función de la norma manifiesta: “No hay norma jurídica que prohíba el homicidio: sólo hay una norma jurídica que prescribe que los funcionarios apliquen ciertas sanciones en ciertas circunstancias a aquellos que cometan homicidio” (p. 37). Como podemos apreciar, si bien es cierto que la norma jurídica es un mandato, depende expresamente de que el ciudadano quiera acatar dicho precepto, y si este incumple, obviamente, tendrá un reproche por parte del dador de la norma, es decir un escarmiento.

Siendo así, la norma jurídica debe incentivar o provocar el querer ser cumplida a cabalidad, es decir, que todos los que conforman la sociedad sean prestos para acatar lo que emana la norma, por ejemplo, si una norma establece no robar, simplemente no hacerlo, y este querer cumplirla, se materializa con un incentivo y en palabras de Kelsen (1982) esta garantía de cumplimiento es la sanción.

A lo expuesto, se puede determinar que la norma tiene un aspecto condicional: “Si A (conducta del súbdito contraria al fin de la norma) debe ser B (conducta coactiva del Estado)” (Schmill Ordóñez, 2011, p. 21). En un mundo utópico el incentivo no sería la sanción, si no ser empático con los que no rodean, entender que somos parte de un todo y que cada decisión o acción que decidamos realizar se desembocará en el crecimiento o deterioro de la sociedad, lastimosamente ese no es el mundo verdadero, por tal motivo, es necesario que exista cierta coercitividad para que todos actúen de forma acertada.

2.1. Lenguaje y la norma jurídica

Una vez señalado, que la norma jurídica es un mandato u orden sobre el comportamiento de las personas dentro de la sociedad dictado por un ente con autoridad para hacerlo y cuyo incumplimiento lleva a una sanción (Aguiló Regla, 1990). Es preciso manifestar que el cumplimiento óptimo de la misma depende mucho del entendimiento de esta, es decir, que el entender el lenguaje de la norma escrita es vital para su correcta aplicación.

Antes de empezar, se debe definir al Lenguaje que según Vygotsky (como se citó en Ugalde, 1987) “es un sistema de signos que utiliza el ser humano, básicamente, para comunicarse con los demás o para reflexionar consigo mismo. Este sistema de signos puede ser expresado por medio del sonido (signos articulados) o por medios gráficos (escritura)” (p. 17).

De lo anterior, es preciso señalar que dentro del mundo legal existe el lenguaje jurídico que según Ovilla (1994) es un conjunto de términos, significados, expresiones que hacen alusión a características propias del ámbito legal, diferenciándolo de otros lenguajes y su fin principal es determinar la semántica propia del derecho dando la precisión conceptual y claridad a las normas que regulan la sociedad civilizada.

En efecto, si se entiende de una manera adecuada el lenguaje de una norma, se va a entender el mandato de la misma y por ende se va a “comprender la posible sanción de no ser cumplida a cabalidad; las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje” (Aarnio, 1995, p. 277) de ahí la importancia de que la norma jurídica sea escrita de forma clara y tenga como fin el ser entendida por todos los que conforman la sociedad.

En definitiva, mientras más se conozca del Lenguaje más se conocerá del derecho y viceversa mientras más se conozca de derecho más se conocerá del Lenguaje, y esta relación desprende también en el conocimiento de la realidad, “según la cual es el lenguaje el que construye lo real” (Aguirre Román, 2008, p.146).

Complementando lo expuesto, Friedrich (como se citó en Montoya y González, 1993), critica de cierta forma la manera de expresar el lenguaje de la norma, ya que este considera que las reglas que gobiernan la acción o conducta con frecuencia son muy generales y abstractas lo cual conlleva a la dificultad de entenderlas, por tal motivo, se debe diferenciar entre las formas del lenguaje en el Derecho.

Tabla 1

Formas de lenguaje en el derecho

Vulgar o natural	Técnico o formal
Expresiones comunes del habla coloquial que son usadas y conocidas por las personas en general, sin necesidad de previa instrucción, son usadas de forma natural en el cotidiano vivir.	Expresiones con significado especializado conocido por profesionales versados en determinadas materias científicas, haciendo alusión a jerga específica dentro de los diferentes campos.

Nota. En la tabla 1 se señalan las definiciones de las formas o tipos del lenguaje dentro de la jerga jurídica. Gramajo Castro (2009).

Como se pudo apreciar, el lenguaje que engloba al mundo jurídico es concebido desde dos puntos, el primero donde se entiende de forma natural al lenguaje, ya que las palabras son sencillas y usualmente usadas, ya que no son técnicas; y el otro donde se utiliza un lenguaje más formal con palabras o signos más específicos o a fin a la materia. Lo expuesto, la tesis general debe recaer en que, “en la medida de lo posible, el lenguaje jurídico debe ser vulgar y natural, para general conocimiento de sus destinatarios y, en forma excepcional cuando esta clase de lenguaje no sea posible, se usará el lenguaje técnico” (Gramajo Castro, 2009, p. 8).

Continuando, el lenguaje en la norma debe ser apreciado como expresión lingüística y esta debe estar enmarcada en proposiciones directas y claras. En cuanto a la expresión lingüística de la norma jurídica hace referencia a la manifestación de un significado a través de signos, como es conocido, el ser humano se comunica a través de estos y cuando llega a la mente son percibidos dándoles un sentido y entendimiento (2009, p. 8).

Las expresiones lingüísticas que puede tener la norma jurídica según Bobbio (1991) son:

- *Descriptivas*: transmiten información, hacen conocer.
- *Valorativas*: describen y emiten un juicio de valor.
- *Prescriptivas*: influyen sobre el comportamiento ajeno, intenta adecuarlo a la voluntad del mandante, son órdenes que derivan en conductas.

42

Claro está, que tanto el lenguaje como la expresión lingüística de la norma debe estar enmarcada con claridad, sin ambigüedades en su significado y debe ser sencillo, teniendo como fin, el conectar la buena conducta a las relaciones sociales.

2.2. La norma jurídica como enunciado comunicativo

Como se pudo apreciar, la norma jurídica es entendida dentro de la realidad por el lenguaje, siendo este un conjunto de signos que tienen significado cuando son valorados por nuestros sentidos, de esta forma, las normas son enunciados; y según la RAE el enunciado es una secuencia de palabras que tienen valor comunicativo, es decir, que este expresa la idea a través de palabras sean escritas o habladas.

De lo expuesto, se debe destacar la importancia del valor comunicativo de la norma jurídica, recordando que la comunicación es parte “constitutiva de los procesos sociales” (Rivero, 2011, p. 23), a través de esta se logra establecer la relación entre las personas que conforman la sociedad y es uno de los pilares fundamentales de la realidad social, a su vez, “su carácter de proceso complejo connota, entre otros aspectos, el comportamiento humano y el papel que desempeña para viabilizar la socialización” (2011, p. 82). Continuando, Barbero (como se citó en Alonso y Saladrigas, 2006) señala:

Comunicar es hacer posible que unos hombres reconozcan a otros hombres, y ello en doble sentido: les reconozcan su derecho a vivir y pensar diferentemente y se reconozcan como hombres en esa diferencia. Eso es lo que implica y lo que significa pensar la comunicación desde la cultura. Aceptar la individualidad, el respeto al otro. (p. 205)

Por lo expuesto, es de suma importancia señalar que la norma jurídica no debe quedarse en mera codificación de signos dentro de un código, ya que, su entendimiento o según Moreno, 1988 (como se citó en Rizo García, 2008) su “valor comunicativo sirve de base a toda interacción social, pues es en la dinámica comunicativa entre las personas donde se manifiesta la cultura como principio organizador de la experiencia humana” (p. 4).

2. Estructuras de la norma jurídica penal

De lo expuesto con anterioridad resulta que la norma jurídica es un elemento básico de un sistema jurídico, por ende, la estructura de las normas jurídicas se refleja en la estructura misma del sistema jurídico, y de esto se desprende la importancia de conocer las diferentes posturas acerca de la estructura de las normas, sobre todo de la penal (Sieckmann, 2015).

3.1. Estructura básica

La estructura básica de la norma hace acepción, según Kelsen (1982) a que la norma jurídica tiene como núcleo un enunciado de: obligar, prohibir o permitir:

- a. *Obligar*: es un mandato, es una acción que se debe realizar, visto desde otro punto, es una acción que no puede no realizarse, la doble negación implica la obligación de realizar.

Ejemplo: dentro del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) se establece la posición de garante: “La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante”.

Dentro del artículo citado encontramos una obligación donde la autoridad competente establece ciertas funciones a un sujeto (garante). Para Muñoz Conde (2005) el garante tiene la obligación de impedir resultados lesivos en virtud del cumplimiento de las funciones de su cargo o profesión.

Por ejemplo, un bombero en el Ecuador según la Guía operativa para la organización y funcionamiento de los cuerpos de bomberos a nivel nacional:

Deben mantener una buena condición física para poder cumplir las exigencias físicas de su profesión, y necesitan fuerza física para realizar acciones tales como rescatar víctimas, colocar escalas, manejar mangueras y forzar entradas con herramientas pesadas. Se necesita resistencia aeróbica para moverse rápido, bajar por vestíbulos, subir escalas o combatir incendios. Se requiere flexibilidad para alcanzar el equipo, inclinar escalas y mover una víctima por una escala. Por tal motivo se debe tener una lista de información básica para la salud de un bombero. (p. 9)

De lo expuesto, el bombero debe tener una buena condición física para poder realizar su trabajo, ya que, así lo contempla la norma, entendiéndose que de cierta forma su labor diaria se encuentra en un umbral de riesgo, nadie puede saber a ciencia cierta cuándo va a ocurrir un próximo incendio, y si el bombero, por no estar en una condición física aceptable incumple su obligación jurídica de prestar ayuda o simplemente no quiere realizar las funciones debidas para controlar el siniestro y producto de esto causa una muerte o destrucción del medio ambiente será sancionado como lo dicta la norma.

- b. *Prohibir*: la acción no debe realizarse, este enunciado es sencillo, la norma señala que la acción está inhibida.

Por ejemplo, el art. 411 del COIP, establece: “Está prohibido el ingreso de todo tipo de armas, alcohol y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, teléfonos o equipos de comunicación o cualquier otro instrumento que atente contra la seguridad y paz del Centro [...]” como se puede apreciar, la acción está totalmente negada, no se debe realizar, ya que si se la realiza existirá una sanción.

c. *Permitir*: la acción es admitida siempre y cuando esté al tenor de la norma.

Por ejemplo: “Se puede ordenar el allanamiento o el quebrantamiento de las puertas o cerraduras conforme las reglas previstas en este Código, cuando deba recuperarse a la víctima o sus familiares (...)” (num. 10, art. 643 COIP); existe un permiso de hacer que tiene como condición el precautelar el bien jurídico de la víctima.

En definitiva, la norma jurídica está dentro de nuestro tráfico social, para lograr adecuar los comportamientos dentro de los enunciados que son aceptados por un contexto determinado, que tiene como fin, establecer los mandatos, las acciones permitidas, o aquellas que no deben realizarse y así, evitar lesionar bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

Acotando a lo señalado por Von Wright (1963) establece que la norma debe contar con seis elementos para funcionar dentro de la realidad: “el carácter normativo, el contenido normativo, la condición de aplicación, la autoridad que promulga la norma, el destinatario y la ocasión. Solo los tres primeros aspectos se consideran comunes a todas las normas” (p.70).

Tabla 2

Elementos de las normas jurídicas según Von Wright

Elementos de las normas jurídicas	
Elementos comunes a todas las normas (núcleo normativo)	Elementos específicos
Carácter normativo	Autoridad que promulga la norma
Contenido normativo	Destinatario
Condición de aplicación	Ocasión

Nota. Esta tabla señala de forma más didáctica los elementos comunes y específicos de las normas jurídicas.

Von Wright (1963).

A continuación, se señala a qué se refiere cada elemento:

- a. *Carácter normativo*: “viene dado por el modo en que la misma prescribe alguna acción” (Velázquez, 2020, p. 17), recordando que “prescribir es ordenar, mandar, señalar, determinar” (Cabanellas de Torres, 2011, p. 302), de esta forma, la norma como se señaló en puntos anteriores debe tener un carácter obligatorio, permisivo o de prohibición.
- b. *Contenido normativo*: hace referencia a la acción u omisión que está permitida, prohibida o debida, dichas actividades siempre son genéricas no pueden ser individuales (Velázquez, 2020).
- c. *Condición de aplicación*: son las circunstancias o condiciones que se deben presentar para que pueda existir la prohibición, la obligación o la permisión (Cárdenas Gracia, 2009).
- d. *Autoridad que promulga la norma*: “persona revestida de algún poder, mando” (Cabanellas de Torres, 2011, p. 42) que para este caso en específico es quien dicta la prescripción.
- e. *Destinatario*: es el sujeto normativo a quien está dirigida la prescripción (Velázquez, 2020).
- f. *Ocasión*: es el ámbito de validez espacio temporal, la promulgación y la sanción de la prescripción (2011, p.11).

3.2. Estructura lógica

3.2.1. Lógica y lógica jurídica

Para adentrarnos en este apartado, es preciso comenzar señalando qué es la lógica. Para Jaime Balmes (1948) “indica que la lógica es arte en cuanto prescribe las reglas para dirigir el entendimiento al conocimiento de la verdad, y es ciencia al justificar o fundamentar dichas reglas” (p. 5), añadiendo a lo expuesto, Benlloch y Tejedor (1972) comentan que la lógica como ciencia estudia la forma de pensar de las personas y como arte estudia las normas para pensar de forma correcta.

De lo señalado, es importante recalcar que la lógica, ya sea entendida como arte o ciencia, busca enmarcar en líneas de la verdad al conocimiento humano, y esto se logra a través de reglas o normas bien instauradas, complementando la idea y haciendo énfasis en lo que se ha venido discutiendo respecto a la importancia del lenguaje dentro del conocimiento oportuno de la norma, Sanguineti (2000) señala:

La lógica realiza un análisis de lenguaje. Como nuestro conocimiento se expresa en el lenguaje, el método más eficaz de la reflexión lógica es observar las estructuras de hablar del hombre, determinar sus elementos y funciones, el modo en que tales elementos se relacionan, etc. De ahí la necesidad continúa de la lógica de expresar conclusiones con ejemplos tomados del lenguaje ordinario o científico. (p. 21)

Es decir, que, al momento de emanar la norma, se debe tener presente que el lenguaje va a jugar un papel fundamental para su entendimiento, mientras mejor redactado esté el enunciado y su posible sanción, existirá una mayor comprensión y un mejor acatamiento.

Una vez entendida a la lógica de forma general, dentro del mundo legal, a esta ciencia se la utiliza constantemente, y es llamada lógica jurídica y según Norberto Bobbio (1991) “significa la aplicación de la lógica a los procedimientos empleados por los juristas en la interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico dado, así como el estudio de las reglas de la inferencia válida entre las normas” (p. 22).

Siendo así, la lógica jurídica busca dar un entendimiento práctico y real al compendio normativo, ya que su objeto ideal: son las normas; sobre todo el dar la correcta estructura y por otro lado es también importante aunar el objeto de la Ciencia del derecho y este un objeto cultural: la conducta humana (Maffia, 1945), cuando las dos ciencias trabajan conjuntamente se puede dar un sistema jurídico válido.

3.2.2. Tridimensionalidad jurídica

Comprendiendo que la norma jurídica es un el núcleo jurídico dentro de la realidad social, es importante mencionar que esta necesita ser entendida a través de la visión del derecho y este es un hecho o fenómeno que solamente existe en la sociedad y no puede ser concebido fuera de esta, debido a que su cualidad vital es ser social. La tridimensionalidad jurídica lo que precisa es que se comprenda la interacción de la conducta de la sociedad, el valor y la norma como condicionantes para el desarrollo del sistema jurídico (Cano-Nava, 2011) a lo expuesto se lo conoce como experiencia jurídica, y siempre va a estar compuesta de tres elementos: hecho, valor y norma (Reale, 1997).

Es necesario, entender de forma más precisa cada elemento, ya que a través de estos se podrá definir de mejor manera a la estructura lógica de la norma penal:

Hecho: Eusebio Fernández (1987), establece que el derecho es un hecho social porque es formando o elaborado por los mismo hombres a través de la evolución o desarrollo de la sociedad misma, dando soluciones a nuevas necesidades, por ejemplo, en épocas pasadas como en la edad media no era necesario adecuar el sistema jurídico con normas que sancionen conductas ilícitas en cuanto a tecnología, debido a que, en esa época no existía dicha realidad, contrario a la realidad actual donde los ciberdelitos han tomado fuerza, y el derecho al ser social necesita dar respuestas válidas para hacer frente a estas nuevas necesidades sociales.

Por lo tanto, el derecho tiene una dimensión fáctica donde el contexto y la realidad juegan un papel importante en las relaciones que se deben dar entre las personas, ya que regula la conducta con el fin de facilitar la convivencia social.

Norma: el derecho puede ser concebido también como un conjunto de normas, y su característica es la coactividad; debido a que, pueden ser impuestas en contra de la voluntad de las personas, a través de un castigo (Catalán, 2016), claro está que el castigo no es la única finalidad del Derecho, ya que, su efecto fundamental debe ser prevenir el cometimiento de conductas indeseables (Raz, 1985).

Claro está, que la conducta que se realice debe ser de interés del derecho penal como por ejemplo matar a una persona por un pago (art. 143 Código Orgánico Integral Penal en adelante COIP) o estafar con el fin de obtener una ganancia patrimonial para sí misma (art. 186 COIP) que son tipos recogidos en el código y al vulnerar un bien jurídico protegido como la vida o la propiedad tendrán un reproche adecuado.

Valor: dentro del derecho la dimensión axiológica hace alusión a la cualidad de dar validez jurídica a través de valores que “fundamentan la norma, la eficacia o acatamiento de ésta en el plano de la sociedad, y la vigencia que expresa la actuación de los órganos del Estado que son competentes para darle existencia jurídica” (Cárdenas, 2009, p. 56).

Complementando a lo expuesto, “para entender la dimensión axiológica, se requiere saber los hechos que dieron lugar al problema a resolver, así como las normas jurídicas involucradas, para comprender y determinar qué valores jurídicos se encuentran inmersos en cada situación” (Catalán, 2016, p. 6).

3.2.3. Estructura lógica: estructura condicional

Por lo tratado con anterioridad, la estructura lógica de la norma jurídica debe ser entendida como un conjunto de conocimientos que se desprenden de varias ciencias tales como la lógica, la lógica jurídica, la ciencia del derecho, que aúnan sus postulados y manifiestan la estructura que se puede graficar con la fórmula “si es S (Supuesto de hecho), debe ser C (consecuencia jurídica)” (Bueno Ochoa, 2020).

La situación de hecho condicionante es el hecho —conducta humana— a que sigue la sanción como consecuencia, unidos por un nexo de deber ser: Dado el crimen debe ser la pena. Sería un juicio hipotético porque la aplicación de la sanción que enuncia la norma está supeditada al cumplimiento de una condición. El crimen es la condición lógica de la pena, y de ahí el carácter hipotético de ese juicio. (Maffia, 1945, p. 65)

Continuando, la estructura lógica de la norma jurídica responde a la tridimensionalidad del derecho: hecho, norma y valor y estos a su vez se componen de: ratio, consecuencia jurídica y supuesto de hecho (Bueno Ochoa, 2020).

3.2.3.1. Ratio

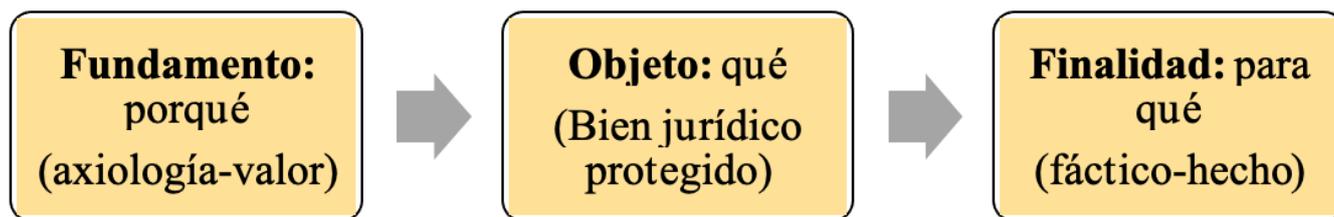
Para Ross (1958) la *ratio* es:

Intención “práctica” de la autoridad normativa, lo que ella quería hacer. Se supone que el fin de la autoridad normativa se puede encontrar en los “trabajos preparatorios” mirando a las circunstancias sociales en las cuales la ley fue promulgada. Sin embargo, la adscripción de un fin a la autoridad normativa es una mera conjetura, que plantea los mismos problemas que hemos señalado al hablar de la intención. (p. 147)

A lo expuesto, se debe complementar que la *ratio legis* cuenta con tres acepciones: fundamento, objeto y finalidad.

Figura 1

Acepciones de la ratio legis



Nota. Bueno Ochoa, 2020.

3.2.3.2. Supuesto de hecho

El supuesto jurídico “es la hipótesis normativa de cuya realización se derivan las consecuencias jurídicas. Como sujeto, el supuesto se halla enlazado en la norma imputativamente a la consecuencia de Derecho por medio de la cópula” (Vélez Rodríguez, 2006, p. 15).

Dicho de otra manera, el supuesto de hecho es todo aquello que está previsto en la norma, y de cumplirse lo que está escrito existirá una sanción o consecuencia jurídica.

3.2.3.3. Consecuencia jurídica

Según el Diccionario panhispánico del español jurídico la consecuencia jurídica es:

La parte de la norma penal, también llamada sanción o norma secundaria, consistente en una pena, una medida de seguridad, una consecuencia accesoria o en la responsabilidad civil derivada del delito, que se impone cuando se verifican los requisitos del supuesto de hecho de la norma, llamado precepto, presupuesto o norma primaria. (Dpej, 2021)

De lo expuesto, se puede concluir que la consecuencia jurídica dentro del ámbito penal no es solamente una sanción, más bien, es una herramienta que se enfoca en crear un motivo para que las personas se abstengan de incurrir en una transgresión de la norma (Hart, 1961).

En definitiva, los presupuestos manifestados con anterioridad establecen que la norma penal es una hipótesis condicional, donde si se da S (supuesto de hecho), la consecuencia va a ser C (consecuencia jurídica):

En ese vínculo existente entre el supuesto y la consecuencia, se opera la ley de la causalidad jurídica, que no cambia la relación imputativa en relación causal, sino que tiene las siguientes significaciones: No hay consecuencia jurídica sin un supuesto, al que en una fuente de conocimiento se le haya relacionado ella imputativamente. No se deriva consecuencia jurídica alguna, sin que se realice el supuesto al cual se halla ella imputada en la respectiva fuente de conocimiento. Si varía el supuesto jurídico, también varían las consecuencias a él imputadas en la fuente de conocimiento. (Vélez Rodríguez, 2006, p.15)

3.2.3.4. Normas primarias y secundarias

La norma primaria conecta una sanción a una determinada conducta, mientras que la secundaria concierta cuál es el deber jurídico que se deriva de la norma primaria (Kelsen, 1982), siendo así el deber jurídico se expresa en la necesidad de conocer la obligación implantada por una norma jurídica primaria y esta tiene que ser respetada por los individuos (Castaño Bedoya, 2021).

Entonces, la norma primaria está dirigida a los ciudadanos, quienes deben acatar el mandato, obligación o la prohibición y la norma secundaria se dirige al juez (o autoridad competente dependiendo de los diferentes casos) quien tiene el deber de aplicar la consecuencia jurídica si se produjo el supuesto de hecho (Mir Puig, 2003).

A medida de ejemplo, el art. 189 del COIP describe el tipo del robo:

La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitar en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Con el tipo establecido, se procederá a delimitar la norma primaria y secundaria del tipo penal del robo:

Tabla 3

Ejemplo de norma primaria y secundaria

Norma primaria (dirigida al ciudadano)		Norma secundaria (dirigida al juez)
Conducta	Sanción	Deber jurídico (debe ser no)
Sustraer o apoderar	Pena privativa de libertad de cinco a siete años.	<u>Es obligatorio no robar.</u> Si se cumple la conducta el juez deberá imponer la pena privativa de libertad consagrada en el tipo penal.

Nota. En esta tabla se pretende ejemplificar el contenido de la norma primaria y secundaria con el contenido del tipo penal del robo.

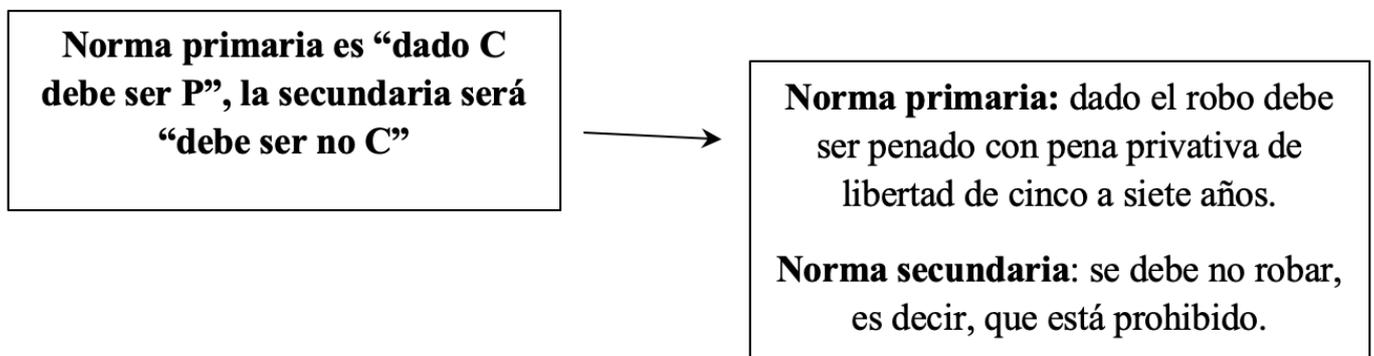
A lo expuesto Kelsen (como se citó en Alonso, 2009) establece la regla de transformación con la cual se puede obtener:

[u]na regla secundaria de una primaria: el carácter de una norma secundaria es un carácter de deber y su contenido es la conducta opuesta a la que figura como condición de aplicación en una norma primaria. En general: si la norma primaria es “dado C (conducta) debe ser P (sanción)”, la secundaria será “no debe ser C”. (p. 3)

Recordando que, dentro de la estructura lógica de la norma, esta tiene un carácter condicionante donde si se cumple la conducta descrita en el tipo existirá una consecuencia o sanción.

Figura 2

Ejemplificación de regla de transformación de norma primaria a secundaria de Kelsen



Nota. Alonso, 2009.

3.2.3.5. Normas completas

Siguiendo con la estructura jurídica de la norma, se puede hacer mención a las normas completas, que son aquellas donde se encuentra definido tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica dentro del mismo enunciado (Roxin, 1997), siendo así estas tienen bien definido el delito y la sanción. A modo de ejemplo: “Art. 182 COIP Calumnia. - La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a dos años [...]”

Del tipo penal propuesto se puede precisar que el tipo penal de la calumnia es una norma completa, debido a que, manifiesta el supuesto de hecho que consiste en que una persona de una falsa imputación de un delito a otra realizada por cualquier medio y la consecuencia jurídica sería la pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Como vemos, las normas completas tienen la característica de estar formadas estructuralmente conforme al punto de vista lógico o formal, es decir, que son normas propiamente dichas.

3.2.3.6. Normas incompletas

Entendidas desde su estructura, las normas incompletas, se caracterizan porque tienen supuestos de hecho inconclusos que contienen condiciones de aplicación que no son suficientes para entender de manera total al enunciado normativo, también se las considera incompletas cuando tienen dentro de su estructura al supuesto de hecho pero carecen de consecuencia jurídica bien fundada o manifestada o viceversa, contienen consecuencia jurídica pero el supuesto de hecho no está bien definido, es decir, que la norma incompleta aloja una parte del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica, por lo tanto, es necesario relacionarlas o completarlas con otras normas del marco jurídico penal para poder comprenderlas de manera adecuada (Sieckmann, 2015).

Por ejemplo, dentro de nuestra normativa penal la tentativa se define en el artículo 39 del COIP de la siguiente manera:

La ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado.

Definida la tentativa, podemos destacar que el delito específico como tal no está determinado, es decir, el supuesto de hecho queda abierto, ya que se menciona: “la ejecución que no logra consumarse”, entendiéndose que pueden entrar varios tipos penal y para esto debemos buscar en la parte especial del código penal, en la cual se describen los diferentes delitos. Siendo así, cuando se trate de un delito de robo en grado de tentativa, tenemos que examinar tanto el tipo penal del robo como el de la tentativa, para lograr establecer de manera adecuada el supuesto de hecho y consecuencia jurídica de la tentativa de robo.

Se debe señalar que según Sieckmann (2015), las normas incompletas hacen alusión a “los preceptos que regulan los grados de imperfecta ejecución, las formas de participación y los actos preparatorios punibles” (p. 34).

3.2.3.7. Excepción a la estructura lógica: normas penales en blanco

Como pudimos observar, normalmente, la norma se compone de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica bien estructurados o de lo contrario incompletos en su formación, pero como regla general se encuentra a los dos preceptos, no obstante, de forma excepcional, se encuentra a la norma con carencia del supuesto de hecho, es decir no lo expresa, en tal sentido, es necesario buscar la disposición ajena a la normativa penal que logre sustanciar el precepto que hace falta, este es el caso, de las normas penales en blanco (Mir Puig, 2003).

Tabla 4

Diferencia entre normas penales incompletas y normas penales en blanco

	Normas incompletas	Normas en blanco
Variabes	Principales diferencias	
Estructura: supuesto de hecho	Poseen o un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica que no son suficientes, es decir, son inconclusos.	No poseen supuesto de hecho expresado en el tipo penal, no obstante, sí poseen consecuencia jurídica.
Complementación	Se complementan dentro de la misma normativa penal (de la parte especial a la general), ya sea en su supuesto de hecho o en su consecuencia jurídica.	Se remiten a cuerpos normativos extrapenales (de rango inferior, rango de ley o mayoritario).

Nota. La tabla 4 presenta las principales diferencias existentes entre las normas incompletas y en blanco, debido a que, puede llegar a producir confusiones, se tomó en cuenta dos ítems para fijar la diferencia, el primero hace alusión a la estructura lógica, es decir al supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y el segundo señala cómo se debe complementar los enunciados normativos.

Para aclarar, Miguel Abel Souto (2005), manifiesta que:

Las normas o leyes penales en blanco son “preceptos penales principales” que contienen la sanción o consecuencia jurídica pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, pues el legislador para tales efectos se remite a normas no penales del mismo o inferior rango, a otras leyes, reglamentos o actos de la Administración. Estas normas representan un instrumento necesario para evitar la “petrificación” o “anquilosamiento” de la ley, pues su razón de ser radica en la existencia de supuestos de hecho estrechamente relacionados con otras ramas del ordenamiento en las que la actividad legislativa es incesante debido al “carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de regulación. (p.1)

Además de lo expuesto, cabe recordar el significado de “remitir”, que según la RAE es el acto de enviar algo —en este caso en concreto el supuesto de hecho faltante— a determinada persona de otro lugar— se refiere a una norma extrapenal.

De acuerdo con la doctrina, las normas penales pueden ser propias e impropias.

Normas penales en blanco propias: o normas en blanco en sentido estricto hacen referencia a normas que se remiten a una autoridad o instancia legislativa de rango inferior, como, por ejemplo, acudir a reglamentos. Estas normas de rango inferior permiten que el supuesto de hecho de la norma penal sea complementado con la facultad de la autoridad correspondiente. (Souto, 2005)

Complementando lo expuesto, Tiedemann (1998) considera que las mencionadas normas son las “verdaderas normas en blanco debido a la exigencia de que la integración del precepto punitivo proceda del acto de una instancia distinta de la que establece la conminación penal” (p. 516), es decir, “los tipos penales en blanco propiamente dichos son aquellos donde la determinación de la antijuricidad se produce atendiendo a normas de rango menor. Por ejemplo: reglamentos, actos administrativos, etcétera” (Cury, 1988).

A medida de ejemplo, el artículo 220 del COIP establece:

Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. - (Sustituido por el Art. 48 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019). - La persona que directa o indirectamente, sin autorización o incumpliendo requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Trafique, sea que oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, importe, exporte, tenga o posea con el propósito de comercializar o colocar en el mercado sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa pertinente, será

sancionada con pena privativa de libertad de siguiente manera: a) Mínima escala, de uno a tres años. b) Mediana escala, de tres a cinco años. c) Alta escala, de cinco a siete años. d) Gran escala, de diez a trece años. [...]

Como puede observarse, el primer párrafo del citado artículo alude a que debe investigarse la normativa correspondiente, en otras palabras, existe una remisión a una normativa inferior con la cual se puede determinar específicamente el supuesto de hecho, es decir, las escalas permitidas para el consumo de sustancias controladas.

Tabla 5

Ejemplo de norma penal en blanco propia o en sentido estricto

Tipo penal: Art. 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización	
Supuesto de hecho	Consecuencia Jurídica
Contenido en una norma de rango inferior	Contenida en el mismo artículo
RESOLUCIÓN 001-CONSEP-CD-2015	Art. 220 COIP
Art 1. Expedir las siguientes tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala.	Será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera: a) Mínima escala, de uno a tres años. b) Mediana escala, de tres a cinco años. c) Alta escala, de cinco a siete años. d) Gran escala, de diez a trece años.

Nota. La tabla 5 trae a colación un ejemplo práctico de una norma penal en blanco propia contenida dentro del COIP, se hace mención a su estructura para entenderla de forma oportuna.

Normas penales en blanco impropias: o normas en blanco en sentido amplio, son aquellas que necesitan una complementación legal o remisión a otra norma que tenga rango de ley (Delgado Lara, 2011). Completando la idea Luzón (2000), establece que la remisión tiene que ser a un cuerpo normativo distinto al del Código (en este caso al COIP) y pueden ser otras leyes que sean de la misma instancia legislativa o a convenios internacionales.

Como ejemplo de esta clase de normas tenemos al artículo 247 del COIP:

Delitos contra la flora y fauna silvestres.- La persona que cace, pesque, capture, recolecte, extraiga, tenga, transporte, trafique, se beneficie, permute o comercialice, especímenes o sus partes, sus elementos constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En el artículo propuesto, es clara la remisión que se realiza a los tratados internacionales, con el fin de poder definir las especies que se encuentran amenazadas o que están en peligro de extinción, ya que el Código no las señala.

Según Kelsen (1994), para ser específicos dentro de su pirámide, manifiesta que dentro del nivel legal de las normas se encuentran los tratados internacionales y los códigos, siendo así, del ejemplo señalado se debe remitir al convenio internacional adecuado, uno de ellos puede ser el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), señalando que el Ecuador forma parte de dicho convenio desde el 11 de febrero de 1975 (ONU, 2021), y está legalmente ratificado, dentro del apéndice I del convenio incluye las especies que se encuentran en peligro de extinción y en el apéndice II las especies amenazadas que podrían llegar a estar en peligro de extinción, por lo tanto, se complementa el supuesto de hecho del artículo 247 del COIP, con lo cual se cumple con lo dispuesto para formar una norma penal en blanco impropia.

3.3. Estructura comunicativa

En apartados anteriores se trató la idea tradicional de concebir a la estructura de la norma penal, ahora se abordará desde el punto de vista del autor Calliess (como se citó en Mir Puig, 2003, p. 26), quien manifiesta que la estructura de la norma penal debe ser entendida más allá de un análisis lógico, donde si se produce un hecho conlleva una consecuencia, el autor concibe a la estructura como la base para la solución a la cuestión de la función de la pena, es decir, que busca en cierta forma brindar a través de la norma la validez de la sanción.

A lo expuesto, se complementa la idea del Mir Puig (2003), quien señala que la estructura comunicativa de la norma penal debe ser reflejada en la concepción de la sociedad como un sistema de interacción y comunicación, donde las diferentes personas o sujetos hacen su diario vivir y por ende deben conocer la normativa a la que están sujetos, en definitiva, la estructura comunicativa responde a cómo se relacionan los diversos sujetos encontrados en la sociedad.

Siendo así, es vital contar con una comunicación asertiva dentro de los sistemas sociales, haciendo énfasis en que la estructura comunicativa “consiste en una red de expectativas de y frente a diversos sujetos relacionados con la norma, expectativas que son recíprocas y que van cambiando al influirse mutuamente” (Luzón Peña, 2000, p.12). “La estructura de las normas penales es una estructura basada en la recíproca conexión (comunicación) de los tres sujetos (sujeto activo, sujeto pasivo y Estado) presentes en ellas” (Mir Puig, 2003, p. 27).

Haciendo énfasis en la conexión, Callies (como se citó en Mir Puig, 2003, p. 27) señala que esta se caracteriza por tres cuestiones:

- Existe un sujeto (*ego*) que actúa sobre otro sujeto (sujeto activo).
- Otro sujeto (*alter*) en quien recae dicha actuación (sujeto pasivo).
- Y un sujeto tercero quien está obligado a reaccionar frente a la actuación imponiendo una pena (Estado).

En resumen, desde el punto de vista de la estructura comunicativa se trata a la norma como un paraje de diálogo o de comunicación entre los diferentes sujetos procesales, llámense delincuente, investigado, víctima o juzgador, y estos dependen de las redes de conexión que se mantengan para que todos los involucrados interaccionen de manera correcta y si de ser el caso su actuar es contrario a lo dispuesto por la norma, el sujeto encuentre una sanción válida para su mal actual.

3. Validez de la norma jurídica

Como se ha venido discutiendo, la norma jurídica tiene sentido de ser dentro del sistema jurídico, esa es su única realidad, por tal motivo, es importante traer a colación la comprensión de la validez de este sistema, debido a que va de la mano de la existencia o inexistencia de la norma jurídica.

Para iniciar, el significado de validez de forma general hace alusión a una “cualidad de lo que, por no estar afectado de causa alguna de nulidad, es válido y puede producir los efectos jurídicos que le son propios” (Dpej, 2021), en cuanto al término válido hace referencia a ser aceptable o que debe valer legalmente. (Real Academia Española, 2021), desde esta concepción, se puede afirmar que la validez da rasgos de aceptación a algo, le da fuerza para ser entendido como algo legal.

Desde la óptica general parece sencillo entender a la validez, no obstante, desde el campo legal llegar a definirla conlleva un poco más de esfuerzo, ya que puede ser entendida de varias maneras. Para Kelsen (1982), la palabra validez designa la existencia de una norma, por lo tanto, se puede decir que si es válida la norma existe, y si existe una norma, por ende, debe ser válida.

Continuando, para Ross (1969), la validez puede ser entendida como una cualidad de la norma jurídica que da fuerza de obligatoriedad para que sea aplicada, de esta concepción hay dos palabras que destacar: 1. Fuerza que hace referencia al amparo supremo del derecho (Cabanellas de Torres, 2011); y, 2. Cualidad que es el elemento o carácter distintivo de la naturaleza de algo —en este caso de la norma— (Real Academia

Española, 2021); siendo así la validez sería aquel elemento distintivo o propio de la norma jurídica que amparado bajo la ley puede obligar a que sea acatado su precepto normativo.

Robert Alexy (1992), por otro lado, manifiesta que la validez de la norma depende de algunos conceptos del derecho como: la eficacia social, la corrección material y la legalidad para ser entendida desde un punto de vista sociológico, el ético y el jurídico, es decir, para ser entendido con la teoría tridimensional del derecho.

Complementando a lo expuesto cabe señalar que, para entender de mejor manera a la validez, se debe hacer mención a ciertos significados:

- *Obligatoriedad*: cualidad de obligatorio, y este a su vez es lo que “ha de hacerse, ejecutarse, cumplirse u omitirse en virtud de disposición de una ley” (Cabanellas de Torres, 2011, p. 266).
- *Eficacia jurídica*: es determinar si la norma es cumplida o no por los destinatarios (Bobbio, 2000).
- *Fuerza vinculante*: establece que su cumplimiento es obligatorio. (Rivera Santiváñez, 2005).
- *Legalidad*: Portilla (2005) lo define como el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución (p. 55).

En definitiva, para establecer la validez de la norma se tiene que tomar en consideración varios aspectos que logren sujetar a buenos preceptos aceptados por un contexto jurídico y así la misma pueda existir de forma adecuada.

Continuando, Ferrajoli (como se citó en Accatino, 2000) manifiesta que la validez “reside en su conformidad no sólo formal, sino también sustancial con normas de rango superior, que no sólo regulan las formas, sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo” (p. 36), es decir, que la sujeción o concordancia al sistema jurídico es fundamental para que una norma pueda ser considerada real o en tal caso válida.

Por ejemplo, de nada serviría, o en otras palabras, no sería válido en el Ecuador una norma penal que permita como consecuencia jurídica de algún delito la pena de muerte, ya que dentro de su Carta Magna en el numeral 1, artículo 66 establece: “El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”, es expreso, en Ecuador no existe pena de muerte, por ende, toda norma contraria a esta disposición no tendrá validez.

Teniendo en cuenta lo manifestado, Nino (2017) establece que el predicar validez a una norma, es manifestar que tiene fuerza vinculante, que sus prescripciones son razones suficientes para actuar, si se desconoce la validez de una norma es lo mismo que negar su existencia, el decir que una norma es válida implica avalarla, y así su aplicación y observancia deben ser obligatorias y justificadas.

Por lo expuesto, se puede decir que la norma jurídica es válida cuando tiene razones suficientes que justifican su cumplimiento, es decir, es obligatoria por cuestiones razonables, de lo contrario los destinatarios que no la acaten recibirán o asumirán una sanción.

4. Funciones de la norma jurídica

Continuando, es preciso señalar que existen varias consideraciones en cuanto a las funciones de la norma penal, las más aceptadas son: la función prescriptiva, valorativa y de determinación.

4.1. Función de prescriptiva o imperativa

Según Kelsen (1982), la función prescriptiva hace referencia a la manera en que las normas jurídicas señalan alguna prohibición sobre el comportamiento humano, cabe señalar que dicha prohibición se da cuando el comportamiento humano recae en una condición relevante para dar una sanción. Cuando una conducta es considerada como un supuesto de hecho (como, por ejemplo, robar, matar, engañar...) relevante para imponer una consecuencia jurídica —o sanción— esa conducta se convierte en delito, es decir, en un acto jurídico prohibido.

4.2. Función de descriptiva o valorativa

Luzón Peña (2000), señala que, dentro de la función valorativa o axiológica, la norma jurídica emite un juicio de valor, que simplemente “expresan un punto de vista subjetivo de quien emita el juicio” (González Seara, 1968, p. 6), ya sea positivo o negativo sobre la conducta humana o las relaciones entre los diversos sujetos del derecho.

Por lo expuesto, lo antijurídico o lo que se podría considerar delito sería todo aquello en lo que recae un juicio valorativo negativo, ya que se lo considera contrario a la norma, es decir, que daña un bien jurídico protegido, por ende, debe tener una consecuencia jurídica. (Luzón Peña, 2000).

Según esta función, la norma jurídica es un cúmulo de juicios de valor, falsos o verdaderos, con los cuales se distinguen lo lícito y lo ilícito, es decir, lo que se debería hacer y lo que no.

Tabla 6

Diferencia entre la función prescriptiva y valorativa de la norma jurídica

Diferencia	Función prescriptiva	Función valorativa
Función	Trata de modificar directamente el comportamiento individual.	Busca aclarar o informar sobre el comportamiento adecuado.
Destinatario	La aceptación del destinatario se manifiesta en el hecho de cumplirla (aceptar es ejecutar).	La aceptación del destinatario ocurre cuando él la toma por verdadera (aceptar es creer).
Valoración	Es válida o inválida.	Es falsa o verdadera.

Nota. La tabla 6 señala las principales variables de diferencia entre las funciones prescriptiva y valorativa.

Regis Prado, 2011.

4.3. Función de determinación

La norma penal emana un mandato, prohibición o autorización, determinando el modo de actuar de los sujetos dentro de la sociedad, regulando la realidad de la vida del hombre. (Regis Prado, 2011).

4.4. Función de protección

La norma penal intenta cumplir la función de posibilitar que la convivencia en sociedad sea óptima, y esto se logra a través de la protección de ciertos intereses comunes, como los bienes jurídicos, si se protegen a estos que en sí son condiciones elementales para poder convivir sanamente, se logrará evitar percances (Luzón Peña, 2000).

Complementando la idea, Muñoz Conde (2005) señala que los bienes jurídicos son condiciones indispensables de la convivencia social pacífica, por tal motivo, es vital que la norma penal intente bajo los medios adecuados proteger estas condiciones, y una herramienta que debe ser usada es la prevención de comisión de delitos.

La función de protección de bienes jurídicos manifiesta que:

La llevan a cabo las normas jurídico-penales a través de su orientación hacia la prevención de delitos. El logro de la finalidad preventiva (de prevención general y especial) asignada a las consecuencias jurídicas: penas y medidas de seguridad, previstas por las normas penales es, pues, el procedimiento por el que éstas intentan cumplir su función de protección de bienes jurídicos. Se trata, por consiguiente, de que la función de protección se realiza por medio de la prevención. (Luzón Peña, 2000, p. 47)

Por lo tanto, el carácter fundamental de la norma jurídico penal, más allá de imponer sanciones o consecuencias jurídicas; es el de establecer previsiones reales y factibles para conductas indeseables que pueden llegar a provocarse dentro de la sociedad y lograr poder evitar de forma pronta y oportuna sucesos no deseados, teniendo como punto focal la atención favorable de la sociedad.

Conclusiones

Existen diversas formas de entender a la norma jurídica penal dentro de la doctrina mayoritaria, no obstante, hay un punto de común acuerdo y es que tiene la función de dar ciertos lineamientos o estándares para ajustar la conducta humana a preceptos aceptados por un contexto determinado dentro de la realidad; y si la conducta de los sujetos no se enmarca en lo dispuesto por la norma existe una garantía de cumplimiento que es la sanción.

Como la norma penal se mueve dentro del tráfico social, es imperante que sea entendida por todos, ya que es el punto de conexión entre los diferentes sujetos de la sociedad, de ahí la importancia de relacionar la norma con el lenguaje y más allá con la comunicación asertiva, que permita redactar la norma de una manera clara, sencilla y directa, dejando de lado interpretaciones erróneas o mal entendidas que en un futuro puedan llevar a un mal proceder dentro de las relaciones sociales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio, A. (1995). *Derecho, racionalidad y comunicación social*. Fontamara. *Ensayos sobre filosofía del derecho*. Fontamara.
- Accatino, D. (2000). La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica). *Revista de derecho*, (10), 31-46. <https://bit.ly/3Fj7atG>
- Aguiló Regla, J. (1990). Sobre definiciones y normas. *DOXA*, 11(5), 273-282. <https://doi.org/10.14198/DOXA1990.8.13>
- Aguirre Román, J. (2008). La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico. *Opinión Jurídica*, (7), 139-160. <https://bit.ly/3JE8sC8>
- Alexy, R. (1992). *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa. <https://bit.ly/3YIAb8Z>
- Alonso, M. y Saladrigas, H. (2006). Teoría de la comunicación: Una introducción a su estudio. *Unión de periodistas*, (64), 200-249. <https://bit.ly/3TcgoxD>
- Alonso, J. P. (2009). Normas penales y conflicto de deberes. *Nueva Doctrina Penal*, 1-27. <http://bit.ly/3LidXYt>
- Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Asamblea Nacional.
- Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2015). Resolución No. 001 CONSEP-CD-2015. CONSEP.
- Balmes, J. (1948). *Obras completas de Jaime Balmes*. Biblioteca Balmes.
- Benlloch Ibarra, E. y Tejedor Campomanes, C. (1972). *Filosofía*. S.M.
- Bobbio, N. (1991). *Teoría General del Derecho*. Debate.
- Bueno Ochoa, L. (2020). *El marco filosófico de lo jurídico*. Dykinson. <https://bit.ly/42eC4gP>
- Cabanellas de Torres, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.
- Cano-Nava, M. (2011). Modelo epistemológico de la teoría tridimensional del derecho. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, (18), 209-228. <https://bit.ly/42afCoO>
- Cárdenas, J. (2009). *Introducción al estudio del derecho*. UNAM. <http://bit.ly/3ZKXaBJ>
- Castaño Bedoya, A. (21 de abril de 2021). *La importancia de los deberes jurídicos en la sociedad*. (Trabajo de posgrado) Universidad Católica de Colombia. <https://bit.ly/3mT26pG>
- Catalán, O. (2016). *Unidad de Apoyo para el Aprendizaje. Tridimensionalidad del Derecho*. UNAM. <http://bit.ly/3YOTGwJ>
- Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2015). Resolución No. 001 CONSEP-CD-2015. CONSEP.
- Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. (1975). *Convenio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres*. CITES.
- Cury, E. (1988). *La ley penal en blanco*. Temis.
- Delgado Lara, Á. (2011). *Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (8), 277-288. <http://bit.ly/3mPK9Iq>
- Dpej. (2021). *DEJ panhispánico*. <https://bit.ly/3YMUaTS>
- Fernández, E. (1987). *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate.

- González Seara, L. (1968). Juicios de valor, ideologías y ciencia social. *Revista de estudios políticos*, (1), 5-36. <http://bit.ly/3Jjsb8I>
- Gramajo Castro, J. (2009). Expresión lingüística y estructura de la norma jurídica. En USAC, *Teoría General del Derecho y Teoría Constitucional* (p. 320). USAC. <https://bit.ly/3mNna0G>
- Hart, H. (1961). *El concepto del derecho*. (G. Carrió, trad.) Abeledo-Perrot. <https://bit.ly/3Famhpk>
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. <http://bit.ly/3lbgAk6>
- Kelsen, H. (1994). *Teoría General de las Normas*. Trillas.
- Luzón Peña, D. (2000). Alcance y función del Derecho Penal. *Revista jurídica*, (42), 5-52. <http://bit.ly/42eIblh>
- Maffia, O. (1945). La estructura lógica de la norma jurídica. *La ley*, 55-73. <https://bit.ly/3lhb5L0>
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho*. B de f. <https://bit.ly/3TbITeZ>
- Montoya, J. y González, P. (1993). Estado, derecho y libertad según F.A Hakey. *Anuario de filosofía del derecho*, (10), 13-31. <http://bit.ly/403uGTq>
- Muñoz Conde, F. (2005). *Teoría General del Delito*. Temis.
- Nino, C. S. (2017). *La validez del derecho*. Astrea.
- ONU. (2021). Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. <http://bit.ly/3yCiVrn>
- Ovilla Mandujano, M. (1994). *El lenguaje de los Abogados*. Privada.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del Derecho Ensayos sobre Derecho y Moral*. (R. Tamayo, trad.) UNAM. <http://bit.ly/3l2bruM>
- Real Academia Española. (2021). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/>
- Reale, M. (1997). *Teoría tridimensional del Derecho*. Tecnos. <https://bit.ly/40aAYkl>
- Regis Prado, L. (2011). La norma penal como norma de conducta. *Revista de derecho penal y criminología*, (1), 145-172. <https://bit.ly/3TdwtmG>
- Rivera Santiváñez, J. (2005). Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del tribunal constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 343-356. <https://bit.ly/3Jawbsa>
- Rivero, G. (2011). *La televisión en la preservación del patrimonio urbano: una reflexión sociológica necesaria*. (Tesis de diplomado). <https://bit.ly/3JF5LjI>
- Rizo García, M. (2008). La relación entre comunicación y cultura en la trayectoria de investigación del programa cultural. *Question*, (19), 1-26. <https://bit.ly/3LnRDg3>
- Ross, A. (1958). *Ley y Justicia*. Stevens & Sons.
- Ross, A. (1969). *El concepto de validez y otros ensayos*. Centro Editor de América Latina.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Sanguineti, J. J. (2000). *Lógica*. EUNSA.
- Schmill Ordóñez, U. (2011). Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del Derecho. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 17-37. <https://bit.ly/408EcEH>
- Secretaría de Gestión de Riesgos. (2016). *Guía operativa para la organización y funcionamiento de los cuerpos de bomberos a nivel nacional*. Secretaría de Gestión de Riesgos.
- Sieckmann, J. (2015). Norma Jurídica. En J. L. Fabra Zamora (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 595-945). Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://bit.ly/401WMz3>

- Souto, M. A. (2005). Las leyes penales en blanco. *Nuevo foro penal*, (68),14-30. <http://bit.ly/3YHmMxT>
- Tiedemann, K. (1998). La ley penal en blanco. *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, (1), 515-541. <http://bit.ly/3yzfTUW>
- Ugalde, M. (1987). El lenguaje caracterización de sus formas fundamentales. *Letras*, (1), 15-34. <http://bit.ly/3FoIgch>
- Velázquez, H. (2020). La lógica deóntica de Von Wright en *Norm an Action*. *Nuevo Pensamiento*, (5), 1-49. <https://bit.ly/3lfmlgA>
- Vélez Rodríguez, A. (2006). Supuestos y hechos jurídicos. *Opinión Jurídica*, (15), 97-113. <https://bit.ly/3ZMcRbQ>
- Vernengo, R. (2005). Cuadernos de Filosofía. *DOXA*, 205-224. <http://bit.ly/3TeEyHH>
- Von Wright, G. (1963). *Norma y Acción*. Routledge & Kegan Paul.

CAPÍTULO 4: LA TEORÍA DEL DELITO

Juan Emilio Montero Ramírez
Universidad Técnica Particular de Loja
jemontero61@utpl.edu.ec

Introducción

Cuando nos adentramos en el mundo jurídico penal, su estudio y análisis, nos parecen a primera vista emocionantes por las múltiples teorías sobre la materia, idealizamos un mundo perfecto en el cual las instituciones, las personas y las instituciones jurídicas funcionan a la perfección, pero en la práctica es necesario esforzarnos para comprender el porqué de los resultados frente a la aplicación normativa.

Este artículo no es sino un abordaje generalizado sobre el tema central de la Teoría del Delito, pero previo a ello es necesario realizar un breve acercamiento al derecho penal para contextualizar el tema a desarrollar y posicionar así al lector en relación con una temática interesante, bastante desarrollada pero dinámica en función del quehacer social y su constante cambio.

1. Derecho penal como poder punitivo

Al referirnos al derecho penal es inevitable centrar la discusión respecto del poder punitivo, aquel que en la actualidad es ejercido de forma central por el Estado, a través de sus instituciones y/o autoridades que lo representan y ejercen este control social para imponer la vigencia del orden y de la ley, en principio.

Pero lo cierto es que no siempre existió este poder centralizado en un Estado como lo conocemos hoy en día, sino que en los diferentes estadios o modos de producción se evidenció la presencia de actores que cumplían roles diversos en su esquema social, los unos pertenecientes a las clases bajas o más explotadas y los otros a la clase de privilegio o de poder quienes tomaban decisiones y aplicaban la ley o norma.

En el caso de la Edad Media y con la presencia en Europa, fundamentalmente, del Rey, este en principio concentró todo el poder en sus manos, siendo dueño de extensos territorios, controlando la vida de sus siervos, la producción de sus tierras, el pago de impuestos, la imposición de castigos a quienes infringían los dictados de su mandato.

El Rey se constituía entonces en el eje central de una forma de gobierno en el cual reposaba, por mandato divino, la potestad de emitir leyes que controlaran el comportamiento social en función de proteger sus intereses y de aplicar las sanciones más cruentas e inhumanas a quienes osaban infringir estas disposiciones.

Pero como la sociedad es dinámica se evidenciaron evoluciones en el marco de este mismo sistema, existiendo avances importantes en función de la emisión de leyes, pasando este rol a las cortes reales y la aplicación de las sanciones al Rey como máximo soberano de su territorio.

Con el descontento social y en la Francia del siglo XVIII se fraguó un quiebre socio-histórico importante con el advenimiento de la Revolución Francesa que tuvo como una causa de su génesis la desigualdad social y el autoritarismo real ejercido por el Rey. Por estas nuevas ideas generadas en Europa la trilogía ideológica se impuso en el nacimiento del Estado, “libertad, igualdad y fraternidad”.

El nacimiento del Estado moderno significó la división de poderes o funciones: ejecutiva, legislativa y judicial. En concreto implicó un cambio de concepción en la administración de una sociedad para promulgar la libertad como eje central del desarrollo del ser humano, pero también la posibilidad de mantener una igualdad entre los ciudadanos sin discrecionalidad inherente a una sola persona, para mantener así la fraternidad en la imposición justa de sanciones a quienes infringían las normas que regían la vida en sociedad.

Aquí se puede evidenciar, respecto al derecho penal, que el poder de sancionar o castigar a los infractores se centra en la voluntad de un Estado que cumple su rol de procurar mantener el orden social en función de los intereses superiores por sobre los individuales, ejerciendo este poder de castigar o de sancionar a través de varios actores e instituciones tales como: policía, agentes investigadores, cortes, sistemas carcelarios, etc.

Zaffaroni (2009) ha definido al poder punitivo como “[...] todo ejercicio de corrección estatal que no persigue la reparación [...] y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente [...]” (p. 16). Con lo antes mencionado se entiende que, frente a la falta cometida por una persona, falta que contraviene la norma penal en el caso concreto, debe ser corregida a través de la imposición de una sanción; y, esta aplicación punitiva no persigue en principio una reparación por el daño causado y peor aún interrumpir la lesión actual o inminente.

Continuando con Zaffaroni, precisa una clasificación del poder punitivo, dividiéndolo en dos: *manifiesto*, habilitado por leyes penales manifiestas; y *latente*, habilitado con cualquier pretexto: tutela de niños, internamiento psiquiátrico, servicio militar.

En el caso ecuatoriano, respecto del poder punitivo manifiesto, se recoge en la nueva legislación penal que entró en vigencia el 10 de agosto de 2014, cuerpo normativo denominado Código Orgánico Integral Penal, en cuyo Libro Primero recoge las infracciones penales, verificándose así el poder Estatal de castigar o sancionar la comisión de infracciones.

También, desde la perspectiva regional de los organismos encargados de la protección de los derechos humanos han existido reflexiones sobre este punto, manifestando por ejemplo que:

En una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado [...].¹

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado con sus sentencias la preocupación por el ejercicio adecuado del poder punitivo en una sociedad democrática para evitar usos abusivos que lesionen los derechos humanos de las personas, como tantas veces ha ocurrido en nuestro continente.

2. Derecho penal como ley penal

El derecho penal también se lo puede visualizar desde la óptica normativa, es decir desde la creación de leyes que reglan la convivencia social, delimitando la participación del ser humano en sociedad. Desde la perspectiva religiosa-cristiana se asemejaría a los diez mandamientos entregados por Dios a Moisés.

En el caso concreto de nuestro país, por mandato constitucional contenido en el numeral 4 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, le corresponde a la Asamblea Nacional, como primer poder del Estado, “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con el carácter generalmente obligatorio”.

Con lo precisado en el texto constitucional y en *sindéresis* con los límites del poder punitivo y la división de poderes en un Estado democrático moderno, la creación, reforma y derogación de las leyes en materia penal le corresponde a la Asamblea Nacional, como en efecto así ha ocurrido en función de la derogatoria de una norma penal ya obsoleta contenida en el Código Penal y la promulgación de una nueva legislación penal contenido en un solo cuerpo normativo denominado Código Orgánico Integral Penal.

2.1. Principio de legalidad

Adicionalmente, para la expedición de la norma se debe observar el principio de legalidad o de reserva de ley para la creación de tipos penales e imposición de penas. Sobre este punto Felipe Rodríguez ha precisado que existen dos reglas rectoras:

Regla 1. La única forma de crear tipos penales (delitos) es mediante una ley (necesariamente orgánica) y no mediante una disposición normativa de rango inferior a la ley.

¹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 8. Libertad Personal, párrafo 170, en: <https://bit.ly/3laPjhR>

Regla 2. No puede imponerse ninguna sanción penal a una conducta humana que no esté prevista como delito o falta en una ley vigente anterior a su realización. (Rodríguez, 2018, p. 22)

Por ejemplo, respecto a la creación de tipos penales, se recordará que hasta antes de la vigencia del COIP en agosto de 2014, el femicidio, o como lo ha denominado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el feminicidio, no estaba previsto ni sancionado como un tipo penal. Así, en el artículo 141 del COIP, se creó este tipo penal,² en el cual también se precisa la consecuencia jurídico penal a aplicar a quienes adecúen su accionar con el tipo.

Con lo señalado *ut supra*, indudablemente se infiere que en el derecho penal está permitido todo aquello que expresamente no se encuentre prohibido, así el principio de legalidad se divide en legalidad formal y legalidad material.

En relación con el principio de legalidad formal se refiere a la imposibilidad de perseguir, sancionar o castigar una conducta que al momento de su comisión o ejecución no esté prevista como conducta ilícita en el catálogo de delitos en la legislación nacional. Este principio se encuentra detallado y desarrollado en nuestra Constitución al precisar como una garantía básica al derecho al debido proceso que:

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; ni se le aplicará sanción no prevista por la Constitución o la ley (...).

Adicionalmente, el principio de legalidad material se relaciona con el hecho de que las conductas socialmente relevantes deben ser consideradas como infracciones penales de acuerdo con el principio de mínima intervención penal.

Finalmente, hay que precisar que Luigi Ferrajoli (2009) en su obra *Derecho y Razón* ha estructurado lo que denomina “los axiomas del garantismo” y en el caso en análisis el axioma *Nullum crimen sine lege* con su principio de legalidad en sentido lato o en sentido estricto.

Principio	Axioma	Constitución	COIP
Legalidad	<i>Nullum crimen sine lege</i> (No hay crimen sin ley).	Art. 76 # 3	Art. 5 # 1

2.1.1. Principio de taxatividad

Una vez que me he referido brevemente al principio de legalidad, es preciso abordar el que se considera un subprincipio de este, el denominado principio de taxatividad.

La taxatividad es definida como algo “riguroso, estricto, literal porque limita y circunscribe a los términos y circunstancias expresamente indicados” (Cabanellas, 2001, p. 379)” y como principio supone, según lo ha manifestado Rodríguez (2019), “que para que una conducta pueda ser típica (delito) debe tener la siguiente fórmula: descripción de una conducta + sanción”.

En esta línea, es claro que para ser considerada como ley penal, debe circunscribirse a la aprobación, vía trámite legislativo, por parte de la Asamblea Nacional, donde los asambleístas, antes diputados, deben aprobar el texto legal que recoja los diversos tipos penales según la necesidad social; pero no basta con que se apruebe vía trámite legislativo, sino que para que adquiera la verdadera descripción de infracción debe cumplirse con la fórmula de descripción de conducta más sanción o consecuencia jurídico penal.

Ahora, a modo de ejemplo de lo mencionado anteriormente, la doctrina ha debatido respecto de este punto con el famoso caso de posguerra, después de la Segunda Guerra Mundial y las graves lesiones a los derechos humanos que se evidenciaron por parte del nacional socialismo de Adolf Hitler. Una vez concluida la guerra, Estados Unidos y los Aliados emprendieron el establecimiento del orden y, en ese escenario, también el castigo de quienes cometieron actos atroces contra la humanidad.

² La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionado con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Así, el principio 8 literal c de Nuremberg, en delitos contra la humanidad establecía una descripción de conductas pero no cerraba la construcción típica con la imposición de una consecuencia jurídico penal, sanción o pena, lo cual conllevaría a la luz de la crítica actual a ser una mera recomendación más que un tipo penal en concreto.

El no cumplimiento de este principio lesiona el axioma *nulla crimen nulla poena sine lege praevia*, es decir, no hay crimen ni pena sin ley previa.

Principio	Axioma	Constitución	COIP
Taxatividad	<i>Nulla crimen nulla poena sine lege praevia</i> (No crimen ni pena sin ley previa).	Art. 76 # 3	Art. 5 # 1

Por estas consideraciones, el cumplimiento de este principio es fundamental para evitar subjetividades por parte de los operadores de justicia al momento de imponer la sanción a una persona que ha infringido la ley penal, evitando así que se distorsione la administración de justicia y se actúe de forma similar en casos parecidos. Por ello, nuestra legislación ha establecido rangos de penas privativas de libertad incorporadas en cada tipo penal, a más de las descripciones de conductas, así:

Delito	Art.	Descripción de conducta	Sanción
Robo	189 inciso 1	A persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad.	Será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

El ejemplo anterior muestra claramente la técnica legislativa correctamente aplicada para crear un tipo penal y así procurar que las conductas desplegadas por los ciudadanos infractores sean juzgadas en su momento y se aplique la sanción correspondiente, constituyendo una norma previa y clara, respetando la seguridad jurídica.

3. Teoría del delito

El poder punitivo del Estado es calificado por Zaffaroni como irracional, pero no podemos ni debemos como sociedad dejar de lado sin actuar frente a la exteriorización de conductas humanas que lesionan o colocan en peligro bienes jurídicos tutelados y protegidos por el derecho penal. Los bienes jurídicos a la luz del derecho penal son los derechos reconocidos por el gran pacto social contenido en un texto constitucional, en el caso ecuatoriano en la Constitución de Montecristi que entró en vigor en octubre de 2008.

62

Ahora, frente a la lesión o puesta en peligro de estos bienes jurídicos la forma racional de repeler, castigar o sancionar esta afrenta es a través de la aplicación de una teoría aplicada por pasos para verificar si finalmente estuviésemos frente a un delito o no.

Bien, diremos entonces que la Teoría del Delito es “esa propuesta metodológica que nos permite determinar cómo se aplica la ley penal en un caso concreto” (Encalada, 2015, p. 14)”, es decir al momento de verificar el despliegue de una conducta si esta se subsume o no a un determinado tipo penal, para ello se deberá descomponer el todo en sus partes y realizar el análisis respectivo.

Adicionalmente, Zaffaroni (2009) ha precisado que “la Teoría del Delito está determinada a operar como un sistema inteligente de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo” (p. 57), es decir se constituye en sí mismo en un dique que impide el paso irracional del poder punitivo y mediante el estudio de sus pasos llegar a verificar la existencia de una infracción o descartarla.

3.1. Concepto de delito

Para arribar al delito como concepto se debe determinar la sumatoria seriada de instituciones que además deben estar concatenadas y relacionadas entre sí. Aritméticamente es factible asegurar que: *conducta + tipicidad + antijuridicidad + culpabilidad + punibilidad = DELITO*. Siendo por tanto la Teoría del Delito la que estudie a profundidad cada uno de estos elementos o también denominadas categorías dogmáticas del delito.

Desde el punto de vista doctrinario varios han sido los tratadistas que en su momento contribuyeron con definiciones sobre el delito, las cuales han traspasado las fronteras temporales y se han adaptado para llegar hasta nuestros días. Por ejemplo, según Beling “el delito es una acción típica, antijurídica, culpable cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad, y que llena las condiciones legales de punibilidad” (Peña y Almanza, 2010, p. 30). Para Blackstone es “un acto cometido u omitido en violación de una ley pública”. Carrara expresa que es “la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, normalmente imputable y políticamente dañoso” (p. 63).

En síntesis, de las definiciones doctrinales en referencia, se puede concluir que el delito es concebido como una conducta, típica, antijurídica y culpable, además algunos autores suman un elemento adicional respecto de la punibilidad, sin que hasta el momento exista acuerdo respecto de este último elemento o categoría dogmática.

Desde el punto de vista legal, nuestra legislación penal ha recogido en el art. 18 (COIP) una definición de infracción penal, estableciendo que: “Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Código Orgánico Integral Penal, art. 18).

Nótese que en el caso ecuatoriano se ha establecido una definición no de delito sino del género infracción, entendiéndose que deberíamos referirnos consecuentemente a un Teoría de la Infracción en general y no del delito en particular.

También es necesario precisar la división respecto de la infracción que el artículo 19 del COIP ha especificado, siendo esta: delitos y contravenciones.

Así, el tema legal concibió una sola definición para infracción y las clasificó conforme el cuadro en delitos y contravenciones, pero cada una de estas especies con sus particularidades en razón de la consecuencia jurídica penal o sanción a aplicar, fundamentalmente; y, la presencia de dolo o culpa según sea el caso específico.

Respecto de la sanción o pena a aplicar en el caso de las contravenciones que pueden a su vez ser de tránsito, penales o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, podrán ser sancionadas con pena privativa de libertad de hasta treinta días, siendo esta la regla general. Sin embargo, como excepción, se encuentra la contravención de tránsito prevista y sancionada en el artículo 385, inciso segundo del COIP, en cuyo caso las personas que conduzcan un vehículo de transporte público pero la conducción la efectúen en estado de embriaguez será sancionado con pena privativa de libertad de noventa días.

Por el contrario, los delitos conllevan como consecuencia jurídico penal de privación de libertad superiores a treinta días, pero el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal ha previsto que este tipo de penas podrán acumularse hasta un máximo de cuarenta años, cumpliendo así el mandato constitucional que prohíbe la pena de muerte y la cadena perpetua como sanciones jurídico penal a imponer a los infractores en general.

3.2. Elementos o categorías dogmáticas del delito

Conforme la definición de delito los elementos o categorías dogmáticas del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

3.2.1. Conducta-acto

Axioma	Modalidades	Ausencia de conducta
<i>Nullum crimen sine actione</i>	Acción-Omisión	Fuerza física irresistible. Movimientos reflejos. Estados de plena inconciencia.

Según ha referido Zaffaroni, la conducta es el sustantivo, en esta lógica de la Teoría del Delito, pues tiene en sí una existencia real e independiente al ser todo delito expresión de una conducta humana, necesariamente.

Al ser considerada la conducta como un sustantivo es susceptible de recibir adjetivos, pues estos lo acompañan para expresar una cualidad. En el caso en estudio las cualidades son: la tipicidad, la antijuridicidad; y, la culpabilidad.

En esta primera categoría dogmática, el estudio se centra en la génesis y base fundamental del delito, este es el acto humano, es decir, el derecho penal existe en tanto y cuanto se manifiesten externamente actos o conductas humanas que trasgredan la ley y sean punibles, siendo esta una relación jurídico-penal importante.

En la perspectiva legal y doctrinaria en el derecho penal se sanciona el hacer más no al ser, es decir que la concreción de una voluntad a través de la realización de un acto es susceptible de recibir una sanción o consecuencia jurídico penal; y, el derecho penal no debería perseguir al ser o sea al individuo por su condición o clase, lo cual haría presumir la existencia de un sesgo al momento de involucrar al proceso penal a un ciudadano.

Bajo esta perspectiva lógica, solo son punibles los actos más no los pensamientos mientras no sean exteriorizados de ninguna forma, con ello somos los ciudadanos dueños de nuestros pensamientos y esclavos de nuestras acciones, pues estas últimas se manifiestan en el mundo real y producen efectos, positivos o negativos, y según corresponda deben ser alabados o sancionados como mecanismo de prevención general y especial.

El axioma que corresponde a esta primera categoría es el de *nullum crimen sine actione*, pues no podrá existir un crimen o delito sin una conducta manifestada o exteriorizada, pero con trascendencia social, por ejemplo: si A lanza una piedra al cauce del río, obviamente A está exteriorizando una conducta de acción al lanzar la piedra hacia un lugar determinado, pero esta acción socialmente no revestiría de ninguna trascendencia en abstracto. Por el contrario, si B lanza una piedra a un vehículo en movimiento en el vidrio delantero causando la colisión del automotor y fruto de ello la muerte de un pasajero, pues evidentemente que esta conducta manifestada si es socialmente trascendente por las consecuencias producidas.

Con los ejemplos se evidencia la necesidad de tutelar o proteger los bienes jurídicos que socialmente son trascendentes y que permiten una convivencia social armónica en procura de salvaguardar los derechos de los ciudadanos y evitar el anarquismo.

Desde la perspectiva legal, nuestra legislación penal en el artículo 22 del COIP ha delimitado las conductas penalmente relevantes al manifestar que: “Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales”.

En esta descripción legal se precisan varios elementos respecto de la conducta, así, por ejemplo, el legislador ha recalcado que al derecho penal no le interesa todas las conductas humanas que se puedan exteriorizar, sino que le interesa aquellas consideradas *penalmente relevantes*. Adquiere esta categoría la conducta de ser relevante cuando la acción u omisión cumple con uno u otra característica: peligrosa o produce resultados.

Una conducta coloca o pone en peligro a un bien jurídico, por ejemplo, cuando el ciudadano A lleva consigo o porta un arma de fuego sin contar con la debida autorización o permiso de autoridad competente para la emisión de esta autorización, delito que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 360 inciso 1 del COIP.

A diferencia de lo anterior, la producción de resultados lesivos, descriptibles y demostrables implica que con el accionar del ciudadano o el sujeto se verifica una lesión al bien jurídico protegido, la cual debe ser descriptible es decir se la puede describir con claridad; y, también debe ser demostrable en su producción. Ejemplo de esta conducta es si A utilizando un arma de fuego dispara a B y produce como resultado la pérdida de vida de B, causándole la muerte a consecuencia del impago de proyectil en su tórax que comprometió su corazón.

Finalmente, lo que precisa el artículo en estudio es que no existirá sanción alguna a las personas por cuestiones inherentes a su identidad, peligrosidad o características personales, reforzando la idea base del derecho penal de acto, independientemente de las características o particularidades del autor, como las descritas.

A. Modalidades de la conducta

En referencia a la conducta, nuestra normativa ha previsto que la conducta como modalidades puede tener la acción y la omisión (art. 23). La definición de acción ha sufrido cambios importantes a lo largo de la historia jurídica y doctrinaria, por ello es fundamental observar a breves rasgos este camino recorrido, así: la acción hegeliana, es la exteriorización de la voluntad moral; la Causalista, es cualquier manifestación externa, consciente o inconsciente, que altere el mundo exterior; la Social, es el comportamiento socialmente relevante; y, la Finalista, es la conducta voluntaria dirigida a determinado fin.

Según lo anteriormente explicado, queda claro lo que la acción es en la actualidad y su evolución, ahora en referencia a la segunda modalidad de la conducta, *la omisión* se puede decir que es lingüísticamente lo contrario a lo que venimos tratando, así se la entiende como la ausencia de una acción, es no hacer nada en relación con una acción concreta.

Hacer nada parecería que no fuera penalmente relevante o socialmente trascendente, pero, por ejemplo, el Estado se encuentra en guerra con su vecino del sur y el servidor militar está obligado al abastecimiento de insumos militares para el combate y se abstiene de realizarlo. Con esta conducta de dejar de hacer lo que está obligado por su función, cargo o rango supone colocar en riesgo a todo el Estado y por ello el legislador, en el caso ecuatoriano, ha previsto esta omisión como un delito previsto y sancionado en el artículo 355 del COIP.

B. Ausencia de conducta

La norma penal ha previsto, en coherencia con el desarrollo doctrinario, que existen supuestos en los cuales existirían causas de exclusión de la conducta, es decir que no son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos cuando se producen por:

- **Fuerza física irresistible:** es un mero hecho humano o según refiere Zaffaroni (2009) “los que tienen lugar porque la persona es incapaz de voluntad en el momento del hecho (involuntariedad) o porque una fuerza le impide actuar conforme a su voluntad” (p. 68). Por ejemplo: A y B se encuentran en un acantilado donde el viento es fuerte y empuja a A sobre B quien cae al vacío y muere.
- **Movimientos reflejos:** son aquellos movimientos que se producen de forma involuntaria o automática en respuesta a algo, es decir el cuerpo reacciona frente a un estímulo sin que medie la voluntad. Por ejemplo, la enfermedad de Parkinson produce movimientos involuntarios que podrían ocasionar lesiones a terceros sin que medie la voluntad para su comisión.
- **Estados de plena inconciencia:** son sin duda objeto de investigación científica para determinar su producción, pero pueden ser los estados de sonambulismo o de hipnosis profunda en los cuales la voluntad del agente en forma consciente se encuentra ausente.

3.2.2. Tipicidad-tipo

Mencioné que la conducta fue considerada como sustantivo y el primer adjetivo que debe analizarse es la tipicidad. Para el análisis de este primer adjetivo es necesario verificar la comisión o exteriorización de una conducta o acto, el cual puede ser consumado o en tentativa según sea el caso.

Para precisar este punto es obvio que, si no se verificaría la exteriorización de una conducta, en sus dos modalidades, no se podría ingresar a analizar la tipicidad por cuanto estaríamos frente a una ausencia de conducta y por tanto no es penalmente relevante.

Ahora bien, una vez verificada esta conducta exteriorizada es momento de constatar que la misma sea típica, es decir, que se encuentre prevista en el catálogo de delitos contenidos, en nuestro caso, en el Código Orgánico Integral Penal, libro segundo, en observación y respeto del principio de legalidad, al cual nos referimos en este artículo.

En relación con la conducta humana hay que precisar, por ejemplo, que el escribir o leer un libro, o pasar la página del texto o subrayar las ideas claves se constituyen sin duda en una conducta humana, pero no es un delito per se, sino que se constituye la conducta en un presupuesto para la existencia del delito. Habrá que analizar entonces si esa conducta manifestada se encuentra o no catalogada como delito previamente a su realización.

Respecto al concepto de tipicidad nuestra legislación penal ha delimitado su alcance, así el artículo 25 del COIP precisa: “Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”. Así en la comprensión lógica de la norma refiere aspectos a considerar, tales como la descripción de los elementos de las conductas penalmente relevantes.

Cuando A viola a B se impone una sanción jurídica por cuanto esta conducta se encuentra descrita en un catálogo de infracciones y también se ha previsto la consecuencia jurídica a imponer; pero no se podría sancionar una conducta humana como correr en una carrera de cien metros o por escalar una montaña.

En la tipicidad se observa el principio de subsunción el cual permite determinar que la conducta efectuada (acción u omisión) se adecúe perfectamente a la descripción típica contenida en el catálogo de delitos en el COIP, para ejemplificar esta acción Rodríguez (2019), realiza una analogía de lo citado con una puerta, las bisagras y el marco de la puerta, así:

Imaginémonos una puerta abierta, obviamente sujeta al marco en la pared por un trío de bisagras. La puerta es la conducta, mientras el marco es el tipo penal. Para que la conducta sea típica, debemos cerrar la puerta y debe ocurrir lo siguiente: la puerta debe encajar perfectamente en el marco y cerrar el paso (esto se llama subsumir la conducta en un tipo penal). Si, por el contrario, la puerta se atranca porque el marco resulta muy pequeño para una puerta en específico y, por lo mismo, no cierra; o, si el marco es muy grande y al cerrar la puerta ésta rebasa el marco y pasa de largo, forzando las bisagras, entonces, la conducta no es típica. (p. 155)

El ejemplo nos permite clarificar que existen conductas típicas cuando encajan perfectamente con la descripción contenida en el tipo penal, ejemplo: A roba a B, esta conducta de sustracción se adecúa perfectamente a la descripción típica contenida en el artículo 189 inciso 2 del COIP; y, también existen conductas atípicas, es decir aquellas conductas desplegadas que no se adecúan a ninguna descripción típica contenida en el catálogo de delitos, por ejemplo: A sale a correr con B en la montaña.

A. Tipicidad objetiva

Doctrinariamente se ha establecido una división de la tipicidad para su mejor estudio, así el primero es en relación con la tipicidad objetiva o elementos objetivos del tipo penal. En esta descripción y desagregación de los elementos existen divergencias doctrinarias, pero en este caso nos referiremos a la división clásica y aceptada mayoritariamente.

En este caso, la reacción del tipo penal en la ley debe ser clara de forma abstracta y genérica, de tal forma que los ciudadanos a quienes va dirigida la vigencia de este tipo permita comprender, sin lugar a dudas, cuál es el hecho punible.

Estos elementos objetivos son: sujeto activo, sujeto pasivo, conducta o verbo rector, objeto, elementos normativos, elementos valorativos; y, otras circunstancias que complementan al tipo.

- **Sujeto activo:** quien comete la infracción, persona, conforme a los grados de participación (Código Orgánico Integral Penal, artículos 42 y 43) establecidos en nuestra legislación penal. A su vez el sujeto activo se divide en:
 - Calificado: cuando quien comete la infracción necesita una calidad especial. Por ejemplo, en la concusión (Código Orgánico Integral Penal, artículo 281), el sujeto activo es el servidor público.
 - No calificado: cuando quien comete la infracción puede ser cualquier persona y no necesita ninguna calidad especial. Por ejemplo, en el delito de violación (Código Orgánico Integral Penal artículo 171), el sujeto activo puede ser cualquier persona.
- **Sujeto pasivo:** es el titular del bien jurídico vulnerado. Se puede clasificar en:
 - Calificado: cuando es indispensable ostentar una calidad especial, por ejemplo, en el delito de femicidio que es dar muerte a una mujer, violación a una persona menor de 14 años.
 - No calificado: cuando no se requiere ninguna calidad, puede ser cualquier persona, por ejemplo: en un homicidio.
- **Conducta o verbo rector:** es el actuar (acción u omisión) de una persona que lesiona el bien jurídico protegido o tutelado, constituye el núcleo central del delito o la infracción. Existen criterios respecto a que no necesariamente debe ser el verbo como estructura gramatical sino en general la conducta prohibida, tal como: lesionar, conducir, traficar, apoderarse, etc.
 - **Objeto:** puede ser de dos tipos: material: sobre quien recae la acción, por ejemplo, en un accidente de tránsito sería el vehículo o en un daño a bien ajeno el objeto destruido; y jurídico: se refiere al bien jurídico lesionado en función de la tutela legal que se le brinda a través del derecho penal, por ejemplo: delitos contra el derecho a la cultura, etc.

- **Elementos normativos:** aquellas expresiones que nos remiten necesariamente a otros cuerpos normativos para su comprensión integral, por ejemplo: niño, niña o adolescente; servidor público.
- **Elementos valorativos:** aquellos aspectos presentes en la redacción del tipo que es susceptible de valoración por parte del intérprete, por ejemplo, los actos de naturaleza sexual.
- **Otras circunstancias que complementan al tipo:** descripciones adicionales presentes en los tipos penales que pueden servir incluso para agravar la consecuencia jurídico penal o sanción, como por ejemplo en el robo con resultado de muerte.

B. Tipicidad subjetiva

El accionar del ser humano implica actuar con libre albedrío, cualidad que nos distingue del resto de animales no racionales, pues nosotros como especie evolucionada tenemos la capacidad de actuar con conciencia y voluntad a sabiendas del resultado a obtener por esta conducta de hacer o no hacer.

Existe, por tanto, una relación psicológica entre acto y autor, por ello la doctrina jurídica ha considerado que en la tipicidad subjetiva existen elementos subjetivos generales y elementos subjetivos especiales, así, según Jiménez (2010, p. 501): “ a) Dolo (general); b) Imprudencia (general); y c) Elementos subjetivos del injusto (especiales)”.

La norma penal también ha clasificado la tipicidad subjetiva, fundamentalmente, en dolo y culpa, precisando:

- **Dolo:** “actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta” (Código Orgánico Integral Penal, artículo 26 inciso 1). En esta descripción normativa se pueden apreciar los dos elementos nucleares del dolo: el cognitivo y el volitivo, es decir el conocimiento y la voluntad.

Desde el punto de vista doctrinario se han realizado además clasificaciones respecto del dolo, así:

- Dolo directo: elemento volitivo prevalece sobre el cognitivo.
- Dolo indirecto: elemento cognitivo prevalece sobre el volitivo.
- Dolo eventual: “El agente se plantea como probable la consecuencia de su acto, pero acepta el resultado” (Jiménez, 2010, p. 589. Ejemplo: quien coloca una bomba panfletaria en la madrugada sabe que si pasa alguien por el lugar le causaría alguna lesión física, si llega a explotar, pero no lo realiza con la intención directa de lesionar a nadie.
- **Culpa:** “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso” (Código Orgánico Integral Penal, artículo 27).

A diferencia del dolo en la culpa no existe el conocimiento y la voluntad respecto del actuar o el designio de causar un daño, por el contrario, el resultado obedece a una falta en el cumplimiento del deber objetivo de cuidado ya sea por impericia, inobservancia o imprudencia más no por el querer.

Como ejemplos de este elemento subjetivo tenemos a las infracciones de tránsito en general, pues se producen no con conciencia y voluntad de colisionar con otro automotor o producir una lesión, sino que son fruto de la falta al deber objetivo de cuidado y por ello la consecuencia jurídica penal es más benigna en relación con el delito en cuya ejecución esté presente el elemento subjetivo dolo.

Finalmente, en este punto de análisis debo precisar que también doctrinariamente existe una clasificación de culpa en consciente e inconsciente.

3.2.3. Antijuridicidad

La relación concatenada en el análisis de cada uno de los elementos o categorías dogmáticas del delito implica que se deban pasar los filtros uno a uno para afianzar el hecho de estar o no frente a un delito. Así, una vez que tengamos certeza respecto de la conducta (acción u omisión) desplegada por el individuo, es penalmente relevante y se encuentra descrita en un tipo penal podríamos decir que estamos frente a un acto típico, correspondiendo entonces analizar si ese acto típico es también antijurídico.

La antijuridicidad aplica no solo en materia penal, sino en todo el ordenamiento jurídico pues implica *per se* el infringir una norma o actuar contraria a ella, por ello se produce una lesión al ordenamiento jurídico.

Doctrinariamente se ha precisado, por ejemplo, que “una conducta es antijurídica, solo si carece de contenido recto de la motivación. La antijuridicidad es el comportamiento socialmente anómalo e insoportable para la sociedad”.³ Con esta conceptualización nos queda aún más claro que el comportamiento o acto ejecutado que se encuentra tipificado puede ser contrario a la ley o al ordenamiento jurídico vigente, constituyéndose en un acto anómalo.

También, doctrinariamente, se podría entender que “la antijuridicidad, desde un punto de vista penal, como lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico”:⁴ el aporte, en este caso, es con relación a destacar que la norma penal tutela o protege bienes jurídicos y frente a su vulneración o quebranto se coloca en peligro o se vulneran estos bienes jurídicos.

Desde el punto de vista normativo, nuestra legislación penal en el Código Orgánico Integral Penal, sobre la antijuridicidad precisa: “Art. 29.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica debe amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este *Código*”.

Aquí el legislador nos brinda elementos de análisis y para ello es necesario descomponer el todo en sus partes para lograr una mejor comprensión. El artículo refiere en primer lugar sobre una conducta especial, que deba ser penalmente relevante, no cualquier tipo de conducta genérica, como las ejemplificadas *ut supra* en este trabajo.

Esta conducta, penalmente relevante, puede ser antijurídica en dos escenarios posibles: cuando amenace, es decir ponga en peligro como, por ejemplo, porte de arma de fuego; o, cuando lesione, es decir ya se puede verificar un resultado, por ejemplo: en un asesinato o daño a bien ajeno o en un abigeato.

Continuando con la desagregación del artículo precisa que esta amenaza o lesión producidas debe ser *sin justa causa*, surge entonces una interrogante válida pues debemos entender entonces que el mismo ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de conductas penalmente relevantes que amenacen o lesionen con justa causa, es decir conductas jurídicas no contrarias al derecho. Este tema será abordado en breve cuando nos refiramos a las causas de exclusión de la antijuridicidad o causas de justificación.

La antijuridicidad formal, hace referencia a la contrariedad al derecho, cuando la conducta típica contraviene normas del derecho positivo. Por su parte, la antijuridicidad material, consiste en la ofensa a un bien jurídico tutelado, es decir, no basta que la conducta típica contraventa las normas del derecho positivo, sino que deberá ser lesiva a los intereses jurídicos.

68

En esta categoría dogmática del delito están presentes dos principios fundamentales: lesividad y necesidad, los cuales rigen el análisis integral de este elemento para establecer si se cumple o no con el presupuesto y avanzar a la última categoría.

El principio de lesividad implica que frente al acto típico desplegado este causó un daño o amenaza a un bien jurídico tutelado o protegido por el derecho penal. Primero, debemos recordar que los bienes jurídicos se constituyen en aquellos derechos reconocidos constitucionalmente, pero a la luz del derecho penal guardan especial relevancia por su trascendencia e importancia social de protección, así por ejemplo el derecho a la vida, a la integridad sexual y reproductiva.

Este principio de lesividad se relaciona con el axioma *no hay necesidad sin daño*, es decir, en este elemento dogmático de delito se debe verificar primero si existió una conducta penalmente relevante que se encuentre prevista y sancionada en el COIP o en la norma penal; y, además, se debe verificar que esta conducta produzca un daño: demostrable y contrastable.

Ahora, todas las conductas no son necesariamente contrarias a derecho o antijurídicas, sino que existen causas de justificación o de exclusión de la antijuridicidad que pueden ser alegadas por los procesados en el decurso del proceso a fin de solucionar su situación jurídica.

³ Jiménez Martínez, Javier (2010, p. 506)

⁴ Osorio Y Nieto, César Augusto (2014, p. 11)

A. Causas de exclusión de la antijuridicidad o justificación

Las causas de justificación “son las condiciones que rodean la conducta, que eliminan su aspecto antijurídico”,⁵ es decir, son causas que transforman un acto o conducta típica en jurídica, por ser justa y no injusta, excluyendo así la antijuridicidad o tercera categoría dogmática del delito, por tanto, se detiene el camino hacia la punibilidad.

El artículo 30 del COIP ha previsto las causas de exclusión de la antijuridicidad o de justificación, precisando que:

No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, debidamente comprobados.

Se ratifica en el texto legal lo que la doctrina ha promulgado respecto de la causa de justificación, precisando la ausencia de delito cuando la conducta típica se encuentra justificada, agregando los supuestos legales en los cuales se ha determinado que esta conducta se encontraría justificada.

Causas de exclusión de la antijuridicidad o causas de justificación: estado de necesidad; legítima defensa; y cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente.

- **Estado de necesidad**

Se define como “la lesión a un bien jurídico menor con la finalidad de salvar uno mayor”⁶ y la norma penal la ha incorporado en el artículo 32 del COIP al precisar que:

Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Con un ejemplo se podrá verificar la definición de esta primera causa de justificación, así: en el Cotopaxi se encuentran dos montañistas con gran experiencia, quienes en el ascenso al primer refugio van con todos los implementos necesarios, pero se percatan que va a nevar y se alejaron del primer refugio hacia la cima. En el trayecto una fuerte tempestad les impide continuar y dejaron sus provisiones, por lo que no tienen ningún elemento para poderse abrigar o proteger. Divisan una cabaña y se acercan a ella para ingresar, pero se encuentra con seguridades. En ese momento se encuentran dos bienes jurídicos en conflicto: vida y propiedad privada.

En este caso se verifica que la necesidad de salvaguardar y proteger la vida es mayor frente a la destrucción o violación de propiedad privada, con ello se clarifica en la práctica como operaría el estado de necesidad.

Entre los requisitos para que opere el estado de necesidad tenemos: 1. Situación de necesidad; y, 2. Ponderación de derechos tutelados. Adicionalmente, nuestra legislación ha previsto un requisito adicional que es la inexistencia de otro medio posible o practicable para defender el derecho en peligro o lesión.

Finalmente, en este caso hay que destacar que la protección del derecho puede ser propio o ajeno y que al constatarse que nos encontramos frente a una conducta típica pero no antijurídica por estado de necesidad el camino hacia la punibilidad se detiene y no es posible continuar el análisis de la siguiente categoría dogmática pues nos encontraríamos frente a una conducta típica pero no antijurídica.

⁵ Osorio Y Nieto, César Augusto (2014, p. 11)

⁶ Rodríguez Moreno, Felipe (2019, p. 402)

- **Legítima defensa**

El ser humano por instinto repele cualquier ataque que se produzca en contra de su integridad o de sus derechos, ello ha ocurrido desde siempre como especie. Ese accionar fue recogido en el derecho penal para concebirlo como una defensa necesaria para rechazar un ataque y evitar ser concebido como una conducta antijurídica.

Con la legítima defensa se repele legalmente un ataque ilegal. Nuestra legislación penal en el artículo 33 ha reglado esta causa de justificación precisando: Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes recaudos:

1. Agresión actual e ilegítima.
2. Necesidad racional de la defensa.
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

Con esta causa de justificación se delimita su campo de acción, precisando la posibilidad de aplicación en defensa de cualquier derecho, sea propio o ajeno, pero en condiciones específicas según los tres requisitos contenidos en la norma.

El primer requisito es que la agresión sea actual e ilegítima. Aquí caben perfectamente varias puntualizaciones. Primero la agresión a un bien jurídico protegido debe ser actual, reciente, inminente, no se podría precisar respecto de agresiones suscitadas con bastante antelación al acto presuntamente de defensa, pues ello desnaturaliza *per se* esta figura legal. En segundo lugar, la agresión al bien jurídico debe ser ilegítima, ello nos convoca a precisar que, si pueden existir agresiones a derechos de forma legítima, por ejemplo: el derecho a la libertad ambulatoria puede ser transgredido de forma legítima cuando medie orden de autoridad competente en el caso de orden de detención con fines investigativos o en el evento de la comisión de delitos flagrantes.

El segundo requisito legal estipulado es la necesidad racional de la defensa, por ejemplo: Juan está caminando por su barrio y Marco se le acerca a tratar de robarle y lo agrede físicamente con golpes de puño, para repeler este ataque Juan saca un arma de fuego y le dispara cuatro veces a Marco causándole la muerte. En el caso en concreto se evidencia que no existe una necesidad racional al momento de proteger el bien jurídico y por el contrario existiría un exceso en su defensa.

El tercer requisito se relaciona con la falta de provocación por parte de quien actúa en defensa de un derecho propio o ajeno, pues si se evidencia este acto de provocación ha mediado causa suficiente para generar una reacción en la otra persona y no se podría determinar una legítima defensa.

70 Cuando se verifica el cumplimiento de todos los requisitos legales relacionados con la legítima defensa estaríamos frente a una causa de justificación y como consecuencia el camino de la punibilidad se interrumpe y no avanzaríamos hasta la siguiente categoría dogmática del delito, la culpabilidad.

- **Cumplimiento de una orden legítima**

La norma penal ha previsto esta causa de exclusión de la antijuridicidad para los servidores del a Policía Nacional y de seguridad penitenciaria, pero al amparo de su misión constitucional, también con relación en la protección de un derecho propio o ajeno y que por este accionar ocasione la muerte, lesión o daño a otra persona.

El artículo 30.1 del COIP determina cuales son los requisitos que se deben cumplir para que opere esta causa de justificación, así:

1. Que se realice en actos de servicio o como consecuencia del mismo;
2. Que para el cumplimiento de su misión constitucional, dentro de su procedimiento profesional, observe el uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza; y,
3. Que exista amenaza o peligro inminente a la vida de terceros o a la suya propia o para proteger un bien jurídico.

Es de conocimiento público, el caso de una señorita venezolana en Imbabura que estaba siendo sometida por su pareja con un cuchillo en su cuello y los agentes de policía le apuntaban con sus armas de dotación, pero

el ciudadano perpetró el acto y quitó la vida a la mujer. Pues bien, este es un claro ejemplo del supuesto en el cual se pudo aplicar la causa de justificación en análisis, pero no se actuó de esa forma y no se logró proteger el bien jurídico: la vida.

En mi ejercicio profesional no he observado hasta la fecha la aplicación de esta causa de justificación, por varios factores inherentes al temor generalizado de las fuerzas del orden al momento de actuar conforme su rol constitucional y legal, dadas las consecuencias procesales que implica en abandono del Estado a estos servidores.

Finalmente, es necesario señalar que, si se logra justificar cualquiera de las causas de justificación contenidas en nuestra legislación penal, obviamente, no se continuaría con el análisis posterior de la última categoría dogmática. Por el contrario, si se verifica que ha existido un exceso en la aplicación de alguna de estas causas de justificación opera en favor del procesado una reducción de la sanción a imponer, según lo previsto en el artículo 31 del COIP.

3.2.4. Culpabilidad

Hemos realizado ya un recorrido importante para llegar a la última categoría dogmática del delito, la culpabilidad, que para la teoría finalista es el juicio de reproche que la sociedad realiza a una persona que podría haber obrado o actuado conforme a la ley pero ha actuado en contra de ella.

Desde el punto de vista jurídico-penal, el artículo 34 del COIP precisa sobre la culpabilidad que: “Para que una persona sea condenada responsable penalmente debe ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”.

En el apartado normativo se precisa la necesidad para que una persona sea condenada penalmente debe ser imputable. Surge entonces la interrogante respecto a que quiere decir imputable. Pues bien, el ser humano puede ser o no imputable dependiendo de dos factores, uno por su condición psíquica de entender y querer, o por su estado mental de normalidad o de trastorno; y, otro por su mayoría de edad, que en el caso ecuatoriano la adquirimos a partir de los dieciocho años.

Si la persona es incapaz de actuar con conocimiento de la antijuridicidad, es decir, que su accionar es contrario al ordenamiento jurídico no es posible continuar con el camino hasta lograr la punibilidad, justamente por esta condición mental que limita su grado de comprensión.

Adicionalmente, si esta persona es menor de edad no se le puede someter al régimen jurídico previsto para quienes ostentan una mayoría de edad y cuyas reglas se encuentran previstas en el Código Orgánico Integral Penal, pero su situación jurídica se resuelve a través de la aplicación de una ley especial, Código de la Niñez y la Adolescencia.

Finalmente, en este recorrido introductorio a las categorías dogmáticas del delito se ha verificado la necesidad de analizar cada una de ellas para precisar si cumplen o no con sus particularidades, por ello de cumplir con la primera se puede continuar a la segunda, luego a la tercera y finalmente llegar a la cuarta categoría. Pero si en el camino se constata el no cumplimiento de una de ellas y sus particularidades simplemente se detiene el análisis y no estaríamos, como consecuencia lógica, frente a un delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cabanellas de Torres, G. (2001). *Diccionario Jurídico Elemental*. 15ª edición. Editorial Heliasta S.R.L. Código Orgánico Integral Penal.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nro. 449 del 20 de Octubre del 2008.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 8. Libertad Personal, párrafo 170. <https://bit.ly/3laPjhR>
- Encalada Hidalgo, P. (2015). *Teoría Constitucional del Delito. Análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Novena edición. Editorial Trota.
- Jiménez Martínez, J. (2010). *Introducción a la Teoría General del Delito*. Segunda edición. Ángel Editor.
- Osorio Y Nieto, C. A. (2014). *Teoría del caso y cadena de custodia*. 3ra. Edición. Editorial Porrúa-México.
- Peña, O. y Almanza, F. (2010). *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación-APECC.
- Rodríguez Moreno, F. (2019) *Curso de Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Teoría del Delito*. Cevallos Editorial Jurídica.
- Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Primera edición. Ediar.

CAPÍTULO 5:

DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

Antonino Mejía
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
antonino_m1995@hotmail.com

Introducción

Este tópico tiene como finalidad estudiar dogmáticamente el análisis de los delitos de comisión por omisión en la legislación ecuatoriana, con todos los presupuestos jurídicos discutidos en la academia actual en derecho penal. Para el estudio de los delitos de omisión impropia es importante conocer cuáles son las modalidades de conducta por las que se pueda cometer un delito, y cuáles son los elementos constitutivos de la capacidad de ejecutar la conducta ordenada por el derecho.

En el desarrollo de este tema se enfocará a estudiar la categoría dogmática de la tipicidad en los delitos de comisión por omisión, y conocer las principales diferencias entre los delitos de omisión propia e impropia y de igual manera estudiar a fondo los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales de omisión propia e impropia. De igual manera es muy importante enfocar la atención, cual ha sido el papel de posición de garante en la historia de la dogmática penal, así como también en el desarrollo de la tipificación en nuestra legislación ecuatoriana, para conocer cuáles son sus fuentes, y las formas de posición de garante, y conocer si nos encontramos actualizados con las demás legislaciones predominantes en derecho penal.

1. La naturaleza jurídica de los delitos omisivos

En términos pragmáticos, a *prima facie* se podría pensar que el ámbito de aplicación de la dogmática del delito de omisión tiene un espacio muy reducido, y más bien, serían los delitos de actividad que se perpetúan con mayor asiduidad y consecuentemente serían aquellos que normalmente terminan bajo el análisis de los juzgadores. Así también lo entendía Hans Welzel (1956) en su célebre obra *Derecho Penal Parte General*, al decir que “La forma principal de la comisión del delito es la formación de la realidad a través de un hacer activo. La mayoría de los tipos de delito son tipos de comisión” (p. 205). No obstante, sin desconocer que la mayoría de las conductas tipificadas en el COIP requieren de una ejecución activa, esto no significa que los tipos penales omisivos ocupen un papel menos relevante, puesto que, según la regulación jurídico-penal ecuatoriana, la estructura de los delitos de omisión está vinculada con los bienes jurídicos de mayor envergadura, tales como: vida, salud, libertad, integridad personal, la tutela judicial efectiva, entre otros.

Ahora bien, no solo que la mayoría de las conductas penalmente relevantes fueron tipificadas bajo una modalidad de comisión activa, sino que, también es cierto que históricamente la dogmática jurídico-penal ha centrado sus esfuerzos en el estudio del delito de actividad. Por ello, en tanto que constituye un área científica menos explorada, siempre supone un reto adentrarse en el estudio de la dogmática de los delitos de omisión, aunque se debe aceptar, que para el día de hoy muchos autores se han abocado al estudio de esta forma de aparición del delito, lo cual ha sido muy importante y fructífero pues permite tener un punto de partida sólido para desarrollar en lo venidero las ideas propuestas en esta investigación.

Dicho esto, lo primero y más recomendable siempre será conocer la esencia misma del concepto jurídico *sub examine*, por lo que en este caso corresponde descubrir y tomar postura sobre cuál es la naturaleza de la omisión en el derecho penal, y para ello, como primer punto se debe estudiar el origen del fundamento de punición, y además el criterio que permite distinguir entre conductas de actividad y de omisión, pues como bien reconoce Maximiliano Rusconi (2016) en su magnífica obra *Derecho Penal Parte General*, “ello presenta en un conjunto de casos, enormes dificultades teóricas y prácticas” (p. 746). Esto es así, debido a que como bien resalta Claus Roxin (1976) en su artículo científico titulado “En el límite entre comisión y omisión”, todavía no queda claro “de si en la esfera del comportamiento punible hay que concebir siempre el hacer como delito de comisión y, al contrario, hay que subsumir el dejar en el tipo de un delito de omisión” (p. 226).

1.1. Origen del fundamento de punición para una conducta omisiva: criterio de diferenciación entre una acción y una omisión

La dificultad para diferenciar una acción de una omisión, según entiendo, tiene su origen en el análisis del problema desde una perspectiva pre jurídica o a su vez, desde una visión normativa o meramente jurídica. En favor de la primera, Kaufmann (2006) había dicho en su obra *Dogmática de los delitos de omisión* que “no hay que limitar el concepto de omisión, como tampoco el de acción, al terreno jurídico” (p. 69). Por ello, en tanto que el autor les otorga preeminencia a los conceptos pre jurídicos, o también denominados del “ser”, el criterio diferenciador sería la mera valoración que sobre un hecho del mundo se realice, lo cual se vería atravesado por un fuerte componente subjetivista que generalmente suele ser muy discutido por ser fuente de inseguridad jurídica. Pero, además, este criterio pre jurídico también trae aparejado la idea de que es posible arribar a una distinción entre conductas de actividad y omisivas, a raíz de las expectativas que se generen, puesto que solo puede omitirse acciones esperadas.

Sin embargo, este libro no desentrañaría la esencia de los delitos omisivos, puesto que las expectativas bien pueden ir direccionadas tanto a conductas de naturaleza activa, como también para conductas omisivas. Un ejemplo de ello sería la expectativa de que un sujeto no cometa una conducta de robo, en este supuesto estaríamos frente a una expectativa que prohíbe la realización de una conducta de actividad. Asimismo, en cuanto a expectativas de conductas debidas, un ejemplo sería la ausencia de realización de una conducta de salvamento por parte de la madre en favor de su hijo, pues en este caso la expectativa es que efectivamente la madre ejecute una conducta que mejore la situación de los bienes jurídicos del hijo. Por tanto, al haberse demostrado que las expectativas están direccionadas tanto a conductas de actividad como también omisivas, tampoco constituiría un criterio diferenciador sólido entre acción y omisión.

Ahora bien, se debe notar que el criterio que ayude a distinguir entre conductas de actividad y omisivas necesariamente están interrelacionadas con el fundamento de punición de las omisiones, por ello, para lograr el objetivo diferenciador se debe advertir que la punición de los delitos omisivos no depende de una completa inactividad por parte del sujeto, sino que, el motivo de punición se basa en la no ejecución de una conducta que es esperada. Es por ello que Kaufmann (2006) resalta que a pesar de que se critique a la teoría de las “expectativas” en el sentido de que no ayudan a diferenciar fehacientemente cuándo estamos frente a una omisión y cuándo frente a una acción, sí ha servido para arribar a la conclusión de que “omitir no puede ser idéntico a inactividad corporal” (p. 75); puesto que, de hecho, no está por demás señalar que es imposible para un ser humano encontrarse en estado de pasividad absoluta, salvo que este se encuentre sin vida.

De igual forma, respecto del fundamento de la punición para la omisión, Schünemann (2009) advierte en su libro *Fundamento y límite de los delitos de omisión impropia*, que un sector de la doctrina ha sostenido que la omisión “no tiene realidad, sino que ontológicamente sería una nada, sobre la que habría que emitir determinados juicios” (p. 42); sin embargo, a este argumento se le podría hacer por lo menos dos críticas. La primera de ellas sería que en realidad no se castiga la existencia o no del hecho, sino que, se castiga al autor por la presencia o ausencia de un hecho, y, en segundo lugar, ha quedado claro que no se castiga al autor por un mero “no hacer”, puesto que realmente lo que se sanciona es la omisión de una acción esperada por el derecho; por tanto, preliminarmente, estos dos criterios serían los que constituyan el fundamento de punición para los delitos omisivos y a su vez, también proveerían de indicios para llegar a un criterio diferenciador entre acción y omisión en el marco jurídico-penal.

1.2. Capacidad para ejecutar la conducta ordenada por el derecho

Sobre las normas que contienen un mandato, hay que resaltar de entrada que la conducta debida es una mera abstracción, puesto que estaría dirigida a la generalidad de ciudadanos; sin embargo, dicha abstracción no genera ninguna obligación jurídica, pues la conducta debida debe ser posible de ejecutar en el caso concreto. Para ejemplificar, digamos que Bladimir yace tendido en el suelo producto de una golpiza propinada por sus enemigos del barrio, en este caso, la conducta debida es que cualquier ciudadano que pase junto a él ejecute una acción de socorro, pero eso no quiere decir que el deber jurídico impuesto a todos los ciudadanos también obligue en el caso concreto a José que se encontraba a 20 cuadras o a Pedro que a su vez estaba dormido en su casa, puesto que la obligación de cumplir con la norma de mandato implica la posibilidad real de ejecutarla de acuerdo con las características específicas de cada supuesto.

En este mismo sentido, Muñoz Conde y García Arán (2010) en su obra *Derecho Penal Parte General*, argumentan lo siguiente:

La omisión en sí misma no existe. La omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí, sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada. De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe de estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. (p. 238)

La precitada posibilidad real de ejecutar la acción debida no se reduce a una mera posibilidad física, pues también debe concurrir una facultad psicológica suficiente que le permita al sujeto ejecutar la conducta mandada por el derecho. Así pues, como no se podría decir concienzudamente que el parálítico tiene la posibilidad real de salvar la vida de un niño que se está ahogando en el río, tampoco podría exigirse una acción de salvamento al ciudadano que camina por encima de un puente y no logra advertir que debajo de él se encuentra una persona malherida. Por todo esto, hace bien Kaufmann (2006) al concluir que “capaz de acción es aquel que, en determinadas circunstancias en un momento determinado, puede llevar a cabo una acción concreta, precisamente la acción descrita abstractamente en el mandato” (p. 30).

Lo prescrito no solo es una exigencia jurídica fundamental en la estructura del delito omisivo, sino que, también constituye un presupuesto lógico que se adscribe a la forma más elemental de entender el mundo, puesto que ninguna persona con mediana inteligencia podría pensar en endilgarle responsabilidad a otro que nunca tuvo la mínima posibilidad de llevar a cabo la conducta esperada. En consecuencia, la posibilidad real de ejecutar la conducta debida es un elemento esencial en la comprobación del ilícito omisivo, y así también lo entiende Kaufmann (2006) al indicar que “La ausencia de la realización posible de la acción prescrita constituye, pues, el núcleo de lo injusto, la tipicidad” (p. 34).

Con todo este marco, hasta aquí bien se podría hacer una conclusión preliminar, y es que, si hablamos de una norma de prohibición, aquello trae aparejado una obligación de “no hacer” o lo que es igual, una omisión de una acción que ha sido catalogada por el derecho como disvaliosa. Por otro lado, si nos referimos a una norma de mandato, esta trae consigo la exigencia de que un individuo ejecute una conducta concreta en un supuesto fáctico concreto y que además esté en condiciones psico-físicas de ejecutar dicha conducta, puesto que la decisión de quedarse en estado de pasividad cuando el derecho a impuesto una obligación concreta de actuar, y además concurren el resto de elementos que fueron enunciados, es base suficiente para evaluar una posible responsabilidad penal por omisión.

1.3. Elementos constitutivos de la capacidad de ejecutar la conducta ordenada por el derecho

Se ha dicho que solo será relevante la omisión de la conducta mandada cuando exista posibilidad psico-física de actuar en cada caso concreto; sin embargo, todavía restan dudas sobre cuál deberá ser el contenido del conocimiento en cabeza del obligado por la norma, puesto que el aspecto cognoscitivo puede estar direccionado tanto al fin concreto de la acción, o a su vez, a la vía de realización para dicha acción concreta. Además, será de vital importancia conocer qué papel juega el error para estas dos cuestiones.

Respecto del conocimiento del fin concreto de la acción, Kaufmann (2006) resalta que “constituye el primer requisito de la capacidad de acción” (p. 60), puesto que este comprende el conocimiento sobre el objeto de la actividad. Para esclarecer, el autor precitado ejemplifica de la siguiente manera:

[...] un guarda forestal se encuentra a orillas de un torrente; a cierto trecho aguas abajo, un cervatillo herido se debate luchando contra la corriente. El guarda solo puede plantearse la salvación del cervatillo, solo puede sopesar un acto de salvación, si ha visto al animal. (p. 60)

Puede advertirse del ejemplo planteado que la persona a quien se le exija que realice determinada conducta, tuvo que haber tenido conocimiento de que existía una situación fáctica generadora del deber de actuar, para ello, no interesa que haya percibido dicha situación a través de sus propios sentidos, sino que, es suficiente con que alguien haya puesto en su conocimiento la existencia de aquel contexto. De igual forma,

tampoco es lógico exigir que el sujeto obligado tenga plena certeza subjetiva de que realmente está dado el contexto fáctico para actuar, puesto que aun cuando el sujeto tenga dudas de que realmente existe dicho contexto, ese conocimiento parcial ya ha permitido que el individuo se plantee una acción de salvamento. Así pues, Kaufmann (2006) en referencia al ejemplo del cervatillo que fue planteado en el párrafo anterior indica que “aun cuando para el guarda sea dudoso si lo que ve en el agua es un cervatillo, puede plantearse la acción de salvamento y ejecutarla” (p. 60).

Además del conocimiento sobre el contexto fáctico que impone el deber de actuar, también es necesario que el sujeto adopte una decisión sobre el empleo de los medios idóneos para ejecutar la conducta. De esta manera, a quien le interese y esté obligado a salvar el bien jurídico de alguien, deberá ponderar de entre todos los medios a su disposición cuál de ellos le resulta más conveniente para alcanzar el fin de salvación que ha sido trazado, aunque como es obvio, aquí únicamente se estaría hablando de posibilidades de salvación, puesto que es imposible que un individuo desde una perspectiva *ex ante* pueda actuar con plena certeza de la efectividad de su conducta. Las consecuencias de este criterio podrían detonar en que se impute una omisión al que, teniendo la posibilidad de lanzarle un flotador a otra persona en proceso de ahogamiento, prefiera lanzarle un ladrillo.

1.4. El problema de la causalidad en el delito omisivo

Finalmente, no se puede cerrar este capítulo tendiente al estudio de la naturaleza del delito omisivo sin que previamente se dedique unas palabras al problema de la causalidad, puesto que como es evidente, si partimos de la idea de que “la nada, nada causa” o dicho en su locución latina *ex nihilo nihil fit*, resultaría muy complicado atribuirle responsabilidad penal a un sujeto por haber cometido una conducta omisiva. Así pues, algunos autores de antaño pensaban que de ninguna manera podía la omisión tener causalidad, y otros a su vez, adoptaron una postura menos radical al argüir que sí existía causalidad, pero únicamente respecto de los delitos de omisión impropia y no así en los de omisión propia. En esta línea, Kaufmann (2006) hace alusión al criterio de Eberhard Schmidt quien ha sostenido lo siguiente:

[...] los delitos de omisión propia consistirían en la contravención de una norma de mandato, de forma que precisamente se ajusta a la redacción expresa del tipo el no llevar a cabo una actividad volitiva, no pudiendo surgir, evidentemente, la cuestión causal. (p. 77)

De acuerdo con este criterio, pese a no compartirlo, es loable asegurar desde el plano ontológico que ya sea una acción o una omisión, siempre aquello va desencadenar consecuencias que modifiquen el estado de las cosas; así, por ejemplo, sea que se opte por tomar un arma y disparar, o a su vez, que conociendo y teniendo la posibilidad de lanzarle un flotador a quien se está ahogando y no hacerlo de esa manera, de todas formas, se obtendrá un resultado diferente al que habría existido de haberse realizado la conducta. Por todo esto, Kaufmann (2006) no observa reparo alguno en considerar causal a la falta de un determinado empleo de energía, que es lo característico de la omisión, y concluye diciendo que: “en esta medida, teniendo en cuenta la causalidad de la ausencia de la acción (omitida) cabe llamar causal a la omisión” (p. 79).

Pero Kaufmann (2006) no acepta como válida cualquier tipo de causalidad, puesto que, según su forma de entender las cosas, solo la causalidad potencial “es, pues, la única cuestión causal que puede tener significado práctico para la omisión ...” (p. 84). Ahora bien, para hacer referencia a la causalidad potencial, Armin Kaufmann discípulo del grandísimo Hans Welzel, se hacía la siguiente pregunta: “¿De haber llevado a cabo la acción se habría evitado el resultado no deseado? [...]” a lo que se concluye que “la respuesta afirmativa a la pregunta se hace depender de la posibilidad de llevar a cabo la acción” (p. 83). De esta manera, puede observarse que la tesis de Kaufmann es una especie de *conditio sine qua non* invertida, puesto que la teoría de la *conditio* en el marco de una conducta de actividad estaba encaminada a comprobar la causalidad de una conducta siempre que la supresión mental de la misma haga desaparecer consigo el resultado; como puede verse, aquí es al revés, pues se constatará la existencia de causalidad cuando se realice el ejercicio mental de aumentar la acción debida y aquello genere probabilidades rayanas en la certeza de que el resultado no se produzca.

2. El delito omisivo: la omisión propia (pura) y la omisión impropia (comisión por omisión)

Sea que estemos frente a una conducta de actividad o frente a una omisiva, el análisis sistemático de la teoría del delito exige que se constate que la conducta *sub examine* sea típica, y por tipicidad debe entenderse, según Muñoz Conde y García Arán (2010), “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (p. 251). Y esto es así, debido a que, por el mandato del principio de legalidad, se exige como condición *sine qua non* que la conducta prohibida o debida sea taxativamente expuesta con antelación para generar un efecto de motivación en el ciudadano.

Sin embargo, no se debe confundir el concepto de tipicidad con el de tipo penal, pues los mismos autores precitados resaltan que este último concepto se refiere a “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal” (p. 252), a lo que habría que sumar el hecho de que el legislador también suele encargarse de describir la conducta debida. Por tanto, para hacer una conclusión preliminar sobre este punto, estamos en condiciones de aseverar que la razón de ser del tipo penal es que describe la conducta imperativa y una vez que se quebranten dichos mandatos o prohibiciones, es decir, cuando exista adecuación de una conducta al tipo, se configuraría la tipicidad.

Otro tema que no debe escaparse del análisis, sobre todo si se quiere ganar en consistencia argumental, es lo concerniente a la ubicación sistemática de los delitos omisivos en el análisis del sistema del hecho punible. En este sentido, destaca Luzón Peña (2016) en su manual *Lecciones de Derecho penal, parte general*, que “tradicionalmente, desde el concepto clásico (causalista) de delito se consideraba la omisión una forma de conducta o acción en sentido amplio” (capítulo 30, apartado 2), consecuentemente, lo dicho conllevaba a analizar la omisión dentro del análisis del delito de actividad. No obstante, ya en la dogmática moderna, se concluyó que el delito omisivo, así como el delito tentado, o la participación criminal, constituyen formas especiales de manifestación del delito, y como tal, lo más conveniente en términos sistemáticos, es que su estudio se lo efectúe después del análisis del delito de comisión activa.

Dicho esto, desde la doctrina de antaño se viene haciendo una distinción entre los delitos de omisión propia y aquellos de omisión impropia o también llamados infracciones en comisión por omisión. Esta distinción se debe a una amalgama de situaciones y elementos diferenciales que obligan a darles un estudio en particular. Por todo ello, en este capítulo y los apartados que siguen se ha de profundizar sobre cada uno de los elementos que forman parte de estas dos formas de aparición del delito, adelantando desde ya, que el análisis de la posición de garante que es inherente a la dogmática de los delitos omisivos impropios tendrá su estudio pormenorizado en el tercer capítulo de esta investigación.

2.1. Omisión propia (pura)

Previo a adentrarnos de lleno en el estudio de la dogmática del delito omisivo propio, es fundamental destacar alguna de las tantas diferencias que tiene respecto de la omisión impropia, pues solo de esa manera se logrará obtener un punto de partida sólido para el desarrollo subsiguiente. Así pues, enseña Mir Puig (2011) en la novena edición de su célebre obra *Derecho penal Parte general*, que, así como “los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación del resultado” (p. 318); por tanto, cuando se haga referencia a omisiones propias o también llamadas puras, se estará haciendo alusión únicamente a la no ejecución de una conducta ordenada por el Derecho.

Pese a lo argüido, todavía no es completamente uniforme la doctrina en cuánto a la distinción entre omisiones propias e impropias, puesto que la impropiedad de la omisión siempre ha estado sujeta a diversos fundamentos. Así, por ejemplo, Zaffaroni *et al.* (2002) en su tratado de *Derecho penal*, parte general, destacan que una perspectiva meramente formal de la distinción entre omisión propia e impropia sería que “los delitos propios de omisión se hallan expresamente previstos en la ley, en tanto que aquellos que no se hallan contemplados son impropios”; asimismo, los autores ensayan otro criterio diferenciador que consiste en exigir un resultado material para los delitos omisivos impropios, mientras que, para los delitos propios basta con que se efectúe una mera omisión (p. 576).

Otro sector de la doctrina entiende que los criterios diferenciadores que fueron expuestos no son convincentes y por ello, para el día de hoy la opinión dominante entiende que el verdadero argumento

diferenciador es que para los delitos de omisión propia basta con que se compruebe la omisión de una acción debida, mientras que para los omisivos impropios se requiere que se haya omitido evitar el resultado (Bacigalupo, 1996, p. 225), a lo que hay que sumar —según mi juicio— el criterio de Zaffaroni *et al.* (2002), quienes sostienen que:

La nota diferencial de los impropios delitos de omisión consiste en que, al tener una estructura equiparable o paralela a la activa, sus autores no son indiferenciados, sino que se hallan, respecto del bien jurídico, en lo que la doctrina llama posición de garante. (p. 576)

En este sentido, gracias a los criterios aludidos, se puede concluir que si la punibilidad de la omisión propia no exige la producción de un resultado y tampoco exige que se constate la existencia de una posición de garante entre el omitente y la persona en riesgo, los únicos elementos que deberán constatarse para la configuración de un delito omisivo propio serán los siguientes: la situación fáctica-típica generadora del deber de actuar, la no realización de la conducta mandada por el derecho y que el sujeto goce de la posibilidad psicofísica para actuar conforme al mandato. Siendo estos los elementos objetivo del tipo penal omisivo propio, a continuación, se procederá con un estudio en detalle de estos.

2.1.1. Elementos objetivos del tipo penal omisivo propio

Situación fáctica generadora del deber de actuar

Sobre este punto, enseña Mir Puig (2011) que “en todo delito de omisión pura se describe una situación típica, en la que se omite una determinada acción, pese a que el sujeto podía haberla realizado” (p. 322), y para ganar en claridad el precitado autor expone el siguiente ejemplo:

En el n°1 del art. 195 —el autor se refiere al Código penal español— declara: El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. La necesidad de socorro —dice Mir Puig— nace aquí de una situación de desamparo frente a un peligro manifiesto y grave, por parte de una persona, y de ausencia de riesgo, por parte de otra u otras personas. Todo ello constituye la situación típica. (p. 322)

Adhiere a este criterio Bacigalupo (1996) en su *Manual de Derecho penal*, quien entiende que efectivamente la situación generadora del deber de actuar es el primer elemento del tipo objetivo de los delitos propios de omisión y esto se traduce en la situación fáctica concreta de la que surge el deber de realizar la acción mandada. En suma, se debe destacar que únicamente será una situación fáctica que amerite intervención salvadora cuando desde la perspectiva *ex ante* de un tercero imparcial (juez) exista un peligro real para un bien jurídico, pero, como ya se dijo en el capítulo precedente, esto no impone la obligación de intervenir y poner en riesgo la indemnidad de los bienes jurídicos propios y de terceros.

La no realización de la conducta mandada por el derecho

Se dijo en el capítulo sobre la naturaleza del delito omisivo que, a diferencia de lo que sucede con el delito de actividad, aquí lo preponderante es el incumplimiento de un mandato normativo. Al respecto, Kaufmann (2006) sostiene respecto al tipo penal del delito omisivo propio, que este tiene la función primordial de describir la omisión de la acción prescrita y que de esta manera se determinan plenamente los elementos típicos constitutivos de la infracción.

La constatación de la inexistencia de la acción esperada necesariamente debe realizarse a partir de una comparación entre la conducta que efectivamente desplegó el sujeto y aquella acción determinada que se requería para cumplir con el deber de actuar impuesto en la norma (Luzón Peña, 2016). Además, resalta el autor español que la técnica legislativa usual para describir las conductas esperadas suele ser: “demandar con urgencia auxilio ajeno”, “dar aviso inmediatamente a la autoridad”, y es así también como el legislador ecuatoriano prescribe los delitos omisivos propios, pues aquello puede corroborarse con la redacción del artículo 276 del COIP que regula la omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud al prescribir lo siguiente: “La o el profesional... que reciba a una persona con signos de haber sufrido graves violaciones a los derechos humanos [...] y no denuncie el hecho, será sancionado [...]”; o a su vez, con la redacción del artículo 277 del mismo cuerpo legal, que se refiere a la omisión de denuncia por parte del servidor público cuando este haya advertido la existencia de una infracción y no lo haya informado a la autoridad.

Ahora bien, en este apartado puede ser que fácticamente sucedan tres situaciones: la primera, es que el sujeto quien advierte la situación generadora del deber de actuar no ejecute voluntariamente la acción mandada por el Derecho; la segunda, que la persona quien advierte la situación fáctica efectivamente actúe conforme al mandato; y tercero, que la persona quien avizora la situación que amerita su intervención intenta ejecutar la conducta mandada, pero falla en su ejecución. En el primer supuesto, como es obvio, el sujeto habría incumplido con el mandato impuesto por la norma y aquello detonaría en que su conducta se adecuaría al segundo de los elementos típicos requeridos para la configuración de los delitos omisivos propios; en el segundo caso, naturalmente el análisis se quedaría en el estadio de la tipicidad, pues la conducta ejecutada se ajustaría al derecho y consecuentemente sería atípica; y finalmente, respecto de la tercera conducta, enseña Bacigalupo (1996) —y adhiero parcialmente a su criterio— que “la acción mandada se tendrá cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización” (p. 227).

Posibilidad psico-física para actuar conforme al mandato

Enseña Luzón Peña (2016) que para los casos de omisión típica “no basta la capacidad general de acción, o sea la capacidad del sujeto de llevar a cabo al menos alguna acción [...] sino que conceptualmente se precisa la capacidad de realizar precisamente la concreta acción ordenada y exigida” (capítulo 30, apartado 30). En este punto es pertinente, pues, recordar lo aducido en el capítulo anterior sobre la posibilidad individual de ejecutar la conducta debida, debido a que el derecho solo podrá exigir en la misma medida que el sujeto se encuentre en la capacidad de cumplir, es decir, en la medida de sus cualidades personales.

Este criterio es compartido por Luzón Peña (2016) quien arguye que solo se precisa la capacidad individual o lo que es igual, capacidad real del sujeto concreto para llevar a cabo la acción ordenada. Para esclarecer, el profesor español ejemplifica y argumenta de la siguiente manera:

En la omisión de socorro llevar al accidentado en un vehículo suyo a un centro médico o llamar o parar a un vehículo ajeno para que lo haga, o al menos llamar por teléfono a la emergencia, un centro médico o a la policía, si el sujeto concreto no tiene esa capacidad material, porque p. ej. es un inválido que presencia el accidente, pero no puede moverse y tampoco dispone de un teléfono móvil para pedir auxilio, se puede afirmar no que ha incumplido el mandato de socorro (que ha realizado una omisión típica), pero que está disculpado por su situación anómala, sino ya directamente que en ese caso de imposibilidad material de llevar a cabo un auxilio, el mandato de socorrer no se dirige a quien no lo puede cumplir, y en general el mandato de actuar no tiene sentido y por tanto no se dirige a quien de antemano está absolutamente imposibilitado de efectuar esa actividad [...]. (capítulo 30, apartado 30)

De todo esto se puede deducir que la posibilidad de ejecutar una acción mandada por el derecho no es una mera abstracción, sino que, para que el sistema de imputación gane en racionalidad debe concretarse en cada caso en particular. En suma, para cerrar este apartado, es acertada la conclusión de Silva Sánchez (2003) prescrita en su obra *El delito de omisión, concepto y sistema*, al decir que “por acción indicada hay que entender una conducta que, desde una perspectiva *ex ante*, se estima objetivamente apropiada —más aún, necesaria— para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva” (p. 361).

2.1.2. Elementos subjetivos del tipo penal omisivo propio

Hasta el momento nos hemos encargado del análisis del tipo objetivo del delito omisivo propio; no obstante, un análisis minucioso requiere además efectuar un examen sobre las cuestiones inherentes al tipo subjetivo. En este sentido, la doctrina entiende que es factible imputar tanto delitos omisivos dolosos como también imprudentes, así pues, Zaffaroni *et al.* (2002), a más de resaltar los elementos constitutivos que debe poseer el dolo de omisión, principalmente se encarga de resaltar las situaciones en las que puede surgir la imprudencia omisiva por infringir el deber objetivo de cuidado. El autor los detalla de la siguiente forma:

[...] (a) en la apreciación de la situación típica (el policía que oye gritos pidiendo socorro y, faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma); (b) falta de cuidado al ejecutar el mandato (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua); (c) falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución (el que supone que no podrá salvar al niño porque con superficialidad juzga que el agua es profunda); (d) falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante —en este caso el autor se refiere únicamente a los delitos de omisión impropia— (el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche) [...]. (p. 586)

Por otra parte, en el derecho ecuatoriano suele ponerse en tela de duda si el legislador decidió tipificar también las omisiones imprudentes, pues del artículo 28 del COIP que se refiere únicamente a las omisiones impropias, se tomó la decisión de prescribirlas solo de manera dolosa; sin embargo, el artículo 22 del mismo cuerpo legal indica lo siguiente: “Conductas penalmente relevantes.- son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”, lo cual parece ser un fuerte indicador de que el legislador no cierra la puerta para que puedan imputarse omisiones imprudentes, pero aquello dependería de cada tipo penal en concreto (sistema de *numerus clausus* de delitos imprudentes), pues como se ha visto, no existe una cláusula general que impida su imputación.

En lo que respecta al tipo omisivo doloso, destaca Zaffaroni *et al.* (2002) que “el principal interrogante en las últimas décadas se planteó en la doctrina acerca de la naturaleza del dolo en la omisión puso en duda que este tenga las mismas características que en la estructura típica activa” (p. 583). Por otro lado, Kaufmann (2006), ha manifestado de manera llamativa que “no hay dolo de omisión. La omisión no puede ser objeto de una voluntad de realización, sino que se caracteriza porque falta precisamente la voluntad de realización de llevar a cabo un acto” (p. 131), pero este criterio tiene como punto de partida la teoría de la voluntad del dolo desde una concepción finalista ortodoxa, puesto que, a más de la exigencia del conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal, esta escuela de pensamiento también exige un dominio en el curso causal y por ello, es obvio que los autores que se adhieren a esta escuela no acepten la existencia del dolo en la omisión.

Así también lo pone de relieve Luzón Peña (2016) quien manifiesta que efectivamente ha existido una postura minoritaria perteneciente a la escuela finalista que niega la posibilidad de dolo, porque para ellos el dolo requiere control, manejo o conducción final del curso causal, pero todo esto es falso —dice Luzón Peña— y por ello se equivocan.

También podría criticarse que esta teoría del dolo ha dejado de ser mayoritaria en la doctrina, pues para el día de hoy, la doctrina dominante tiene dicho que la teoría que más se acerca a dar en el clavo sobre los elementos constitutivos del dolo, es la del conocimiento o representación; sobre ello, excelentes argumentos han sido provistos por Ragués I Valles (1999) en su obra *El dolo y su prueba en el proceso penal*, quien sostiene que es suficiente con la constatación del conocimiento sobre los presupuestos del tipo penal, y que aquello puede corroborarse al hacer un análisis sobre la institución del error de tipo, puesto que la ausencia de conocimiento o la presencia de un conocimiento imperfecto excluiría el dolo. Además, bien puede prescindirse del elemento volitivo en razón del siguiente argumento:

[...] una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consigan averiguarse determinados datos psíquicos —el autor se refiere al elemento volitivo— que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso (p. 520)

Pese a estar de acuerdo con este criterio, y que además constituye la opinión dominante en la doctrina, debido al principio de legalidad me es imposible desatenderme de lo prescrito en el artículo 6 de la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, donde se manifiesta que “actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta”. Consecuentemente, desde un punto de partida normativo, el dolo tanto para la acción como también para la omisión deberá constituirse por el conocer y tener la voluntad de realizar los elementos esenciales del tipo objetivo. Por ello, en el marco del delito omisivo propio, el sujeto solo deberá conocer la situación típica que exige su actuación, pero no deberá tener conocimiento como bien señala Luzón Peña (2016) sobre ningún tipo de curso causal. Por otro lado, en cuanto al elemento volitivo, debido a la naturaleza constituyente de la omisión propia al sujeto no se le exige tener la intención de causar ningún tipo de resultado, sino que, es suficiente con que tenga la voluntad de desobedecer el mandato normativo.

2.2. Omisión impropia (comisión por omisión)

La doctrina tradicional se mostraba renuente a aceptar que el delito omisivo impropio gozaba de total autonomía respecto del delito comisivo, en este sentido, destaca Kaufmann (2006) que:

[...] distintos eran los esfuerzos dogmáticos por integrar el delito de omisión impropio en el delito comisivo, todos contenían contradicciones y fricciones (p. 279), y por ello se pudo concluir con posterioridad que de ninguna manera la omisión impropia podía encajar en el tipo del delito comisivo, puesto que la “infracción de mandatos especiales de impedir el resultado no encaja en un tipo de prohibición, sino que realiza un tipo de mandato específico. (p. 281)

Entonces, si bien es cierto que el delito omisivo impropio se integra en la dogmática de los delitos de omisión y no en la de los delitos de comisión, no hay que desconocer que indudablemente existe un paralelismo entre los tipos de mandato de garante y los de prohibición, pero hace bien Kaufmann (2006) al destacar que este paralelismo “no es de naturaleza dogmática, ni de lógica de las normas, sino exclusivamente de naturaleza axiológica” (p. 281), o lo que es igual, de naturaleza valorativa. Por tanto, el razonamiento para justificar la equivalencia en las consecuencias entre la omisión impropia y el delito comisivo es que valorativamente existe paridad en cuanto al contenido del injusto, y el contenido de culpabilidad respecto de la lesión de un bien jurídico, y consecuentemente, sería aquello lo que fundamentaría el merecimiento de pena, pese a que como ya se verá en líneas venideras, a estos argumentos hay que sumarles otro criterio que verdaderamente otorgue paridad a la acción y a la omisión.

Una cuestión que suele ser problemática en el estudio del delito omisivo impropio es la concurrente crítica de que vulnera el principio de legalidad y hasta se lo ha llegado a catalogar como inconstitucional. Quizá esta crítica fue esgrimida con mayor fortaleza hasta los años 60 o 70, debido a que como bien resalta Luzón Peña (2016), hasta ese momento prácticamente eran inexistente las cláusulas generales en la parte general de los códigos penales, y aquello ponía en tela de duda, con justa causa, la legitimidad de su punibilidad. No obstante, para el día de hoy, gran parte de los códigos penales iberoamericanos, además del italiano, alemán y el español, han introducido en su parte general una regulación expresa de los delitos omisivos impropios y con ello, en principio, se verían superadas las críticas aludidas.

Sobre la constitucionalidad de los delitos omisivos impropios, Zaffaroni *et al.* (2002) se muestra muy crítico, pues arguye que la construcción de este tipo de delitos se originó en una fase preiluminista y las cláusulas generales que se suelen prescribir en la parte general no disminuyen el impacto al principio de legalidad, puesto que de todas formas se estaría violando la exigencia de estricta legalidad. La razón de ser de este tipo de infracciones —dice Zaffaroni *et al.*— es la aspiración de una legislación penal sin lagunas en la que nada pueda escapar al poder punitivo, puesto que de otra manera es problemático que “habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos” (p. 581).

Pese al argumento en líneas anteriores por los autores argentinos, desde nuestra perspectiva no existe tal violación al principio de legalidad y consecuente inconstitucionalidad. Esto es así, puesto que, del análisis de cada tipo penal, no hay impedimento para que cada uno de ellos pueda ser cometido a través de una conducta omisiva. Así, por ejemplo, del tipo penal de homicidio prescrito en el artículo 144 del COIP se puede ver que la conducta prohibida por el derecho es la de matar, y dado que existen miles de formas de quitarle la vida a otra persona incluyendo la misma omisión, de ninguna manera se violaría el principio de legalidad. Este criterio es defendido por Luzón Peña (2016) en su manual, quien arguye lo siguiente:

[...] no era correcta la afirmación con carácter general de que admitir la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad criminal, pues algunos supuestos de comisión por omisión, como el caso paradigmático de la madre que no alimenta al bebé recién nacido y le produce así la muerte por inanición, sí que son subsumibles sin duda en la descripción legal del correspondiente tipo comisivo y por tanto de ellos no se está infringiendo el *nullum crimen*. (capítulo 31, apartado 4)

No obstante, tampoco se puede afirmar sin más que la mera adecuación al tipo penal de la conducta omisiva equivale a la comisión activa de la infracción, sino que, además se requiere de tres elementos que caracterizan y le otorgan su especial tratamiento a la omisión impropia. Por tanto, a más de los elementos comunes a toda omisión como son: la situación típica generadora del deber de actuar, el incumplimiento del mandato normativo y la posibilidad psico-física de actuar, se tendrá que sumar la exigencia de la posición

de garante que deberá tener el omitente respecto de la persona en riesgo, además se tendrá que constatar la existencia de un resultado imputable al omitente, y finalmente, aunque algunos países no lo exijan expresamente en la parte general de sus códigos, deberá haber equivalencia entre la omisión de la conducta debida y la acción de la conducta prohibida respecto del resultado.

2.2.1. Breves consideraciones sobre la posición de garante

Se ha denominado a este apartado “breves consideraciones sobre la posición de garante” debido a que aquí únicamente se hará mención de forma referencial a los criterios que de manera la doctrina sobre este elemento *sine qua non* de la dogmática de los delitos de omisión impropia. Esta decisión fue tomada a raíz de que la posición de garante constituye el elemento central de la presente investigación, y como tal, tendrá todo un apartado encaminado a desnudar de cuerpo entero su naturaleza. Por lo pronto, solo se efectuará una definición de este concepto y se clasificará los criterios normativos y doctrinales que se manejan sobre las fuentes de garantía.

Dicho esto, de forma muy acertada sostiene Gerardo Barbosa Castillo (2011) en la obra colectiva *Lecciones de Derecho penal Parte general*, que la expresión “posición de garante” se acuñó con la finalidad de “identificar la condición de aquella persona que tiene especiales deberes de custodia respecto de ciertos bienes jurídicos, que le hacen penalmente responsable cuando sobreviene un resultado que estaban en la obligación de evitar o impedir” (p. 230). Por otro lado, desde una perspectiva funcionalista sistémica, Jakobs (1996) en su siempre citada obra *La imputación penal de la acción y de la omisión*, no cree que la posición de garante sea únicamente un elemento característico de los delitos omisivos impropios, sino que, es una exigencia que se extiende tanto a delitos de actividad como también de omisión, sean estos dolosos o imprudentes.

La razón de los argumentos emitidos por el profesor alemán radica en que según los roles que desempeñen los sujetos en una sociedad, se generaría un sistema de responsabilidad por competencia institucional (deberes positivos) y otro por organización (deberes negativos); sobre los primeros, el fundamento sería que existen instituciones jurídicamente preestablecidas como la familia o la administración pública, de los que surgen deberes especiales de salvaguarda. Y, sobre los segundos, la responsabilidad se origina debido a que cada sujeto tiene la obligación de mantener su propio ámbito de organización en una situación que resulte inocua para los demás, o sea que se tiene una obligación de no dañar (*neminem laedere*).

Pero bien, nuestra posición en la presente investigación se inclina hacia la escuela funcionalista moderada encabezada por Claus Roxin, por lo que de momento se aceptará como válida la posición de garante, pero solo en el análisis del delito de omisión impropia. Consecuentemente, para los propósitos de esta obra se concluye desde ya que la posición de garante no es otra cosa que un deber especial que obliga a un sujeto en particular a precautelar la indemnidad de los bienes jurídicos de la persona en riesgo. Por tanto, solo resta enumerar las fuentes de garantía que mantiene el derecho positivo y otras que la doctrina ha venido desarrollando con los años. Veamos:

El primer inciso del artículo 28 del COIP indica lo siguiente: “Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado [...] y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulta determinante en la afectación de un bien jurídico”. Así pues, preliminarmente se podría decir que el legislador ha seleccionado de forma expresa como fuente de garantía a la ley y al contrato, sin embargo, en razón de una oscura redacción no queda claro si el actuar precedente es la tercera fuente de garantía o su vez, constituye un mero presupuesto lógico de las otras dos fuentes, puesto que incumplir una fuente legal o contractual de garantía trae casi siempre como consecuencia el incremento de un riesgo para los bienes jurídicos.

Ahora bien, para efectos de la clasificación propuesta, de momento vamos a asumir que el legislador prescribió las 3 formas de posición de garante y aquello sería consecuente con las opiniones doctrinales de carácter formal que han sido expuestas por la doctrina de antaño. Como prueba de ello, se puede ver como Fontán Balestra (1998) en su obra *Derecho penal, introducción y parte general*, destacaba que la especial relación del individuo con el bien jurídico se daba en razón de cuatro fuentes de garantía: la primera constituida por la norma jurídica, la segunda por una obligación impuesta por la vía contractual, la tercera en razón de una actividad precedente, y finalmente, por comunidades de vida o de peligro. Por tanto, puede verse como la doctrina tradicional coincide con el derecho positivo ecuatoriano, con la única salvedad de que en el COIP no se recoge la comunidad de vida o de peligro.

Por otro lado, la doctrina moderna critica de forma severa las fuentes formales de la posición de garantía y ello ha conllevado a que se decanten por unas fuentes de garante de contenido “material”; sobre estas últimas, Bacigalupo (1996) advierte que son básicamente las siguientes: la posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo y la obligación especial que surge a raíz de un deber de control de una fuente de peligro. De ahí que de cada una de ellas se derivan otras fuentes que sirven de fundamento para configurar la responsabilidad por omisión impropia, así pues, la función de protección de bienes jurídicos puede fundarse en la estrecha relación familiar, en los supuestos de comunidad de peligro y en los casos de asunción voluntaria. Y la posición de garantía que responde a la vigilancia de fuentes de peligro se fundamenta en el actuar precedente o injerencia, en el deber de control de una fuente de peligro en estricto sentido y también en la responsabilidad por la conducta de terceros.

2.2.2. Imputación del resultado al omitente

Se había manifestado en el conato de este capítulo que no es posible constatar la existencia de causalidad entre el resultado producido y la acción mandada por el derecho que fue omitida y que todas las construcciones dogmáticas tendientes a comprobar una causalidad han fracasado rotundamente. Sobre esto, Luzón Peña (2016) argumenta que “[...] las posiciones afirmativas de la existencia de causalidad, negativa o hipotética o bien conforme a leyes (naturales), es totalmente insostenible” (Capítulo 31, apartado 17). Por tanto, en el marco del delito omisivo impropio, si bien es necesario constatar la existencia de un resultado, aquel resultado no deberá ser analizado bajo los parámetros de una relación de causalidad, sino que, debe poder ser imputado objetivamente al omitente.

Coincide con nuestra línea de pensamiento Virgilio Rodríguez Vásquez (2018) quien en su trabajo monográfico titulado “Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica”, argumenta que “los delitos de comisión por omisión guardan paralelismo con los delitos comisivos de resultado, ya que al igual que en estos últimos, se exige la producción de un resultado y su imputación a la omisión realizada” (p. 328). Consecuentemente, tanto para la acción como también para la omisión, lo correcto será que se utilice los mismos criterios de imputación objetiva para determinar si un resultado en concreto es fruto de la omisión proscrita.

En este sentido, respecto de la imputación objetiva del resultado, bien hace Luzón Peña (2016) en señalar que tiene que existir “creación o aumento de un riesgo o peligro relevante; y además tiene que haber imputación objetiva de la producción del resultado como realización del peligro de esa omisión” (capítulo 31, apartado 21). Con esto quiere decir Luzón Peña que debe constatar en primer lugar que la omisión de la conducta mandada por el derecho tuvo que haber creado un riesgo para algún bien jurídico o a su vez, por lo menos, incrementar el nivel del riesgo latente por encima del riesgo permitido, y una vez constatado este primer elemento, mismo que constituye la base del juicio de imputación objetiva, habrá que analizar si ese riesgo creado por la conducta omisiva fue el que efectivamente se tradujo en el resultado disvalioso.

Sobre esto último, enseña Roxin (2018) que “la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se hubiera realizado precisamente el riesgo creado por el autor” (p. 98), ergo, la conclusión lógica de los argumentos emitidos por el profesor alemán es que se excluye la imputación del resultado cuando este no se produce como consecuencia del peligro creado por el omitente, a esto la doctrina lo ha denominado “identidad de riesgo”. Además, se debe constatar que el resultado producido por la omisión sea de aquellos que la norma trata de evitar, puesto que, de no ser así, por mucho que ese resultado tenga una vinculación lógica con la omisión antinormativa del sujeto, el criterio del “ámbito de protección de la norma” impediría que ese resultado pueda ser imputado al omitente. Veamos un ejemplo:

Digamos que el *baywatch* sea de forma dolosa o de forma imprudente omite sus deberes de cuidado respecto de los hijos de Marco Antonio que se encontraban en la orilla del mar y producto de eso, dichos menores pierden la vida. Acto seguido se le informa a Marco Antonio que sus hijos fallecieron ahogados y a este le da un paro cardiorrespiratorio que le quita la vida. Ahora bien, como es obvio, el resultado de muerte de los hijos de Marco Antonio bien puede ser imputados al *baywatch*, puesto que la norma que obliga al socorrista a intervenir en beneficio de los bienes jurídicos de quienes se encuentran en la playa tiene como finalidad impedir que las personas se ahoguen y pierdan la vida; sin embargo, esa misma norma no está pensada para comprender hipotéticos padres de familia que producto de la angustia sufran una complicación médica y en consecuencia de aquello pierdan la vida.

Otro criterio que puede impedir la imputación del resultado a la omisión antinormativa es la “conducta alternativa conforme a derecho”, según la cual “debe excluirse la imputación cuando la conducta alternativa conforme a derecho hubiera llevado con seguridad al mismo resultado; y es que entonces la infracción del riesgo permitido no se habría realizado en el curso real de los hechos” (Roxin, 2018, pp. 110, 111). Para entender mejor este punto, utilicemos nuevamente el ejemplo del *baywatch*, veamos a continuación:

Pensemos que el *baywatch* que omitió salvar a los hijos de Marco Antonio se encontraba dormido en el momento de los hechos. Luego de aquello, un análisis *ex post* de la conducta del salvavidas llevó a concluir con total certeza que aun cuando este sujeto hubiera intentado salvar a los menores el resultado de todas formas se hubiera producido, debido a que el oleaje en ese momento fue sumamente fuerte y ni el mejor nadador habría podido llegar a tiempo. Por tanto, en estos supuestos tampoco existe la posibilidad de endilgarle el resultado disvalioso al omitente.

El principio de confianza constituye también uno de los criterios a tomar en cuenta en el segundo estadio del juicio de imputación objetiva respecto de los delitos de omisión impropia; al respecto, Jakobs (1997) en su libro *La imputación objetiva en el Derecho penal*, sostiene y ejemplifica de la siguiente manera:

El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo coge con cuidado. Normalmente, puede confiarse en que así suceda. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno. De nuevo, un ejemplo: el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado. (p. 30)

Por nuestra parte, siguiendo con la línea de ejemplos que veníamos proponiendo, en el supuesto de que Marco Antonio decida tomar una siesta teniendo el derecho a confiar de que el *baywatch* va a estar pendiente del bienestar de sus hijos que se encuentran en la orilla del mar; en este caso, el padre de familia no debería responder por la muerte de sus hijos en razón de una omisión de cuidado, puesto que tenía derecho a confiar de que el salvavidas iba a realizar bien su trabajo.

Finalmente, tampoco podría imputarse el resultado a una conducta omisiva cuando este haya sido provocado en razón de una autopuesta o una heteropuesta en peligro de la propia víctima. Sobre esto, Jakobs (1996) desde un punto de partida sistémico nos provee del siguiente argumento para comprender el motivo por el que no puede hacerse responsable al ejecutor u omitente de la conducta creadora de un riesgo:

En cuanto a la infracción de deberes de autoprotección, constituye el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado del rol, en especial de un quebrantamiento imprudente. Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose, simultáneamente, de manera válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles. Quien por sí mismo se zambulle en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia de agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado [...] Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo. (pp. 35, 37)

Por tanto, y ya para cerrar con este apartado, nuevamente en el caso planteado del *baywatch*, supongamos que existen indicaciones previas tanto por escrito como también verbalmente de que los turistas no deben adentrarse en el mar más allá de una soga que delimita el espacio seguro para que puedan nadar. Sin embargo, cierto día el salvavidas se distrae mientras un turista incumple la norma de conducta aludida y se adentra en el mar mucho más allá de la línea de seguridad, entonces, en ese caso, pese a que el salvavidas ha incrementado un riesgo debido a su distracción, de todas formas, el resultado no puede ser imputado debido a que es producto de la propia imprudencia (autopuesta en peligro) de la víctima.

2.2.3. Cláusula de equivalencia entre la acción prohibida y la omisión debida respecto del resultado

Al decir de la omisión impropia, la doctrina está de acuerdo con que la única forma en que se pueda imponer una pena equivalente a la infracción cometida mediante una conducta de actividad es a través de una cláusula de equivalencia que algunos códigos penales la han adoptado expresamente. Así, por ejemplo, el Código Penal español de 1995 en el artículo 11 prescribe lo siguiente:

Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación.

Con esto se quiere decir que no es suficiente en el marco del delito omisivo impropio con que se comprueben todos los elementos objetivos del tipo penal, es decir, ni siquiera es suficiente con incumplir el deber especial de garante, sino que, además esa omisión debe poder ser equiparada a la acción antijurídica con respecto al sentido de la norma. De esta manera, el objetivo es limitar el ámbito de infracciones omisivas, pues de lo contrario cualquier incumplimiento a la norma de mandato equivaldría a la comisión activa de una infracción. Sobre la cláusula de equivalencia Luzón Peña (2016) explica lo siguiente:

No se pide en esas regulaciones “identidad”, que la omisión sea “idéntica” a la comisión activa, como ha sostenido un sector minoritario, puesto que en la comisión por omisión no se causa ontológicamente el resultado como en la comisión activa, sino que solo puede haber equivalencia normativa dentro de la imputación objetiva, o sea imputación jurídica. (capítulo 61, apartado 68)

No obstante, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se prevé esta cláusula de equivalencia, lo que a mi juicio es un inconveniente, puesto que abriría la puerta —como ya se ha dicho— a equiparar cualquier conducta omisiva a una infracción de actividad. Por tanto, pese a que la legislación ecuatoriana no lo prescribe, sí resulta importante para los efectos de esta investigación efectuar una caracterización de lo que realmente significa esta cláusula de equivalencia.

Es así como Schünemann (2009) propone que la equiparación solo puede darse cuando se introduzca un criterio de dominio como fundamento lógico-objetivo de la igualdad entre acción y omisión. No obstante, el autor alemán destaca que su noción de dominio no es igual a la que maneja la doctrina tradicional, pues no se trata de una categoría de garante como cualquier otra, sino que, debe ser entendido como un concepto superior fundante de la equiparación entre acción y omisión. Por tanto, el dominio al que hace alusión Schünemann se lo tiene que comprender de la siguiente manera:

[...] simplemente ha de resaltarse que la igualdad de la omisión a la comisión presupone un dominio sobre condiciones del resultado actuales, efectivas [...] Lo decisivo, es más bien, la realización de la voluntad, el dominio de la voluntad sobre el acontecer, y este puede procurarlo no solo un movimiento corporal, sino también otro género distinto de dominio sobre el fundamento del resultado. (p. 293)

En síntesis, estoy plenamente convencido de que la cláusula de equivalencia que permite equiparar a la omisión y a la acción respecto de sus consecuencias, no solo constituye un elemento que limita beneficiosamente la posibilidad de imputar omisiones impropias, sino que, también coadyuvaría en la legitimación de este tipo de omisiones, puesto que algo de razón tiene la doctrina que critica a esta figura como inconstitucional en razón de violar el principio de legalidad, y es que no puede equipararse sin más una omisión a una acción por el solo hecho de que se cumplan los requerimientos objetivos del tipo, sino que, el verdadero puente de equivalencia es el dominio que tenga el omitente sobre el peligro creado para un bien jurídico y que luego se traduce en el resultado.

Es una verdadera lástima que el legislador ecuatoriano no haya incluido esta importante cláusula de equivalencia en el artículo 28 del COIP, pues solo de esa manera nos aseguraríamos una aplicación consistente de la dogmática de los delitos de omisión impropia. De ahora en adelante, siempre que se estudie una sentencia condenatoria en razón de un delito en comisión por omisión, quedará cierta desazón por no haberse evaluado y comprobado que la conducta omitida efectivamente es equiparable a la acción prohibida por el derecho. En fin, solo es una deuda más del legislador ecuatoriano para con los ciudadanos.

2.2.4. Elementos subjetivos del tipo penal omisivo impropio

Se había visto en el estudio del elemento subjetivo de la omisión propia que existía un sector de la doctrina que no aceptaba tan si quiera la idea de dolo en el marco del delito omisivo, puesto que se sostenía que el dolo característico de las infracciones de actividad no puede ser trasladado a esta forma de aparición del delito. Por otro lado, un sector de la doctrina muy importante arguye que sí existe dolo, pero este no se compone de conocimiento y voluntad como sí lo hace la teoría de la voluntad del dolo respecto de los delitos de actividad, sino que, el dolo solo consiste en “el conocimiento de la situación típica y en la conciencia de la propia capacidad de acción. No hay ya una participación de la voluntad en la omisión y tampoco será, entonces, posible la intención de esta clase de dolo” (Núñez Paz, 2016, pp. 61, 62).

Previo a criticar esta posición, conviene en primer lugar exponer los elementos que debe comprender el aspecto cognitivo del dolo; así pues, el mismo Núñez Paz (2016) reconoce que “en la teoría hoy dominante, el dolo de la omisión requiere —además de la conciencia de la posición de garante— el conocimiento de la producción del resultado típico” (p. 62); además, el autor español agrega que también deberá comprender “la representación del autor omitente en cuanto a la situación típica, la posición de garante y la posibilidad de acción” (p. 63).

Ahora bien, siendo consecuentes con el argumento esgrimido en la sección concerniente al elemento subjetivo de la omisión propia, según nuestra forma de ver las cosas y por imperativo normativo, tanto el elemento cognitivo y volitivo son importantes en la constatación del dolo para el delito omisivo impropio, puesto que el no actuar siendo consciente de la situación típica y además siendo consciente de que existe posición de garantía respecto del sujeto en riesgo, ya significa una exteriorización de la voluntad. Es decir, en este caso no solo que el sujeto tiene conocimiento y voluntad de no cumplir con el mandato normativo, sino que, además, respecto del resultado, también tiene que existir la voluntad de que este se produzca, pues no debemos olvidar que el último requisito para que se pueda equiparar una omisión a una acción es que, además —en términos de Schünemann— la voluntad debe estar direccionada al dominio del fundamento del resultado. Más bien, la razón por la que no se acepta el elemento volitivo responde un mero criterio de dificultad probatoria, pues así se corrobora de las palabras de Núñez Paz (2016) al indicar que “el que internamente se quiera que tenga lugar la realización del delito sería indiferente aparte de la dificultad de prueba” (p. 63).

Finalmente, respecto de la posibilidad de una imputación imprudente del delito en comisión por omisión, se había destacado que la doctrina se muestra a favor de que se dé esta situación. No obstante, también habíamos hecho alusión que en razón del principio de legalidad sería muy problemático imputar una comisión por omisión imprudente, pues del artículo 28 del COIP solo se desprende la omisión impropia dolosa, y solo restaría la posibilidad de una imputación imprudente si se efectúa una interpretación teleológica de cada tipo penal en particular en consonancia con el artículo 23 referido a las modalidades de conducta, pero bien, más adelante se desarrollará en detalle esta posibilidad.

3. Posición de garante

3.1. Fuentes formales de la posición de garantía

Ya se ha aludido a que Feuerbach sostuvo originalmente que la posición de garantía, o más bien, las denominadas “causas jurídicas específicas” solo se constituían por la ley y el contrato, por lo que a esta posición se la denominó como construcción bipartida de la posición de garantía. No obstante, según Andrade Castro (2011), en su artículo “El delito de omisión”, esta posición originaria fue complementada por el jurista Christoph Carl Stübel quien en 1828 “dio inicio a una concepción tripartita de la posición de garante, pues además de la ley y el contrato, el deber de actuar se genera en el actuar precedente antijurídico que pone a otro en situación de peligro (injerencia)” (p. 533).

Por todo esto, los planteamientos originarios de Feuerbach y que luego fueron complementados por Stübel recibieron la denominación de teoría formal de la posición de garante. Hay que decir que fue una teoría ampliamente receptada en la doctrina, puesto que puede verse que de ahí en lo venidero los autores de mayor prestigio la recogieron en sus manuales, por supuesto que algunos de ellos tuvieron ciertos reparos sobre su constitución y decidieron agregar un cuarto elemento. Así, por ejemplo, el siempre cuestionado Edmund Mezger (1958) en su obra *Derecho penal, parte general*, destacaba que son tres las fuentes del deber de actuar, esto es, “la ley, la especial aceptación y el hacer precedente” (p. 122); sin embargo, el profesor también

advertía que en aquellos tiempos había tomado fuerza la idea de que existía una cuarta fuente que se basaba en las relaciones concretas de la vida.

En el mismo sentido, el siempre recordado profesor argentino Carlos Fontán Balestra (1998) reconocía expresamente que “esa especial relación del individuo con el bien jurídico, puede tener cuatro grupos de fuentes: a. Norma jurídica (...) b. Obligación impuesta por la vía contractual (...) c. La actividad precedente (...) Comunidad de vida o de peligro” (p. 225). De igual forma, otro gran maestro como lo es Jürgen Baumann (1973) argumentaba en su obra *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema*, que, si bien es cierto que la clasificación del deber jurídico de actuar ha venido siendo objeto de innumerables discusiones, “por lo común, se mencionan cuatro grupos: deber de garantía fundado en la ley, en negocio jurídico, en acción precedente y en relaciones concretas de vida” (p. 147).

En fin, se ha citado únicamente tres autores que sostenían la validez de la teoría formal de la posición de garantía; sin embargo, han sido innumerables los autores que se han adherido a esta línea de pensamiento, sobre todo los juristas de antaño de corte causalista y finalista. Además, hay que decir que por regla general el legislador se ha decantado por esta teoría, pues puede verse que ha sido predominante en el derecho positivo y un claro ejemplo de ello lo encontramos en la legislación ecuatoriana, pues así se desprende del primer inciso del artículo 28 del COIP, queda claro que se ha decidido adoptar la teoría formal de la posición de garantía.

Aunque creo que partir del respeto al principio de legalidad es sumamente acertado, todo parece indicar que en este caso hacer una mera interpretación literal de la norma traería como consecuencia un sinnúmero de resultados sumamente injustos. De hecho, la principal crítica que le hace la doctrina a la teoría formal de la posición de garante es que la sola consideración de aquellas fuentes no revelaría de forma coherente quienes sí y quienes no estarían especialmente obligados, puesto que fuera de dichas fuentes pueden suscitarse situaciones que a ojos de cualquier observador imparcial coherente sí ameriten una conducta de salvamento o mejoría de los bienes puestos en riesgo. Pero bien, lo más conveniente es que se resalte las críticas a esta posición formal en el apartado de la teoría material o funcional de la posición de garante, por lo que de ahora en adelante únicamente se plasmará las características de las tres fuentes que la doctrina tradicional y gran parte del derecho positivo mantienen.

3.2. Fuentes materiales de la posición de garantía

Es conveniente comenzar este apartado con las críticas que efectúa la doctrina a la posición de garantía formal, así, por ejemplo, critican Muñoz Conde y García Arán (2010) que la reducción de las fuentes de garantía a una cuestión meramente formal dejaría por fuera otras posibilidades de fundamentación dentro del respeto que merece el principio de legalidad, y los autores nos ofrecen el siguiente ejemplo:

Piénsese, por ejemplo, en la convivencia *de facto* de una pareja no casada y, por tanto, sin obligaciones legales ni contractuales específicas derivadas de esa situación. ¿Podría decirse que, a lo sumo, hay pura omisión del deber de socorro (art. 195,1), y no un homicidio en comisión por omisión, si uno de los miembros de la pareja deja morir sin prestarle ayuda a quien convive con él desde hace años, o a un hijo pequeño de la persona con la que convive? ¿Tiene la misma responsabilidad? (p. 246)

87

Es por todo esto que, a mi juicio, hacen bien los profesores españoles al indicar que no es conveniente un excesivo formalismo de la posición de garante y que lo más recomendable es tomar en consideración otras fuentes que puedan fundamentar de forma menos rígida a este imprescindible elemento del tipo objetivo omisivo impropio. En definitiva, Muñoz Conde y García Arán (2010) proponen que “solo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido puedan ser consideradas garantes de la integridad de ese bien jurídico, aunque no exista un precepto legal, contrato o actuar precedente concreto que fundamente expresamente ese deber” (p. 246). Por todo esto, los autores proponen que habría que reducir las fuentes de garantía a dos grupos: el primero, constituido por la función de protección de un bien jurídico, y el segundo, fundado en el deber de vigilancia de fuentes de peligro.

A partir de estas observaciones, autores como Núñez Paz (2016) sostienen que lo más conveniente es abandonar la clasificación formal de las fuentes de garantía y más bien, se debería adoptar la teoría de las funciones ideada por Armin Kaufmann, mismo que fundamenta la posición de garante en “el peligro que

surja como consecuencia de las funciones desempeñadas por el garante” (p. 21). De igual forma, Gómez-Aller (2006) argumenta que en el derecho español es de suma importancia adoptar la teoría material de las fuentes de garantía, pues no solo que le dota de contenido real al deber especial de actuar, sino que, en tanto que su legislación exige una equivalencia entre acción y omisión, también serviría esta teoría para lograr este propósito; al respecto, el profesor emite los siguientes argumentos:

Los contenidos materiales con los que se fundamentan las posiciones de garante como clave de la equivalencia de la omisión a la acción (o del delito cometido por omisión al delito cometido por acción) son múltiples y muy variados. Realmente, la denominación “teorías de las funciones” tampoco hace referencia a un contenido material común, sino a una determinada ordenación de dicho contenido. Los presupuestos materiales de la equivalencia en estas teorías suelen remitirse a una valoración equivalente en el ámbito del contenido de injusto u otras instancias valorativas. (p. 207)

Otro de los tratadistas que adoptan la teoría de las funciones de Armin Kaufmann es Luzón Peña (2016), quien advierte que aceptar el hecho de que la posición de garantía se divide en deberes de protección de bienes jurídicos y deberes de vigilancia o control de fuentes de peligro, irremediablemente conllevaría a distinguir entre garantes protectores o de protección y garantes de vigilancia o de supervisión. Además, el profesor de Alcalá reconoce que esta tesis se ha convertido en doctrina mayoritaria en la dogmática alemana y, asimismo, ha venido siendo acogida por los catedráticos del resto de países. Pero bien, el balance final sobre las críticas que se le puede efectuar tanto a la teoría formal como también a la funcional o material, será expuesta en el término del capítulo, de momento, se procederá con un estudio en detalle de las características de cada una de las fuentes materiales que fundamentan la posición de garantía.

3.3. Posición de garante derivada del deber de controlar fuentes de peligro

Sostiene Ulrich Beck (1998) en su famosísima obra *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, que “a finales del siglo XX hay que decir que la naturaleza es sociedad, que la sociedad es (también) naturaleza” (p. 90), lo cual solo puede ser comprendido en el sentido de un crecimiento exponencial de las sociedades, y, en consecuencia, un incremento de los riesgos de vivir en una sociedad altamente compleja. Además, destaca el sociólogo alemán que, si bien las sociedades industrializadas que germinaron en el siglo XIX dieron luz a un sinnúmero de riesgos, los fenómenos que vivimos en la actualidad no tienen precedentes. Beck argumenta lo siguiente:

A diferencia de todas las épocas anteriores (incluida la sociedad industrial), la sociedad del riesgo se caracteriza esencialmente por una carencia: la imposibilidad de prever externamente las situaciones de peligro. A diferencia de todas las anteriores culturas y de todas las fases de desarrollo social, que se enfrentaron de diversos modos con amenazas, la actual sociedad se encuentra confrontada consigo misma en relación a los riesgos. Los riesgos son el producto histórico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas. De modo que, con la sociedad del riesgo, la autoproducción de las condiciones de vida social se convierte en problema y tema (en primera instancia, de modo negativo, por la exigencia de evitación de los peligros). (p. 237)

Bajo esta inteligencia, si se aceptan las fundadas palabras de Beck, podría decirse que esta fuente de garantía surge de la dinámica en la que se desarrollan nuestras sociedades. Así pues, surge una situación de posición de garante cuando la indemnidad de un bien jurídico depende del control que efectúe una persona sobre un peligro o riesgo preexistente. Por supuesto que, únicamente se configuraría esta posición de garante cuando el omitente sea el encargado de velar que esa fuente de peligro no se desborde y produzca un resultado lesivo, a diferencia de lo que sostiene otro sector de la doctrina que entiende que todos tenemos ese deber especial. A continuación, se expondrá más en detalle cada uno de estos argumentos.

3.3.1. Actuar precedente o injerencia

Esta fuente generadora de un especial deber de actuar ya fue trabajada en el apartado referido a las fuentes formales de la posición de garante. Sin embargo, todavía se podría efectuar algunas consideraciones. Por ejemplo, Muñoz Conde y García Arán (2010) tienen escrito que “quien con una acción ha creado un peligro inminente de un resultado, tiene la obligación de impedir su producción” (p. 247). Lo cual traería a escena otro elemento sumamente importante de la injerencia, y es que solo constituiría una fuente de garante cuando el resultado lesivo sea a todas luces inminente.

En ese punto se debe aclarar que el concepto de inminencia es completamente diverso al concepto de inmediatez, debido a que habría una clara diferencia en términos temporales entre uno y el otro. Así pues, un peligro inmediato parece estar más cerca de lesionar al bien jurídico en cuestión, mientras que un peligro inminente no necesariamente trae aparejado que en términos temporales el peligro se concrete *ipso facto*, sino que, cualquier persona racional desde una perspectiva *ex ante* esté en condiciones de afirmar que ese peligro irremediablemente se traducirá en un resultado. Para esclarecer, nuevamente Muñoz Conde y García Arán (2010) contribuyen con una serie de ejemplos tendientes a explicar mejor esta fuente de garantía, veamos:

[...] quien hace fuego en el bosque para calentarse o para preparar una comida tiene la obligación de procurar que el fuego no degenera en el incendio del bosque, respondiendo del incendio en caso de que se produzca; quien atropella con su automóvil a un peatón tiene la obligación de atenderlo o transportarlo a un hospital y si no lo hace responderá del resultado muerte, si este se produce. (p. 247)

En fin, pese a que se ha reconocido esta fuente de garantía tanto en el derecho positivo, como también así lo ha hecho la doctrina dominante, cabe hacer mención a las críticas que fueron planteadas en el apartado de las fuentes formales de garantía que también dio lugar al análisis de esta figura, pero, además, a dichas críticas se podría sumar alguna otra. De esta manera, aduce la doctrina que admitir sin más esta fuente de garante, es decir, sin exigir nada más que una condición previa para la producción del resultado sería equivalente a reverdecer el viejo *versari in re illicita*. Por tanto, para superar este cuestionamiento, se debe establecer que la posición de garante por injerencia no se funda en cualquier condición previa del resultado, sino que, solo se configurará cuando esta condición previa haya creado un riesgo concreto, verificable, inminente y además que pueda ser dominado por el sujeto en análisis.

3.3.2. Deber de control de una fuente de peligro en estricto sentido

Lato sensu se había dicho que existen ciertos sujetos quienes están obligados a velar que una fuente de peligro no se desborde y produzca resultados lesivos para terceros. Jakobs (1996) suele utilizar la analogía de la “obligación originaria” para dar luz en estos supuestos, en razón de que la precitada obligación consiste en no dañar al resto ni por acción ni por omisión. Veamos los argumentos de Bonn:

La “obligación originaria” tiene, pues, como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización —de la forma que sea— en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición “no dañes”, aparece pues un mandato, que es independiente del deber que señalaba Wolf de “servir de diversa forma a los demás” y cuyo enunciado es: “elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización”. (p. 35)

Hay que destacar que la doctrina tradicional entiende que este deber de control de una fuente de garante no es generalizada ni mucho menos, sino que, es específica para sujetos determinados en situaciones fácticas determinadas. Sin embargo, la vuelta de tuerca que le da Jakobs a este argumento consiste en destacar que dicha obligación debe ser aplicada para la generalidad de ciudadanos, puesto que, para su forma de entender las cosas, todos nosotros estamos en la obligación de llevar a cabo nuestras actividades sin riesgo para el resto de las personas, y esto es consecuencia directa del reconocimiento que tenemos como individuos libres. Así también lo entiende Michael Pawlik (2016) quien en su obra *Ciudadanía y Derecho penal* asegura que “el cumplimiento del deber es el precio de la libertad” (p. 93).

Los ejemplos que da la doctrina para esclarecer esta fuente de garantía están direccionados en el sentido de que quien domina objetos peligrosos, u objetos inocuos pero que manejados erróneamente pueden hacer surgir un peligro, tienen la obligación de ejercer control sobre ellos. Así, por ejemplo, “todo propietario de una casa sabe del mandato de asegurar que las ripias no caigan del tejado; todo dueño de un arma conoce el deber de no dejarla accesible a personas sin autorización [...]” (Jakobs, 1996, p. 35).

Para finalizar, si bien le asiste la razón a Jakobs y a Pawlik sobre que la tarea de cada uno de los ciudadanos es que en el ámbito de su organización no generen o a su vez, controlen los peligros inherentes a sus actividades, también habría que agregar que otro de los fundamentos de la posición de garante es el cumplimiento o incumplimiento de ciertas expectativas sociales que a su vez generan desprotección en los

ciudadanos quienes confían en su correcta ejecución, puesto que cualquier individuo promedio tiende a confiar en que nuestro semejante va llevar a cabo de manera acertada su actividad y es aquella confianza la que nos motiva a ejecutar nuestras actividades, pese a que alguna de ellas resulte riesgosa. Aceptar esta fuente de la posición de garante, más allá de los fundamentos teleológicos esgrimidos, estaría en perfecta armonía con el principio de legalidad, puesto que “dichos deberes se derivan de funciones específicas impuestas legal o contractualmente —o de modo similar, como pacto, delegación o transferencia— o por asunción voluntaria de esas funciones” (Luzón Peña, 2016, capítulo 31, apartado 55).

A continuación, algunos ejemplos para esclarecer este apartado, veamos: todo ciudadano tiene la confianza de que, al subirse a un colectivo, el chofer de este habrá controlado previamente que el vehículo tiene líquido de frenos, que las llantas no están lisas, etc.; en consecuencia, de producirse un accidente en el que se compruebe una desatención o desidia del chofer del vehículo respecto del cuidado que debía darle a esta fuente de peligro, lo más razonable es que responda por un delito en comisión por omisión; asimismo, para los vecinos del barrio existe un derecho a confiar que el vecino que es dueño de unos perros agresivos va a tomar las medidas necesarias para que estos no ataquen a nadie, y si este último desatiende sus deberes de vigilancia y los animales atacan a una persona, bien puede imputarse las lesiones o hasta la misma muerte al vecino omitente.

3.3.3. Responsabilidad por la conducta de otras personas

Bacigalupo (1996) destaca que “entran aquí en consideración la obligación de responder respecto de los peligros creados por otras personas que —de alguna manera— estén dentro del ámbito de influencia del omitente” (p. 231). Entonces, no se trata de que un sujeto tenga la obligación de responder por la conducta de cualquier persona allegada, sea familiar o amigo, sino que, debe existir una especial dependencia de uno respecto del otro, a tal punto, que, si el garante lleva a cabo su tarea de una forma acertada, la persona quien funge como dependiente no habría causado un menoscabo para los bienes jurídicos de otros. Un ejemplo claro de estos supuestos podría ser cuando alguien se encarga del cuidado de personas con déficit mental, puesto que, si un esquizofrénico burla el exiguo cuidado de la persona que se encuentra a cargo y le propina una patada brutal a un niño, aquello podría fundar una responsabilidad en comisión por omisión en contra del obligado a vigilar.

También puede suscitarse este especial deber de vigilancia en el desempeño de tareas laborales, sean estas públicas o privadas, puesto que los administradores, directores, o personas destinadas al control del desempeño, tienen la obligación de controlar que sus subordinados estén operando conforme a derecho. Coadyuva con este criterio Bacigalupo (1996) quien enseña que “esta posición es indudable en el caso de los funcionarios públicos frente a los bienes e intereses del Estado y de los particulares” (p. 232).

Al igual que en las otras fuentes materiales de garantía, tampoco se podría decir que esta fuente quebrantaría el principio de legalidad, puesto que un examen minucioso arroja como resultado que solo se puede obligar a una persona a responsabilizarse por las acciones de otra a raíz de una ley o de un contrato formal o informal. De esta manera, nadie podría objetar que la posición de garantía correspondiente al general de las fuerzas armadas respecto de sus subordinados tiene su asiento en la ley, entendida este en sentido amplio. Por esta razón, tan culpable es el militar de rango inferior que se encarga de entrenar a los reclutas practicándoles vejaciones inadmisibles, como también lo es el militar de rango superior que tenía la obligación de vigilar que su subordinado cumpla a carta cabal con el protocolo de entrenamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrade Castro, J. A. (2011). El delito de omisión. En *Lecciones de Derecho penal Parte general.*: Universidad Externado de Colombia.
- Baumann, J. (1973) *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema.* De Palma editores.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho penal.* Temis.
- Barbosa Castillo, G. (2011). Teoría del delito. Tipo objetivo. En *Lecciones de Derecho penal Parte general.* Universidad Externado de Colombia.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad* (Jorge Navarro, Daniel Jiménez Rosa Borrás, trads.). Paidós.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho penal, introducción y parte general.* Abeledo Perrot.
- Gómez-Aller, J. D. (2006). *Omisión e injerencia en Derecho penal.* Tirant Lo Blanch.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión* (Javier Sánchez Vera, trad.). Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el Derecho penal.* Ad-hoc.
- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión.* Marcial Pons.
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho penal Parte general.* Tirant Lo Blanch.
- Mezger, E. (1958). *Derecho penal, parte general* (Ricardo Núñez, trad.). Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal Parte general.* Novena edición. Reppertor.
- Muñoz Conde, F., García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General.* Tirant Lo Blanch.
- Núñez Paz, M. A. (2016). *Los delitos de omisión. Discusión histórica vigente en torno “al no hacer” desvalorado.* Tirant Lo Blanch.
- Pawlik, M. (2016) *Ciudadanía y Derecho penal.* Atelier.
- Ragués I Vallés, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Bosch.
- Rodríguez Vásquez, V. (2018). Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica. En *LH a Claus Roxin.* Talleres gráficos Iustitia. 91
- Roxin, C. (1976). En el límite entre comisión y omisión. En *Problemas básicos del Derecho penal* (Diego Manuel Luzón Peña, trad.). Reus.
- Roxin, C. (2018). *La imputación objetiva en el Derecho penal.* Grijley.
- edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons.
- Rusconi, M. (2016). *Derecho Penal Parte General.* Ad-Hoc.
- Silva Sánchez, J. M. (2003). *El delito de omisión, concepto y sistema.* Segunda edición actualizada. B de f.
- Schünemann, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia.* Marcial Pons.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General* (Carlos Fontán Balestra, trad.). De Palma Editor.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho penal Parte General.* Ediar.

CAPÍTULO 6: LA TIPICIDAD

Pablo José Castillo Álvarez
Universidad Técnica Particular de Loja
pjcastillo2@utpl.edu.ec

1. Tipicidad

La tipicidad es el segundo elemento de la teoría general del delito, recordando que es fundamental que las personas que se encuentran inmersas en el mundo del derecho realicen un ejercicio lógico y concatenado de cada uno de los elementos, para determinar si ese hecho constituye un delito y por ende se pueda atribuir una responsabilidad penal a esa persona que presumiblemente trasgredió el ordenamiento jurídico; es así que una vez que se determine que el hecho delictivo es considerado como conducta humana, se debe continuar con el estudio de la siguiente categoría dogmática del delito que corresponde a la tipicidad.

La tipicidad nace de la mano de Beling quien desde 1906 la abordó por primera vez; y la fue describiendo en las diversas ediciones publicadas de su obra *Die Lehre von Verbrechen*, en la que explicaba al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito.

El concepto de tipicidad se encuentra descrito en nuestro Código Orgánico Integral Penal en su artículo 25, mismo que establece “los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”

Para Rodríguez (2019) “la tipicidad es un elemento esencial del concepto de delito, que establece la subsumibilidad de una conducta a un tipo penal” (p. 155).

Román y Pacheco (2015) indican “que la tipicidad es la descripción de la conducta o acción seleccionada como prohibida u ordenada, con todos los elementos descriptivos y normativos que se tipifica en la ley penal en cumplimiento del principio de legalidad y de reserva legal” (p. 48).

Gallas (2018) acertadamente expresa que “la acción es típica si se puede clasificar en un tipo, esto es, en una de las descripciones legales del aspecto externo de la conducta punible” (pp. 27, 28).

Muñoz (1999) describe a la tipicidad como “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que dé ese hecho se hace en la ley penal” (p. 31). Peña (2010) define a la tipicidad como la “adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito” (p. 131)

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 numeral 3 reza que “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...”; dicha acepción corresponde al principio de legalidad, principio imperativo en todo estado constitucional de derecho, por lo tanto; solo los hechos tipificados como delitos en el Código Orgánico Penal pueden ser considerados como tales.

Se puede definir a la tipicidad como la adecuación exacta de una conducta o un hecho delictivo, con el que se encuentra definido en la ley. Es decir, es el elemento que permite la identificación y adecuación de la conducta a un tipo penal, siendo el nexo de un hecho a la hipótesis delictiva escrita por el legislador.

Para que exista la tipicidad resulta fundamental que el hecho o la conducta (omisión o comisión) que realizó una persona se adecue a un tipo penal previamente establecido en nuestra norma jurídica, a lo que le conocemos con el nombre de tipicidad objetiva.

Por lo tanto, no toda conducta es típica; como por ejemplo matar a una flor por falta de riego; sin duda alguna ese hecho no puede ser considerado como un delito ya que no es típico, a pesar de ser una conducta humana. Entonces resulta fundamental comprender que la conducta típica es la que se encuentra descrita como infracción penal en nuestro Código Orgánico Integral Penal y que se adecua de forma perfecta; como, por ejemplo:

La persona que mate a otra persona; la persona que sustraiga mediante fuerza o violencia un bien a otra persona.

Para que una conducta sea típica debe ser realizada de forma textual o exacta, a lo que el tipo penal describe y sanciona con una pena; a esto se lo conoce como adecuación de la conducta al tipo.

2. Tipo penal

La tipicidad no se debe confundir con el tipo penal; ya que la tipicidad es la adecuación de un hecho o de una conducta realizada por determinada persona que se acopla perfectamente a un tipo penal; mientras que el tipo penal es la descripción de un hecho delictivo (infracción penal) que se encuentran descritos en la parte especial del Código Orgánico Integral Penal. Sin olvidar que la conducta para que sea típica debe contener todos los elementos del tipo penal, como lo son: los elementos objetivos y subjetivos; en el caso que falte un elemento, la conducta será atípica y por ende no podrá existir delito alguno.

Zaffaroni (2002) indica que el tipo penal es “la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal” (p. 434). Para Bacigalupo (1999), tipo penal “es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma” (p. 220). Osorio (2014) lo define al tipo penal como “la descripción que hace el legislador de una conducta estimada como delictiva” (p. 10). Peña (2010) indica que tipo penal es “la descripción abstracta de la conducta prohibida” (p. 122). Para Encalada (2015), el tipo penal “es un hecho político; la selección y descripción de hechos punibles que hace el legislador [...]” (p. 42)

Al tipo penal se lo debe entender como la descripción de la conducta o a su vez de un hecho delictuoso, obviamente se debe tomar en cuenta que, para ser llamado como tal, debe existir ciertos elementos objetivos y subjetivos, los cuales los analizaremos posteriormente.

El tipo penal es una figura creada por los legisladores y definida en el Código Orgánico Integral Penal como delitos, que describe conductas penalmente relevantes, con el objetivo de tutelar bienes jurídicos y prevenir el cometimiento de conductas delictivas a través de una sanción como medida preventiva.

Por lo que resulta fundamental que para que una conducta humana pueda ser catalogada como típica debe estar prevista en la norma penal con anterioridad al cometimiento del hecho; así como dicha conducta debe adecuarse o subsumirse perfectamente a lo que reza la descripción de la infracción penal descrita en la norma jurídica.

A continuación; mediante un ejemplo se ilustrará lo que corresponde a la tipicidad y al tipo penal:

Tipicidad	Tipo penal
Juan Pérez se entera que su padre le está sustrayendo dinero de la cuenta de ahorros de la compañía, por lo que decide terminar con la vida del mismo, motivo por el que lo invita a un asado y luego cuando está en avanzado estado de embriaguez le increpa sobre el hecho, por lo que procede a atarlo a una silla y le infringe golpes, sin conseguir su objetivo decide obligarlo a tomar un vaso de agua con un veneno para matar animales, lo que le ocasiona la muerte de su padre.	Esta conducta que realizó Juan Pérez se encuadra o se subsume perfectamente al tipo penal de asesinato tipificado en el artículo 140 Numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal. “La persona que mate a otra persona comete el delito de asesinato”. 1.- A sabiendas que es su padre.

Para Plascencia (2004) el tipo penal tiene una triple función:

- Una función de selección de los comportamientos humanos penalmente relevantes;
- Una función de garantía en función que solo los comportamientos subsumibles y adecuados en la norma pueden ser penalmente sancionados; y,
- Una función motivadora, con la descripción típica el legislador le dice a la sociedad cómo debe comportarse, bajo la amenaza de pena si incurriera en las normas prohibitivas. (pp. 94, 95)

Por lo que es trascendental que el legislador tipifique en el catálogo de delitos solamente conductas penales que sean relevantes; así mismo debe estar previamente prevista en la ley; y, finalmente prevenir que las personas cometan hechos delictivos bajo una consecuencia de una pena.

Doctrinariamente a la tipicidad se le ha dividido en tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva; donde constituye el momento oportuno para analizar los elementos constitutivos del tipo penal, esto no solo nos permite comprenderlo íntegramente, sino verificar que el legislador haya considerado cada una de sus partes fundamentales para verificar si el mismo debe existir como tal.

3. Tipicidad objetiva

Para Encalada (2015), la tipicidad objetiva es “la descripción abstracta y genérica de la conducta prohibida, la cual debe ser redactada en la ley de tal modo que los ciudadanos hacia quienes está dirigida la norma puedan comprender, sin lugar a dudas, cuál es el hecho punible” (p. 44)

La descripción de la conducta prohibida se encuentra reflejada en los tipos penales que están descritos en la parte especial de nuestro Código Orgánico Integral Penal; estos tipos penales deben contener imperativamente elementos necesarios; así como también pudiesen contener otros elementos accidentales.

Plasencia (2004) indica que “el tipo debe componerse mayoritariamente de elementos descriptivos que cualquier persona de un entendimiento promedio pueda comprender, como, por ejemplo: matar, robar, lesionar, día, noche, persona, cosa, etc.” (pp. 103-104).

3.1. Elementos necesarios del tipo penal

Un tipo penal está compuesto principalmente por:

- a. Sujeto activo: es la persona que realiza o ejecuta un hecho delictivo de acuerdo con cualquiera de las formas de participación previstas en la ley; y, por ende, lesiona un bien jurídico protegido. El sujeto activo puede ser:
 - Calificado: cuando el tipo penal categoriza a ciertas personas, que solamente las mismas pueden cometer un determinado hecho delictivo.
 - No calificado o simple: Cuando la descripción del tipo penal no exige un determinado cargo, puesto o función, por ende, cualquier persona puede trasgredir el ordenamiento jurídico.

- b. Sujeto pasivo: es la víctima de un hecho delictivo, sobre quien recae la conducta prohibida, contra quien se ha cometido un delito, es a quien se le lesiona un bien jurídico; que a su vez puede ser:
 - Calificado: cuando se requiere de una capacidad especial para ser víctima de este hecho delictivo.
 - Simple o no calificado: cuando no exige determinada calidad, función o cargo, sino que cualquier persona puede ser víctima de ese delito.

A continuación, se encontrará ejemplos de calidades de sujeto activo y sujeto pasivo calificado y no calificado para una mejor comprensión.

Sujeto activo calificado	Sujeto activo no calificado	Sujeto pasivo calificado	Sujeto pasivo no calificado
El artículo 85 del COIP, en el delito de ejecución extrajudicial, exige que quien cometa dicho delito sea un funcionario público o agente del Estado.	El artículo 144 del COIP, en el delito de homicidio, no da una calidad especial a quien ejecute esa conducta, sino que cualquier persona pueda matar a otra persona.	El artículo 141 del COIP, en el delito de femicidio, exige que la víctima de ese hecho delictivo sea una mujer.	El artículo 151 del COIP, en el delito de tortura, no da una calidad especial a la víctima de este delito, por lo tanto, sobre cualquier persona se puede ejecutar esta conducta punible.
El artículo 269 del COIP, en el delito de prevaricato de abogados, exige que quien ejecute ese hecho delictivo sea un profesional en derecho (abogado)	El artículo 186 del COIP, en el delito de estafa, cualquier persona puede cometer este hecho delictivo, ya que el tipo penal no requiere de una calidad especial en cuanto al sujeto activo.	El artículo 167 del COIP, en el delito de estupro, exige que la víctima de esta conducta punible sea una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años.	El artículo 189 del COIP, en el delito de robo, sobre cualquier persona se puede cometer este hecho delictivo, ya que el tipo penal no exige calidad alguna a esta persona.

- c. Verbo rector o conducta: para Barbosa (2002) el verbo rector es “el núcleo del delito; es el comportamiento humano (acción u omisión) con el cual se lesiona el derecho de otra persona; la acción ejecutiva de cometimiento del delito, la cual generalmente está descrita por un verbo: matar, hurtar, abusar, etc.” (p. 218).

El verbo rector, no es otra cosa que un verbo manifestado en cualquiera de sus formas (por lo general infinitivo), que denota la conducta (acción u omisión) que realiza la persona, misma que debe ser indispensable para la realización del delito, es decir, es la conducta prohibida por la ley.

El legislador en el momento de crear tipos penales debe utilizar palabras entendibles y fáciles de comprender para el común general de las personas, para que las mismas puedan ser asimiladas coherente y correctamente; no en vano Muñoz y García (2010), señalan que “deben utilizarse elementos lingüísticos descriptivos que cualquier persona, con un nivel cultural medio, pueda apreciar o conocer sus significados, sin mayor esfuerzo” (p. 256).

Es fundamental que la persona que realiza la conducta típica, cumpla textualmente con lo que el verbo rector indica para cada tipo penal; a continuación me permito ejemplificar algunas conductas en las que se puede visibilizar que se cumple con lo dispuesto por el verbo rector, por ende nos encontraríamos ante un hecho delictivo por lo que se pudiera atribuir una responsabilidad penal a una persona; y, cuando no se cumple con el verbo rector en la conducta ejecutada por la persona, no existe delito.

La conducta cumple con lo preceptuado en el tipo penal respecto al verbo rector	La conducta no cumple con lo preceptuado en el tipo penal respecto al verbo rector
<p>Juan Pérez se entera que su hermano ha mantenido relaciones sexuales con su esposa, por lo que decide terminar con la vida del mismo; para lo cual espera la salida del trabajo de su hermano; y, en una calle desolada procede a recriminarle sobre estos hechos, para posterior tomar un palo de bate e impactarle por cuatro ocasiones en su cabeza, terminando instantáneamente con su vida.</p> <p>La presente conducta se encuadra en lo descrito en el artículo 140 del COIP.</p> <p>Delito: Asesinato: La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de 22 a 26 años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>“A sabiendas, la persona infractora que ha dado muerte a su hermano”.</p> <p>En el ejemplo planteado se adecua el verbo rector a la conducta realizada por la persona de forma textual, que es “matar”.</p>	<p>Jorge Loja, se encuentra en una fiesta y ha consumido alcohol desenfrenadamente; posterior toma su vehículo y se dirige a su casa, una cuadra antes de llegar a la misma se estaciona; y, se queda dormido apoyando su cabeza en el volante; al efecto un agente de tránsito lo despierta y lo lleva detenido aduciendo que se encuentra conduciendo el vehículo en estado de embriaguez.</p> <p>El agente de tránsito ha procedido a citar y detener al señor Loja y su vehículo por conducir su vehículo en estado de embriaguez, cuya disposición legal se encuentra tipificada en el artículo 385 del COIP “la persona que conduzca un vehículo en estado de embriaguez, será sancionada de acuerdo a la siguiente escala...”.</p> <p>En el ejemplo planteado es fundamental establecer que la acción realizada por el agente de tránsito de citar, detener el vehículo y aprehender al señor Loja, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 385 del COIP resulta ilegal, puesto que dicha conducta no se encuadra con lo establecido por el verbo rector del tipo penal.</p> <p>El verbo rector exige que la persona “CONDUZCA” en estado etílico.</p>

Los ejemplos antes planteados permiten comprender lo fundamental del verbo rector y la importancia de que el mismo se cumpla textualmente para poder establecer que se cometió un acto ilícito.

- d. Objeto: continuando con el análisis de los elementos constitutivos del tipo penal se estudia al objeto; el cual se divide en dos partes: el objeto material y el objeto jurídico o también llamado bien jurídico protegido. Objeto material: en el objeto material se hace referencia a la persona o cosa sobre la que recae la conducta, por ejemplo, en el delito de femicidio es el cuerpo de la mujer, en el delito de robo es la cosa sustraída.
- e. Bien jurídico protegido: Para Francesco “la teoría del bien jurídico tiene sus inicios en el siglo XIX y explica que los hechos merecedores de pena son únicamente lesivos” (p. 2). Por lo tanto, bien jurídico es todo lo que nuestra norma tutela o protege, con el objetivo de que dichos bienes no sean lesionados, caso contrario se impondrá una pena como medida sancionatoria cuando los mismos han sido objeto de lesividad.

Así mismo Polaino (2013) define al bien jurídico como “todo valor normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección jurídica” (pp. 136-137).

Por su parte Barbosa (2002) al referirse al objeto jurídico indica “que es el bien jurídico lesionado, el cual fundamenta y da sentido al delito. Los tipos penales están compilados en los Códigos en función del bien jurídico protegido, por ejemplo: de los delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la administración pública, etc.” (p. 218).

Balmaceda (2015) de forma más clara y completa nos define al bien jurídico como:

Bien jurídico penal será la cosa justa abstracta atribuida a un sujeto (individual o colectivo), que no puede, o no podría, ser definida por otras ramas del derecho (ultima ratio) de los ataques graves (fragmentariedad) que está recibiendo o podría recibir — ataques descritos en el tipo— y que, por tanto, el legislador, respetando las defensas previas existentes y ya regladas por las otras ramas del sistema jurídico, por política-criminal ha optado, en un tiempo y circunstancias concretas, por positivarlo o hacerlo positivo, y subsumirlo en un tipo penal del Código Penal, para brindarle las protecciones especiales que esta rama prevé: los que tienen necesidad de protección penal. (p. 44)

Al bien jurídico protegido se lo puede definir como aquellos presupuestos esenciales para la autorrealización de las personas en la sociedad.

Resulta fundamental establecer que si no existe un bien jurídico a proteger no puede existir tipo penal; así como sin lesión o puesta en peligro de dicho bien jurídico protegido no puede haber una conducta típica.

Finamente es importante recalcar cuáles son los bienes jurídicos protegidos; y de acuerdo con lo indicado por la doctrina son todos aquellos derechos que se encuentran consagrados en nuestra Constitución de la República, que debido a su importancia requieren ser protegidos por el derecho penal.

Como por ejemplo la Constitución en su artículo 66 consagra a los derechos de libertad; y, en su numeral 1 reconoce “el derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”. Este derecho es recogido como bien jurídico protegido por el Código Orgánico Integral Penal y a partir del artículo 140 cataloga a los delitos que vulneran la “Inviolabilidad de la Vida”.

f. Elementos no necesarios o accidentales:

Contiene los elementos normativos y valorativos del tipo penal.

- Elementos normativos: se conoce como elementos normativos a las definiciones establecidas en ciertos tipos penales que nos remiten a otras normas jurídicas para comprender su significado o alcance. Como por ejemplo cuando el tipo penal describe el servidor público, la definición de servidor público se la encuentra en la Ley Orgánica del Servicio Público.
- Elementos valorativos: son cuestiones de carácter subjetivo en la que la persona valora de acuerdo con su modo de ver las cosas; o a su vez requiere de otras profesiones para entender el significado de las palabras descritas en el tipo penal; como, por ejemplo, actos de naturaleza sexual, tengo que remitir a la medicina para comprender de mejor manera dicho significado.

A continuación, se tomará como referencia el tipo penal de robo descrito en el artículo 189 del COIP para realizar la extracción de los elementos objetivos del tipo penal, para una mejor comprensión: art. 189 Robo:

La persona que mediante amenazas o violencia sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

- Sujeto activo: no calificado o simple, cualquier persona puede cometer este ilícito.
- Sujeto pasivo: no calificado o simple, cualquier persona puede ser víctima de este hecho delictivo.
- Verbo rector: sustraer o apoderarse de cosa mueble ajena.
- Objeto material: la cosa robada.
- Bien jurídico protegido: la propiedad.
- Elementos normativos: cosa mueble ajena, cuya descripción se la encuentra en el Código Civil.
- Elementos valorativos: no existen en este tipo penal.

97

4. Tipicidad subjetiva

La tipicidad subjetiva hace referencia a la intencionalidad con la que el sujeto activo realice su conducta, si lo ejecuta con voluntad e intencionalidad responderá bajo la figura de dolo; y, si lo realizó sin intención de querer el resultado responderá bajo la figura de culpa.

Se debe recalcar así mismo que una misma conducta no puede responder a las dos modalidades antes indicadas; o sea no puede juzgarse como dolo y culpa ya que la una necesariamente excluye a la otra.

A continuación, se analizará al dolo y a la culpa como elementos subjetivos esenciales de la tipicidad, conforme lo prevé la escuela finalista, que es la aplicada por nuestro ordenamiento jurídico.

4.1. Dolo

Para Rodríguez (2019), dolo es “el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos del tipo, de manera que se produce un resultado conocido y deseado por el autor” (p. 182). Mientras que Encalada (2015) al referirse al dolo indica “el dolo tiene como finalidad la realización del tipo objetivo, para lo que se requiere de dos elementos, uno cognitivo y otro volitivo” (p. 52).

Parma (2016) al referirse al dolo, nos indica que el mismo se encuentra “situado en la tipicidad, y que es el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo” (p. 16).

La actual definición del Código Orgánico Integral Penal establece en su artículo 26 que “actúa con dolo la persona, que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta”.

Por lo tanto, continuado con la línea de lo que establece nuestro COIP y a lo que hace referencia la doctrina es fundamental establecer que para que una conducta sea considerada como dolosa, la persona debe actuar con conocimiento y voluntad de querer un resultado, mismo que es deseado por el autor. Por lo que el dolo lleva implícito dos elementos (volitivo y cognitivo). Deduciendo dichos elementos implícitos del dolo se lo puede describir, como el conocer y querer, la persona que realiza el hecho conoce los elementos objetivos del tipo y quiere realizar la conducta.

Es fundamental indicar que, según lo indicado en nuestro ordenamiento jurídico, todo delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal es de carácter doloso, con excepción de los que se indique en el mencionado cuerpo legal como culposos; y, que por lo tanto deberán cumplir con lo preceptuado expresamente en el tipo penal para poder ser sancionados como tal.

4.2. Clases de dolo

La doctrina ha realizado una clasificación del dolo y lo ha dividido en dolo directo, dolo indirecto o de consecuencias necesarias; y, el dolo eventual; esta clasificación a la que se hace referencia es fundamental abordarla para materia de estudio; sin perjuicio de ello en nuestra norma penal no existe diferencia en la clasificación del dolo; así mismo cuando los administradores de justicia emiten sus resoluciones, la clasificación del dolo no afecta en el momento de la imposición de la pena prevista para cada tipo penal.

Muñoz (2008), referente a las clases de dolo nos indica que “según sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual o volitivo, se distingue entre dolo directo y eventual” (p. 44).

4.2.1. Dolo directo

El dolo directo o también llamado dolo de primer grado, se efectúa cuando la persona quiere directamente la producción del resultado típico; y, por ende, se ocasiona el resultado querido. Por lo tanto, en el dolo directo existe voluntad más conocimiento por parte del autor.

Polaino (2013), al referirse al dolo directo indica que: “existe cuando el autor persigue la realización del delito, es decir, demuestra su resolución inequívoca tendiente al fin delictivo”. (p. 102)

El dolo directo implica que exista la intención, conciencia y voluntad de cometer un delito, por ende, de lesionar o dañar a un bien jurídico protegido.

4.2.2. Dolo indirecto

El dolo indirecto o también llamado dolo de segundo grado, o de consecuencias necesarias, es aquel, en el que la persona considera que el resultado típico está acompañado de consecuencias inevitables, asumiéndolas como necesarias.

En el dolo indirecto existe el conocimiento más la voluntad por parte del autor del hecho. Para Encalada (2015) en el dolo indirecto “el agente no tiene la voluntad directa que se produzca el resultado, pero lo acepta como una consecuencia necesaria de su acción” (p. 54)

Polaino (2013) nos indica que en esta clase de dolo “el autor no persigue, no tiene la intención específica y dirigida de causar un daño, pero sabe con absoluta seguridad que lo va a producir, es decir, no persigue el delito específico, pero conoce que su conducta se adecuará a un delito (p. 103)

En esta clase de dolo el agente quiere cometer un resultado típico contra un determinado bien jurídico; pero tiene el conocimiento pleno que con ese hecho va a lesionar otros bienes jurídicos; y por lo tanto acepta como tal el resultado a producirse.

4.2.3. Dolo eventual

El dolo eventual también conocido como dolo condicionado, es aquel en el que la persona representa el hecho típico como posible que pudiese llegar a ocurrir, no obstante, muestra un desinterés por el bien jurídico

protegido y actúa aceptando dicha posibilidad.

En el dolo eventual existe el conocimiento, más la no voluntad, más asumir las consecuencias de la producción de un resultado por parte del autor del hecho.

Polaino (2013) nos indica que “es un dolo en el que el resultado no es seguro e inevitable, sino únicamente posible o eventual y, así el autor lo acepta en el caso que el resultado se produzca (p. 103).

Para Encalada (2015) “el agente se plantea como probable consecuencia de su acto, pero acepta el resultado” (p.54).

Una vez revisada la clasificación doctrinaria de las diferentes clases de dolo, se ilustrará a través de un ejemplo cada uno de ellos para una mejor comprensión de la teoría:

Dolo directo o de primer grado	Dolo indirecto o de segundo grado	Dolo eventual o condicionado
Pedro quiere matar a Jaime y dispara contra su humanidad, consiguiendo su resultado.	Pablo quiere matar a Jorge, quien va con su familia en su vehículo, motivo por el cual coloca una bomba dentro del vehículo, al estallar la misma produce la muerte de las personas que se encontraban dentro del vehículo. Pablo no pretendía matar a la familia de Jorge, sin embargo, acepta el resultado de su actuar.	Martín coloca una bomba por la noche en un lugar inhabitado o desolado, tiene conocimiento que si alguna persona pasa por el lugar al momento que la bomba explota se va a ver afectado, sin embargo, no lo hace con intención directa de matar a nadie.

5. Culpa

El artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal define a la culpa indicando que “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este Código”.

Bustos (2008), refiriéndose a la culpa indica:

Atendiendo a las normas penales como protectoras de bienes jurídicos, tenemos que la forma básica de protección es la prohibición de acciones u omisiones tendientes a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos; estos son los delitos dolosos. Sin embargo, debido a la importancia de determinados bienes jurídicos como la vida o la salud, los Estados se han visto en la necesidad de ampliar dicha protección, no solo prohibiendo esos actos tendientes a la lesión o puesta en peligro, sino sancionando a quienes han afectado esos bienes jurídicos producto de su falta de cuidado. A estos se los llama delitos culposos. (p. 642)

Para Muñoz (2008), refiriéndose a los delitos culposos indica que “se los conoce también como delitos imprudentes o negligentes, estos tienen dos elementos fundamentales: la acción culposa y el resultado que ella ha causado” (p. 56).

Rodríguez (2019), indica que:

La culpa o imprudencia (son jurídicamente sinónimos) tiene su sustento en la infracción al deber objetivo de cuidado que establece cada tipo penal, es decir, como vimos, todo delito en nuestro sistema es doloso, a excepción de aquellos delitos que se señalen como culposos en la ley, no obstante, no basta con decir que delito culposo es aquel en el cual se lesiona un bien jurídico protegido sin intención, sino que, como en el dolo, existe más de una clase de culpa. (p.201)

Las personas en nuestro diario vivir nos encontramos expuestos a un sinnúmero de peligros cotidianos que pueden lesionar o dañar un bien jurídico protegido; pero que sin embargo la sociedad los acepta por ser parte de la normal convivencia; sin que esto implique exceder el riesgo permitido tolerable; por ejemplo, en

el transporte terrestre es imposible evitar que se produzcan accidentes, pero a través de la legislación se ha pretendido en la medida de lo posible prevenir que no sucedan, tipificando conductas como la prohibición de exceso de velocidad, controles periódicos a los automotores, obligando a los conductores y peatones a observar las señales de tránsito, señalizando correctamente las vías.

Los delitos culposos se ejecutan cuando la persona por acción u omisión ha infringido su deber objetivo de cuidado, sea por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de la ley.

Es fundamental indicar que de acuerdo con lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal solo los delitos que se encuentren tipificados como culposos pueden ser juzgados como tal; es así que no puede sancionarse como un hecho punible culposo, el cohecho culposo, el peculado culposo, puesto que estos tipos penales no existen en nuestra norma penal; pero si se puede sancionar hechos punibles culposos, como el homicidio culposo, las lesiones culposas, puesto que las mismas si se encuentran establecidas como tal en la norma penal; con esto protegiendo bienes jurídicos fundamentales como son la vida y la salud, que pueden ser inobservados por el agente debido a su falta de deber objetivo de cuidado.

5.1. Clases de culpa

Los delitos culposos se dividen de acuerdo con la previsibilidad del resultado, en culpa consciente y culpa inconsciente.

5.1.1. Culpa consciente

Barja (2018) al referirse a la culpa consciente indica que esta “exige que el sujeto tenga conocimiento del peligro abstracto por su acción y que, pese a ello, haya actuado. El sujeto tiene conocimiento del peligro abstracto y podía conocer (aunque no lo conoció) el peligro concreto” (p. 573).

Para Encalada (2015), describe a la culpa consciente “cuando el sujeto actúa con representación del resultado. Es decir que a pesar de haber previsto el peligro de su actuar culposo o imprudente, este lo realiza (p. 61).

Rodríguez (2019), al abordar la culpa consciente la define indicando que es aquella en que “el autor no quiere ni acepta el resultado lesivo alguno, pero lo pudo prever y pese a ello, infringiendo el deber objetivo de cuidado, produce un resultado lesivo ni querido ni aceptado” (p. 210).

Es aquella en que la persona guiada por las circunstancias o sus capacidades personales confía en que el resultado típico a pesar de sus posibilidades no se producirá.

La culpa consciente existe cuando hay conocimiento, más no voluntad, más confianza en la producción del no resultado por parte del autor.

5.1.2. Culpa inconsciente

Para Encalada (2015), la culpa inconsciente se manifiesta cuando “el sujeto actúa sin representación del resultado. No sabe de las consecuencias que pueden tener sus actos. Estos se los conoce como actos negligentes” (p. 61).

Rodríguez (2019), al referirse a la culpa inconsciente indica que “el autor no quiere ni acepta resultado lesivo alguno, no lo pudo prever y, pese a ello, infringiendo el deber objetivo de cuidado, produce un resultado lesivo ni querido, ni aceptado” (p. 210).

Barja al referirse a la culpa inconsciente indica que:

El autor desconoce el peligro que genera su acción. No conoce ni el peligro concreto ni el peligro abstracto. La desvalorización de la acción llevada a cabo por culpa inconsciente (le calza mejor la palabra imprudencia) se realiza en función de que el sujeto tuviese o no la posibilidad y la obligación de conocer el peligro, de manera que estaremos frente a este tipo subjetivo si el sujeto en sus propias circunstancias (y en las circunstancias del hecho) pudo y debió conocer el peligro de su acción. Es, por consiguiente, un problema de previsibilidad individual. (p. 574)

En la culpa inconsciente la persona no se representa ni advierte el peligro de su acción, ni menos aún quiere el resultado lesivo típico.

Por lo tanto, en la culpa inconsciente existe el no conocimiento, más la no voluntad.

A continuación, para un mejor entendimiento de las definiciones antes indicadas, se ejemplificará algunas conductas que se adecuan a la culpa consciente y a la culpa inconsciente.

Culpa consciente	Culpa inconsciente
Juan maneja a exceso de velocidad por la autopista Rumiñahui confiado en que no transitará peatón alguno; y que además domina a la perfección su moto ya que es corredor profesional; pero lamentablemente Polibio cruza la autopista y es accidentado por Juan de forma abrupta, lo que le produce su muerte.	Joaquín quien es salvavidas en una playa se encuentra trabajando, pero por lo sofocante del clima se queda dormido y no salva a la persona que se encuentra bañándose en el mar que se está ahogando.

Se debe recalcar que al igual que en los delitos dolosos, los delitos culposos cuando son juzgados por parte de los administradores de justicia, la sanción que conllevan no implica una mayor severidad en cuanto a la clase de culpa con que se cometió la infracción, puesto que nuestra ley penal no lo estipula de esa manera.

Así mismo es fundamental establecer que un hecho catalogado como delito puede ser doloso o culposo, pero jamás será doloso y culposo.

6. Teoría del error

Para Suárez (2002), “el error es la creencia equivocada o juicio falso de que algo es real o verdadero; es la no coincidencia entre el mundo ideal y el real, entre lo que se piensa que es y lo que en realidad es” (p. 249).

El error según el diccionario de la Real Academia Española (2019), “es un concepto equivocado o juicio falso, siendo una acción realizada de manera desacertada y jurídicamente lo manifiesta como un vicio de consentimiento dado por una cosa hecha erradamente, pero actuando de buena fe, anulando así, el acto jurídico porque el error afecta lo esencial del objeto”.

El error se configura cuando el agente que comete la infracción conoce el elemento previsto por el tipo penal, pero tiene una equivocada percepción de lo percibido por los sentidos.

El error es tener una percepción falsa o pensamiento errado de la realidad, que en el ámbito jurídico pudiese eximir la responsabilidad jurídica de una persona, por el motivo que el error parte de la equivocación, de esta forma extinguiendo la voluntad.

El error se clasifica en error de hecho o error *facti* y error de derecho o error *iuris*. Donde, el error de hecho es una percepción errada de la realidad y el error de derecho es el desconocimiento de la norma.

En el estudio de la teoría del delito es imperioso conocer y establecer, que al error de tipo o error de hecho se lo aborda en la tipicidad, mientras que al error de prohibición o error de derecho en la culpabilidad.

Por lo tanto, el error no es más que la falsa apreciación que se tiene de la realidad.

6.1. Error de tipo

Roxin (1997), al referirse al error de tipo indica que:

Este error recae sobre los elementos objetivos del tipo, es decir sobre el sujeto activo, pasivo, la conducta, el bien jurídico, los elementos normativos, valorativos o las restantes circunstancias que complementan el tipo. El error afecta al elemento intelectual del dolo. (pp. 458-459)

Welzel (1956), al error de tipo lo define:

Se presenta como la negación del dolo. La ubicación del dolo como elemento subjetivo del tipo, y la afirmación de que el dolo requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo nos permite edificar la teoría del error de tipo. Cuando el autor ignora o yerra por conocimiento equivocado de un elemento objetivo del tipo desaparece el dolo y hay ausencia de la tipicidad. Se asimilan el error y la ignorancia. (p. 82)

Para Román y Pacheco (2015), el error de tipo es:

La consecuencia negativa del dolo, ya que elimina su elemento cognoscitivo por lo cual al autor del delito no se

le podrá imputar el delito a título de dolo. Es la falta de conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o por ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo. (p. 64)

Una definición clara y precisa del error de tipo está descrita en el Código Orgánico Integral Penal, misma que reza que “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 de 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”

Nuestra legislación como la doctrina hacen referencia que la persona que cometa un hecho penalmente relevante debe conocer los elementos objetivos que conforman el tipo penal, ya que cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de estos afecta en la tipicidad, excluyendo en su totalidad al dolo, ya que, el error afecta al aspecto cognitivo del mismo y, por lo tanto, no existiría infracción penal.

Dentro del concepto de error de tipo se incluyen dos presupuestos el error y la ignorancia.

- Error: confluente el error cuando el agente que va a cometer una acción tiene conocimiento del elemento previsto por el tipo objetivo, pero a su vez tiene una equivocada percepción de lo percibido por los sentidos.
- Ignorancia: la ignorancia es la ausencia total del conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo.

Para una mejor comprensión del error de tipo, es fundamental ilustrarlo, para lo cual Agudelo (2007), nos describe el siguiente ejemplo:

La enfermera que cree que está inyectando una medicina, cuando en realidad el enemigo de la víctima ha colocado veneno en vez de medicina. En este caso la enfermera actúa por error, pues si bien producto de su acción está matando a una persona, ella pensaba que estaba inyectando una medicina y no un veneno. Por tanto, la enfermera no ha realizado un acto típico de matar, su acción final fue de inyectar la medicina, la conducta entonces es atípica” (p. 59).

Con el ejemplo antes señalado se puede verificar lo señalado por la doctrina y la norma penal, ya que el error en el que cayó la enfermera, al desconocer uno de los elementos objetivos del tipo penal, elimina el dolo, por lo que dicha conducta no es típica, por ende, no es punible.

6.2. Clasificación del error de tipo

Según lo establecido en nuestro Código Orgánico Integral Penal y en la doctrina el error de tipo se clasifica en vencible e invencible.

6.2.1. Error de tipo vencible

Román y Pacheco (2015), al referirse al error de tipo vencible afirman que “el sujeto hubiera podido actuar mejor, teniendo la precaución debida; en esta clase, el sujeto no actúa con dolo, pero si hay culpa y esta se tiene que comprobar, si ha actuado con imprudencia” (p. 68).

Zaffaroni (2002), sobre el error de tipo vencible indica:

El error de tipo será vencible en el caso, que el sujeto aplicaba el cuidado debido, podía salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero no por dolo. Cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa. (p. 533)

Nuestro Código Orgánico Integral Penal señala que: “Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe”.

El error de tipo vencible es cuando el error pudo ser evitado o salvado con la atención debida y alguna diligencia, extinguiendo la existencia de dolo en la conducta, pero permaneciendo la responsabilidad por delito culposo si está tipificado, siendo punible la conducta.

Respecto a este error se debe tomar en cuenta que no en todos los casos de error de tipo vencible, la conducta siempre será sancionada por culpa, sino solamente cuando el delito así lo señale; como por ejemplo, en las lesiones culposas, accidentes de tránsito culposos, homicidio culposo; pero no se puede sancionar a una persona indicando que ha existido error de tipo vencible en conductas descritas en la ley penal como dolosas; como por ejemplo, violación, peculado, lavado de activos, cohecho, enriquecimiento ilícito, femicidio, etc., ya que estos tipos penales no se encuentran descritos en la norma como culposos. Por lo que la conducta (acción u omisión) que realice una persona solamente será punible si se encuentra tipificada bajo la modalidad de culposa en el Código Orgánico Integral Penal.

6.2.2. Error de tipo invencible

Para Merino (2014), el error invencible se da “cuando no existe la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva, no valorativa, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en falta de apreciación” (p. 213).

El error de tipo invencible se encuentra estipulado en el Código Orgánico Integral Penal: “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”.

Al respecto Román y Pacheco (2015), indican que el error invencible tiene como consecuencia que “excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia, ya que el sujeto ha puesto toda diligencia que corresponde para la actuación concreta” (p. 242).

El error de tipo invencible se configura cuando no existe forma de evitar el error, aun habiendo observado todas las precauciones y cuidados necesarios para que no ocurra, lo que provoca que no haya ni dolo ni culpa, por lo tanto, no existe responsabilidad penal ya que excluye a la persona que lesione o dañe a un bien jurídico, por lo que la conducta se vuelve atípica.

La doctrina ha tratado de delimitar cuando una persona actúa bajo un error de tipo vencible o error de tipo invencible; es así que connotados tratadistas del derecho como Roxin, Zaffaroni, Zambrano, Rodríguez, Parma, Albán, entre otros, indican que lo que diferencia a cada uno de los errores es la debida diligencia con la que debe actuar el sujeto.

A continuación, se ejemplificará el error de tipo vencible e invencible para una mejor comprensión:

Error de Tipo vencible	Error de tipo invencible
<ul style="list-style-type: none"> Jorge incursiona en la caza de venados; así como a manejar armas para cazar de dichos animales, motivo por el cual asiste a un evento de caza y empieza a jugar con su pistola, misma que se le cae al piso y se dispara accidentalmente, matando a una persona. <p>En el ejemplo planteado sin duda alguna nos encontramos ante un error de tipo vencible, por cuanto si bien Jorge no conocía que estaba matando a una persona, podía haber evitado el error al haber tenido un mayor cuidado con el manejo de dicha arma.</p> <p>Por lo tanto, si bien la conducta de Jorge no es dolosa, persiste la culpa y el autor debe ser sancionado por delito de homicidio culposo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Juan quien tiene 20 años va a una discoteca en la noche y encuentra a una señorita tomando alcohol y disfrutando del lugar, al efecto se conocen entablan amistad preguntándole su edad, quien le indica que tiene 21 años para lo cual le muestra su cédula y Juan corrobora dicha edad, posterior se dirigen a un hotel y mantiene relaciones sexuales; luego los padres de la señorita la buscan y la encuentran en el hotel con Juan, por lo que lo acusan de violación ya que la verdadera edad de la señorita es de 13 años. <p>En el ejemplo planteado nos encontramos ante un error de tipo invencible, puesto que la señorita para ingresar a la discoteca presenta una cédula adulterada en la que supuestamente aduce tener 21 años permaneciendo hasta altas horas de la noche en el lugar, para luego dirigirse a un hotel; además anatómica y físicamente la misma aparenta una mayor edad de la que realmente tiene, por lo tanto, Juan cree en su palabra de que es mayor de edad; así como se confía de su constitución física, lo que sin duda alguna le produce caer en un error.</p> <p>Esta conducta se constituye atípica y por lo tanto no pudiese existir responsabilidad alguna en contra de Juan.</p>

El error de tipo que se encuentra previsto en el Código Orgánico Integral Penal dentro de la tipicidad, es una figura jurídica relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico, pero que en la doctrina la ha tratado desde tiempos remotos; y, cuya función en concordancia con el derecho penal moderno es establecer la verdadera responsabilidad del autor por haber lesionado o dañado un bien jurídico; y, con esto poder atribuir una responsabilidad penal, o a su vez no ser objeto de responsabilidad por encontrarnos ante una conducta atípica por haber existido un error de tipo.

Finalmente es importante recalcar que no toda lesión o daño a un bien jurídico será objeto de sanción penal; así, cuando nos encontramos ante un error de tipo invencible debidamente comprobado, será considerado como una conducta atípica, por lo tanto, no será objeto de sanción penal; y, si es un error de tipo vencible persistirá la responsabilidad a manera de culpa; siempre y cuando exista el tipo penal culposo descrito en el Código Orgánico Integral Penal.

Conclusiones

La tipicidad y el tipo penal no son sinónimos; la tipicidad es la conducta que realiza la persona, misma que se adecua perfectamente a un tipo penal en particular; el tipo penal, es propiamente la descripción de un hecho delictivo (infracción penal) que se encuentra descrita en el Código Orgánico Integral Penal.

La tipicidad se divide en tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva; en la tipicidad objetiva se enmarcan los elementos objetivos del tipo penal que son: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, objeto material, elementos descriptivos, bien jurídico protegido; y, en la tipicidad subjetiva se estudia al dolo y a la culpa; dichos elementos deben estar presentes en una conducta (acción u omisión) para poder atribuir una responsabilidad penal por una infracción.

Cuando exista un delito y el mismo pueda ser atribuible a una persona, se lo debe juzgar por infracción dolosa o culposa; pero jamás la misma infracción podrá ser dolosa y culposa.

El error de tipo es una figura jurídica instaurada en nuestro Código Orgánico Integral Penal dentro de la tipicidad, que cuando se comprueba que la persona que lesiono o daño un bien jurídico actuó por error o por ignorancia elimina el dolo en su actuar.

El error de tipo se clasifica en vencible e invencible; cuando se establece que el error de tipo es invencible no existirá responsabilidad penal alguna en contra del sujeto; mientras que si el error de tipo es vencible se lo deberá juzgar como infracción culposa, siempre y cuando exista el tipo penal como tal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo, N. (2007). *Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito*. Temis.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General* (Segunda edición). José Luis de Palma.
- Balmaceda, J. (2015). Bien Jurídico Penal Contenido Procedimental y Nuevo Contenido Materia. *Revista de Investigación Jurídica, Doctrina, I*. IUS.
- Barbosa, G. (2002). Teoría del Delito. Tipo Objetivo. En *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Universidad Externado de Colombia.
- Barja, J. (2018). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición. Thomson Reuters
- Bustos, J. (2008). *Derecho Penal. Parte General. Obras completas*. Jurídica del Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Encalada, P. (2015). *Teoría Constitucional del delito. Análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal, Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Francesco, A. (2008). II Problema del Bene Giuridico. *Rivista Italiana di Diritto Penale*. Giuffrè.
- Gallas, W. (2018). *La Teoría del Delito en su momento actual*. B de F.
- Merino, W. (2014). *Derecho Penal Parte General. Estudio Aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. Primera edición. Jurídica del Ecuador.
- Muñoz, F. (1999). *Teoría General del Delito*. Temis.
- Muñoz, F., (2008). *Teoría General del Delito*. Temis.
- Muñoz, F. y García, M. (2010) *Derecho Penal Parte General*. Octava edición. Tirant Lo Blanch.
- Osorio, C. (2014). *Teoría del caso y cadena de custodia*. Porrúa.
- Parma, C. (2016). *Teoría del Delito. Límites de la autoría y participación criminal, error, delitos de peligro, escuelas, tentativa*. Jurídicas de Santiago.
- Peña, O., (2010). *Teoría del Delito. Manual práctico para su aplicación en la Teoría del Caso*. Biblioteca Nacional de Perú. 106
- Plascencia, R. (2004). *Teoría del Delito*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Polaino, M. (2013). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo I y II*. Tecnos.
- Real Academia Española. (2019), *Diccionario de la Lengua Española*. Edición del Tricentenario.
- Rodríguez, F. (2019). *Curso de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Teoría del Delito*. Cevallos Librería Jurídica.
- Román, A. y Pacheco, M. (2015). *Teoría del Delito en el Ecuador*. El Forum Editores.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del Delito*. Civitas.
- Suárez, A. (2002). Aspecto negativo de la tipicidad. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Universidad Externado de Colombia.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Roque de Palma.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

CAPÍTULO 7:

LOS ASPECTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

Emma Patricia Pacheco Montoya
Universidad Técnica Particular de Loja
 eppacheco@utpl.edu.ec

Introducción

Dentro del estudio de la estructura del delito, es fundamental conocer sobre la tipicidad, y dentro de esta, conocer lo que es el tipo penal. Y claro, establecer las diferencias existentes entre estas dos figuras jurídicas, ya que la tipicidad es la conducta humana que se adecúa al tipo penal, y de esa adecuación dependerá si existe o no delito.

Por lo tanto, entonces, para cumplir con uno de los principios del derecho penal como es el de legalidad debemos partir del conocimiento del tipo penal y sus características pues de esto depende la correcta valoración de las hipótesis jurídicas y de los injustos penales.

El tipo penal “pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito; es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito” (López, 2015, p.118), criterio similar al expresado por Ossorio (2002) para quien el tipo penal es el conjunto de elementos constitutivos de un delito establecido en la norma legal, es decir comprende las características y particularidades de una acción u omisión que configuran cada infracción penal y la pena que le corresponde; al respecto nuestro Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) contempla en su art. 18 lo siguiente respecto a la infracción penal: “Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (COIP, 2014), y es con base a este enunciado general que luego encontramos una serie de conductas señaladas como infracciones penales y determinadas como delitos o contravenciones según la clasificación de gravedad dada por el legislador.

Respecto a los tipos penales, nuestra normativa (COIP, 2014) señala que estos “describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” (art. 25) conductas que pueden ser de acción o de omisión (art. 22). Si bien es cierto, los tipos penales constan en los cuerpos normativos, y su texto rige estático, atemporal, impersonal para todos, el momento que sucede un hecho que atenta contra un bien jurídico protegido es necesario identificar el acto realizado por el ser humano con esa hipótesis que el legislador la señaló como un delito o contravención, y es entonces cuando se hace necesario establecer a más de los elementos objetivos o normativos que se refieren a las personas, lugares, objetos, situaciones, etc., a los elementos o aspectos subjetivos que lo componen; es decir a aquellos elementos que no son perceptibles a simple vista, pero que encierran la razón de ser del hecho atentatorio contra el bien jurídico protegido y que se refieren a las motivaciones, a la voluntad, a la intención que llevó al individuo a realizar el acto.

Por lo que como aspectos subjetivos del tipo penal se señala al dolo y a la imprudencia, a esta última se la identifica en nuestra legislación como culpa, respecto de los cuales nos referiremos en adelante.

1. El dolo

El dolo entendido como este criterio subjetivo de intención al actuar, no es nuevo dentro del estudio del derecho penal. Los primeros vestigios que tenemos sobre normativa se remontan a los Babilonios en el año 2270 a. C. con las estelas que conocemos como el Código de Hammurabi que contiene 282 leyes, donde se esbozan normas de diferentes materias y entre ellas, normas penales con sanciones que establecen hasta la pena de muerte y el conocido “ojo por ojo y diente por diente” o Ley del Talión; y donde se distinguen entre agresor y víctima, claro está siempre partiendo de la distinción primordial entre hombres libres y esclavos, que era fundamental para la aplicación de las sanciones.

En este Código no se menciona al dolo de forma expresa, pero si existen valoraciones subjetivas respecto a los elementos del delito, sobre todo en cuanto al conocimiento como determinante para establecer la culpabilidad del autor y la responsabilidad penal. Como ejemplo de esto tenemos lo manifestado en la ley 206 (golpes y heridas durante riña) y ley 267 (accidente en el establo por falta cometida por el pastor).

Ley 206: en este caso el atacante debía jurar no haberlo herido a sabiendas y pagar los gastos médicos; con lo cual se evidencia que se valoraba el juramento del acusado de haber actuado sin conocimiento de causa y sin intención, por lo cual su sanción sería una pena pecuniaria. Ley 267: aquí el pastor estaba en la obligación de compensar al dueño por el daño causado ante la imprudencia cometida.

Respecto a los griegos es importante mencionar la distinción que en el Código de Draco en el siglo VII a. C. se hacía con relación a los diferentes tipos de homicidio, pasando por el homicidio premeditado, bajo provocación, por legítima defensa y en competencia atlética o involuntario; con lo que es evidente que se valoraba la intención al momento de realizar la acción.

Mención especial merece Aristóteles quien plantea la responsabilidad por las malas acciones cometidas voluntariamente, así como señala a la ignorancia como eximente de responsabilidad, siempre desde un criterio moral (axiológico), lo que expresa a través de los principios expuestos en su obra *Ética para Nicómaco*; no se puede desconocer la influencia que el pensamiento aristotélico ha tenido y tiene hasta nuestros días en las diferentes ramas del conocimiento, lo cual también era evidente en el derecho penal (Sánchez- Málaga Carrillo, 2017).

Desde la antigua Roma se conocía al dolo (*dolus malus*), como un delito independiente, era un delito pretorio e incluso tenía una acción propia la *actio de dolo* concedida por Octavio en el año 80 a. C. por el valor del perjuicio sufrido, a la cual se recurría como último recurso ante la infamia; esta acción incluso podía ser interpuesta contra los herederos del causante del engaño malicioso, esto a pesar de que en el derecho romano no existía la transmisibilidad de las acciones penales. Como contraparte a esta acción también se podía plantear la *exceptio doli* por el demandado en caso de que el demandante hubiera actuado de mala fe (Solarte, 2004).

Posteriormente en las Institutas de Justiniano se hace mención implícita a los elementos subjetivos del delito, cuando en el Libro IV que se refiere a las “obligaciones que nacen de un delito” se señala que para que se configure un delito de robo debe existir la intención de robar y el conocimiento de que el acto que comete es un robo. De igual forma cuando se refiere a la “Ley Aquila” se indica que para responder por la muerte de un esclavo o de un cuadrúpedo esta muerte debe haberse realizado por dolo o fraude; incluso distinguían entre dolo y culpa, de forma tal que no había responsabilidad por las muertes realizadas “por acaso” ni por impericia, ya que estas dos situaciones se consideraban como culpa y como tal no eran castigadas. En el caso de las injurias también se distinguía entre culpa y dolo, recayendo la responsabilidad en aquel que con dolo ha actuado directamente o a influenciado en la actuación de otro.

El derecho romano influyó notablemente en la construcción del derecho en la Edad Media, incluso el surgimiento de los glosadores volvió vigente a las Leyes de Justiniano (*Corpus Iuris*), y en el caso del dolo se mantuvo la idea de su existencia solamente en los casos de intención directa. Posteriormente los *post glosadores* o comentaristas (siglo XIII) ampliaron el concepto del dolo y se habló de un dolo indirecto ante hechos no intencionales que no pudiendo ser señalados como culposos, eran atribuibles al autor.

En el siglo XIV coexistían el derecho canónico y el derecho romano; el derecho penal canónico giraba en torno al concepto de culpa, que se desprendía del libre albedrío que tiene el individuo para actuar y elegir entre realizar o no el delito o el pecado; y como tal la responsabilidad es personal por los actos cometidos.

Con la llegada del humanismo (siglo XV), el derecho se alejó del *Corpus Iuris* de Justiniano y se da paso a el desarrollo de nuevas teorías, en el caso concreto del dolo se plantean teorías sobre el dolo indirecto por Santo Tomás, Bartoli, Diego de Cavarrubias, Benedikt Carpzov; cada una con sus particularidades propias buscaban identificar aquellas conductas que lesionaban un bien jurídico pero cuya voluntad no estaba dirigida directamente hacia dicha lesión; incluso se proponen distinción en cuanto a las sanciones como es el caso de Covarrubias para quien el dolo indirecto merecía un castigo menor que el dolo directo.

El derecho positivo surge a inicios del siglo XIX y las teorías sobre el derecho penal en general son

múltiples y con variadas orientaciones, por lo que el dolo no se aleja de todas estas discusiones, que buscan explicar por ejemplo desde el punto de vista psicológico la representación y voluntad del sujeto para realizar una acción, como es el caso de Feuerbach (redactó el Código Penal alemán de 1813); están también las propuestas dogmáticas que tratan de explicar al dolo desde una concepción volitiva (consentimiento) o desde una concepción cognitiva. O propuestas como la de Roxin y Hassemer para quienes el problema del dolo es normativo y no psicológico (Sánchez- Málaga Carrillo, 2017).

Las diferentes concepciones sobre el dolo se manifestaban en teorías como las expuestas por la Escuela del Causalismo representada por Ihering, Von Liszt y Beling, para quienes los elementos objetivos del delito son la tipicidad y la antijuricidad y la culpabilidad es el elemento subjetivo, siendo el dolo una forma de culpabilidad que se manifiesta de forma voluntaria donde se debe valorar las circunstancias de ejecución, el resultado, el acto causado o el acto no impedido ya sea un delito de acción o de omisión, en su orden (Sánchez- Málaga Carrillo, 2017; Albán 2015).

Sin desconocer que Beling es el creador de la teoría de la tipicidad que establece que el delito es un acto típico, antijurídico y culpable, no obstante, no aceptaba al dolo como elemento subjetivo del tipo.

En los últimos años del siglo XX se dieron a conocer las teorías de la Escuela Finalista representada por Hans Welzel, para quienes todo acto humano tiene una finalidad, de los cuales solo aquellos que lesionan un bien jurídico son relevantes para el derecho penal. Entre otros aspectos proponen una nueva definición de tipicidad donde consta el dolo y la culpa y como tal establecen un tipo objetivo y un tipo subjetivo, y destacan el hecho de que la culpabilidad es puramente normativa (Zambrano, 2014; Albán, 2015).

1.1. Definiciones de dolo

Según las escuelas o corrientes a las que los tratadistas se alineen, sus definiciones tendrán más o menos elementos, lo cual también dependerá de la época en la que esta definición haya sido emitida; a continuación, se presentan los criterios que sobre el dolo tienen algunos finalistas:

A criterio de Welzel, citado por Alfonso Zambrano (2014), dolo “en el sentido técnico del derecho penal, es sólo la voluntad de la acción dirigida a la realización de un tipo delictivo” (p. 42), lo que complementa cuando afirma que “si bien todo dolo del tipo es una voluntad finalista, no toda finalidad es un dolo del tipo” (p. 43).

Para Enrique Bacigalupo (1999) “obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción” (p. 320).

Francisco Muñoz Conde en su obra Teoría General del Delito (1999) recalca que en el campo del derecho el término dolo tiene varias acepciones, pero cuando se refiere al ámbito subjetivo del tipo es “conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito” (p.43).

Alfonso Zambrano en los comentarios realizados al Código Orgánico Integral Penal (2014) enfatiza en la diferencia existente entre la finalidad de toda actividad humana y el dolo que es “la voluntad de la acción dirigida a realizar el tipo” (p. 43), pues a pesar de que las dos acciones son humanas y finalistas, sólo la que tiene un elemento doloso es la que le interesa al derecho penal por las consecuencias que de ella se derivan.

Santiago Mir Puig (2015) indica que un “hecho doloso presupone un comportamiento humano que, en cuanto tal, requiere voluntariedad [...] Pero la cuestión es si para el dolo basta o no o no añadir a dicha voluntariedad general el conocimiento de la situación típica” (p. 268).

Para Eugenio Zaffaroni “voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por los conocimientos de éste en el caso concreto [...] dolo es el fin de cometer un delito” (Román y Pacheco, 2015, p. 49).

En tanto que en la normativa ecuatoriana el COIP contempla que “Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.” (art. 26). Claro que este artículo se complementa con la indicación de lo que se entenderá por delito preterintencional de lo cual nos referiremos al final de este análisis.

Las definiciones señaladas son coincidentes al establecer que para que un acto sea doloso tiene que realizarse con voluntad y conocimiento.

1.2. Elementos del dolo

En el dolo se identifican dos elementos: el elemento intelectual y el elemento volitivo.

Elemento intelectual: en las actuaciones dolosas el sujeto debe “saber y conocer”. Saber lo que hace y como su acción afecta a otros, ya sean bienes, personas, etc. Por ejemplo: en el robo debe “saber” que el bien que se está apropiado pertenece a otra persona, aunque no sepa exactamente a quien o quién es el dueño.

Conocer de manera general y de forma actual los elementos objetivos del tipo penal, de forma tal que los actos que realice sean conducentes a la materialización del delito. No es necesario que conozca a detalle el tipo penal, tal cual como consta descrito en el código, sino que tenga conocimiento pleno de que la forma o los medios que utilizará para cometer la acción serán los pertinentes para obtener el fin deseado.

Por ejemplo: en un robo, cometer la acción con fuerza y violencia, utilizando un arma para obligar a la víctima a entregar sus pertenencias.

Elemento volitivo: a más de saber y conocer sobre lo que va a hacer, el sujeto debe tener voluntad, la intención de querer realizar el acto doloso. La voluntad está estrechamente ligada con el conocimiento de lo que va a realizar, existiendo una representación previa de como el acto se adecuará a lo descrito en la parte objetiva del tipo, todo esto partiendo desde un análisis de sus posibilidades a fin de saber si podrá o no realizar la acción.

Por ejemplo: en el mismo caso del robo, el autor sabe que la cosa es ajena, pero igual la quiere para sí, entonces voluntariamente se hace de los implementos que le ayudarán para cometer el ilícito y apropiarse del bien.

1.3. Clases de dolo

Doctrinariamente se reconocen tres tipos de dolo:

Dolo directo o de primer grado. En el que la intención de cometer la infracción penal es manifiesta, y además el resultado se verifica en la forma en como el agente lo quería según el daño que buscaba con la acción realizada. Este es el único dolo donde es necesario que exista la voluntad del actor al momento de realizar el acto.

Dolo directo de segundo grado, dolo indirecto o de consecuencias necesarias. En el que la voluntad del sujeto no es la comisión del injusto sin embargo es consciente que el mismo necesariamente tendrá lugar como consecuencia de la acción que ejecute, y de ahí deviene su nombre de dolo indirecto o de consecuencias necesarias pues el agente es responsable por ese resultado, que no queriendo provocarlo lo asume, pues es consecuencia del acto que sí quería provocar.

Dolo eventual. Aquí se presenta menor probabilidad o gravedad de que se verifique un resultado dañoso producto del cometimiento voluntario de una infracción, no obstante, el agente asume el riesgo y ejecuta la acción.

En este tipo de dolo se entremezclan elementos conscientes e inconscientes, intelectuales y volitivos que hacen difícil distinguir entre dolo e imprudencia, para evitar esta confusión y los efectos jurídicos negativos que esto puede traer existen dos teorías: la teoría de la probabilidad y la de la voluntad o del consentimiento.

- Teoría de la probabilidad: habrá dolo eventual cuando el autor realice la acción ante una representación de un resultado de muy probable producción; mientras más lejana sea la probabilidad de que la acción se ejecute habrá culpa o imprudencia por representación.
- Teoría de la voluntad o del consentimiento: como su nombre lo indica, aquí predomina la voluntad de actuar, por lo tanto, para que exista dolo eventual a más de que el autor considere que la acción es de probable producción es necesario que se cuestione si “aun cuando fuere segura su producción actuaría”; caso contrario, habrá culpa si aún, teniendo certeza de la producción no hubiera actuado (Muñoz Conde, 1999).

Para clarificar lo indicado sobre los tipos de dolo, planteamos el siguiente ejemplo:

- Luis Luisito consigue un arma de fuego y espera a Pedro Pedrito afuera de su domicilio para matarlo, cuando este sale, le dispara dos veces, causándole la muerte.
- Luis Luisito pretende matar a Pedro Pedrito, para lo cual prende fuego a su empresa a sabiendas que junto a Pedro Pedrito se encuentran su contador y secretaria laborando, quienes mueren en el incendio.
- Luis Luisito pretende matar a Pedro Pedrito, para lo cual se provee de un arma de fuego, y lo espera a la salida de su oficina, sabiendo que siempre sale con un compañero, el cual podría resultar afectado al momento del ataque; como efectivamente sucede.

En los tres supuestos planteados Luis Luisito (el agente) tiene la intención, la voluntad de causar la muerte de Pedro Pedrito, la diferencia radica en como realiza el acto y las consecuencias o resultados de esta acción; así en el primer supuesto estamos ante un caso de dolo directo o de primer grado, pues el resultado es el esperado por el agente, sin consecuencias colaterales, ni otros sujetos afectados.

En el segundo supuesto se ejemplariza un caso de dolo de segundo grado o dolo indirecto o de consecuencias necesarias, con respecto a la muerte del contador y secretaria de Pedro Pedrito, pues ellos no eran las víctimas directas del agente, pero eran las víctimas necesarias y las consecuencias que asumió para cumplir con su cometido de causar la muerte de Pedro Pedrito, contra cuya muerte, por cierto, sigue existiendo dolo directo.

En el tercer supuesto, el agente sabe que puede haber un resultado más grave que el que pretende realizar, y asume esa posibilidad y efectúa el acto; por lo tanto, Juan Juanito responderá por dolo eventual en relación con el daño causado al compañero de trabajo de Pedro Pedrito, y por dolo directo o de primer grado en cuanto al daño causado a su víctima principal Pedro Pedrito.

La diferencia entre el dolo indirecto y el dolo eventual radica en que en el dolo directo el agente conoce que al realizar el acto habrá mayores afectaciones, mayores consecuencias, de tal forma que da por cierto estos hechos desde antes de efectuar el acto típico; mientras que en el dolo eventual el agente está ante un supuesto de una afectación mayor, la que puede o no suceder, pero que de igual forma la asume desde antes de cometer el acto.

1.4. Ausencia de dolo

Como se ha manifestado, los elementos necesarios para la presencia del dolo es el saber, el conocer lo que se hace y esa voluntad de afectar a un bien jurídico protegido, pero puede haber situaciones en la que ese conocimiento no es real e induce a una apreciación equivocada sobre los sujetos, los objetos o las circunstancias; lo cual se ha analizado en el estudio del dolo y se considera como motivo para la exclusión de la tipicidad subjetiva, sobre todo respecto a lo que se denomina como error de tipo.

1.4.1 Error de tipo

Existe error de tipo, cuando el agente comete un acto sin saber que al hacerlo estaba cometiendo un delito, por cuanto existe algún elemento que le induce al error, como por ejemplo la edad de la víctima en los delitos sexuales, el desconocimiento del parentesco en un homicidio por lo cual termina cometiendo parricidio, etc.

Para que se manifieste el error de tipo deben estar presentes dos condiciones básicas, por una parte, el desconocimiento de algún elemento sustancial del tipo penal y por otra una equivocada percepción del elemento o elementos del tipo penal, en el primer caso estamos ante lo que se considera la ignorancia y en el segundo caso ante el error que son las dos condiciones básicas dentro del error de tipo.

El error de tipo puede ser vencible si el sujeto, con el debido cuidado, puede subsanar el error y no cometer la acción dolosa y por tanto no efectuar el tipo; si así sucediera y se concretaran los demás requisitos de la tipicidad estaríamos ante una conducta imprudente. Pero si aún con el debido cuidado el sujeto no puede salir del error y se concreta la acción (error invencible), esta acción será atípica del tipo y de la tipicidad culposa, por lo tanto, se efectuará la acción dolosa y se cumplirá con el tipo.

En el error de tipo se pueden presentar errores sobre hechos y sobre derechos, lo que da lugar a casos muy especiales o particulares los que han sido analizados por Roxin, Zaffaroni, Frister, Donna, Kulh, por citar algunos; entre los cuales tenemos:

- Error en el objeto
- Error en el golpe o *aberratio ictus*
- Error sobre la relación de causalidad
- *Dolus generalis*
- Error sobre los elementos agravantes o cualificantes
- Error en el cambio del objeto del hecho (Román y Pacheco, 2015, pp. 71-76).

Existe error en el objeto, cuando se afecta a un objeto diferente que al que se planificó o pretendía afectar; para determinar la relevancia de este error como excluyente de la tipicidad es necesario establecer la equivalencia entre el objeto afectado y el que se pretendía afectar, pues si los dos objetos son de la misma naturaleza jurídica el error no justifica el dolo pues el daño que se quería causar se verifica aunque sea en un objeto o persona diferente; si los dos objetos son de naturaleza jurídica diferente, se analizará el resultado que se produjo, en estos casos el error es justificativo del dolo pues el acto que se quería cometer es diferente al resultado obtenido.

El error en el golpe (aberratio ictus) afecta a un objeto o persona diferente en el momento de la acción, que aquel a quien se buscaba dañar. En este error se escoge correctamente a la víctima, se inicia la afectación, pero el momento de concretarse el hecho se perturba a otra persona.

La diferencia entre el error de objeto y el error de golpe está dada por el momento en que se afecta a otro objeto o persona y además porque en el error de golpe no se confunde al objeto con otro.

Para establecer la responsabilidad sobre un acto típico es necesario que el actor conozca que los actos que va a realizar son conducentes a generar un acto considerado como delito y que como tal será merecedor de una sanción; por lo tanto existe *error de causalidad* cuando en el momento de realizar el acto dañoso, este no se realiza tal cual como se tenía previsto y el resultado varía; así por ejemplo si el fin era causar la muerte a una persona con un disparo, a pesar de que el autor dispara a la víctima, no le causa la muerte, pero cuando la víctima es trasladada al hospital fallece a los pocos días a causa de una bacteria hospitalaria, en cuyo caso el autor del disparo no será responsable de la muerte en sí, sino solo del daño causado, que en este caso sería de la tentativa de asesinato.

112

Otra variante que tiene que ver con error de causalidad es el *dolus generalis*, aquí a diferencia del error de causalidad analizado previamente, el autor del acto típico realiza por sí mismo una serie de actos que conducen al fin inicial deseado; por lo que el debate se centra en saber si la intención dolosa del primer acto está presente en todos los demás actos, o estos actos últimos solo deben ser considerados como actos negligentes.

Por ejemplo: la persona que quiere matar a su vecino y lo invita a un día de pesca y cuando están en el campo le dispara y lo deja abandonado creyéndolo muerto y el vecino muere días después por la infección producida en la herida causada. Por lo que se debe dilucidar si el dolo inicial se agotó con el disparo y el abandonarlo en el campo no es más que una negligencia, o si el abandonarlo es parte del dolo inicial que busca dar muerte a la víctima; al haber criterios doctrinarios divididos, será en la práctica una decisión de los juzgadores el adoptar una de las dos valoraciones ante hechos como los descritos.

Existe *error sobre los elementos agravantes o cualificantes*, cuando el agente o autor del injusto no conocía de ellos, como por ejemplo cuando desconocía la edad real de la mujer con la que se mantuvo relaciones sexuales; pues de la edad de la víctima dependerá el delito por el cual será sancionado.

Lo importante es tener en cuenta que aquí se refiere a elementos o circunstancias agravantes y no a circunstancias constitutivas de la infracción, por lo tanto, estamos frente a un injusto, por lo que indistintamente del error de desconocimiento el autor será juzgado por el hecho realizado, pues este no se anula o extingue por lo que se desconoce, ya que el dolo está presente en la acción inicial.

Es importante indicar que nuestra normativa penal no hace ninguna mención sobre el error de tipo o la ausencia de dolo, siendo uno de los aspectos que no han sido considerados por el legislador, por lo que en nuestro caso toda mención que se hace al respecto y toda valoración que se realice judicialmente se la hace desde el campo de la doctrina.

1.5. Otros elementos subjetivos

En 1924, Mezger estableció la existencia de ciertos elementos subjetivos de lo injusto que eran parte del tipo que el legislador había incluido a más del dolo para constituir algún delito. Si estos elementos no están presentes en la acción no se verifica el injusto y no se cumple la hipótesis del tipo.

Estos elementos subjetivos al ser creados por el legislador son específicos de cada país, no obstante habrá elementos comunes a ciertos delitos en tanto y cuanto el tipo sea coincidente en diferentes legislaciones, más allá de las coincidencias doctrinarias que pudieran existir.

A estos elementos se los conoce como “dolo específico”, y para que haya la tipicidad del delito deben probarse conjuntamente con el dolo general. Al respecto se plantean algunos casos de dolo específico que constan en el COIP (Albán, 2015).

Cuadro 1

Ejemplos de dolo específico

Art. COIP	Tipo	Dolo específico
79	Genocidio	Intención de destruir a un grupo nacional.
91	Trata de personas	Fines de explotación.
140. 1	Asesinato-Parricidio	A sabiendas del parentesco.
141	Femicidio	Matar a una mujer por la condición de género.
162	Secuestro extorsivo	Propósito cometer otras infracciones u obtener beneficios.
268	Prevaricato	Para perjudicar a una de las partes.
272	Fraude procesal	Inducir a engaño a un juez.
322	Pánico financiero	Para beneficiar a un sector, mercado o producto.
353.3	Traición a la patria-acciones hostiles	Causar al Ecuador un conflicto armado internacional.
369	Delincuencia organizada	Objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material.

Fuente y elaboración propias

1.6. Análisis de jurisprudencia respecto al dolo

A modo de ejemplo final, pongo a su consideración la Resolución Nro. 1258-2020 del 24-09-2020 de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa Nro. 17282-2016-O5523 COIP (Recurso de Casación), cuyo Juez ponente: es el Magistrado Marco Rodríguez Ruiz.

Ratio decidendi: el tipo penal de asesinato solo contempla como elemento subjetivo el dolo directo y de ninguna manera dolo eventual y menos aún imprudencia, que sí pueden constituirse como elemento subjetivo, en la infracción de homicidio simple.

a. Los hechos:

El día 16 de octubre de 2016, entre las 01h00 y 01h30, el occiso y su hermano, y en compañía de su amigo, se encontraban en unas festividades en el sector de la Ferroviaria Alta, de la ciudad de Quito, que al retirarse del lugar pasaron por una olla de hervidos, que se cayeron, que la señora, el esposo y el hijo les agredieron físicamente y verbalmente, pero es la señora quien le clava un desarmador en la cabeza, matándolo.

b. Sentencia recurrida:

El Tribunal de Garantías Penales de Quito, dictó sentencia condenatoria en contra de la procesada por considerarla autora directa del delito de homicidio, tipificado y sancionado en el artículo 144 del COIP; tomando en cuenta la circunstancia agravante contemplada en el artículo 47.4 *ibidem*, le impuso la pena privativa de libertad de diecisiete años, cuatro meses y multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador general, conforme lo prevé el artículo 70.10 *ibidem*; además a manera de reparación integral a favor de “las víctimas secundarias (familiares)”, se ordenó el pago de USD. \$ 20.000.00.

Luego, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, aceptó la apelación de Fiscalía General del Estado, “reformando la sentencia, imponiéndole la pena privativa de libertad de veintidós años, en calidad de autora del delito de asesinato establecido en el artículo 40 números 2 y 9 del COIP”.

Ante lo cual, la procesada presentó recurso extraordinario de casación, el que fue admitido únicamente por el cargo de indebida aplicación del artículo 140.2 y 9 COIP.

c. Análisis de la Sala:

Se remarca que de los hechos que se dan por probados, se han configurado todos los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito de homicidio, relativas a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, entre los que se incluyen el elemento de la tipicidad relativo a la conducta, constituida por el verbo rector: “matar” a otra persona, que implica la acción relevante para el derecho penal, pero sin el “empleo de determinados medios o la presencia de unos móviles que tienden claramente a esta finalidad”, esto es que la casacionista ha actuado con dolo eventual y no con dolo directo, debido a que ha asumido el riesgo de producir la muerte de la víctima, pero no con ánimo directo de matar, tal como se torna imprescindible en el ilícito de asesinato, entendido como “La muerte de una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, valiéndose de medios especialmente peligrosos o revelando una especial maldad; o peligrosidad” en términos de Francisco Muñoz Conde. Efectivamente, el tipo penal de asesinato solo contempla como elemento subjetivo el dolo directo y de ninguna manera dolo eventual y menos aún imprudencia, que sí pueden constituirse como el elemento subjetivo, en la infracción de homicidio simple, lo cual, tampoco ha sido discernido por el tribunal de apelación. En suma, este Juzgador pluripersonal avizora palmario error de pertinencia en el fallo de apelación, toda vez que los supuestos de hecho que contienen los números 2 y 9 del artículo 140 COIP, no le corresponden con la narración fáctica de la conducta de la impugnante, sino con la del artículo 144 *ibidem*, todo lo cual, torna procedente el recurso de casación.

d. Resolución:

Se acepta el recurso de casación interpuesto por la recurrente.

Se casa la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por indebida aplicación del artículo 140.2 y 9 COIP, cuando se debe aplicar el artículo 144 del COIP;

Se condena a la procesada casacionista, por considerarla autora directa del delito de homicidio tipificado y sancionado en el artículo 144 COIP, en relación con el artículo 42.1.a, imponiéndole la pena privativa de libertad de trece años; y,

Los demás componentes de la pena, multa y la reparación integral, entre lo que se incluye el pago de USD. \$ 20.000,00 a favor de las víctimas secundarias, serán los mismos que dispuso el Tribunal de Garantías Penales, mediante sentencia de 8 de noviembre de 2017.

e. Comentario:

La Sala al hacer una valoración correcta del dolo dentro de la acción realizada, llega a establecer cuál es el tipo que se cumple, con lo cual puede hacer una apreciación adecuada del injusto y a su vez realizar una correcta imposición de la condena, tal es así que al modificarse el tipo penal se beneficia a la autora al obtener una disminución en su sanción en cuanto se reduce el tiempo de la pena privativa de libertad; pues se establece que al no existir dolo directo, no se ha configurado el delito de asesinato, si no que al

estar ante dolo eventual, (pues no existió la intención directa de matar a la víctima, aunque está claro que al momento en que la actora tomó el destornillador sabía que podía provocar la muerte), lo que se ha cometido es un homicidio y que se debe juzgar como tal.

2. La culpa

El segundo elemento subjetivo del tipo es la culpa; entendido por actos culposos a aquellos actos que se realizan por imprudencia, negligencia, sin la intención directa o la voluntad de causar daño.

En materia penal, al estudiar el delito, la imprudencia era considerada como un elemento propio de la conducta y no del tipo como lo conocemos en la actualidad; su estudio siempre ha estado a la sombra del dolo, pues se da mayor importancia a la actuación deliberada con el interés de causar daño, antes que a los actos de menor gravedad que se verifican por descuido o exceso de confianza.

El analizar a la culpa como parte de la acción típica y no como forma de la culpabilidad, permite que se pueda establecer si un acto se adecúa al tipo sin tener que llegar al juicio de culpabilidad para determinar si se actuó con dolo o con culpa. Además, hay que recalcar que los tipos culposos se encuentran plenamente identificados en la norma, ya que son las excepciones a los tipos dolosos, recordemos que los tipos penales son generalmente dolosos.

2.1. Contexto

Como se había indicado, al hablar del dolo, en el Código de Hammurabi se hace mención al juzgamiento de conductas imprudentes que se pueden asociar a lo que conocemos por culpa, tal es el caso de la ley 267 que sanciona al pastor imprudente.

En Roma, los primeros registros que se tienen de la culpa son con relación al derecho civil; posteriormente en la Ley de las doce tablas, se establecen delitos que pueden realizarse por casualidad o sin intención, en cuyos casos la sanción era resarcir el daño causado, pues eran delitos menos graves. Posteriormente con Justiniano, cuando se compila y codifica el derecho romano, en las Institutas, en el Libro IV que trata sobre la Ley Aquilia se hace una distinción expresa entre dolo y culpa, y se señala que quien matare a otro por un acaso, (entendiéndose sin intención) no será responsable al no tener culpa por este hecho; incluso aclara que la impericia también se considera como culpa. En los delitos de injurias también se hace una mención expresa al distinguir entre ultraje, culpa, inequidad, injusticia, con lo cual gradúa diversos tipos de injurias.

En 1930, Karl Engisch en su estudio sobre la causalidad como elemento de los tipos penales, estableció la inobservancia al deber de cuidado como un elemento de la culpa (de los delitos imprudentes) y como tal del tipo.

Hasta la postguerra las doctrinas clásicas del derecho penal consideraban a la imprudencia como una forma menos grave de culpabilidad, esto pese a que ya existían estudios que la direccionaban como un elemento del tipo; años posteriores en 1974 Burgstaller en su obra *El delito imprudente en el derecho Penal*, manifestaba la necesidad de que se tomara en su real dimensión el estudio de los delitos imprudentes, este pedido fue complementado por Schünemann quien destacaba la importancia de estudiar la imprudencia para la dogmática jurídico penal.

La teoría finalista logró sellar el paso de la culpa al tipo, al manifestar que los delitos imprudentes son acciones potencial o realmente finales, por lo que el tipo debe mostrar un desvalor de la acción el que únicamente se encuentra en los elementos constitutivos de la imprudencia. Incluso la teoría de la imputación objetiva, que es opuesta al finalismo, coincidía en que la imprudencia era un elemento del tipo (Roxin, 1997).

Con el desarrollo social y la utilización generalizada de maquinarias e instrumentos, se incrementan los riesgos a los que se exponen los individuos, por lo que también aumenta la exigencia del deber objetivo de cuidado ante estos riesgos permitidos que afectan a la vida, la integridad, la salud y el patrimonio de los individuos. Siendo el sector automovilístico y de la transportación, por las características propias de su actividad y frecuencia, el que más actos imprudentes comete; lo que tampoco se puede entender como exclusivo o excluyente respecto a otras actividades o profesiones, ya que el enfoque o la valoración de estas conductas cambian constantemente de acuerdo con los cambios sociales y es así como se han ido incorporando nuevas conductas imprudentes al catálogo de delitos que tiene relación con profesiones diversas como las relacionadas con el área de la salud, por ejemplo.

2.2. Definiciones de culpa

Dependiendo de los teóricos estos se refieren a la culpa o a la imprudencia o negligencia, términos que los entenderemos en su sentido amplio como contrarios al dolo dentro del estudio de la tipicidad.

Así Mezger, citado por Bacigalupo, se refiere a la imprudencia y la relación con el deber de cuidado y señala que: “obra imprudentemente el que infringe un deber de cuidado que le incumbe personalmente y pudo haber previsto el resultado” (1999, p. 341).

Jakobs, por su parte, simplifica el concepto de imprudencia y señala que es una “forma de evitabilidad, en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar” (Bacigalupo, 1999, p. 344).

Para Raúl Plascencia Villanueva (2004) la culpa “cobra sus bases de la previsibilidad vinculada con un denominado vicio de voluntad a partir del cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible” (p.122).

Alfonso Zambrano (2014) haciendo una comparación entre el dolo y la culpa, expresa que la culpa “supone la voluntaria realización de un hecho, la no previsibilidad del resultado que se causa y la omisión de la diligencia o del cuidado debido, no hay el elemento voluntario de querer la realización del hecho (decimos del tipo) que se exige en el dolo” (p. 131).

Al respecto nuestro Código Orgánico Integral Penal en el art. 27 establece que actúa con culpa “la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso” (2014) y puntualiza que solo serán punibles aquellas conductas o infracciones, que expresamente se encuentren tipificadas. Con lo cual acoge los criterios actuales de las corrientes penales.

2.3. Elementos de la culpa

Existen diversos criterios al momento de indicar los elementos que contiene la culpa, lo que dependerá de la teoría o del doctrinario, entre los que tenemos:

Teorías objetivas

Para estas teorías la esencia de la culpa la encontramos fuera de la psiquis del individuo, ya que esta se manifiesta en cuestiones objetivas, en aspectos externos. Son teorías objetivas: la de los medios antijurídicos y la de la acción contraria a la policía y a la disciplina.

- Teoría de los medios antijurídicos: existirá culpa si en la acción se manifiestan dos presupuestos, primero debe haber una relación causal eficiente entre la conducta del sujeto activo y el resultado ilícito y en segundo lugar dependerá de la elección de los medios antijurídicos. En otras palabras, para que el acto sea culposo es suficiente que el acto típico se produzca por un acto contrario a derecho y que no sea producto de caso fortuito.
- Teoría de la acción contraria a la policía y a la disciplina: la culpa deviene de una conducta voluntaria, que abiertamente es contraria a las disposiciones disciplinarias o emanadas por los órganos de control (policía) cuyo efecto es un acto dañoso producido involuntariamente por imprudencia, negligencia o impericia por inobservancia a leyes, reglamentos u órdenes. Tal como lo manifestaba nuestro código penal anterior.

Teorías subjetivas

Estas teorías tienen como elementos de la culpa a criterios como: infracción del deber de cuidado, previsibilidad, provisiabilidad o evitabilidad, cognoscibilidad o advertibilidad y otros.

- Infracción del deber de cuidado: la culpa es resultado de no haberse observado un deber de cuidado que estaba obligado a hacerlo, por lo cual se han lesionado bienes jurídicos.
- Previsibilidad: la lesión al bien jurídico pudo evitarse si el sujeto hubiera tenido previsión para evitarlo, por lo que se genera la culpa ante este hecho.
- Provisibilidad o evitabilidad: el bien jurídico debe ser cuidado de tal forma que se evite ponerlo en riesgo, pero si esto no sucede, la lesión que se produzca y que dé como resultado un acto típico, previsible y provisioble será con culpa al haberse omitido lo necesario para evitarlo.

- Cognoscibilidad o advertibilidad: este elemento también se lo conoce como error. Existe culpa cuando el sujeto comete un acto por ignorancia o error de alguno de los caracteres constitutivos de delito, con la salvedad de que el error o la ignorancia deben ser evitables pues caso contrario existiría caso fortuito en vez de culpa.

Teoría positivista

Los positivistas se alejan de las demás escuelas al momento de señalar los elementos de la culpa, y esto tiene su razón de ser a partir de la definición que ellos tienen sobre los delitos culposos, a los cuales consideran peligrosos por estar bajo el mínimo de disciplina social establecido; de forma tal que en algunos casos se asimila al dolo sobre todo en lo referente a la punibilidad.

Teoría finalista

Para los finalistas los elementos de la culpa son la falta de la observancia de un deber de cuidado que encaja dentro de una infracción de la norma de cuidado, a lo que se suma la previsibilidad del evento y un tercer elemento es el conocimiento o desconocimiento de la conducta que ha sido descuidada.

2.4. Estructura del tipo en los delitos culposos

Los delitos culposos son de tipo abierto, ya que la acción típica no se encuentra determinada por el legislador; siendo el juez quien deberá valorar la acción concreta en la que el sujeto se encontraba y cuál sería la conducta debida para cumplir con el objetivo de cuidado; no obstante, ya sean de acción o de omisión tienen un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

En el tipo objetivo, encontramos dos elementos: la acción u omisión que infringe el *deber objetivo de cuidado*; y *el resultado* que se intenta evitar. En el tipo subjetivo existe un solo elemento que es *la culpa*.

De estos elementos nos referiremos a continuación.

2.4.1. El deber objetivo de cuidado

Los delitos culposos parten de haberse infringido el deber objetivo de cuidado, por lo que lo primero es determinar qué es el deber objetivo de cuidado; y encontramos que en la vida social existen un sinnúmero de reglas de cuidado, de comportamiento, de ejercicio profesional, que se deben observar y que cuando estos preceptos no se cumplen estamos faltando a ese deber objetivo de cuidado y por lo tanto se pueden producir resultados que afecten a bienes o personas a causa de la imprudencia cometida. Teniendo presente que hay casos en que la inobservancia puede ser prudente y no lesionar el cuidado objetivo y como tal no constituirá un delito imprudente. Por ejemplo: un automotor que invade el carril contrario está infringiendo el deber objetivo de cuidado y si causa un accidente habrá cometido un delito imprudente, pero si realiza la misma acción para evitar atropellar a un peatón será un acto prudente y atípico y no cometerá ninguna infracción.

A criterio de Wezel, el deber objetivo de cuidado se debe establecer sin reglas fijas, ni prescripciones, sino a partir de un principio metódico en la que el juez se debería cuestionar que haría una persona “comprensiva y sensata” en la misma situación del autor (Bacigalupo, 1999).

2.4.2. El resultado

Los delitos culposos se castigan solo cuando producen un resultado prohibido, lesivo que sea consecuencia directa de la acción realizada, del riesgo que esta acción representaba. Como lo señala Francisco Muñoz Conde “El desvalor de la acción (acción imprudente) no es, por sí, suficiente para determinar una sanción penal, es preciso, además que se conecte con el desvalor del resultado (la producción de un resultado prohibido)” (1999, p. 58).

Para valorar los resultados jurídicamente relevantes existen algunos criterios como los de la teoría de la imputación objetiva, que plantea tres premisas básicas:

- El resultado es causa de una acción imprudente, pero pudo ser igual el resultado si el autor actuara correctamente.
- El resultado es consecuencia de causas ajenas a la acción imprudente realizada.
- El resultado de la acción imprudente está fuera del ámbito de protección de la norma lesionada.

2.4.3. La culpa

Es el elemento subjetivo de la tipicidad de los delitos culposos, también conocido como imprudencia, impericia o negligencia. Imprudencia; es cuando se realiza de forma descuidada el deber objetivo de cuidado. Impericia, es cuando no se posee los conocimientos necesarios para realizar una actividad. Negligencia: es cuando teniendo los conocimientos para realizar una actividad se los aplica inadecuadamente.

2.5. Clases de culpa

Nuestra norma penal no realiza una distinción entre clases de culpa o de imprudencia, lo que sí ha realizado la doctrina para quien existen dos clases: culpa consciente (*luxuria*) y culpa inconsciente (*negligentia*).

La realización de la acción con imprudencia consciente o inconsciente no influye en el tipo penal, pero podría ser valorado por el juzgador para la imposición de la pena.

Culpa consciente. El sujeto que actúa con imprudencia consciente sabe que posiblemente realizará un tipo, no obstante, efectúa la acción con la confianza de que no se producirá el resultado. Por ejemplo: el conducir un vehículo a exceso de velocidad.

Culpa inconsciente. El sujeto que actúa con imprudencia inconsciente, al no realizar sus acciones con el cuidado debido ni siquiera se da cuenta de la realización de un tipo. Respecto a esta clase de imprudencia existen criterios sobre la inexistencia de una conducta culpable, ya que el sujeto estaría actuando sin consciencia y por lo tanto sin voluntad. Pero no hay que olvidar que el ser humano en su diario vivir debe procurar evitar los riesgos y peligros innecesarios y proteger los bienes jurídicos, por lo que sabe lo que debe proteger y cuidar.

2.6. Ausencia de culpa

Si una acción humana final no es consecuencia de al menos una imprudencia (entendiendo como inferior al dolo), se considera que es producto de un caso fortuito y como tal es atípica y no es penalmente relevante.

Existe exclusión de responsabilidad por el resultado ante hechos meramente causales, lo que se conoce como responsabilidad objetiva, ya que no puede haber pena sin dolo ni culpa.

2.7. Tipos culposos en nuestra legislación

Como se ha manifestado, por regla general los tipos penales son dolosos, de forma tal que lo tipos culposos son la excepción y son solo aquellos que expresamente el legislador así los ha determinado, por lo cual a continuación se señalan a modo de ejemplo algunos tipos constantes en nuestra normativa penal:

Art. COIP	Tipo
145	Homicidio culposo.
146	Homicidio culposo por mala práctica profesional.
216	Contaminación de sustancias destinadas al consumo humano.
246, párrafo 3.	Quemas agrícolas o domésticas.
274	Evasión.
376	Muerte causada por conductor en estado de embriaguez.
377	Muerte culposa.
378	Muerte provocada por negligencia de contratista o ejecutor de obra.
379	Lesiones causadas por accidente de tránsito.
381	Exceso de pasajeros en transporte público.
382	Daños mecánicos previsible en transporte público.

2.8. Análisis de jurisprudencia respecto a la culpa

Como ejemplos de análisis coloco dos sentencias que se refieren a la culpa, la primera, la resolución Nro. 1649-2017 que hace un análisis sobre la diferencia entre un delito doloso y un delito culposos, y la resolución Nro. 1274-2017 que se refiere a un caso donde se trata entre la presencia de un caso fortuito o culpa.

Resolución Nro. 1649-2017 del 12-10-2017 de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa Nro. 14255-2015-01198 (Recurso de Casación), Juez ponente: Gladys Terán Sierra.

Ratio decidendi: El tipo penal en el que fue subsumida la acción del encartado es el art. 145 del COIP por lo que debemos remitirnos al concepto de “culpa” contenida en el artículo 27 *ejusdem*.

a. Los hechos:

El fallecido estaba acompañado al procesado en su lugar de trabajo, en horas de la noche; el procesado quien era guardia de seguridad se encontraba jugando con su revólver y este se dispara e impacta a su amigo quien fallece, posteriormente esconde el cuerpo entre unos arbustos y limpia el lugar del incidente; al otro día releva la guardia y se va de su lugar de trabajo y de la ciudad. Posteriormente da aviso a su familia del hecho y luego regresa y se presenta voluntariamente a la Fiscalía.

b. Sentencia recurrida:

El Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago lo declaró culpable en calidad de autor del delito de homicidio culposo, art. 145 COIP (por haber infringido un deber objetivo de cuidado), condenándole a cuatro años de privación de la libertad.

La Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago ratificó el fallo del Tribunal de Garantías Penales y añadió una multa de 10 SBU.

El acusador particular interpone recurso de casación por indebida aplicación de los Arts. 145 y 146 del COIP y falta de aplicación del art. 140 *ejusdem*.

c. Análisis de la Sala:

El homicidio culposo se encuentra tipificado y sancionado dentro del catálogo de delitos del Código Orgánico Integral Penal; en específico, en el artículo 145 de la norma penal mencionada. [...] El deceso del ofendido fue en circunstancias en las que el sujeto activo del delito “ha maniobrado el arma de dotación [...] -entendiendo él que la había descargado- en un episodio de distraimiento y gracia con su amigo”. Se ha demostrado que el procesado ha infringido su “deber objetivo de cuidado”, debido a que, si bien el juzgador de segundo nivel afirmó que “no [se] probó en forma legal que el procesado era un guardia acreditado y certificado como tal”;¹ y, que “tampoco se probó que el disparo que ocasionó la muerte se produjo con ocasión del ejercicio laboral” – *lo que llevó a que dicho cuerpo colegiado no lo juzgue por homicidio culposo por mala práctica profesional*, conforme el artículo 146 del COIP-; no cabe duda, que JLMB ejercía funciones como guardia, tal como lo dijo el Tribunal de Alzada en el numeral 6.7 de su sentencia, en el sentido de que: “ha existido culpa, esto es, infringir un deber objetivo de cuidado, en este caso, que al ser guardia y custodio de un arma de fuego, debía tener el cuidado necesario de que la misma se encuentre guardada y más no tenerla en las manos jugando”; aseveración de la que deviene, que el encartado, por su experiencia en el uso de armas de fuego, le era totalmente exigible el nivel de diligencia que debía mantener al custodiarlas.

119

d. Resolución:

Por unanimidad se declara improcedente el recurso de casación. No existe mérito para casar de oficio.

e. Comentario:

En este caso se analiza porque al procesado se lo juzgó por un delito culposo y no por un delito doloso, y como los hechos se adecúan a una falta del deber objetivo de cuidado, la imprudencia cometida al jugar con el arma de fuego en su lugar de trabajo que fue lo que produjo el resultado lesivo. Siendo interesante el análisis de las tres instancias al valorar el nivel “profesional” del ejercicio de labores del procesado, tomando en cuenta que en nuestro medio los guardias de seguridad no tienen ese nivel de profesionalismo que se podría requerir en otros entornos o circunstancias.

Resolución Nro. 1274-2017 del 03-08-2017 de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa Nro. 17721-2016-0143 (Recurso de Casación), Juez ponente: Gladys Terán Sierra.

¹ Énfasis añadido.

Ratio decidendi: sana crítica y principios lógicos de contradicción y del tercero excluido; al analizar la prueba los resultados no pueden tener como base dos aspectos contradictorios.

a. Los hechos:

El procesado conducía una volqueta del Consejo Provincial de Zamora, con 23 toneladas de peso, al pasar por el puente carrozable que conduce a la Parroquia Timbara, el puente se desploma, el conductor huye del lugar. El puente llevaba construido nueve años cinco meses y había sido construido para una vida útil de diez años. Fiscalía y el Consejo Provincial acusan del accidente de tránsito al conductor por los daños causados al puente (130 000 dólares) y a la volqueta (2184 dólares). La defensa sostiene que fue un caso fortuito.

b. Sentencia recurrida:

La jueza de primer nivel dictó sentencia absolutoria, por considerar que fue un accidente de tránsito que ocurrió por fuerza mayor.

La Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora aceptó los recursos de apelación de Fiscalía y del Consejo Provincial de Zamora y revoca la sentencia de primera instancia y declara culpable al conductor por accidente de tránsito con daños materiales, según lo establecido en el art. 180 inciso tercero del COIP; no se establece reparación integral y más bien se indica que lo referente a daños materiales se reclame en un proceso aparte.

El acusador oficial, acusador particular y la defensa por cuerda separada interpusieron recurso de casación. La Fiscalía (acusador oficial) y el acusador particular (Consejo Provincial) por el cargo de contravención expresa del art. 78 de la Constitución de la República, 309.5 del Código de Procedimiento Penal y art. 622 del COIP. La defensa por indebida aplicación de los Arts. 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal.

c. Análisis de la Sala:

Frente a las condiciones de imprudencia, impericia, negligencia de los delitos culposos de tránsito; al partir de la premisa de que el que nos ocupa, se trata de uno de aquellos de los delitos accidentes de tránsito, los cuales por su naturaleza y por así disponerlo el artículo 108 de la LOTT y SV, son culposos; que dista de los delitos dolosos, en los que, precisamente, la intención positiva de causar daño-dolo, es su característica como elemento subjetivo, es menester referirse a lo que ya este órgano jurisdiccional ha señalado con respecto a aquello,² así:

Al delito culposo se lo ha de entender como el acto que produce un resultado descrito y sancionado en la ley penal, a causa de no haber previsto ese resultado siendo previsible, o se previó confiando en que no se produciría, en virtud de no observar un deber de cuidado que debía y podía recibir según las circunstancias y condiciones personales. Estaremos entonces, frente a un delito culposo, cuando se realiza una conducta que produjo un resultado que la ley penal establece y sanciona y que por lo general es un resultado dañoso, por otra parte, ese resultado puede ser conocido o desconocido por el ciudadano, pero que la ley nos impone el deber de conocerlo o por lo menos de imaginar sus alcances, para luego entonces poder preverlo y evitar que se produzca; sin embargo, aquel ciudadano que no prevea ese resultado, o si lo previó y confió en que no se produciría, y debido a esa confianza o falta de previsión, dejó de tomar o ni siquiera tomó las medidas necesarias para evitar ese daño, será sujeto a la acción penal del Estado [...].

El delito culposo según el Código Penal son los imprudenciales o no intencionales, que se producen por falta de “previsión” o “precaución” y sin la “intención” de causarlo³. La ley punitiva incrimina hechos en los que la finalidad del sujeto se dirige a la realización del tipo objetivo (dolo); sin embargo, conforme queda indicado, junto a ellos existe otra categoría de actos que adquieren el carácter de culposos. [...] Para el caso que no ocupa debió haberse hecho, también, el juicio de culpabilidad del encartado para determinar si su actuar fue negligente o no, por impericia o por inobservancia de norma y en este caso de cuál norma. [...] En el sub judice y en la sentencia

² Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; Sentencia que resuelve el recurso de casación No. 0184-2011 Chérrez Proaño y otros vs. fallo emitido por la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha; (Homicidio Inintencional). Voto concurrente Dra. Gladys Terán Sierra.

³ Por ejemplo, se verifica en ciertas infracciones de tránsito, donde por lo general el incidente se produce porque el conductor que se encuentra bajo el efecto del alcohol o de algún tóxico provoca la muerte de un transeúnte a causa de un atropellamiento, también puede ocurrir como resultado de la negligencia médica.

* Estas notas al pie son las notas originales de la Resolución.

del Tribunal de Apelación, también se presentan dos proposiciones, y por lo tanto una de ellas debe ser verdadera; la primera que es aquella que el conductor de la volqueta al haber pasado por el puente es el responsable de su fraccionamiento por actuar negligente, imprudente e imperito; mientras que, la otra proposición y que deviene de los mismos hechos probados, determina lo contrario, por cuanto, señala que el conductor al haber cumplido la orden de trasladarse de su lugar habitual de trabajo llevando material sin haber sido advertido de no cruzar por el puente, más allá de que no tenía señalética preventiva o restrictiva, no tuvo mantenimiento por parte del GAD, desde su construcción y había llegado al final de su vida útil, no es responsable del delito por el que fue juzgado.

d. Resolución:

Se casa la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe, por contravenir expresamente el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal.

Se declara inocente al conductor y se deja sin efecto las medidas cautelares de carácter personal y real dispuestas en su contra.

Declara improcedentes los recursos de casación de la Fiscalía y del Consejo Provincial, al haberse ratificado la inocencia del procesado.

e. Comentario:

En este caso la jueza ponente realiza un análisis respecto al razonamiento utilizado por los juzgadores de alzada al momento de valorar la prueba, respecto a lo que es un delito culposo y cuáles son los elementos para que un acto sea considerado como tal y cuáles fueron los hechos que se dieron en la infracción que se estaba juzgando, pues era evidente que no se había valorado correctamente la prueba y que la sentencia recurrida se había basado en las subjetividades de los juzgadores y no en mérito de la prueba, por lo que llegaron a determinar que en el hecho en conocimiento no había imprudencia o negligencia, por lo tanto el acto no era un acto típico y como tal no podía ser considerado como punible, y es por esto que se resolvió la inocencia del procesado.

3. La preterintencionalidad

Si bien es cierto los elementos de la tipicidad son solo el dolo y la culpa, no podemos dejar de mencionar esta figura existente en nuestro ordenamiento penal, cuando en el segundo párrafo del artículo 26, en el que se refiere al dolo, dice. “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” (COIP, 2014). Al estar dentro del artículo del dolo se entendería de que este acto es realizado con voluntad, con conciencia, pero al insertarse el hecho de que el resultado es diferente al que el agente buscaba, ingresan otras variantes que le dan ciertas particularidades a esta figura penal.

Para Alfonso Zambrano y Ernesto Albán estamos ante un delito mixto, que parte o inicia con un acto doloso y tiene un fin o un resultado culposo que atenta contra el deber objetivo de cuidado. Figura que no tendría cabida en el derecho penal moderno pero que se conserva en nuestro ordenamiento como rezago de los códigos penales anteriores (Zambrano, 2014; Albán, 2015).

La preterintencionalidad tiene como característica fundamental la desproporción existente entre lo que buscaba el sujeto y el resultado obtenido, ya que el resultado siempre será más de lo “querido”. Claro que, al hablar de materia penal, nos estamos refiriendo a un tema de gravedad y de afectación a un bien jurídico.

3.1. Elementos de la preterintencionalidad

Para que exista preterintencionalidad se necesita la presencia de los siguientes elementos:

Homogeneidad de bienes. El bien que se pretendía afectar y el bien que se afectó deben ser del mismo género, pues de esa manera se mantendría la intención inicial del agente, ya que el momento que se afecta a un bien diferente estaríamos constituyendo otro tipo y otra conducta penal.

Acto inicial doloso y resultado que excede de la intención. Este elemento se desprende de la propia definición; el resultado obtenido debe ser desproporcional en relación con el acto inicial y a los medios

utilizados, aspectos que serán valorados por el juzgador; pues debe quedar claro que el resultado final no fue el querido por el agente.

Relación de causalidad entre la conducta dolosa de inicio y el resultado preterintencional. Debe existir la intención de causar el daño directamente unida al resultado (más grave que el que se había buscado), esto con el fin de que exista la preterintencionalidad y así se pueda establecer la relación de causalidad entre la conducta de inicio y el resultado obtenido por circunstancias no previsibles y que estaban fuera del propósito deseado. Pues si no se logra establecer esa relación de causalidad de preterintencionalidad, el sujeto será sancionado por un delito doloso, doloso de inicio y doloso de resultado.

Por lo tanto, un delito preterintencional es aquel en que el sujeto ha previsto la comisión de un determinado acto, “de unas determinadas lesiones y el resultado ha excedido, ampliamente al que se proponía causar, por falta de pericia en la ejecución (Martos, 1993, p. 558) y en respuesta a lo cual el legislador, en ciertos países, le ha concedido una atenuante, al considerar que el resultado es culposo y que por lo tanto respondería por el acto inicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albán, E. (2015). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General. Tomo I* Ediciones Legales.
- Asamblea Constituyente. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014, 28 de enero). Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial No. 180*.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Hammurabi SRL.
- Carnelutti, F. (1952). *Teoría general del delito*. (V. Conde, trad.). Editorial Revista de Derecho Privado. (Obra original publicada en 1952).
- Caro, J. (2014). *Manual Teórico-Práctico de Teoría del Delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la Función Pública*. ARA Editores.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. CNJ. (03 de agosto de 2017). *Sentencia No. 1274-2017*. Caso No. 17721-2016-O143.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. CNJ (12 de octubre de 2017). *Sentencia No. 1649-2017*. Caso No. 14255-2015-01198
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. CNJ. (24 de septiembre de 2020). *Sentencia No. 1258-2020*. Caso No. 17282-2016-O5523 COIP.
- López, E. (2015). *Teoría del delito*. Porrúa.
- Martos, J. (1993). La preterintencionalidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Sevilla*, (3), 553-601. <https://bit.ly/3JEotrL>
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal, Parte General*. Décima edición. Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (1999). *Teoría General del Delito*. Editorial Temis S.A.
- Orellana, O. (2004). *Teoría del Delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista*. Editorial Porrúa.
- Ossorio, M. (2002). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Heliasta.
- Parma, C. (2016). *Teoría del delito. Límites de la autoría y participación criminal, error, delitos de peligro, escuelas tentativas*. Ediciones Jurídicas de Santiago. 123
- Peña, O. y Almanza F. (2010). *Teoría del delito. Manual Práctico para su aplicación en la Teoría del Caso*. APECC.
- Plascencia, R. (2004). *La Teoría del Delito*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. <https://bit.ly/3Lj0KP7>
- Pertuz Crespo, A. (2018). El dolo y sus implicaciones en el derecho disciplinario. *Vis Iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 117-138. <https://doi.org/10.22518/vis.v0i00.1156>
- Reyna, L. (2015). *Tratado Integral de Litigación Estratégica*. Editorial Temis. S.A.
- Román, A. y Pacheco M. (2015). *Teoría del Delito en el Ecuador. Parte General*. El Forum Editores.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. (D-M. Luzón, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, trads.). Civitas. (Obra original publicada en 1994).
- Roxin, C. (2006). *La teoría del delito en la discusión actual*. (M. Abanto, trad.). Editora Jurídica Graijley. (Obra original publicada en 2000).

Sánchez-Málaga Carrillo, A. (2017). *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento*. (Tesis Doctoral). Universitat de Barcelona. <https://bit.ly/3JgFW8f>

Solarte, A. (2004). Los actos ilícitos en el Derecho Romano. *Revista Vniversitas*, (107), 691- 746. <https://bit.ly/42aYJdP>

Zambrano, A. (2014). *Código Orgánico Integral Penal con comentarios doctrinarios. Tomo I*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Zambrano, A. (2017). *La imputación objetiva, opúsculos penales y constitucionales*. Murillo Editores.

CAPÍTULO 8:

LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Jhonny Iván Hurtado Moreno
Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
jihurtado@pucesi.edu.ec

1. Definición de antijuridicidad y naturaleza

La segunda característica que debe cumplir una acción u omisión para que sea considerada como delito — después de cerciorarse de que sea típica— es que sea antijurídica. La antijuridicidad consiste en verificar si el hecho delictivo por el que se acusa a una persona realmente “es contrario a Derecho, injusto o ilícito” (Muñoz Conde y García Arán, 2015, p. 119), lo que implica: (i) que el sujeto activo de la infracción penal se opone “a la norma jurídica de una conducta” (Polaino Navarrete, 2013, p. 135) que prohíbe la misma (lo que se conoce como antijuridicidad formal) y (ii) la consiguiente vulneración a un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico (que se denomina antijuridicidad material); en efecto, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) señala que: “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, art. 29).

Welzel afirmó que “el bien jurídico es lo que está en función de la vida social y que reciben de ella su influjo, por lo tanto, son valores sociales” (Welzel, 2004). Desde este punto de vista, se puede comprender que el mundo jurídico se encuentra integrado no solo por normas, sino también por la realidad (que motiva su creación) y por los valores (que señalan su objetivo) entre los cuales destaca la justicia (Ciuro Cالدani, 2019), aunque también es posible identificar a otros como el respeto, la solidaridad, la verdad, la productividad, el buen vivir, entre otros que, aparecen consagrados en la Constitución y que, en el caso ecuatoriano, se revisten del carácter obligatorio (Guastini, 2015).

No hay que dejar de reconocer que definir el contenido de los bienes jurídicos es una tarea que ha presentado varias posturas doctrinales sin que exista consenso entre ellas sobre este tema. Sin embargo, en Ecuador — que es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia según lo menciona el art. 1 de la Norma Suprema— podría considerarse que los bienes jurídicos no son otra cosa que los derechos reconocidos y protegidos en la Constitución del 2008 y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Para ello se pueden presentar las siguientes justificaciones:

- Cuando se afirma que el Ecuador es un Estado de Derechos, se sostiene que “el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos” (Ávila Santamaría, 2008, p. 36), así los derechos fundamentales son la norma máxima de las relaciones jurídicas, sociales, políticas, económicas, culturales etc., de tal manera que el ordenamiento jurídico —que es inferior— solo tiene sentido si es capaz de garantizar su protección ante cualquier acto que pretenda su vulneración, pues al establecer la Constitución “[...] las pautas esenciales de convivencia y en la medida en que el Código Penal define los atentados más graves a la misma es en la que se ha podido decir que el Código Penal es una Constitución en negativo[...]” (Rodríguez, 2003, p. 311).
- En el mismo sentido que lo expuesto anteriormente, cabe resaltar que la violación a estos derechos merece un castigo especial —solo por poner un ejemplo, la Norma Suprema dispone que “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio[...]” (Asamblea Constituyente del Ecuador, 2008, art. 54). Idea que adquiere mayor sentido cuando se afirma que el derecho penal es uno de los brazos del derecho constitucional para tutelar los derechos que han sido vulnerados mediante la restricción de derechos al sujeto activo como medida de *ultima ratio*.
- Los derechos son la medida de las actuaciones del Estado, de tal manera que generan límites para el ejercicio del poder y vínculos de relaciones entre personas y entre ellas con la Administración Pública. Si se considera que los bienes jurídicos son derechos, se refuerza el argumento de que son ellos los que limitan el ejercicio del *ius puniendi* (Leyva y Lugo, 2015) y del *ius poenale*, especialmente a través del principio de *ultima ratio*.

También es necesario precisar que, desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva:

Se reconocen bienes jurídicos de un ámbito micro social y macro social. Los primeros se refieren a las relaciones de los sujetos, los unos con los otros [...]. Los segundos, en cambio, tienen que ver con el funcionamiento del sistema dentro de un Estado de Derecho Social Democrático que está dirigido a desarrollar las necesidades materiales y espirituales de la persona. (Vásquez, 2016, p. 137)

Con todo esto se puede afirmar que la antijuridicidad —desde la óptica del derecho constitucional ecuatoriano— es la acción u omisión que, siendo típica, atenta contra un derecho fundamental previsto en nuestra norma suprema y desarrollado por el ordenamiento jurídico del Estado. En este mismo sentido, Felipe Rodríguez Moreno (2020) señala que las conductas o son conforme a derecho o contrarias a este y, aunque una conducta sea contraria a derecho —por atentar contra una norma jurídica y lesionar un bien jurídico— existen algunas razones que podrían justificar dicha actuación eximiéndola del cumplimiento de este elemento e impidiendo la aplicación de la pena, que sería pertinente en caso de no poder probar este argumento. En este sentido, la doctrina tradicional habla de que el delito se habría cometido siguiendo una causa justa.

Se habla de causa o motivo de justificación a una situación reconocida por el orden jurídico en la cual la realización de un hecho en abstracto típico, resulta autorizada o, permitida o sea conforme al orden jurídico; un motivo o circunstancia de justificación es un permiso para realizar una conducta que en término genérico está tipificada como delito, pero que, bajo las circunstancias, condiciones, motivaciones especiales, el orden jurídico la considera justa, o de lícita realización. En tal virtud, la causa de justificación impide que la acción que en abstracto es antijurídica, lo sea en un caso concreto. (Gómez, 2016, p. 600)

En el proceso investigativo que sigue el Agente Fiscal, como titular del ejercicio de la acción penal en el Ecuador, para acusar a una persona de haber cometido un hecho ilícito, luego de determinar la existencia del tipo penal al que se habría adecuado la conducta del sujeto activo, tiene que demostrar que este hecho es antijurídico, es decir que atenta contra el derecho y la armonía social (buen vivir).

Por otra parte, el legislador ecuatoriano, en el art. 30 del COIP, reconoce cuatro causales de justificación de la conducta antijurídica, a saber: (i) Estado de necesidad, (ii) legítima defensa, (iii) orden legítima y expresa de autoridad y (iv) deber legal (si bien es cierto que los dos últimos suelen presentarse como uno solo, en realidad regulan dos tipos de actuaciones distintas), todas las cuales se analizan a continuación.

• Causas de exclusión de la antijuridicidad según el Código Orgánico Integral Penal

a. Estado de necesidad

El estado de necesidad —también conocido en la doctrina como estado de necesidad justificante— es “una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio de otro” (Muñoz Conde y García Arán, 2015, p. 149).

Un amplio sector de la doctrina considera que el estado de necesidad puede ser de dos tipos: justificante y exculpante: Es justificante “cuando para evitar la lesión de un bien jurídico se lesiona otro, pero de menor valor [y] habrá estado de necesidad exculpante cuando para evitar la lesión de un bien jurídico se lesiona otro de igual valor” (Rodríguez Moreno, 2020, pp. 423, 424). El estado de necesidad justificante se prevé dentro de la antijuridicidad, mientras que el exculpante, debe ser considerado dentro de la categoría de culpabilidad, es decir, dentro del juicio de reproche para determinar si el procesado es responsable o no del delito que se le ha imputado (esto será analizado en el capítulo correspondiente).

El estado de necesidad justificante, a su vez, puede ser agresivo o defensivo: El primero se suscita “cuando la acción realizada para eludir el peligro que se cierne sobre el sujeto, recae sobre un tercero ajeno por completo a dicho peligro” (Baldó Lavilla, 1994, p. 90), por ejemplo, Clara vive en una casa de estilo colonial, esta casa no es suya, sino que la arrienda al señor Altamirano; un día, por un corto circuito, la casa se incendia, por el lugar pasa Joaquín y al escuchar los gritos de auxilio de Clara, derriba la puerta colonial de la casa, entra a la misma y rescata a Clara. La acción realizada por Joaquín terminó afectando al señor Altamirano, pero se requería de dicha actuación para poder salvar la vida de Clara.

Por su parte, el estado de necesidad justificante defensivo “pesa sobre el que crea ese peligro de una forma que no califica como una agresión ilegítima” (Baldó Lavilla, 1994, p. 75), por ejemplo, Andrea se encuentra en un polígono de tiro practicando su puntería con un arma de fuego en campo abierto, el lugar donde se encuentran las dianas de tiro, es un terreno que apenas cuenta con un cerramiento de postes de madera y alambre y en este lugar ha pasado la noche un indigente, el cual se levanta alarmado por los tiros. Detrás de Andrea se encuentra su instructor quien alcanza a divisar al indigente y sabe que ella podría matarlo de un disparo, no puede gritar a su alumna pues ella se encuentra con audífonos protectores, por lo que el instructor se levanta y empuja a Andrea haciendo que caiga a piso y, por el golpe fuerte, se lesione en la rodilla. En este caso, la acción realizada por el instructor no es legítima defensa pues la intención de Andrea no era lastimar al indigente, pues ni siquiera lo vio, pero ante la posibilidad de que salga herido o encuentre la muerte, el instructor ejecutó este acto dirigido a evitar el peligro.

Continuando con el desarrollo de este apartado, el legislador ecuatoriano prevé la existencia de esta causal de exclusión de la antijuridicidad en el COIP dentro de los siguientes términos:

Art. 32.- Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

El primero de estos requisitos, conocido también como situación de necesidad o de peligro, hace referencia a que el derecho que se pretende defender debe encontrarse en peligro inminente de ser vulnerado o sufriendo en ese momento un acto vulnerador. Esto no solo se aplica cuando la vida o la integridad física se encuentran en peligro, sino también cuando cualquier otro derecho o bien jurídico tutelado se encuentra amenazado o está siendo atacado pues “[l]a doctrina penal es unánime al aceptar que los bienes susceptibles de estado de necesidad no son solamente los personalísimos, sino también aquellos de carácter patrimonial o económico como, por ejemplo, la conservación de una plaza de trabajo” (García Cavero, 2019, p. 633).

Dentro de este requisito hay dos elementos relevantes: peligro real y peligro actual. El primero se presenta cuando es evidente que, si no se actúa sobre determinados hechos, acciones u omisiones, el desenlace de los actos que se sigan vulnerará bienes jurídicos a una o varias personas; por su parte, el segundo, se presenta al momento en que se está suscitando el acto que vulnera derechos de la víctima.

La segunda condición que configura el estado de necesidad justificante expresa que, el sujeto que pretende defender un bien jurídico o un derecho, debe evaluar si el mecanismo que va a utilizar para tal fin es el que menos afecta al derecho o bien jurídico que va a ser atacado. Dicho de otra forma, el sujeto no solamente debe lanzarse a defender un bien, sino que debe realizar un ejercicio de ponderación práctico en el que —sin necesidad de caer en disquisiciones teóricas— determine que lo que va a realizar es un acto que protege un bien jurídico que, solo en ese momento, posee una importancia más relevante que el que se apresta a atacar. 127

Por ejemplo, Juan observa que un perro de raza *pitbull* muerde la mano de un niño de 6 años, haciéndola sangrar. Juan le grita al perro e incluso se pone en posición de amenaza, lo cual no inmuta al can, por lo que, toma un palo, acude hacia el animal y lo golpea con fuerza en diferentes partes del cuerpo a fin de que libere la mano del infante. Sobre este requisito Cornejo Aguiar (2017) plantea el “problema del exceso (...) que hace referencia a aquellos casos en los que el sujeto causa un mal mayor del necesario, pero sigue siendo menor que el que le amenazaba” (p. 286), como el caso del “héroe del gas” en el que:

[...] dos hombres llegan en una moto hasta donde se encuentra un grupo de repartidores de gas. Uno de los sospechosos, que está con mascarilla, simula hablar por celular, observa, y se acerca a sus víctimas a quienes intimida con un arma de fuego. Sin embargo, el sospechoso no observa que en la parte superior de uno de los camiones repartidores hay un hombre que le *lanza un tanque de gas* que cae sobre la cabeza del delincuente. Tras el golpe, el hombre cae al suelo, pero se levanta y escapa (El Comercio, 2020).¹

¹ El resaltado corresponde al texto original.

Si afirmamos que los bienes jurídicos son en realidad derechos, hay que considerar que estos se caracterizan —entre otras cosas— por ser de la misma jerarquía. Aunque hay derechos que poseen más relevancia que otros —como la vida o la libertad— porque sin ellos no podrían desarrollarse el resto de los derechos, esto los coloca en posición de superioridad.

El tercer requisito —conocido como inevitabilidad— sostiene que el medio utilizado para prevenir o erradicar la violación del derecho o del bien jurídico es ineludible por no existir otro medio menos lesivo o más adecuado (Rodríguez Moreno, 2020, p. 419).

Finalmente, la doctrina señala —como cuarto requisito, que puede estar presente o no según el caso— también la inexistencia de obligación de sacrificio, que “anula la posibilidad de alegar un estado de necesidad para excluir la antijuridicidad de la conducta, esto por cuanto, existen ciertas personas que ostentan un rol social de sacrificio” (Rodríguez Moreno, 2020, p. 420), es decir, que no se puede pretender alegar estado de necesidad cuando por una acción u omisión se han vulnerado derechos o bienes jurídicos de una persona alegando el deber que ellas tenían de sacrificarse.

Pongamos un ejemplo: Un policía entra a una casa en llamas para tratar de rescatar a quienes se encuentran en su interior mientras llegan los bomberos, el policía logra rescatar a todos los miembros y decide ir también a rescatar a la mascota —un perro—pero durante la acción una parte de la casa cae y el policía queda atrapado pidiendo auxilio; llegan los bomberos al lugar, comienzan a combatir el flagelo, que es muy fuerte, pero no intentan siquiera rescatar al policía alegando que el fuego es muy fuerte y que, al fin y al cabo, esta persona sabía lo que hacía y su muerte puede asumirse como un daño colateral considerando que su misión es “servir y proteger” a la ciudadanía aun a riesgo de la propia vida.

La obligación de sacrificio de una persona, por regla general, no justifica el estado de necesidad. Este criterio se desarrolló a partir del caso *“La Mignonette”* en el que un tribunal judicial de la corona inglesa, en el último cuarto del siglo XIX condenó a pena de muerte a tres hombres que se comieron a otro ser humano —un menor que se encontraba muy enfermo— al no encontrar con qué alimentarse tras varios días de pasar a la deriva por el naufragio del barco en el que viajaban (Tribunal Superior de Justicia- *Queen’s Bench Division*, 1884).

El problema, señala el tribunal, radica en determinar cómo se ha de comparar el valor relativo de las vidas humanas en juego. Luego de rechazar la posibilidad de que se seleccione la persona a ser sacrificada a base de ciertas cualidades como su intelecto o su fortaleza, el tribunal indicó que lo que sucedió en este caso fue que los más fuertes sacrificaron al más indefenso. Esto le parece inaceptable, pues, como señaló el jurado en su informe especial, no es más necesario matar al indefenso que matar al fuerte. (Chiesa, 2011, p. 98)

128 Este argumento se reforzó con base en el imperativo categórico de Kant de considerar a las personas como fines y jamás como medios. Ahora bien, aunque por regla general ninguna vida, sin importar su estado, se encuentra por encima de otras ¿Qué ocurre cuando no queda más remedio que elegir entre ellas? Aquí nos topamos con la paradoja del tranvía que va sin frenos “el conductor se ha desmayado y hay una persona parada en la aguja de cambio de rieles, puede presionar un botón para que cambie la ruta, igualmente, de un lado hay cinco personas y del otro lado una persona” (Thompson, 1985, p. 1497).

La respuesta que la mayoría de personas dan a esta pregunta es que es preferible que muera una a que mueran las cinco. Si bien es cierto que el valor de cada vida humana es incalculable hay condiciones en las que el derecho a la misma se considera de menor importancia. “Esto de ordinario ocurre cuando cumplir con el deber deontológico de no utilizar a un ser humano como medio para alcanzar un fin tendría consecuencias catastróficas” (Chiesa, 2011, p. 105).

La Corte Constitucional del Ecuador (2021) abordó este tema en la sentencia No. 34-19-IN/21 (aborto en caso de violación) en la que concluye que “aun cuando la protección a la vida desde la concepción es un valor primordial dentro de la Constitución, este no puede ser interpretado de forma aislada o absoluta, sino que debe ser entendido sistemáticamente con otros derechos y principios” (párr. 122), lo que significa que la vida de una sola persona puede ser sacrificada si con ello se protegen los derechos de otra.²

² Para el autor, el derecho a la vida comienza a partir de la concepción, entendiendo por tal la singamia o intercambio de información genética (Merlyn, 2012, p. 12)

b. Legítima defensa

Elena se encuentra en su domicilio realizando tareas del hogar, cuando aparece su esposo Alberto, quien llega de trabajar y le pregunta a Elena: ¿Qué tienes de comer? Su esposa le contesta que ha preparado arroz con fréjol y un huevo frito, a lo que reacciona Alberto y le increpa: “Todos los días es lo mismo en esta casa, como si uno no trabajara para no merecer al menos algo bueno de comer”, a continuación, le propina a su esposa un golpe en el ojo haciendo que caiga al piso y empieza a patearla diciéndole: “Te voy a enseñar, que a mí tienes que darme de comer bien, porque soy tu esposo”. Mientras esto ocurre, el padre de Elena —Don Andrés— que había acudido a casa de su hija a fin de visitarla, escucha los gritos de dolor y desesperación de su hija, por lo que golpea a la puerta del domicilio y, al encontrar que nadie le responde, la derriba y, viendo la agresión que sufre su hija, procedió a empujar a su yerno, quien colérico le responde: “Aquí te mueres, viejo” y tomó un cuchillo con la intención de clavárselo, pero Don Andrés esquivó el ataque de Alberto y lo empujó con fuerza haciendo que este tropiece y caiga contra piso golpeándose tan fuerte en la cabeza que quedó inconsciente. Más tarde, en el hospital Alberto entró en estado de coma, fruto del golpe y tiempo después falleció. Durante el juicio penal que se siguió en contra de Andrés, su abogado argumentó que su actuación se dio aplicando la legítima defensa.

La legítima defensa es una institución penal que forma parte del:

Derecho natural de toda persona a proteger sus bienes jurídicos o de un tercero, ante un ataque ilegítimo que pone en peligro sus bienes jurídicos, asumiendo la defensa con cualquier medio o fuerzas de reacción humana en forma equilibrada. (Yávar, 2014, p. 120)

Esta causal de exclusión de la antijuridicidad se regula en Ecuador a partir de lo previsto en el art. 33 del COIP que indica lo siguiente:

Art. 33.- Legítima defensa.- Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Agresión actual e ilegítima.
2. Necesidad racional de la defensa.
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, art. 33)

Mir Puig (2011) diferencia entre la legítima defensa y estado de necesidad en los siguientes términos:

Al estudiar el significado de la legítima defensa dijimos que en ella se enfrentan dos sujetos que se encuentran en diferente situación ante el Derecho: mientras que el agresor infringe el Derecho, el defensor se halla en una situación legítima respecto a su agresor. En cambio, en el estado de necesidad entran en conflicto sujetos que se hallan en la misma posición frente al Derecho: ninguno de ellos es aquí un injusto agresor. (p. 458)

129

Para alegar que un delito pudo cometerse en legítima defensa se presupone que la actuación del sujeto activo del delito “debe realizarse en el marco de la defensa de un derecho, es decir, de cualquiera de los postulados previstos en la parte dogmática de la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos” (Hurtado y Zambrano, 2021, p. 4). Así mismo, el legislador restringe su invocación al cumplimiento de todos los requisitos previstos en el citado art. 33 del COIP.

El primero de ellos afirma que debe tratarse de una agresión que perpetra el sujeto activo al sujeto pasivo, que esta debe ser actual y que debe caracterizarse por su ilegitimidad. El término agresión, desde un punto de vista psicológico, hace referencia a “una conducta interpersonal cuya intención es herir o causar daño simbólico, verbal o físico a una persona que no desea sufrir esa suerte y que de hecho provoca daño real” (Páez y Ubillos, 2004, p. 1), de lo cual se colige la existencia de tres elementos:

- a) Su carácter intencional, en busca de una meta concreta de muy diversa índole, en función de la cual se pueden clasificar los distintos tipos de agresión.
- b) Las consecuencias negativas que conlleva, sobre objetos u otras personas, incluido uno mismo.

c) Su variedad expresiva, pudiendo manifestarse de múltiples maneras, siendo las apuntadas con mayor frecuencia por los diferentes autores, las de índole física y verbal. (Carrasco y González, 2006, p. 8)

La agresión tiene que ser actual, es decir, que debe estar produciendo al momento en que se busca cesar la misma, lo que excluye la posibilidad de alegar esta figura —al menos en Ecuador— si el ataque aún no ha comenzado o si este ya ha cesado, aunque “una amplia opinión de juristas señala que dentro de este requisito se encuentra previsto también el ataque inminente” (Hurtado y Zambrano, 2021, p. 5) que consiste en “la agresión posible y probable, a punto de ocurrir, (...) que no ha iniciado [pero] que se encuentra en trance de comenzar” (Rodríguez Moreno, 2020, p. 392). En el caso planteado más arriba, aunque Alberto había dejado de atacar a Don Andrés —por haber fallado en su intento de apuñalarlo— era razonable considerar que el esposo de Elena volvería a atacarle por lo que lo empujó para aumentar la distancia entre ambos y tratar de cesar la agresión.

Bajo el principio de taxatividad—que es una de las bases del derecho penal y que existe concomitantemente con el principio de legalidad— la aplicación de este primer requisito para configurar la legítima defensa, debería realizarse estrictamente atendiendo a su contenido literal, en este sentido al no estar incluida la expresión “inminente” no podría considerarse como legítima defensa la actuación que repela una agresión que no ha iniciado. Sin embargo, siendo el Ecuador es un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, la tutela de derechos no debe realizarse exclusivamente después de que estos se hayan vulnerado, sino que corresponde garantizar su protección ante un riesgo inminente de afectación a los mismos³ lo que vuelve constitucional la legítima defensa para repeler una agresión inminente.

El ataque también debe ser ilegítimo, es decir, que no debe estar contemplado por la ley como mecanismo válido de actuación. Por ejemplo, imagínese que Carlos se encuentra tranquilamente en su casa, junto a su mujer e hijos, y de repente irrumpen en su interior cinco policías y un fiscal, quienes le muestran una orden de allanamiento dictada por un Juez y empiezan a registrar su casa. Si Carlos, con la excusa de que le están robando, tratase de agredir a uno de los policías, no podría alegar que estaba actuando en legítima defensa, pues el allanamiento del domicilio se encuentra previsto por la ley penal —concretamente en los arts. 480 a 482 del COIP —.

El segundo requisito que configura la legítima defensa es que debe existir una necesidad racional en la defensa del bien jurídico o del derecho tutelado. Rodríguez Moreno (2020) señala que: “la racionalidad no se refiere, en modo alguno a proporcionalidad, esto es, la legítima defensa no exige que el medio empleado para repeler la agresión sea proporcional al medio empleado para agredir” (p. 399). Esto significa que es incorrecto abordar este parámetro a partir de la teoría de “igualdad de armas” que promueve que quien defiende un bien jurídico, para repeler una agresión utilice medios similares a los utilizados por el atacante, por ejemplo, si Luis ataca con un machete a Pedro, este no podría usar su pistola para repeler la agresión pues sería desproporcional, pero puede emplear los puños o la fuerza física para eliminar la amenaza, sin embargo, aunque:

[u]n revólver es superior a un machete, sin embargo, no podemos exigir al ciudadano, en ese momento, que no use el único medio a su alcance para defenderse de una agresión ilegítima, pues no hacerlo, significaría, probablemente su muerte. (Rodríguez Moreno, 2020, p. 400)

En la literatura especializada existe coincidencia en señalar que la necesidad racional de la defensa significa que, de entre las alternativas de defensa idóneas de las que dispone el agredido, este debe elegir la que menos daño de produce al agresor. (García Cavero, 2019, p. 623)

Por ejemplo: Juan se encuentra trabajando en su mecánica y de pronto aparece su amiga Sara quien le dice que viene huyendo de su ex pareja sentimental, llamado Alex, el cual la ha golpeado en la cara y tiene una pistola con la que quiere hacerle daño. Apenas dos segundos después entra Alex con pistola en mano y alterado comienza a hacer algunos disparos al aire y busca a Sara. Juan trata de hablar con Alex, mientras Sara llama a

³ Si bien es cierto que esta postura corresponde a los criterios emitidos por la Corte Constitucional con respecto a la aplicación de las medidas cautelares —por poner un ejemplo el precedente jurisprudencia constitucional obligatorio contenido en la sentencia No. 034-13-SEP-CC— en realidad estos argumentos pueden aplicarse extensivamente en materia penal considerando que el fin de todo el ordenamiento jurídico es la protección integral de los derechos y esta finalidad se encuentra por encima del principio de taxatividad.

la policía, pero Alex no atiende a razones y apunta con su pistola a Sara y, antes de que pueda dispararle, Juan toma una llave inglesa que se encontraba cercana a él y se la lanza al agresor, que se encuentra a unos diez metros de él y lo golpea en la cabeza cayendo sobre algunas piezas de metal que se encontraban en el piso, las cuales se introducen en su cabeza y muere.

No se podía exigir a Juan que se quedara inmóvil viendo como Alex podía disparar a su amiga, tampoco se le podía exigir que vaya a buscar otra herramienta que sea menos sólida o que la arroje de tal manera que no le llegue a la cabeza pues, para empezar, Juan ni siquiera tenía idea de que ese día, en su taller, se darían estos hechos, por lo que reaccionó según se presentaron las circunstancias y los medios de los que disponía en ese momento.

El último requisito que debe cumplirse para invocar la legítima defensa es la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende, es decir, que la persona que defiende un bien jurídico suyo o de un tercero no haya provocado al atacante para que entre en dicho estado pues existen “víctimas que por su conducta incitan al autor a cometer el ilícito penal, teniendo como resultado de la incitación el acto que ellas mismas han provocado en el ofensor, una acción en su contra” (Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Otros Participantes en el Proceso Penal, 2011, p. 99). Supongamos que Marcelo y su madre, Doña Consuelo, se encuentran caminando por un centro comercial haciendo compras para la navidad, inesperadamente aparece Hernán, que es enemigo manifiesto de Marcelo, y empieza a insultarlos y a escupirles en el rostro, pero la madre y el hijo solo le piden que les deje en paz, sin embargo, Hernán continúa con las agresiones y le propina un golpe a Doña Consuelo en su nariz y cae al piso sangrante y se dirige ahora a golpear a Marcelo, pero él golpea a Hernán en la nariz, lo que le provoca una hemorragia tan intensa que también cae al piso y muere desangrado hasta que lleguen los paramédicos. En este caso, hay legítima defensa pues Marcelo nunca realizó provocación alguna, por el contrario, Hernán provocó, con el golpe a Doña Consuelo y con la intención de atacar a Marcelo, a que este se defienda.

Otro caso puede ser el siguiente: varios jóvenes se encuentran libando en un bar, entre ellos se encuentra Natalia. Al calor de los tragos, tres de los jóvenes tratan de seducir a la señorita para que mantenga con ellos relaciones sexuales pero, ante la negativa, la golpean y tratan de someterla, por lo que Natalia —en su desesperación— toma una botella de vidrio y la rompe sobre la cabeza de uno de sus agresores que queda inconsciente en el piso (lesionado); el segundo atacante se acerca, la golpea con otra botella, forcejean y en el forcejeo la chica incrusta la botella en su cuello, por lo que el agresor muere desangrado; finalmente, el tercero huye del lugar y da aviso a la policía quienes se acercan al lugar y arrestan a Natalia. En este caso hay legítima defensa. El abogado del occiso presenta denuncia por homicidio, argumentando que la señorita lo provocó a actuar de esa manera, pues vestía “ropa provocativa”. ¿En este punto es inevitable preguntarse si entonces lo preferible era que Natalia se dejase ultrajar por sus agresores y probablemente terminen con su vida? Por supuesto que no.

[...], ¿qué clase de provocación se requiere para suprimir la opción de alegar legítima defensa? Deberá tratarse de una provocación suficiente y no nimia. Sin duda la propia esencia personal y caracterológica del ser humano es problemática y dificulta establecer baremos de reacción conductiva, por lo que no podemos establecer un común denominador. Así, “provocación suficiente”, en abstracto, será la conducta de suficiente entidad como para provocar una reacción agresiva en un ser humano de tolerancia media (cada caso deberá analizarse a la vez, con sus bemoles y contexto). (Rodríguez Moreno, 2020, p. 403)

En este orden de ideas, cabe realizar tres precisiones: (i) la provocación suficiente parte del supuesto de que todo ser humano posee un adecuado equilibrio mental que le permite tolerar actos que inciten a la violencia, (ii) en el juicio debe probarse la existencia o ausencia de provocación suficiente, y (iii), bajo ninguna circunstancia los delitos de violencia sexual pueden justificarse, pues las mujeres y las personas en general pueden vestirse como se sientan bien y cómodas y eso no significa ninguna provocación.

c. Orden legítima y expresa de autoridad competente

El segundo inciso del art. 30 del COIP consagra esta causal de exclusión de la antijuridicidad sin brindar más detalles sobre su configuración, por ello es necesario recurrir a la doctrina jurídica para analizar los requisitos que este debe cumplir para ser invocado dentro de un caso concreto. Un primer vistazo a la norma penal permite inferir que la:

Obediencia al superior, que radica de la existencia de una orden legítima y expresa de autoridad competente, es una exención de responsabilidad al subordinado que actuaba conforme a dicha obediencia y en razón del cumplimiento de dichos parámetros. (Cornejo Aguiar, 2017, p. 298)

Aquí la doctrina distingue entre la orden formal y materialmente antijurídica y la orden formalmente legítima pero materialmente ilícita. Ante la primera es por entero claro que no es viable invocar la causal excluyente del injusto. Y ante la segunda, hay que distinguir: si el subordinado que recibe la orden conoce la ilicitud material de ella, no obstante, su aparente expedición formal legítima, incurre en injusto penal si la lleva a cabo. Pero si no se entera de su ilegitimidad material puede resultar favorecido por error, si sus exigencias se cumplen. (Salazar Marín, 2016, p. 621)

Esta institución, de acuerdo con Rodríguez Moreno (2020) se aplica solo si se cumplen los siguientes requisitos: (i) dependencia jerárquica del inferior con su superior; (ii) orden referida al ámbito de las relaciones entre el superior y el inferior; (iii) competencia del subordinado para cumplir las órdenes; (iv) orden expresa presentada con formalidades legales que le sean propias; y (v) apariencia de licitud.

Para explicar estos requisitos podemos poner el siguiente ejemplo: Enrique trabaja como contador para la empresa XYZ cuya gerente es Andrea. Mediante un memorando ella le dice que el 10 % de los ingresos obtenidos por la empresa se van a desviar a un número de cuenta que consta en el anexo al memorando y que corresponde a una fundación sin fines de lucro que se encarga del cuidado y protección de los perros que viven en la calle. Enrique realiza la transferencia de fondos, que oscila entre cinco a ocho mil dólares americanos mensuales, sin sospechar que en realidad se están desviando a la cuenta de la hija de la gerente que utiliza ese dinero para sobornar a funcionarios públicos a fin de obtener contratos para su empresa. Enrique se ha encargado de este desvío de fondos puntualmente y sin sospechar que estaba ayudando a financiar actos de corrupción, aunque al final se haya evidenciado lo contrario, pero con completo desconocimiento suyo.

Refiriéndonos únicamente a las órdenes que se imparten en el sector público, para que sean legítimas, deben cumplir al menos dos requisitos: i) Debe ser expedida en la forma prevista por la Constitución, las leyes y la normativa aplicable; y, (ii) en el caso del sector público, requiere estar motivada y fundamentada. Esto, de acuerdo con el Código Orgánico Administrativo implica la aplicación permanente del principio de prohibición de interdicción de la arbitrariedad, pues “Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2017, art. 18).

Por su parte, el carácter de expreso implica que la orden que se disponga se clara, directa y precisa, de tal manera que el subordinado que se encarga de ejecutarla no pueda realizar interpretaciones sobre la misma que la desvíen de su objetivo principal, sin perjuicio del control de convencionalidad que pueda realizar el servidor público que debe ejecutarla, punto que se desarrollará más adelante.

Ahora bien, esta institución jurídica del derecho penal posee una connotación especial cuando se aplica por el personal militar y policial en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales previstas principalmente en los incisos dos y tres del art. 158 de la Norma Suprema, que indica que:

Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial. La protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 158)

A pesar de que “[l]as Fuerzas Armadas y la Policía Nacional serán obedientes y no deliberantes, y cumplirán su misión con estricta sujeción al poder civil y a la Constitución” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 159), hay que considerar que el límite al carácter no deliberante se limita a la posible vulneración, ilegal, innecesaria e injustificada de los derechos de otra u otras personas, en este sentido: “la obediencia jerárquica en el ámbito de la fuerza pública no constituye en tales casos una causa de justificación. A lo más podría alegarse una especie de coacción moral irresistible que operaría sobre el ánimo del inferior [...]” (Albán, 2015, p. 171). Esta idea que también fue abordada por la Corte Constitucional del Ecuador (2021) en la sentencia No. 33-20-IN/21 donde, al hablar sobre el uso progresivo de la fuerza por parte del personal de las fuerzas armadas (FF.AA.), sostiene que:

[...] siempre que el uso progresivo de la fuerza es materializado en un caso en específico debe estar limitado por cuatro principios:

(i) Legalidad: el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo, debiendo existir un marco regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación de conformidad con lo prescrito en los artículos 84, 132 y 133 de la CRE.

(ii) Absoluta necesidad: el uso de la fuerza debe limitarse a la inexistencia o falta de disponibilidad de otros medios para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso.

(iii) Proporcionalidad: los medios y el método empleados deben ser acorde con la resistencia ofrecida y el peligro existente. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda. Cuando hablamos de proporcionalidad, se debe considerar lo planteado por la Corte IDH: (1) la intensidad y peligrosidad de la amenaza; (2) la forma de proceder del individuo; (3) las condiciones del entorno; y, (4) los medios de los que disponga el funcionario para abordar una situación específica.

(iv) Humanidad: cuyo objeto es complementar y limitar intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas). En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, párr. 117)

En el caso de que se haya actuado siguiendo dichos lineamientos pese a haber causado lesiones a un ciudadano la actuación del policía estaría plenamente justificada” (Cornejo Aguiar, 2017, p. 303), caso contrario el servidor policial o militar podría ser juzgado por dos delitos: “Extralimitación en la ejecución de un acto de servicio” (COIP, art. 293) o “Elusión de responsabilidades de las o los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional” (COIP, art. 291).

En otras palabras, el principio de obediencia en el personal policial y militar tiene un límite, los subordinados están obligados a cerciorarse *prima facie* que la orden que se les da es conforme a derecho y, en este mismo sentido, se encuentran compelidos a aplicar el control de convencionalidad ante cualquier orden que se les dé, de tal forma que deben “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 124). Esto a partir de lo dispuesto en el inciso dos del art. 426 de la Constitución que indica que:

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. (Asamblea Constituyente, 2008)

Así pues, estando todos los servidores públicos “obligados a realizar control de convencionalidad en el marco de sus competencias y procedimientos” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, párr. 282) el personal militar y policial está obligado a aplicarla antes de ejecutar las órdenes de sus superiores cuando se tenga la más leve sospecha de que atenten contra derechos humanos, lo que nos lleva a preguntarnos ¿Cuán bien formados se encuentran estos servidores públicos con respecto a este tema? El lector podrá sacar sus propias conclusiones.

d. Deber legal

Anteriormente se expresó que el legislador unió dentro de la tercera causal de exclusión de la antijuridicidad prevista en el COIP dos situaciones distintas: la orden legítima y expresa de autoridad competente y el deber legal. La primera se desarrolló en el apartado anterior, por lo que ahora corresponde reflexionar sobre la segunda.

Art. 30.1.- Cumplimiento del deber legal de la o el servidor de la Policía Nacional, Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia Penitenciaria.- Existe cumplimiento del deber legal cuando una o un servidor de la Policía Nacional, Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia Penitenciaria al amparo de su misión constitucional y legal, en protección de un derecho propio o ajeno, cause lesión, daño o muerte a otra persona, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que se realice en actos de servicio o como consecuencia del mismo; 2. Que, para el cumplimiento de su misión constitucional o legal, dentro de su procedimiento profesional, cumpla los principios para el uso legítimo de la fuerza, establecidos en la ley de la materia; y, 3. Que exista amenaza o peligro inminente de muerte o lesiones graves, para sí o para terceros, en los casos en los que se recurra al arma de fuego con munición letal. Por acto de servicio se entienden las actuaciones previas, simultáneas y posteriores, ejecutadas por la o el servidor en cumplimiento de su misión constitucional y el deber legal encomendado, inclusive el desplazamiento del servidor o servidora desde su domicilio hasta su lugar de trabajo y viceversa. También se considera acto de servicio, cuando la actuación del servidor o servidora se realiza fuera del horario de trabajo, en cumplimiento de su misión constitucional, observando el riesgo latente, eficacia de la acción y urgencia de protección del bien jurídico (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, art. 30.1)

En este sentido, hay que realizar dos precisiones: primera, no es lo mismo el deber jurídico que el deber legal, pues mientras el primero deja abierta la posibilidad de hacer o dejar de hacer algo tomando en cuenta no solo las normas sino también su relación con la justicia como valor supremo del derecho y del ordenamiento jurídico del Estado, el deber legal se restringe a cumplimiento de la norma que manda a hacer algo —recordemos brevemente que, de acuerdo con el art. 1 del Código Civil, las normas pueden mandar, prohibir o permitir algo (Congreso Nacional del Ecuador, 2005)—.

La segunda precisión radica en distinguir entre: (i) el cumplimiento de una norma jurídica y (ii) el ejercicio legítimo del cargo, los cuales se encuentran contemplados —desde un plano doctrinal— dentro de esta causal de exclusión de la antijuridicidad. Con respecto al cumplimiento de una norma jurídica Peña Cabrera (2017) señala que:

[...] El ordenamiento jurídico confiere determinadas facultades a los funcionarios públicos y a ciudadanos con determinados roles, que son importantes para la preservación de un orden social regido por el Derecho y por la Justicia; el bien común solo puede alcanzarse cuando el derecho subjetivo de un individuo es reivindicado a pesar de que aquello suponga la afectación de otro derecho individual. (p. 786)

134

En otras palabras, la propia norma jurídica faculta —especialmente a los servidores y funcionarios públicos— a realizar actuaciones que son vulneradores de derechos cuando el fin que se persigue es mayor. Supongamos, por ejemplo, que el Fiscal tiene noticia de que en una casa se mantiene secuestrada a una persona y solicita al Juez autorización para allanar la misma con un grupo de policías, el Juez se la concede y en efecto se produce el allanamiento recuperando a la víctima y arrestando a los secuestradores. Si bien es cierto que se vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo cierto que es, al estar previsto en el art. 480 y siguientes del COIP la acción reviste carácter legal.

Sin embargo, hay dos temas que se discuten dentro de esta causal de exclusión de antijuridicidad, a saber: (i) como obrar cuando la norma legal es abiertamente injusta y (ii) si se aplica cuando hay contradicción normativa. En el primer caso, varios autores se han pronunciado con respeto a la prevalencia de la justicia o de la ley en los casos en que ambas se encuentran en conflicto, entre ellos encontramos a Tomás de Aquino (2017) que, en el siglo XII sostenía que:

[...] si la ley solamente es contraria al bien humano —bien sea que el soberano imponga leyes enemigas del bien común, o favorecedoras tan sólo de bienes particulares o de la gloria del príncipe; bien sea que el soberano traspase los límites de su potestad; bien sea que reparta los cargos y cargas con notoria desigualdad— tales leyes no pueden obligar en conciencia, ni deben ser obedecidas, a no ser por el escándalo y el desorden que su incumplimiento pueda originar, pues cuando esto sucede, el hombre está obligado a ceder de su derecho, para evitar mayores males. (p. 966)

Tradicionalmente se ha considerado que la ciega obediencia a la ley —o a las órdenes del superior— sin importar cuán injusta sea, es causal para que se aplique la antijuridicidad. Esto se dio principalmente en los juicios de Núremberg, en los que los principales líderes del nacionalsocialismo, como parte de sus argumentos de defensa alegaron que no podían ser acusados de violar ninguna norma pues en realidad obedecieron a lo previsto por el ordenamiento jurídico alemán (Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, 2002), pese a lo cual se concluyó que se habían vulnerado las bases más elementales de la convivencia social y del respeto por la vida y la dignidad del hombre (Tribunal Militar Internacional, 1945).

En otras palabras —en el contexto ecuatoriano— la exclusión de la antijuridicidad solo funciona en el caso de que la norma que se está obedeciendo es justa y tutela derechos constitucionales, pues caso contrario, dependiendo de cuan atentatoria sea a un derecho humano, se debe continuar con el juicio penal en contra del presunto autor de la infracción penal, sobre todo cuando su actuación vulnera las normas del Derecho Internacional Humanitario.

El otro tema de discusión se presenta cuando hay contradicción entre dos normas. Pongamos por ejemplo el caso del abogado delator: Ernesto es un abogado que se especializa en temas penales, un día se presenta en su despacho Miguel, quien nervioso le cuenta que mató a su novia porque sabía que la estaba traicionando con un amigo, le cuenta también que para ello contrató a un sicario al que le pagó \$4000,00 por el “trabajo”, pero que ahora esta persona quiere \$7000,00 y le amenaza con denunciarlo en caso de que no cumpla, por lo que acude a él para que le brinde su consejo legal. Ernesto le aconseja legalmente, pero Miguel no queda contento con la respuesta por lo que agradece los servicios, para la consulta y se retira del lugar. Ernesto, sin embargo, realiza una llamada a la policía y denuncia a Miguel. Posteriormente Miguel, a pesar de haber sido capturado, procesado y sentenciado por ser culpable del homicidio de su pareja sentimental, denuncia de Ernesto por el delito de revelación de secreto (COIP, art. 179).

Dejando de lado la disquisición sobre el comportamiento ético del abogado al denunciar a uno de sus clientes, el art. 276 del COIP indica lo siguiente:

Art. 276.- Omisión de denuncia en razón de la profesión, cargo u oficio.- La persona que, en razón de profesión, cargo u oficio, en los ámbitos de educación, salud, recreación, religioso, deportivo o cultural, conozca de hechos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos o delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o muerte violenta de una persona y no denuncie el hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

Si la omisión es por parte de quien sea el propietario, responsable o representante legal de la institución pública o particular, se aplicará el máximo de la pena.

Si la omisión se produce sobre delitos contra la integridad física, psicológica o sexual de niños, niñas y adolescentes, se aplicará el máximo de la pena aumentada en un tercio.

No se podrá alegar secreto profesional y objeción de conciencia para justificar la falta de denuncia. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019)

Por su parte, el art. 179 *ibidem* indica que:

Art. 179.- Revelación de secreto.- La persona que, teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014)

En otras palabras, atendiendo solo a lo previsto en el Art. 276 del COIP, Ernesto no puede escudarse en la confidencialidad cliente —abogado para no denunciar a Miguel por el homicidio que cometió. Este argumento, frente a lo previsto en el art. 179 aparece como exclusión del delito pues, si no lo denunciaba y de la investigación de la Fiscalía se descubría que existió una conversación entre ambos, Ernesto podría haber terminado en prisión. Sin embargo, este argumento por sí solo podría no ser del todo satisfactorio ante un tribunal, por lo que es conveniente invocar el principio de *in dubio pro reo*.

Cuando las personas procesadas son servidores o funcionarios públicos que argumentan esta causal de exclusión de la antijuridicidad —así como en el caso de orden legítima de autoridad competente— se debe probar no solo que actuaron según una norma, sino que también se motivó su pertenencia dentro de un caso concreto a fin de evitar la arbitrariedad.

Ahora bien, existen casos que no se circunscriben dentro de lo que es un deber legal y tampoco se enmarca en la orden legítima y expresa de autoridad competente, por lo que puede clasificarse como casos de permisividad legal —que solo puede otorgarla la ley penal o la norma constitucional— para cometer delitos (como en el caso del delito de trata de personas) considerando, en este caso que la víctima de trata es frecuente obligada a realizar actividades que, de forma libre, voluntaria y plenamente consciente, seguramente no haría.

Así, el art. 93 del COIP consagra el principio de no punibilidad de la víctima de trata, afirmando que:

Art. 93.- Principio de no punibilidad de la víctima de trata.- La víctima no es punible por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata.

Tampoco se aplicarán las sanciones o impedimentos previstos en la legislación migratoria cuando las infracciones son consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito del que fueron sujetas.

Excepciones parecidas también son posibles encontrarlas en el segundo inciso del art. 483 del COIP que —al hablar sobre los agentes encubiertos no tendrán “responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014) o con la sentencia No. 141-18-SEP-CC en la que se afirma que los Jueces constitucionales no cometen prevaricato aun cuando fallen contra norma expresa (Corte Constitucional del Ecuador, 2018), por poner solo algunos ejemplos.

2. Exceso de las causales de justificación de la antijuridicidad

Ahora bien, puede presentarse el caso de que algunas de las causales de exclusión de la antijuridicidad se apliquen, por parte de la víctima, en exceso, lo cual está castigado por la ley específicamente en el artículo 31 del COIP.

Pongamos como ejemplo que Jaime es cinta negra en karate y que un día, mientras se encuentra trabajando como vendedor en una farmacia, aparece Luis, el cual posee un cuchillo, ingresa a la parte posterior del mostrador, sorprende a Jaime, le enseña el cuchillo y le dice que le entregue el dinero de la máquina registradora. Sin embargo, Jaime, de un puntapié libera a Luis del cuchillo y en vez de someterlo (cuando ya no tenía el cuchillo en sus manos) le asesta un golpe de karate en la garganta tan certero que Luis se asfixia, cae al suelo y muere. En este caso, Jaime —con su conocimiento de karate— pudo someter a Luis e impedir el robo aplicando algún mecanismo que no terminase con la vida de este último, pero el medio utilizado no fue racional por lo que hay exceso de legítima defensa.

En el segundo caso, imaginemos que —siguiendo el mismo ejemplo— Jaime se libera de Luis, lo golpea en el estómago haciendo que caiga al piso y, a continuación, se abalanza sobre él y lo golpea en todo el resto del cuerpo, hasta dejarlo casi desfigurado y con una incapacidad permanente. En este caso, aunque con el golpe al estómago ya había cesado el peligro Jaime siguió atacando a Luis aun cuando ya no tenía sentido hacerlo.

Al respecto el COIP sostiene que: “La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, art. 31).

Comentando este artículo, Molina (2014) señalaba lo siguiente:

El exceso en las causales de justificación del hecho, de acuerdo a la doctrina cobija a la persona que al realizar una conducta típica, desborda las exigencias legales en virtud de las que puede en principio invocar la causa de justificación, esto es cuando el agente encontrándose en un comienzo dentro de los linderos propios de una causa de justificación contempladas en el COIP, se extralimita, con lo que automáticamente pierde el derecho de

ampararse en ellas y la conducta realizada es antijurídica y culpable a menos que en este último caso concurra otra eximente de responsabilidad. (p. 343)

Al respecto Rodríguez Moreno (2020) sostiene que hay exceso de legítima defensa en dos circunstancias: (i) cuando el medio empleado para impedir o hacer cesar una agresión es irracional y (ii) cuando se continúa con el medio empleado para eliminar la agresión aun después de que esta haya cesado.

Aplicando lo señalado por Rodríguez Moreno se puede realizar una aplicación extensiva de los casos señalados para el exceso de legítima defensa para el estado de necesidad, así se puede decir que este cae en exceso cuando el medio utilizado para proteger un derecho por encima de otro es irracional o cuando se continúa haciendo uso del mismo aun después de que vulneración cesó.

En lo referente a la orden legítima y expresa de autoridad competente y a la orden legal, se puede extralimitar en estas causales de exclusión cuando se realiza un uso abusivo de la norma o se extralimita en el cumplimiento de órdenes de la autoridad competente que las haya dictado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albán, E. (2015). *Manual de derecho penal ecuatoriano. Tomo I. Parte general. Código Orgánico Integral Penal*. Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (07 de julio de 2017). *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial Suplemento 31.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (24 de diciembre de 2019). *Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Ecuador*. Registro Oficial Suplemento 107.
- Ávila Santamaría, R. (2008). Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia. En R. Ávila Santamaría (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Baldó Lavilla, F. (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa*. B de f.
- Carrasco, M., y González, M. (2006). Aspectos conceptuales de la agresión: definición y modelos explicativos. *Acción Psicológica* 4(2), 7-38. <https://bit.ly/3LsCB8Y>
- Chiesa, L. (2011). Caso La Mignonette. En P. Sánchez-Ostiz, (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*. La Ley.
- Ciuro Caldani, M. (2019). *Una teoría trialista del mundo jurídico*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. (2002). *PCNICC/2002/WGCA/L.1. Examen histórico de la evolución en materia de agresión*. <https://bit.ly/3mTdGkB>
- Congreso Nacional del Ecuador. (24 de junio de 2005). *Codificación del Código Civil*. Registro Oficial 46.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). *Sentencia No. 141-18-SEP-CC*. Juez Ponente: Wendy Molina Andrade.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)*. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Sentencia No. 33-20-IN/21 y acumulados*. Juez Ponente: Karla Andrade Quevedo.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS*. Jueza Ponente: Karla Andrade Quevedo.
- Corte Interamericano de Derechos Humanos. (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006*.
- De Aquino, T. (2017). *Suma de Teología. Parte II*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- El Comercio. (01 de diciembre de 2020). *Frustran un asalto golpeando al ladrón con un cilindro de gas*. <https://bit.ly/3Tm6KbY>
- García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Ideas Solución Editorial.
- Gómez, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Doctrina y Ley Ltda.
- Guastini, R. (2015). *La interpretación de las normas jurídicas* (Miguel Carbonell, trad.). Cevallos.
- Hurtado, J. y Zambrano H. (2021). La legítima defensa en Ecuador: Un estudio actualizado. *Revista Axioma*,

- I(24), 44-49. Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Sede Ibarra. <https://doi.org/10.26621/ra.v1i24.684>
- Leyva, M. y Lugo, L. (2015). El bien jurídico y las funciones del Derecho Penal. *Derecho Penal y Criminología*, 36(100), 63-74. <http://bit.ly/3yGqEEN>
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor.
- Molina, C. (2014). *Comentario al Código Orgánico Integral Penal*. Anaya.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). *Teoría General del Delito*. Tirant Lo Blanch.
- Páez, D. y Ubillos, S. (2004). Agresión. En I. Fernández, S. Ubillos y E. Subieta (coords.), *Psicología social cultura y educación*. Pearson Education.
- Peña Cabrera, A. (2017). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. IDEMSA.
- Polaino Navarrete, M. (2013). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Tecnos.
- Rodríguez Moreno, F. (2020). *Curso de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Teoría del Delito*. Cevallos.
- Rodríguez, G. (2003). Delito, Pena y Constitución. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (8), 311-329. <http://bit.ly/3FqsDRC>
- Salazar Marín, M. (2016). *Teoría del delito. Con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho Penal*. Ibáñez.
- Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Otros Participantes en el Proceso Penal. (2011). *Vademécum Victimológico*. Fiscalía General del Estado.
- Thompson, J. (1985). The Trolley Problem. *The Yale Law Journal*, 94(6), 1395-1415. <https://doi.org/10.2307/796133>
- Tribunal Militar Internacional. (1945). *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*. <https://bit.ly/3JIPj6r>
- Tribunal Superior de Justicia-Queen's Bench Division. (1884). *Su Majestad la Reina contra Tom Dudley y Edwin Stephens*. *QBD 273 (DC)*. Juez Presidente: Lord Coleridge.
- Vásquez, F. (2016). *Punto de inflexión de la imputación objetiva en el Código Orgánico Integral Penal*. Editorial Jurídica del Ecuador.
- Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho Penal*. B de f.
- Yávar, F. (2014). *Orientaciones desde el Art. 1 al 250 del Código Orgánico Integral Penal*. FERNAYÚ.

CAPÍTULO 9:

LA CULPABILIDAD O RESPONSABILIDAD PENAL

Bladimir Gonzalo Erazo Bustamante
Universidad Técnica Particular de Loja
bgerazo1@utpl.edu.ec

Introducción

De acuerdo con la Teoría General del Delito para que exista infracción penal debe existir en primer lugar una conducta humana (acción u omisión), que reúna tres requisitos, esto es que esa conducta sea típica, antijurídica y culpable. Si falta uno de estos requisitos o elementos no se puede configurar una infracción de carácter penal.

El art. 18 del Código Orgánico Integral Penal, al referirse a la infracción penal señala: “art. 18.- Infracción penal.- Es la *conducta típica, antijurídica y culpable* cuya sanción se encuentra prevista en este Código”.¹

La culpabilidad no es otra cosa que el reclamo jurídico penal que se le hace a la persona que ha cometido una infracción. Es la posibilidad de responsabilizar a un ciudadano por el delito que ha cometido, esto se conoce también como juicio de reproche. Para este juicio se debe realizar una valoración detenida subjetiva del sujeto activo del injusto en la que se debe tener en cuenta algunos aspectos importantes, como el hecho de que existen personas imputables, a las que si se les puede hacer el juicio de reproche; y, otras que no lo son, denominadas inimputables a las que no se les puede reprochar su conducta, por causas expresamente establecidas en la ley. Así mismo se debe considerar que existen otras causas de inculpabilidad como son los errores de tipo y de prohibición.

El art. 34 del COIP, al referirse a la culpabilidad señala: “art.34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser *imputable* y actuar con *conocimiento de la antijuridicidad* de su conducta”.²

De la misma manera el art. 35 del COIP, refiere que son causas de inculpabilidad el error de prohibición invencible y el trastorno mental. —La referida norma, textualmente dice: “art. 35.- Causas de inculpabilidad—. No existe responsabilidad penal en los casos de *error de prohibición invencible y trastorno mental*,³ debidamente comprobados”.

Mediante reforma publicada en el Registro Oficial (R.O.) 107-S, de 24 de diciembre de 2019, se agregó al COIP el art. 35.1 que refiriéndose al error de prohibición prescribe: “art. 35.1.-Error de prohibición.- (agregado por el art. 11 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019). Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta”. *Si el error es invencible no hay responsabilidad penal*.⁴ Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio.

En el art. 36 del Cuerpo de leyes mencionado se determina la responsabilidad que tienen las personas que sufren de trastorno mental de la siguiente manera:

Art. 36.- Trastorno mental. La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, *no será penalmente responsable*. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad.

1 Énfasis añadido.

2 Énfasis añadido.

3 Énfasis añadido.

4 Énfasis añadido.

La persona que, al momento de cometer la infracción, *se encuentra disminuida* en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, *tendrá responsabilidad penal atenuada* en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.

El art. 37 del COIP establece de qué manera las personas en estado de embriaguez o intoxicación van a responder por el cometimiento de una infracción. La norma citada prescribe:

Art. 37.-Responsabilidad en embriaguez o intoxicación. - Salvo en los delitos de tránsito, la persona que al momento de cometer la infracción se encuentre bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada conforme con las siguientes reglas:

1. Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad.
2. Si deriva de caso fortuito y no es completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento, hay responsabilidad atenuada imponiendo el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducida en un tercio.
3. Si no deriva de caso fortuito, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad.
4. Si es premeditada con el fin de cometer la infracción o de preparar una disculpa, siempre es agravante.

En cuanto a la responsabilidad que pudieran tener las personas menores de edad, el art. 38 *Ibíd.*, que hace referencia a las personas menores de dieciocho años, es claro en manifestar que ellas estarán sometidas al Código de la Niñez y Adolescencia. La norma mencionada indica: “art. 38.- Personas menores de dieciocho años. Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”.

Estas normas legales obligatoriamente se deben considerar para realizar un análisis sobre la culpabilidad desde la óptica de en nuestro sistema penal ecuatoriano.

1. Breves reflexiones sobre la culpabilidad

Como se ha indicado anteriormente, para que exista infracción penal y se la pueda sancionar deben concurrir algunos elementos indispensables: que exista una *conducta* y que esta sea *típica, antijurídica y culpable*. Todos estos elementos deben demostrarse uno por uno para la configuración de la infracción penal y posterior imposición de la pena.

Lo primero que se debe demostrar es que exista la *conducta* del sujeto activo del delito, bien sea esa conducta una acción u omisión que viole un bien jurídico protegido por la ley penal. Si no hay una conducta (acción u omisión) no existe ninguna posibilidad de que se configure un delito.

El segundo elemento es que esa conducta sea *típica*, lo que significa que la acción u omisión de la persona debe ajustarse exactamente a la hipótesis que contiene la norma, con todos sus ingredientes, pues si no se ajusta exactamente a lo que está descrito en la ley, esa conducta no constituye infracción penal.

El tercer elemento del delito es que esa conducta sea *antijurídica*, lo que significa que debe ser contraria al derecho, a las normas legales. En definitiva, consiste en hacer lo que está prohibido por el derecho y que contraviene la ley penal; y, el cuarto y último requisito es la *culpabilidad o reproche de culpabilidad*, pues solo cuando se ha demostrado que existe una conducta que, además, es típica y antijurídica se puede realizar el juicio de culpabilidad, que como se dijo antes, no es más que el análisis y la valoración pormenorizado del sujeto activo de la infracción para determinar si se le puede reprochar, atribuir penalmente la infracción que ha cometido.

En los tres primeros elementos se hace un análisis objetivo de la infracción y es en este último, en la culpabilidad, que se pasa de lo objetivo a lo subjetivo, dando la posibilidad que se analice el fuero interno del agente provocador de la infracción, justamente para determinar si se le puede reprochar penalmente y en consecuencia imponerle la sanción penal establecida en la Ley.

El tratadista Albán Gómez (1999), al hacer referencia a la culpabilidad, manifiesta:

Una vez que se ha comprobado que un acto es típico y antijurídico, el último elemento necesario para determinar la existencia de un delito es la culpabilidad. La responsabilidad penal del que actuó en forma típica y antijurídica

dependerá que también haya actuado culpablemente. De esta manera se incorpora al análisis un elemento subjetivo que consiste, en definitiva, en el análisis, que según el art. 32 de nuestro Código, se centra en la *conciencia y voluntad* que dirigen el acto del sujeto activo. Pasamos entonces de la objetividad, que predomina en los otros elementos del delito, a la subjetividad que es propia de este último elemento.

La culpabilidad es un concepto relativamente moderno. Podría inclusive afirmarse que el progreso de la doctrina penal se ha medido por la importancia cada vez mayor que se ha ido concediendo a este elemento, y que se ha concretado de una u otra manera en los códigos. En la antigüedad prevalecía la responsabilidad puramente objetiva, que se fundamentaba en la autoría material y en el daño producido. Fueron los clásicos quienes le confirieron un papel esencial en la teoría del delito; pero son las doctrinas modernas las que han acentuado aún más la trascendencia de este elemento.

Por cierto, que las últimas tendencias han provocado nuevas polémicas. Una de las más frecuentes es la que contrapone la llamada *culpabilidad por el hecho* a la *culpabilidad de autor*. Según la primera, para la culpabilidad solo se debe tomar en cuenta la actitud del autor respecto a la acción concreta que ha realizado; de acuerdo con la segunda, debe examinarse el comportamiento del autor en general, antes y después del hecho. Adoptar una u otra posición lleva sin duda a conclusiones muy diferentes, pero la doctrina actual se inclina por la primera, que proporciona mayores garantías respecto a las decisiones judiciales. La culpabilidad de autor puede llevar a imponer sanciones desproporcionadas tomando en consideración factores ajenos al acto delictivo, como la peligrosidad u otros semejantes.

No es esta la única polémica que la culpabilidad plantea. Ya hemos señalado anteriormente el enconado debate entre causalistas y finalistas sobre la ubicación del dolo y la culpa entre los elementos del delito, pues estos últimos los excluyen definitivamente del ámbito de la culpabilidad. Otros tratadistas consideran que ese es el ámbito que les corresponde, y que nos servirá en el presente estudio.

Por otro lado, se trata de un asunto erizado de dificultades probatorias, pues se refiere al fuero íntimo de la persona; pero es también un aspecto que indispensablemente debe ser analizado dentro del proceso penal, para asegurar la responsabilidad del acusado.

Algunos tratadistas a la culpabilidad también la denominan responsabilidad, por lo que se puede decir que culpabilidad y responsabilidad son términos iguales o sinónimos.

El destacado tratadista alemán Claus Roxin (1997), sobre la responsabilidad, expresa:

La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como “responsable” de una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho Penal, a una pena.

El art. 34 del COIP, antes transcrito, señala que, en ese análisis y valoración interna del sujeto activo, para que el mismo sea considerado responsable de una infracción debe cumplirse con dos condiciones o requisitos: 1. Que dicha persona sea imputable; y, 2. Que actúe con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. De tal manera que si a la persona que ha infringido la ley penal queremos reprocharle jurídicamente su conducta y responsabilizarlo de la misma se debe analizar si se han cumplido con estos requisitos: imputabilidad, lo que significa que debe considerarse si tiene las condiciones para atribuirle ese delito (capacidad de culpabilidad); y, si ha actuado con conocimiento de la antijuridicidad, es decir que conocía que el acto que iba a ejecutar estaba prohibido por la ley, pero a pesar de ese conocimiento, de esa prohibición legal, de forma voluntaria ha decidido realizarlo.

De lo manifestado se colige que en ese análisis detenido que se debe realizar obligatoriamente se debe considerar dos elementos fundamentales: 1. La capacidad de culpabilidad del infractor; y, 2. Si ha actuado con conocimiento de que la conducta que realizó estaba prohibida.

2. Imputables

El término imputables se relaciona con imputabilidad que tiene que ver con la capacidad de culpabilidad.

En el Ecuador, las personas imputables son los mayores de edad, o sea aquellos ciudadanos que tienen dieciocho años o más y que no tienen enfermedades mentales absolutas que les impida comprender y entender. Por ello cuando han cometido una infracción penal, *prima facie*, se deduce que lo han hecho con conocimiento y voluntad, pero siempre habrá la posibilidad de que con prueba debidamente actuada se demuestre lo contrario.

La regla general señala que todas las personas son imputables y solo, por excepción, son inimputables las personas expresamente señaladas en la ley. Sobre esta base se puede afirmar que la regla es que todas las personas son imputables y que la excepción la constituyen las personas inimputables.

Albán Gómez (1999), al referirse a la imputabilidad, manifiesta:

En términos generales, imputabilidad es la posibilidad de atribuir algo a alguien. En el orden jurídico penal debe entenderse como la posibilidad de atribuir a una persona la culpabilidad penal; o, si se quiere, la capacidad que tiene una persona de realizar actos por los cuales se le puede formular un reproche de carácter penal. Podríamos decir, utilizando un término de uso muy frecuente en las diferentes ramas del derecho, que es la capacidad referida al ámbito penal.

Para los clásicos el fundamento de la imputabilidad radicaba en las consideraciones sobre la libertad y el libre albedrío y manifestaban que solo a una persona libre y capaz de decidir entre el cumplimiento de la ley o su violación se la podía responsabilizar por la infracción cometida. Para la imputabilidad señala Albán Gómez en la obra citada, es necesario que tenga inteligencia y voluntad suficiente para conocer y decidir. A estas condiciones muchos autores la denominan capacidad de imputabilidad, lo que significa que el infractor debe tener las condiciones y la capacidad suficientes para efectuarle el juicio de reproche y atribuirle legalmente el cometimiento del delito.

El término imputabilidad proviene de la voz latina *imputare* que significa atribuir, asignar o poner en la cuenta o a cargo de alguien.

3. Inimputables

Las personas inimputables son los menores de edad, es decir aquellas personas que no han cumplido dieciocho (18) años de edad y las personas que sufren de algún trastorno mental absoluto que les imposibilita comprender la ilicitud de su conducta. Estas personas no son responsables penalmente por el injusto cometido, por lo que no se les podrá responsabilizar penalmente del delito peor aún aplicar las sanciones penales establecidas en la ley.

Por su condición de menores de edad y corta edad la ley los considera como personas que no tienen la madurez intelectual suficiente para comprender y determinar correctamente su conducta

Para estos dos tipos de personas inimputables la ley ha previsto otros tipos de procedimientos y soluciones.

4. Adolescentes

En los casos de los adolescentes, que son las personas que han cumplido doce años de edad pero que aún no han cumplido dieciocho años, se los debe tratar mediante un procedimiento especial, no penal, que está regulado por el Código de la Niñez y Adolescencia, en el que luego de establecerse su responsabilidad se deben dictar medidas socioeducativas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 385 del Cuerpo normativo antes indicado, cuyo primer inciso dice:

Art. 385.- Aplicación de las medidas socioeducativas en delitos sancionados en el Código Orgánico Integral Penal. (Agregado por el numeral 43 de la Disposición Reformatoria Décimo Cuarta del Código Orgánico Integral Penal, R.O. 180-S, 10-II-2014).- *Las medidas socioeducativas*⁵ aplicables a los delitos sancionados en el Código Orgánico Integral Penal son:

5 Énfasis añadido.

Niñas y niños

Las niñas y niños son personas que no han cumplido doce años de edad o que son menores de doce años, conforme a la definición constante en el art. 4 del Código de la Niñez mencionado, que dice: “art. 4.- Definición de niño, niña y adolescente. Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”.

En el caso de los niños, tienen una legislación propia y especial que los ampara y que se encuentra contenida en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el que claramente se prescribe que ellos son inimputables y exentos de responsabilidad. El art. 307 del Cuerpo de leyes citado, textualmente dice:

Art. 307.- Inimputabilidad y exención de responsabilidad de niños y niñas. Los niños y niñas *son absolutamente inimputables y tampoco son responsables*⁶; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio-educativas contempladas en este Código.

Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el artículo 326, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva.

Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, estas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código.

5. Trastorno mental

En el caso de las personas con trastorno mental absoluto, esto es, aquellas que por su enfermedad mental al momento de cometer la infracción están incapacitadas absolutamente de entender y comprender la ilegalidad de sus actos, los jueces penales les deben dictar medidas de seguridad que consiste en el internamiento en un establecimiento de salud psiquiátrica para que reciba el tratamiento médico y psiquiátrico que necesiten hasta lograr su curación. Se debe indicar que existen enfermedades mentales que se las considera incurables y por tanto los infractores que las sufren no deberían salir de dichos centros de atención.

A todas estas personas no se les podrá realizar el reproche o reclamo de culpabilidad, pues como señala la norma referida son inimputables.

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, se define al trastorno mental de la siguiente manera:

Como primera de las eximentes, ya que no existe voluntad, ni razón, ni libertad propiamente, por tanto, el Cód. Pen. Esp. Incluye la enajenación y el encontrarse en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir (Cabanellas, 1997, p. 292).

También es importante hacer referencia a la Enciclopedia Jurídica online, que hace una importante reflexión sobre la inimputabilidad:

Falta de *capacidad de culpabilidad*, es decir, que una persona por problemas de madurez o psíquicos no reúne los *requisitos* suficientes para ser declarada responsable penalmente de *actuaciones* que pueden ser típicas y antijurídicas (hecho *punible*). A *juicio* de la *doctrina* (Muñoz Conde), son tres las causas de imputabilidad: 1) *minoría de edad*, salvo en los supuestos previstos en la Ley de *Responsabilidad Penal del Menor*; 2) alteraciones graves en la *percepción* de la realidad desde el *nacimiento* o *infancia*, y 3) *enajenación* y *trastorno mental transitorio*. Algunos de estos supuestos son, asimismo, causas *eximentes* de *responsabilidad criminal*.

Eximentes

Cuando la persona que comete un hecho tipificado como *delito* carece de la madurez física y mental que la ley considera como imprescindible para exigirle la *responsabilidad* de sus actos, o cuando la conciencia o la *voluntad* de tal persona están anuladas o gravemente perturbadas permanente o eventualmente, se dice que dicho *agente* es inimputable; es decir, no puede ser objeto de *imputabilidad* penal o *destinatario* de *responsabilidad criminal*. Las *causas de inimputabilidad* penal son, al mismo tiempo, *circunstancias* modificativas de la

⁶ Énfasis añadido.

responsabilidad penal y, en el supuesto de que aparezcan con el carácter de completas, son *circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal* (Enciclopedia Jurídica, 2020. <http://www.encyclopedia-juridica.com>)

En términos generales podemos decir que la mayoría de las doctrinas y autores reconocen como causas de inimputabilidad a la minoría de edad; a las enfermedades mentales graves o absolutas; a los errores invencible; y, la embriaguez o intoxicación, en los casos expresamente determinados en la ley. Todas estas causas se encuentran también recogidas en nuestro Código Orgánico Integral Penal.

6. Causas de inculpabilidad

El art. 35 del COIP señala que son causas de inculpabilidad: el error de prohibición invencible y el trastorno mental, que en debida forma se hayan comprobado.

6.1. Error

Para realizar el juicio de reproche penal también es necesario considerar los errores en los que puede incurrir el infractor. La doctrina reconoce la existencia de dos tipos de errores: error de tipo; y error de prohibición.

Antiguamente, la doctrina y varios tratadistas reconocían dos tipos de errores: el error de hecho y el error de derecho, lo que fue recogido por varios Códigos en el mundo, incluido el Ecuador.

Con el transcurso del tiempo y con el aporte de los juristas a estos términos “error de hecho” se lo reemplazó por error de tipo y al “error de derecho” por error de prohibición. Términos que han tenido gran aceptación en la mayoría de las legislaciones del mundo y que sea han recogido también en el Código Orgánico Integral Penal.

Es preciso indicar que las consideraciones que antes se tenía sobre el error de derecho, que se basaba en la presunción de que todos conocían la ley penal, han variado con el actual error de prohibición en el que se debe realizar un análisis profundo del conocimiento de la antijuridicidad del acto que puede tener o no el infractor.

Error en su sentido llano es la apreciación equivocada, incorrecta, falsa de la realidad por diferentes factores que rodean al sujeto activo de la infracción que incluso puede tener relación con cierto grado de rusticidad de la persona, situación trascendente que debe ser analizada con detenimiento por los juzgadores.

6.2. Error de tipo

Está relacionado al desconocimiento de la estructura del delito. El sujeto activo de la infracción no conoce cuáles son los elementos descritos en la norma penal y que configuran el delito. Piensa que la conducta que ha ejecutado está permitida por la ley y por eso la ha realizado.

Sobre el error de tipo, los tratadistas Muñoz y García (2010), expresan: “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” (p. 275)

Se debe recordar que tipo es la descripción en la ley de la conducta prohibida con todos los elementos que la integran. En otras palabras, es la narración precisa, exacta de la conducta considerada como infracción en la norma penal. Si esa conducta, que puede ser una acción u omisión, no se ajusta exactamente a lo señalado por la norma penal, no se la puede considerar como infracción penal.

Todos los elementos descritos en la ley deben encajar perfectamente con la conducta protagonizada por el infractor para que exista infracción. Si esa conducta no calza perfectamente en la hipótesis que contiene la norma o en la descripción que hace la ley, no existe delito.

La Segunda Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia sobre el error de tipo, en la Resolución 0008-2010-2SP, ha manifestado:

[...] El error de tipo puede producirse cuando el sujeto activo desconoce la calidad del sujeto pasivo, como es su verdadera edad, la inidoneidad del medio empleado y la inidoneidad del objeto del delito; pero en todo caso no tiene la conciencia ni la voluntad de producir el resultado delictivo previsto en el respectivo tipo penal, porque actúa sin la conciencia ni la voluntad de cometer el delito, por lo que no se presentan los presupuestos que determina el Art. 32 del Código Penal, para que se lo reprima por haber ocasionado el resultado prohibido. (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2010)

6.3. Error de prohibición o falta de conciencia de la antijuridicidad

Radica en el hecho sustancial de que el sujeto activo no tiene conocimiento de que su conducta está prohibida y lesiona las normas penales. Si este hecho se logra demostrar con prueba debidamente actuada, no sería responsable y por ende no se lo puede sancionar al sujeto activo de la conducta transgresora.

En el error de prohibición el infractor piensa, equivocadamente, que su conducta está permitida por la ley y consecuentemente es lícita, no conoce, no sabe y no tiene conocimiento que ese acto que ejecuta está prohibido por la ley penal. Cree más bien que el acto está permitido y por ello no contraviene ninguna norma legal.

Se puede definir también al error de prohibición como la creencia errada de que se está actuando de acuerdo con la ley.

El error de prohibición tiene que ver y se relaciona con la figura de la antijuridicidad, por eso se dice que cuando hay falta de conciencia de la antijuridicidad del acto no se le puede hacer el reproche de culpabilidad al infractor mientras sea invencible, pero si es vencible, la pena debe ser atenuada.

Con la reforma al COIP de 24 de diciembre de 2019, se sustituyó el art. 35 y se agregó a este Cuerpo legal el art. 35.1, con los que expresamente se incorpora como segunda causa de inculpabilidad al error de prohibición invencible, la que vino a sumarse al, hasta ese momento existente, trastorno mental; y, además se hizo constar, lo que siempre se ha tratado en la doctrina, que existe error de prohibición vencible y error de prohibición invencible, cuyos efectos jurídicos son diferentes.

Las indicadas normas ahora señalan con claridad y de forma expresa que cuando existe error de prohibición invencible no existe responsabilidad penal, ya que este error excluye el dolo.

De igual manera determina que cuando el error es vencible se debe aplicar la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio. Lo que significa que cuando el error es vencible existe una responsabilidad disminuida por lo que procede imponer una pena atenuada, que no librar de responsabilidad penal al infractor.

El error de prohibición se lo considera invencible, cuando el infractor, considerando las circunstancias en la que se produce la infracción, de ninguna manera se podía dar cuenta del error en que estaba.

Por otro lado, el error de prohibición vencible se produce cuando el infractor no actúa con la debida diligencia. Actúa de manera ligera, imprudente, negligente y por eso no se da cuenta del error y comete la infracción, ya que, si el sujeto actúa con la debida diligencia, bien sea informándose o prestando la atención adecuada se habría dado cuenta del error y no habría cometido la conducta que infringe la ley penal. En estos casos no se lo exime de responsabilidad, pero si se le rebaja considerablemente la pena como lo hemos visto.

La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia en la Resolución N° 692-2018, al referirse al error de prohibición, ha manifestado:

En el ámbito legal, cabe anotar que el “error de prohibición vencible”, que fue alegado por el casacionista, no constaba en el cp, aplicable al caso, ni como error sobre las causas de justificación, ni tampoco sobre la existencia de la norma prohibitiva, que constituyen las dos clases de error de prohibición, en términos del autor Francisco Muñoz Conde, por tanto, tal alegación desde el plano legal, tampoco tiene sustento, por ser ajeno a nuestro ordenamiento jurídico-penal interno, vigente a la fecha de los hechos. Por último, en el terreno doctrinario, este tribunal estima pertinente recurrir otra vez al autor Muñoz Conde, por considerarlo didáctico, práctico y de fácil comprensión, para establecer lo siguiente: ‘(el error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación). Además, partiendo de la teoría de la culpabilidad, surgida como consecuencia de la teoría final de la acción, el mismo, Muñoz Conde, sostiene lo que sigue: “el dolo, entendido como consecuencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo no tiene, en efecto, nada que ver con la conciencia de la antijuridicidad; se puede realizar dolosamente un tipo (matar a un hombre) y creer que se realiza amparado por una causa de justificación (matarlo en legítima defensa). El error de tipo invencible excluye el dolo y, si es vencible, fundamenta en su caso el castigo por imprudencia; el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y si es vencible permite atenuarla, pero no afecta en nada el tipo de injusto. A partir de las citas doctrinarias que anteceden, podemos extraer al menos dos aristas: la primera, que el error de tipo invencible, excluye el dolo y el vencible, da paso al castigo por culpa; la

segunda, que el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, mientras que, si es vencible, permite atenuar la culpabilidad. En el presente caso, el censor incurre en al menos dos equívocos conceptuales, pues su alegato parte de su supuesto desconocimiento de la edad de la víctima (menor de 14 años), para establecer que actuó con culpa y a partir de aquello, liga estos dos presupuestos, con la existencia del error de prohibición vencible, pretendiendo que este tribunal atenúe la pena; sin embargo, tal postura requería la confluencia de dos absurdos jurídicos: el primero, que el elemento subjetivo del delito de violación pueda ser el dolo o la culpa, cuando únicamente puede ser el dolo; en efecto, el recurrente tuvo el designio de causar daño, en los términos del artículo 14 del cp, de ninguna manera actuó por causa de negligencia, imprudencia o impericia, también en los términos que exige el citado artículo 14 del cp, para que la infracción sea culposa-, pues en este caso, al tener la víctima menos de 14 años a la fecha del cometimiento del ilícito, esta careció de la capacidad física, intelectual y jurídica necesarias para consentir la relación sexual; y, por este motivo, el impugnante abusó de su inmadurez, para tener acceso carnal con esta. Mientras tanto, el otro dislate jurídico que requería la hipótesis no demostrada del casacionista estribaría en que hayan operado al mismo tiempo, tanto el error de tipo vencible -para que su castigo sea considerado por culpa, como el error de prohibición vencible —para que se atenúe la pena-, pues el error de prohibición vencible “solo permite la atenuación de la culpabilidad, pero no convierte el tipo doloso en imprudente (culposo)” [...]. (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2018)

6.4. Trastorno mental

Como se dijo *ut supra* otra causa de inculpabilidad es el trastorno mental absoluto.

Así lo establece claramente el art. 36 del COIP transcrito, el cual señala que no será penalmente responsable la persona que al cometer una infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse con esta comprensión debido al padecimiento de un trastorno o enfermedad mental. Esta disposición se aplica en los casos en que dicho trastorno mental sea absoluto y, como consecuencia, impida completamente a quien la padece darse cuenta de que lo que realiza está prohibido por la ley o que le impida actuar debido a dicha enfermedad o estado mental.

El Código mencionado también prevé la posibilidad que la persona al momento de cometer la infracción tenga un trastorno mental transitorio, que disminuya su capacidad de entender lo ilícito de la acción o de determinarse según esa comprensión. En estos casos en que la capacidad mental esta disminuida tendrá una responsabilidad penal, igualmente atenuada por lo que la pena que se debe imponer es un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal. Los trastornos mentales transitorios o parciales sin lugar a duda contienen cierta dificultad probatoria.

Sobre el trastorno mental la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y de Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en la Resolución N° 1051-2013-SP, ha manifestado:

SÉPTIMO.-ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA: [...] 3.- La procesada al contradecir la fundamentación del recurso de casación planteado por la acusación particular, también solicitó que se tome en consideración la violencia intrafamiliar ejercida por muchos años, por el ahora occiso en contra de su cónyuge (procesada), quien fue objeto de agresión sistémica, provocándole trastornos psicológicos de dependencia y quebrantos en su salud emocional, lo que el Tribunal *ad quem*, si lo consideró al establecer en la sentencia atacada que ni el síndrome de mujer maltratada, ni la personalidad dependiente, ni el trastorno psicótico agudo transitorio, producen imposibilidad absoluta de entender o de querer, por lo que a criterio de los juzgadores de instancia, no es aplicable el Art. 34 del Código Penal, que se refiere a la perturbación mental absoluta; sin embargo es constatable la disminución de la capacidad de entender o querer, aplicando los jueces de instancia en forma acertada la disposición del artículo 35 *ibídem*, que se refiere a la perturbación mental relativa; ya que a criterio de este Tribunal, no se ha podido establecer en forma técnica, que al momento del acto, la sentenciada atravesaba por un estado de crisis que la convierta en perturbada mental absoluta o inimputable, por lo que analizado a la luz de la sana crítica, el padecimiento de la procesada al momento del acto, únicamente estaba disminuida dicha capacidad de entender o de querer, por lo que no estaba completamente imposibilitada y por lo tanto debe responder por la infracción cometida, pero la pena se la disminuirá de un cuarto a la mitad como lo señala el artículo 50 del Código Penal y es el fundamento legal en el que se sustentaron los jueces *ad quem*, para imponerle la pena de 4 años de reclusión mayor ordinaria, que comparte este Tribunal de mayoría, porque la psiquiatría moderna ha puesto de manifiesto la existencia de una zona intermedia crepuscular, entre la perfecta salud mental y la enajenación, alteración o enfermedad mental, en la cual no se está completamente loco, ni absolutamente sano, señalando los penalistas clásico, como semi-locura, que altera parcialmente la inteligencia y la voluntad, debe atribuírsele una responsabilidad atenuada, una semi-responsabilidad o imputabilidad disminuida. Mientras

que la escuela positivista considera a los semi-alineados como inadaptados; pero el concepto moderno de la semi alineación es ecléctico, comprendiendo distintos aspectos psicológicos, psiquiátricos y sociales, porque los admite como una realidad clínica y social indiscutible, por lo que la imputabilidad disminuida, que es el caso, da lugar a la rebaja de la pena [...]. (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2013)

6.5. Embriaguez o intoxicación por caso fortuito

Aunque el Código Orgánico Integral Penal no incluye expresamente la embriaguez o intoxicación dentro de las causas de inculpabilidad determinadas en el art. 35, y que son el trastorno mental y el error de prohibición invencible, lo cierto es que si la embriaguez o intoxicación provienen de caso fortuito que ha privado completamente del conocimiento al infractor al momento de cometer el delito, no habrá responsabilidad penal. Así lo establece claramente el numeral 1 del art. 37 del Cuerpo de Leyes mencionado. De tal manera que en la práctica se convierte en otra causa más de inculpabilidad.

El numeral 2 de la norma citada prescribe que, si la embriaguez derivada de caso fortuito no es completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento del infractor su responsabilidad será atenuada, por lo que se deberá imponer el mínimo de la pena prevista para la infracción disminuida en un tercio.

De lo revisado se concluye que solo en el caso de la embriaguez o intoxicación proveniente de caso fortuito que al momento del delito ha privado completamente del conocimiento a la persona, no existe responsabilidad penal. Pero si esa intoxicación o embriaguez priva parcialmente el conocimiento del sujeto, la responsabilidad penal del infractor será atenuada

7. Causas de exclusión de la antijuridicidad

Aunque no forman parte de la estructura de la culpabilidad diseñada por el COIP, brevemente debo señalar que al efectuar el reproche de culpabilidad se debe considerar que el artículo 30 del COIP contempla tres causas de exclusión de la antijuridicidad o excusas legales absolutorias como también se las conoce en la doctrina. Causas que demostradas debidamente ocasionan que a la infracción se la tenga por inexistente.

La indicada norma prescribe que no existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad; por legítima defensa; y, porque se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente; o, por un deber legal debidamente comprobado.

7.1 Estado de necesidad

El art. 32 del COIP, señala que existe estado de necesidad cuando la persona al defender un derecho propio o ajeno cauce daño a otra siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro; 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar, y, 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Un ejemplo en este caso sería cuando un médico se ve en la necesidad de amputarle un dedo o la mano a una persona para salvarle la vida. O, también, cuando el médico realiza un aborto para salvar la vida de la madre que está en riesgo de morir por causa del embarazo.

7.2. Legítima defensa

El art. 33 del COIP señala que existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre que existan los siguientes presupuestos: a) agresión actual e ilegítima; b) necesidad racional de la defensa; y, c) falta de provocación suficiente por parte de quien actuó en defensa del derecho.

7.3. Orden legítima de autoridad y cumplimiento de un deber legal

El segundo inciso del art. 30 del COIP se refiere a dos causas adicionales de antijuridicidad que se producen cuando la conducta se ejecuta en cumplimiento de una orden legítima y expresa de una autoridad; o, se actúa en cumplimiento de un deber legal.

Ambas causas excluyen la antijuridicidad, no constituyen delito y por lo mismo están exentas de responsabilidad penal.

Estas causas tienen su fundamento en la obediencia debida y en el cumplimiento de un deber legal.

En el primer caso en el que la persona actúa por *orden legítima y expresa de autoridad*, si su accionar produce una infracción, este accionar no se lo considerará antijurídico, porque para ello de acuerdo con lo señalado en el art. 29 del COIP, se tiene que amenazar o lesionar *sin justa causa* un bien jurídico protegido y, en este caso, cuando la persona actúa no lo hace sin justa causa sino cumpliendo una orden legal que se le ha dado, lo que constituye justa causa, por lo que su actuación no es considerada como infracción. Para esta consecuencia se deben cumplir dos condiciones: que la autoridad que da la orden tenga la competencia para hacerlo; y, que el acto se cumpla con las formalidades determinadas por la ley. Si no se cumple con estos requisitos, esa conducta será antijurídica y por ello merecerán el reproche penal correspondiente y la imposición de la pena.

Uno de los ejemplos claros, en este caso, es la orden de allanamiento que da un Juez. En este caso puede ser que al ejecutar esa orden, la persona se vea en la necesidad de romper una puerta o cerradura e ingresar a la fuerza en una edificación, hecho que en condiciones normales sería un delito de destrucción o de violación de domicilio; pero como la persona ha actuado en cumplimiento de una orden legal de autoridad su conducta no se la considera antijurídica.

En el segundo caso, actuar en cumplimiento de un *deber legal*, sucede exactamente lo mismo, cuando la persona en razón de su cargo actúa en cumplimiento de un deber legal que tiene y con ello produce un resultado que es lesivo, que aparentemente constituye un delito como el de lesiones, no se considerará como infracción penal, ya que su accionar está justificado por el deber y no se lo considera como antijurídico.

Un ejemplo en este caso sería cuando un agente penitenciario se da cuenta que una persona privada de la libertad se está fugando del centro de detención, ya se encuentra en los exteriores de dicho centro y pese a las órdenes de que se detenga no lo hace y el agente se ve en la necesidad de dispararle en una de sus piernas para evitar la huida, lo que le ocasiona una herida. Esto en primer momento se podría considerar una infracción penal de lesiones o heridas, pero analizando que actuó en cumplimiento de su deber específico de evitar la fuga del prisionero, su conducta no se la considera antijurídica, por lo que se estima que no existe infracción.

Resumen

Resumiendo lo dicho en este breve análisis, podemos decir que la culpabilidad es hacer el reproche jurídico penal a la persona que ha cometido una infracción. El reproche es, en concreto, atribuirle al sujeto el cometimiento del delito. Para ello, siempre se debe considerar que la persona sea imputable, es decir, que sea mayor de edad y no adolezca de algún trastorno mental absoluto.

Se debe considerar que existen personas inimputables, que no tienen capacidad de culpabilidad, a quienes no se las puede responsabilizar del delito. Ellos son los menores de edad y los adultos que padecen de alguna enfermedad o trastorno mental absoluto que no les permite darse cuenta de sus actos.

También es necesario que se analice si el infractor actuó bajo algún error, bien sea de tipo o de prohibición. Si existe un error y este ha sido de carácter invencible, simplemente no hay responsabilidad penal. Pero, si es vencible la responsabilidad del sujeto será atenuada, lo que significa que se debe disminuir la pena en la forma que se ha indicado antes.

En cuanto a la embriaguez o intoxicación, se resalta que solo cuando proviene de caso fortuito que ha privado a la persona completamente del conocimiento al momento de cometer la infracción, no existe responsabilidad penal. En otros casos sí hay.

Finalmente se debe indicar que al realizar el reproche de culpabilidad también se debe considerar que existen causas de exclusión de la antijuridicidad como son; el estado de necesidad; la legítima defensa; el actuar por orden legal de autoridad competente; y, el actuar en cumplimiento de un deber legal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albán Gómez, E. (1999). *Régimen Penal Ecuatoriano*. Ediciones Legales.

Cabanellas, G. (1997). *Diccionario Enciclopédico de Derecho USUAL*. Heliasta.

Código Orgánico Integral Penal. (2014). Corporación de Estudios y Publicaciones.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador. (s.f.). <https://bit.ly/3mSIxxB>

Enciclopedia Jurídica. (2020).

Muñoz, F. y García, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General*. Octava Edición. Tirant lo Blanch

Rodríguez, F. (2020). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Cevallos.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Civitas.

CAPÍTULO 10:

LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

María Cristina Meneses Sotomayor
Universidad Técnica Particular de Loja
 mcmeneses@utpl.edu.ec

María Belén Guzmán Gómez
Universidad Técnica Particular de Loja
 mbguzman@utpl.edu.ec

Introducción

Una culpa, falta o delito puede ser cometida por un solo sujeto, por ejemplo, José A., mata a Manuel P., o puede ser cometida por diversos sujetos, como en el caso de José A., Danilo T., y Pablo Y., que matan a Manuel P.

Según Donna (2002), define al autor como aquel sujeto a quien se le puede imputar el suceso como suyo, es decir es quien lo cometió. En cualesquiera de los asuntos es muy posible individualizar al autor. También, indica que, si un individuo saca un arma (instrumento que causa la muerte a otro individuo) y le quita la vida, este inmediatamente se conoce como: el autor del homicidio. Igualmente, otros escritores definen la palabra autor: como aquella persona que realiza el suceso por sí solo.

Cuando hay intervención múltiple, es necesario determinar la responsabilidad penal de cada uno. Distinguir primero, cuándo es autor y cuándo es cómplice; segundo, distinguir si es autor directo, mediato o coautor (en la práctica la condena es la misma en las modalidades de autoría); sin embargo, la distinción es considerable el momento de individualizar la condena y quizá la característica general para distinguir al autor del cómplice es que el autor es el primero y sobresaliente en la ejecución de la acción, mientras que el cómplice es un elemento subsiguiente (Donna, 2002).

El mismo Edgardo Alberto Donna, en su obra *La autoría y la intervención criminal* toma como propia la afirmación de Jescheck. La categorización de las expresiones de la mediación en la operación penal punitiva en la cual se indica la liberación crítica y decisiva del jurista. Además, se analiza en detalle concepciones elementales como: autoría, autoría mediata, coautoría, tentación y confabulación que son necesarias y considerables para profundizar un conocimiento amplio a base de ejemplos y sondeos que se hallan establecidos en artículos, normativas vigentes, reglamentos y leyes del Ecuador (Donna, 2002).

El Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) en su artículo 41¹ determina que los sujetos participan en la culpa en calidad de autores y cómplices, existiendo en la primera, tres modalidades: directa, mediata y coautoría.² Nuestra legislación, siguiendo la corriente doctrinaria de concepto restrictivo distingue entre

1 COIP art. 41.- Participación. - Los sujetos colaboran en el incumplimiento como autores o cómplices.

Los escenarios o puntuaciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en el incumplimiento penal.

2 COIP art. 42.- Autores. - Responderán como autoras los sujetos que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

- a) Aquellos que apoyen en el incumplimiento de una manera directa e inmediata.
- b) Aquellos que no imposibiliten o procuren obstruir que se evite su ejecución teniendo la responsabilidad jurídica de hacerlo.

2. Autoría mediata:

- a) Aquellos que inciten o asesoren a otro sujeto para que cometa un incumplimiento, cuando se verifique que tal acción ha llevado a cabo su comisión.
- b) Aquellos que pidan la comisión del incumplimiento valiéndose de otra u otros sujetos, imputables o no, mediante precio, dádiva, oferta, orden o cualquier otro medio engañoso, directo o indirecto.
- c) Aquellos que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, forcejen a un tercero a cometer el incumplimiento, aunque no pueda acreditarse como invencible la fuerza llevada a cabo a dicho propósito.
- d) Aquellos que realicen un poder de mando en la estructura que forma parte del delito.

3. Coautoría: Aquellos que coadyuvan al desarrollo, de una manera elemental, practicando deliberada e intencionalmente algún acto

autor y cómplice (conocido como: participe en algunas legislaciones como la española, la argentina, peruana, entre otras) en su criterio material, en la que destaca la hipótesis de dominio del suceso, que hoy en día es una hipótesis dominante, desarrollada y defendida ampliamente por el maestro Claus Roxin, siendo precisamente la forma del dominio del suceso la que nos permite realizar la distinción antes anotada.

Según Roxin (2014), indica su pacto de *Derecho Penal General* de la siguiente manera: el dominio del suceso, es el núcleo del acontecimiento punible, es quien sujeta el suceso que conduce a la elaboración de la transgresión, mientras que los partícipes, si bien practican igualmente autoridad en el acontecer, sin embargo, no configuran de manera decisiva o determinante en la ejecución.

1. Suposiciones para la determinación de la definición de autor

Según Herrera (2020), muestra en su documento que concurren dos suposiciones que nos pueden permitir entender de forma clara una definición de autor estos son: a) Un sujeto que de alguna manera participó en una transgresión puede ser considerado autor, en cuyo caso se debe considerar que las acciones de un sujeto no modifican la construcción de la acción. b) Transgresión según su dificultad, amenaza o dificultad material para otras partes, considerando el compromiso del mal sucesor como el único carácter central de la acción cometida (Roxin, 2014).

Para una mejor explicación hablaremos a profundidad de cada uno de estos conceptos doctrinarios.

2. Conceptos doctrinarios de intervención

2.1. Concepto o hipótesis unitarios de autor

Según Roxin (2014), indica que es culpable todo individuo que de alguna manera participó en la acción, sin distinguir los intervinientes. En principio, se debe tratar a cada intervención como autor material.

Dicho de otra forma, esta hipótesis encuentra que gran parte de los involucrados tienen la misma colaboración y los mismos factores, sin tener que profundizar diferentes investigaciones o formas de pensar para la posible aplicación del castigo. De esta manera, una conexión causal con el suceso es suficiente para concluir que el sujeto fue el autor (Donna, 2002).

Kienapfel es uno de los juristas más considerables de esta hipótesis que se relaciona principalmente en la hipótesis de la consonancia de los escenarios³ y en la idea que se acerca a una opción político-criminal que examina la culpa como obra común, autoría de todos los que interceden y como tal deben ser sancionados equitativamente conforme lo señalan las leyes (Donna, 2002).

Por otra parte, se evidencian dos concepciones, las cuales son el clásico o formal, que indica que todo intruso es agente porque participa de la transgresión. En su forma más moderna o funcional, abandona (perfectamente) la base causal, distinguiendo entre varias formas de agencia (o si se considera, interposición) y su rasgo más característico es que no hay una conexión de complementariedad entre uno y otros intrusos (Díaz y García, 2008).

Según Lozano (1998), menciona que sus oponentes argumentan en contra del concepto unificado, es decir que, si no hay argumentos objetivos para distinguir las actividades de diferentes actores, uno debe partir de argumentos subjetivos.

Esta hipótesis se desarrolló con base en dos criterios principales:

Hipótesis de la equivalencia de las condiciones (Von Buri). Según Roxin (1998), se considera que todos los resultados de una acción son equivalentes y cada una de estas se debe considerar como diversos actos con un solo resultado; esto significa que todos los que aporten con la ejecución de cualquier acto sobre el ilícito, deben ser considerados como causantes de este y por lo tanto como autores.

Hipótesis de una acción político-criminal (Mir Puig). En esta hipótesis se considera a la transgresión como una obra en común de todos los que contribuyeron a su ejecución por lo tanto considera que el castigo

sin el cual no habría podido formar parte del incumplimiento.

³ Donna (2002), indica que esta fue trabajada por Von Buri, quien manifiesta que todas las condiciones de un resultado son equivalentes y cada una de ellas debe considerarse la causa del mismo.

debe ser igual para todos los partícipes independientemente del acto que cada uno haya realizado en el desarrollo del acto punible (Roxin, 2016).

2.2. Conceptualización o definición expansivo o extensivo de autor

Conocido también como la hipótesis subjetiva, parte de la base que en principio es autor todo aquel que causa el resultado típico, de modo que tentación o participación o confabulación representan prohibiciones lícitas de la sí misma omnicomprendensiva autoría (Roxin, 2014).

Según Lozano (1998), el cimiento de esta idea es parecida a la conceptualización unitaria del autor ya que se ubica en la hipótesis del paralelismo de los contextos.

La percepción extensiva del autor se le suele relacionar con los supuestos subjetivos de colaboración que buscan su fondo en la hipótesis causal de la condición, que rechaza toda distinción objetiva entre autor y partícipe ya que los dos son condiciones del resultado. Se menciona, así, de la Agencia Central de Inteligencia (CIA, por su sigla en inglés) de un *animus auctoris* y de un *animus socii* aunque también se le ha conocido con las percepciones objetivas (Lozano, 1998).

La Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la resolución Nro. 0796- 2021- J.I. En efecto, menciona que si se trata el análisis desde la perspectiva de la definición amplia del autor, se puede observar que toda comportamiento o proceder que tiene un significado causal como respuesta es parte del autor, como dice Percy García, cada uno, que participó en la producción de una respuesta cotidiana hay un autor, a pesar de que tenga un criterio típico no se desarrolla ninguna acción; además, cabe resaltar que no se hace distinción entre autor y partícipe, y como tal cualquier sugerencia causal sería también el autor (Bockelmann, 2020).

Se relaciona esencialmente en dos hipótesis:

La hipótesis del dolo (Von Buri). El creador de esta hipótesis fue Von Buri, quien argumentó que lo que diferencia al agente del participante solo puede ser identificado por la autonomía de la decisión del agente y la dependencia del partícipe. De esta forma, el participante desea el resultado solo si el autor lo necesita, y si el autor no lo desea, tampoco lo necesita. Por lo tanto, la decisión de recibir o no un resultado debe dejarse al autor (Bockelmann, 2020).

Bockelmann argumentó que la culpabilidad debe separarse de la autoría a través de perspectivas subjetivas. Además, el juicio decisivo no es la decisión complicada de realizar o desarrollar una acción que no es la propia. Puesto que se refiere en una condición mental muy especial, a saber, la sumisión de dolo en poder del cómplice al juicio del autor (Bockelmann, 2020).

En definitiva, esta hipótesis de dolo afirma que el perpetrador no tiene ni le hace falta hacer conciencia y ser responsable voluntariamente, a diferencia del partícipe que debe dejar a la discreción y decisión del perpetrador si cometió o no un acto ilícito.

Hipótesis del interés (Feuerbach y Henke). Afirman que el autor es quien tiene *animus auctoris* y este es el que tiene o persigue un interés propio sobre el cometimiento el acto ilícito, mientras que el partícipe, consideran que es quien tiene un *animus socii*, no tiene un interés independiente en el cometimiento del acto ilícito, si no que actúa, en interés indiferente (Maurach y Zipf, 1994). El inconveniente de esta hipótesis se genera en asuntos como en el que el autor directo del suceso no es más que un cómplice o colaborador, pues este actúa bajo un interés propio del autor, razón por la cual en este caso es considerable analizar el elemento subjetivo de la autoría.

Caso de la bañera. Este caso se trata de dos hermanas, que correspondían a una familia pueblerina, ambas solteras pero habían quedado en estado de gestación casi al mismo tiempo, una de ellas perdió al infante y el padre de las hermanas, muy enfadado al darse cuenta que una de las hermanas había quedado embarazada, amenazó a las hijas con expulsarlas de la casa, si sucesos similares ocurrían una vez más, con base en este miedo la hermana que seguía embarazada, decidió ocultar su embarazo a todos, excepto a su hermana, después de un tiempo dio a luz a un infante vivo, ambas discutían que podían hacer con este bebe para que su padre no se entere de su CIA, y pueda cumplir con su amenaza. La procreadora del infante tenía pensado no tener su hijo

y lo mató, por lo cual cuando la hermana lo estaba duchando al infante, la procreadora le pidió elocuentemente que lo sofocara en el agua, hasta que la hermana consintió en su petición. El RG sancionó a la hermana que con sus propias manos había realizado la muerte únicamente como cómplice de un asesinato aduciendo que no tenía *animus auctoris*, porque no actuaba por sí misma sino por otro sujeto, en este caso su hermana y procreadora del niño (Roxin, 2016).

Con este ejemplo queda claro el inconveniente y confusión que genera esta hipótesis, pues para lo cual consideramos que la ejecución por mano propia puede ser la expresión de autoría, sin embargo, deben admitirse excepciones pues podrían existir Asuntos en los que se cumplan con todos los elementos objetivos para ser considerado autor, pues se debería analizar el elemento subjetivo, pues bien podría estar su decisión ligada en apoyar un interés indiferente.

2.3. Concepto restrictivo de autor

Conocido como la hipótesis objetiva, lo que significa parte de la diferencia objetiva entre los comportamientos del autor y del cómplice. El autor es solo el que desarrolla la acción puntualizada en el tipo de la Parte Especial. Esta es la definición más defendida en todo el mundo y, como ya se ha señalado, ha sido acogida por los legisladores ecuatorianos (Lozano, 1998).

El criterio de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sobre esta hipótesis lo encontramos en la resolución Nro. 0796- 2021- J.I.: conocimiento taxativo de autor, indicando que la autoría se limita solo a los comportamientos representados en la norma penal; la intervención se castiga por accesoriedad, como lo expresa García Cavero, al manifestar que el autor puede ser quien ejecuta el suceso descrito por el tipo penal en su orden.

2.4. Concepto objetivo material

Esta hipótesis analiza la distinción de actos realizados entre el autor y el partícipe, ya no buscando si se cumplen los elementos subjetivos de la autoría, en el acto realizado por todos los intervinientes, sino en un carácter material, es decir si no hay materialidad no hay transgresión, esto es utilizado más en las faltas de resultado (Lozano, 1998).

3. Hipótesis del dominio del suceso

La hipótesis del dominio de los sucesos es una hipótesis de origen alemán que se ha presentado en todo el mundo por diversos enfoques para delinear la autoría y la colaboración de estos.

Se han evidenciado posiciones contrapuestas, es decir, con el pasar del tiempo, hay puntos de vista opuestos que han demostrado que se ha cuestionado la hipótesis de la intervención subjetiva, que afirma que el autor se caracteriza por la decisión del autor. *animus auctoris* y la confabulación por la decisión del partícipe *animus socii*. La hipótesis subjetiva, al igual que la hipótesis unitaria de autor, se fundamenta en la hipótesis de equivalencia de las condiciones y presenta dos principales corrientes: a) la hipótesis del dolo, interioriza a una explicación sobre el autor que no se muestra de acuerdo con otra decisión superior que la suya y el partícipe deja a criterio del autor si el suceso va a llegar a consumación o no; y, b.) la hipótesis del interés, autor será quien por su propia decisión e interés realice el acto (Donna, 2002).

La hipótesis del dominio del suceso reconoce como autor a la figura central, a quien es clave en la ejecución del acontecimiento. Consecutivamente, se diferencian tres formas de autoría, la directa o inmediata, referida a quien comete el acto por sí mismo, quien tienen el dominio del suceso; la mediata, quien comete el suceso a través de otro, quien tiene el dominio de la decisión; y, la coautoría, referida al comedimiento del suceso en conjunto por diversos sujetos, tienen un dominio funcional. Dicho de otro modo, esta hipótesis comprende que el autor es el *dominus* de la transgresión, es decir (quien tiene el dominio final del acontecimiento), mientras que los partícipes (carecen de tal dominio) en la medida en que han subordinado su decisión al del

autor los partícipes entendidos como partícipes (Lozano, 1998).

Algunos son los doctrinarios que han trabajado sobre la hipótesis del dominio del suceso, siendo el primero en utilizar el término Hegler, en una monografía sobre *Los elementos de la transgresión*, aunque sin concebirla de forma actual.

Según Donna (2002), la hipótesis del dominio del suceso fue trabajada por primera vez por la escuela finalista, de la cual nació su inspiración; este autor nos presenta algunos de los más destacados:

- Bacigalupo (1999): significa el dominio del suceso donde se debe declarar en una configuración del real del acontecimiento y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio de este.
- Welzel (1956): autor significa el señor del suceso, es decir, aquel que lo realiza en forma final, debido a su decisión volitiva, dirigiéndose de forma proyectada.
- Maurach y Gossel (1989): significa que el dominio del suceso lo tiene todo aquel que pueda frenar o hacer avanzar, a su albedrío, el suceso hasta el resultado concluyente.
- Roxin (2016) muestra que la idea de esfera de suceso debe entenderse como un concepto abierto, es decir, el autor es sin duda quien cumple de manera independiente los elementos del tipo. Esto se aplica al área de acción o la llamada área de decisión, que es el requisito previo del factor mediador, donde la naturaleza del factor de fondo está en el poder de dirigir la decisión. El dominio que se da en los Asuntos en que un evento es impulsado por múltiples factores y cada uno de ellos es dependiente es el dominio de acción condicional a un plan que abarca todo el sistema.

Asimismo, en la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del país (Ecuador), en la resolución Nro. 0796- 2021- J.I., se hace referencia también a esta hipótesis en las siguientes cláusulas: estimada como una hipótesis objetivo-subjetiva, por el suceso que hace referencia a la CIA de una posición objetiva, que define un efectivo dominio de la acción, así como la subjetiva decisión, que tendría para realizar el suceso. Mir Puig señala la ejecución del suceso, y tiene un seguimiento conclusivo; esto es, que el autor va a ser el que tenga el dominio de suceso, el que opera el curso de la transgresión (Donna, 2002).

Para comprender mejor esta hipótesis, consideramos importante explicarla en la siguiente tabla:

Transgresiones imprudentes
 El autor es quien ayuda a lograr el resultado final con un comportamiento que viola el deber objetivo de cuidado, este concepto es de aplicación general, aceptando la hipótesis de la equivalencia de las acciones, lo que significa, que todas las causas son iguales.

Transgresiones dolosas			
Autor	Señor del suceso	Inductores y cómplices	Coautoría
Es quien posee el dominio del suceso.	Es aquel que consciente del fin lo concuerda en su CIA y forma de ser.	Tienen dominio sobre su colaboración, pero no sobre el suceso mismo.	Es la ejecución comercializada entre diversos sujetos de actos parciales, interrelacionados por un actuar en conjunto.

Nota. Donna, 2002.

En este contexto podemos decir que para que exista la autoría deben existir los siguientes requisitos:

- a) Parte final de cualquier dominio del suceso.
- b) Exigencias y obligaciones objetivas del autor; ejemplo, ser el funcionario, ayudante, soldado etc.
- c) Exigencias y obligaciones subjetivas; ejemplo, como el ánimo de lucro o la tendencia lasciva.
- d) Exigencias y obligaciones de las acciones punitivas.

4. Distinción entre autoría e intervención (confabulación)

A lo largo de los años han existido algunos criterios para distinguir al autor del cómplice o partícipe, inclinándose los doctrinarios mundiales de forma más recurrente por las hipótesis subjetivas, las hipótesis objetivo-formales y la del dominio del suceso (Donna, 2002).

A continuación, revisaremos brevemente cada una de ellas:

Hipótesis subjetivas: caracterizadas por considerar que autor es quien tiene *animus auctoris* es decir actúa con decisión de autor y cómplice o partícipe quien tiene *animus socii*, es decir, lo hace con ánimo de intervenir en un suceso ajena o suceso realizado por otro; esto conforme a la hipótesis de la equivalencia de las condiciones, ambos realizan una aportación causal a la transgresión.

La Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del país (Ecuador), en la resolución Nro. 0796- 2021- J.I. al respecto manifiesta: ... para esta hipótesis, acorde al criterio subjetivo de distinción, el autor sería el que quiere el suceso delictuoso como propio (*animus es auctoris*); para saber esto, se debe averiguar cuánto interés tenía el autor para el provecho de la comisión de la transgresión y la decisión que tenía para dominar el suceso; y, cuando se trata de partícipe si el (*animus es socii*) en otras palabras, quiere el suceso como indiferente y no se torna con interés individual (Donna, 2002).

Hipótesis objetivo-formales: según esta hipótesis es autor quien realiza total o parcialmente la acción descrita en el tipo penal. A lo largo de los años se han plasmado dos criterios en torno a esta hipótesis: la clásica, autor es aquel que realiza la acción ejecutiva; y la moderna, el autor es el sujeto cuyo comportamiento puede subsumirse sin ninguna otra observación en el comportamiento descrito en el tipo penal.

La Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la resolución Nro. 0796- 2021- J.I. sobre esta hipótesis aducen su característica está en determinar al autor como aquel sujeto que realiza la acción penalizada en la norma penal; por ello el autor hace los actos ejecutivos; en cambio el partícipe solo actos preparatorios, o simplemente auxilia durante la comisión de la transgresión (Bockelmann, 2020).

Mientras que tomando el criterio de Bokelmann, que indica que la intervención es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la CIA de un suceso principal. Mientras que la confabulación e investigación admiten conceptualmente algo al cual se prestan (Bockelmann, 2020).

Considerando que la intervención es un grado de responsabilidad, es significativo recalcar que, en la intervención, el dolo es indispensable, ya que se debe analizar su aporte en forma dolosa, y debe estar dirigido a la consumación del suceso típico, por lo tanto, debe existir la conciencia y la decisión para actuar en el tipo.

De la misma manera a diferencia de la coautoría, la intervención no exige que exista un acuerdo expreso o anterior al suceso sino el mismo puede ser tácito o simultáneo (Bockelmann, 2020).

Si la conducta supera de aquello que se encuentra comprendido por el dolo del partícipe, hay exceso cuantitativo. Un ejemplo concreto se da cuando un sujeto instiga a otro sujeto a robar, y este sujeto no solo roba si no también mata, en este caso el instigador solo respondería por el robo, a esto se le conoce como un exceso de intervención cuantitativo, ahora si, por el contrario, el instigador pide que mate y el autor comete un robo, a esto se lo conoce como un exceso de intervención cualitativo, que debe ser analizado bajo la premisa de una autoría mediata (Bockelmann, 2020).

Con respecto a la tentativa en la intervención, es considerable indicar que el partícipe responde en el grado de tentativa de forma equivalente que el autor principal, sin embargo, diferenciar entre la intervención en la tentativa, con la intervención intentada, pues la primera, el acto de intervención se ejecutó, aun cuando el acto ilícito haya estropeado. No obstante, en la segunda la intervención ha estropeado, ya sea porque el primer

autor no va a cometer el ilícito o por que ha rechazado la ayuda ofrecida (Donna, 2002).

5. Clases de autores

En Ecuador considerando la corriente doctrinaria de conceptualización restrictiva en su criterio material, en la que se conoce como: el dominio del suceso, la cual se diferencia entre los siguientes: autores directos, autores mediatos y coautores, previsto así en el artículo 42 de la COIP consecutivamente (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Por otra parte, las tres maneras de espectro de la autoría son solo distintas manifestaciones de la figura central de un acontecer ejecutivo (Roxin, 2014).

5.1. Autoría directa o inmediata

Según Roxin (2014), menciona que por sí mismo comete el suceso constitutivo de la transgresión, dicho de otra forma, es quien por sí mismo, sin intermediario, ejecuta el suceso sin colaborar con otros el dominio o determinación del suceso. De la misma forma, es quien tiene el dominio de la acción.

Según el COIP (2014), en su artículo 42, número 1, determina la autoría directa o inmediata en los siguientes términos:

Autoría directa: 1) para aquellos que cometan la culpa de una manera directa e inmediata. 2) para aquellos que no paralicen o procuren frenar que se evite su ejecución considerando la responsabilidad jurídica de hacerlo.

Igualmente, la sala de lo penal de la Corte Nacional de Justicia del país, en torno a la autoría directa, se ha recalado al dominio de la acción, determinando que es la figura que se comprende como la construcción directa e inmediata por el autor de la transgresión, de la acción penalizada como transgresión; el autor realiza el mismo la acción típica⁴ (COIP, 2014).

5.2. Autoría mediata

Según Roxin (2014), indica lo siguiente:

Quien por medio de otro comete el suceso constitutivo de la transgresión, es quien comete el suceso por medio de otro. El autor mediato es el hombre de atrás, quien dirige la construcción del suceso por medio de otro del que se sirve como mecanismo. Autor mediato es justamente aquel que dispone de dominio de la decisión.

El artículo 42, número 2 del COIP, señala los supuestos de autoría mediata, así:

Autoría mediata: 1) para aquellos que inciten o aconsejen a otro sujeto para que cometa una culpa, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión. 2) para aquellos que ordenen la comisión de la culpa valiéndose de otra u otros individuos, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto. 3) para aquellos que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, conduzcan a un tercero a cometer la culpa, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. d) para aquellos que profesen un poder de mando en la organización punible. (COIP, 2014)

Con relación al primer literal, para aquellos que instiguen a otro sujeto para que cometa una culpa, cuando se manifieste que tal acción ha determinado su comisión; esto es la tentación, instigación o incitación, que significa motivar a otro, hacer surgir en otro mediante una autoridad psíquica la construcción de una transgresión. Para algunos doctrinarios, esta inclusión como autoría mediata es errónea (COIP, 2014).

⁴ Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en sentencia Nro. 0796- 2021- J.I.

Con respecto al literal b) Quienes ordenen la comisión de la culpa valiéndose de otra u otros sujetos, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto, el supuesto de los imputables es uno de los más tradicionales de la autoría mediata en la práctica y en la doctrina. El fundamento de esta modalidad de autoría radica en la incapacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o de determinarse de conformidad con esta comprensión.

La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del país, en torno a la autoría mediata, se ha referido al dominio de la decisión, lo cual complica el autor mediato; en esta figura el autor realiza el transgresión a través de otra sujeto, vale decir, aprovecha o utiliza la conducta de un intermediario para conseguir su fin delictuoso, o como señala Hurtado Pozo el autor mediato debe tener la contingencia de inspeccionar y direccionar de facto el proceder del sujeto que manipula para cometer el transgresión; en este caso, el autor mediato actúa sin necesidad de intervenir directamente en el transgresión por medio de un tercero para obtener su propósito, considerando como comportamiento prohibitivo (COIP, 2014).

Es fundamental distinguir entre tentación de agente indirecto o colaboración, debido a que agente indirecto se considera a un sujeto un mecanismo material que actúa para lograr los fines propuestos por el hombre que está detrás, mientras que en tentación o colaboración es corrupción de un hombre libre.

El autor mediato siempre será considerado como autor, nunca como un partícipe, independientemente de quién sea el mecanismo, debido a que este tiene el dominio del suceso, es decir tiene en sus manos la ejecución del acto típico, sin embargo el hombre que opera desde atrás también tiene el elemento subjetivo que es la decisión del dominio del suceso, esto significa que este elemento de voluntariedad tanto del autor mediato, como del hombre que ejerce el dominio, configura la CIA del dolo, es decir que la falta de decisión en el dominio del suceso, podría excluir el dolo y quedando el acto como una mera culpa (COIP, 2014).

Observando la Hipótesis de Roxin, varias formas de autoría mediata se explican a continuación:

5.2.1 Autoría mediata versus acciones no típicas del autor inmediato (hipótesis de Roxin sobre el dominio de la acción y del dominio de la decisión)

Asuntos de falta de acción. En este caso se entiende falta de acción del intermediario, que actuaba utilizando al individuo como un proyectil encargado de la ejecución, en estos Asuntos en algún momento se los consideró como autoría mediata, pero actualmente predomina más un criterio en el que se considera al ejecutor del acto como autor directo. Por ejemplo, el caso de un sujeto (x) que al apretar un botón estalla una bomba, pero este desconocía que eso iba a suceder, pero tras estos sucesos hay un sujeto (y) que conocía que (x) tenía que apretar el botón como parte de su actividad cotidiana y por eso puso la bomba, en este caso antes se hubiese considerado a y como un autor mediato, sin embargo, actualmente se lo consideraría como un autor directo (COIP, 2014).

Asuntos en que el mecanismo actúa sin dolo. En estos Asuntos el sujeto de atrás utiliza a un sujeto como mecanismo valiéndose de un error cometido por este, para de esta forma elaborar el acto ilícito, esto significa que el autor mediato como desconoce de los sucesos no va a poder poner resistencia a lo que maliciosamente planifica el hombre de atrás. Por ejemplo, el raptor (x) que pide a un tercero (y) que le dé acercando tal cartera, por lo que este sujeto (y), se la pasa, en este ejemplo se entiende que (y) actúa sin dolo, porque no tiene el ánimo de apropiarse de la cartera, bajo esta hipótesis, se consideraría que Hay una autoría mediata, por cuanto hay un mecanismo no doloso (COIP, 2014).

5.2.2. La autoría mediata y la conducta lícita del mecanismo (dominio de la decisión según Roxin)

En este caso el sujeto que es utilizada como mecanismo, actúa bajo una causa de justificación, sin embargo esta comportamiento lícita no excluye la responsabilidad del hombre de atrás, Ejemplo, una sujeto (x), quiere acabar con la vida de una sujeto que tiene una enfermedad mental (y), por lo que lo incita a que lo ataque y lo mate a (z), sabiendo que este tiene mejores posibilidades de defenderse, por lo que en el acto (z), actuando en legítima defensa mata a el sujeto enferma mental (y), en este caso existiría autoría mediata para (x), porque este tiene dominio del suceso y no está cubierto por la causal de justificación aplicable a (z) (Roxin, 2014).

5.2.3. Autoría mediata en los Asuntos de ausencia de responsabilidad del mecanismo (hipótesis de

dominio de la decisión de Roxin)

En este caso el mecanismo actúa típica y antijurídicamente, sin embargo actúa bajo algún tipo de coacción ejercida por el hombre de atrás, quitándole de esta manera la libertad de acción, ejemplo, en caso de una mujer embarazada bajo una amenaza, es obligada, por un hombre, a ingerir un medio abortivo, si bien es cierto la mujer es la ejecutora, ella actúa bajo graves amenazas, y por ende el hombre no es un mero instigador, sino autor mediato pues tuvo un dominio superior sobre el curso de la acción, por medio de la presión coactiva, a la mujer (Donna, 2002).

5.3. Coautoría

Según Roxin, (2014), pronuncia lo siguiente: si diversos cometen el suceso en conjunto. Son coautores los que toman parte en la ejecución del suceso, co-dominándolo. La coautoría tal como lo determina nuestro COIP es autoría, en que el dominio del suceso lo tienen diversos sujetos en función del papel que cada uno cumple en la planificación y ejecución. La coautoría se relaciona en la división del trabajo. Coautor es quien tiene el dominio funcional del suceso.

Se halla estipulado en el COIP, artículo 42 número 3 así: Coautoría: para todos aquellos que cooperen a la ejecución, de un modo prioritario, ejerciendo voluntaria e intencional cualquier acción en la que no se hubiere cometido la culpa. Algunos elementos caracterizadores de la coautoría, desde el criterio del dominio del suceso:

1. *El acuerdo o plan común*: consiste en el conocimiento que tiene cada sujeto que está actuando junto a otros y que cada uno tiene una tarea definida. Coinciden los doctrinarios que no es necesario que este acuerdo sea expreso o previo, sino que puede ser simultáneo y tácito.
2. *La principalidad de la obligación del sujeto*: la tarea que realice cada uno debe ser esencial, de modo que si uno de ellos, retira su obligación se descompone todo el plan y ya no se efectiviza la transgresión.
3. *Prestación de la obligación en fase ejecutiva*: este es un requisito, considerado minoritario, sobre todo para los seguidores de la hipótesis del dominio del suceso.
4. *Desarrollo conjunto de la acción típica y la determinación positiva conjunta del suceso*: es este el criterio más idóneo para reconocer la autoría.

La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del país con relación a la coautoría, ha referido lo siguiente: el Dominio Funcional del Suceso, conocido también como la coautoría, que se relaciona en que, entre los que cometen la transgresión se partirá su acción delictiva en esta figura, cada uno debe dominar su papel y ese papel debe ser considerable para la comisión del suceso delictuoso COIP (2014).

5.3.1. Coautoría funcional

Para entender este tipo de intervención es necesario considerar que hay Asuntos en los que diversos sujetos ayudan a la ejecución del suceso, cumpliendo diferentes roles o funciones, de forma que con estos aportes se completa la total construcción del suceso, por ejemplo, el sujeto que apunta a la víctima con un arma mientras su compañero sustrae el bolso o el sujeto que sostiene los brazos o las piernas de la víctima mientras su compañero la agredió sexualmente.

En estos Asuntos el dominio del suceso, no solo está relacionado en el sujeto que ejecutó el transgresión, si no se le da importancia a la división del trabajo, la misma que se vuelve fundamental en la ejecución, ya que sin la misma la comisión del ilícito no se hubiese realizado, esto significa que cada uno de los coautores tiene el dominio del suceso, por medio de la función específica que desarrollan en el cometimiento del ilícito, previamente planificado, por lo que si uno de ellos no realiza el acto el suceso punible no se hubiese consumado.

En este tipo de intervención, se debe tener en cuenta que es requisito esencial que debe ser cometido con dolo, debido a que hay una aceptación del sujeto voluntario, consciente, premeditado y con trabajo fragmentado con diversos sujetos con el fin de obtener un resultado ilícito, esto significa que en este punto hay un dominio del suceso por la decisión delictiva tomada, por lo tanto, solo puede considerarse como coautor quien ya es un autor.

También se puede considerar como un coautor, a quien objetivamente solo realiza actos preparatorios

de ayuda, planificación o de ejecución, esto se aplica para el jefe de la organización, quien planea el suceso, distribuye el trabajo o dirige la ejecución, aunque no participe directamente en la misma, se convierte en coautor.

5.4. Autoría concomitante

Se trata de una intervención en conjunto de un suceso punible, sin una planificación o acuerdo previo, ejemplo cuando un sujeto (A) golpea a otro (B) y este queda en el suelo inconsciente, producto del golpe, sin embargo, un sujeto (C) se acerca al sujeto que está en el piso sin conciencia (B) y se sustrae del bolsillo su billetera.

En este ejemplo, si hubiese existido la planificación o acuerdo previo los dos sujetos serían considerados como coautores de la transgresión de robo, sin embargo, bajo la circunstancia narrada y al no haber esta planificación o acuerdo el primer sujeto podría ser sancionado por la transgresión de lesiones y el segundo por la transgresión de hurto, por tratarse de una autoría concomitante.

También se puede considerar que comete este tipo de intervención el sujeto que se aprovecha de la planificación de un acto punible indiferente, para beneficio propio, ejemplo, en un asalto al banco realizado por la Banda XY, los vecinos aledaños al banco al ver salir a los ladrones y antes de que llegue la policía ingresan al banco y sustraen una computadora.

6. Cómplices

Según COIP (2014), La confabulación constituye la segunda forma de intervención prevista, así:

Art. 43.- Cómplices. - Responderán como cómplices los sujetos que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una culpa penal, de tal forma que aun sin esos actos, la culpa se habría cometido.

No cabe confabulación en las faltas culposas (...).

Si de los escenarios de la culpa resulta que el sujeto acusado de confabulación coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la condena se aplicará solamente debido al acto que pretendió ejecutar.

El cómplice será sancionado con una condena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.

En el caso ecuatoriano, el legislador ha previsto una sola forma de legislación a diferencia de otras legislaciones como la española, argentina o peruana,⁵ que distinguen dos formas: confabulación necesaria o primaria (entendido como la participación necesaria de un sujeto a otro para la comisión de una transgresión) y confabulación secundaria (toda participación que sin su presencia hubiese mantenido intacto la construcción de la transgresión).⁶

5 Corte Nacional de Justicia/ Sala Penal/ Nro. 0796- 2021- J.I. [...]. Cabe indicar, que en otros conjuntos de reglas y principios se ha adoptado un sistema diferenciador que se basa en el principio de accesibilidad, que estriba a partir de dos planteamientos, a saber: Cuales son las intervenciones principales que son como consecuencia de la comisión de la parte especial del Código Penal?, y ¿Cuáles son las secundarias que se castigan como consecuencia de la accesoriedad al hecho principal?; es por ello, que allí se habla de que no hay participación Participa en la actividad de un extraño o de otro sujeto; así ocurre, por ejemplo, donde la complicidad primaria conlleva la misma pena que el autor; En este caso salta a escena la pregunta: ¿cuál es la base de esta sanción para castigar al autor y al victimario? Por lo tanto, en los conjuntos de reglas y principios se dice que la diferencia entre autor y participe no se deriva del marco jurídico penal establecido, sino de la condicionalidad de la participación en relación con el hecho del autor [...].

6 Corte Nacional de Justicia/ Sala Penal/ Nro. 0796- 2021- J.I. [...] otras leyes requieren diferentes niveles de participación; así: primaria y secundaria; participación primaria; es la que contribuye a la comisión de un delito pero no participa en la ejecución efectiva de dicho delito; Muchos creen que la contribución de un cómplice principal puede ser de cualquier tipo, incluso intelectual; En este tipo de complicidad se ofrece ayuda o cooperación al delincuente que no pudo contribuir al delito... En cambio, la complicidad secundaria es aquella en la que puede entenderse disposición alguna, es decir, no es necesaria para el crimen [...].

La principal noción de la confabulación es la ayuda que presta a otro sujeto en la construcción de la transgresión, con la característica que, en el caso ecuatoriano, aún sin esa ayuda la transgresión se hubiese cometido igual.

Existen dos formas de confabulación:

- Confabulación fáctica de sucesos o técnica: caracterizada por aportaciones materiales, en resumidas cuentas, dar o hacer algo. Por ejemplo, entregar un mecanismo necesario para la construcción de la transgresión.
- Confabulación intelectual o psíquica: referida a consejos o ideas para que el autor pueda cometer la transgresión. Esta es muy difícil de probar y no es muy aceptada por algunos autores.

7. Colaboradores

El COIP no incluye el encubrimiento como una forma de intervención, sino que el legislador lo tipificó como transgresión autónoma.

En el extinto Código Penal, vigente hasta el 2014, encontrábamos definido el encubrimiento de la siguiente manera:

Se define colaboradores a todos aquellos que, sabiendo de forma contundente el actuar punible de los mal sucesores, les proveen, periódicamente, hospedaje, posada, madriguera, o guardia; o les faciliten los instrumentos para que se fructifiquen de los efectos de la transgresión cometida; o los benefician, ocultando los mecanismos o pruebas materiales de la culpa, o inutilizando las señales o huellas del transgresión, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del transgresión, o la demostración del acontecimiento punible, encubren o perturben la realidad, con el fin de ayudar al mal sucesor.

Según el COIP (2014), la transgresión se encuentra penalizada de la siguiente forma:

Artículo 272.- Fraude procesal. -

La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Con igual pena será sancionada quien conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos (COIP, 2014).

Debemos dejar claro que el encubridor no participa de la construcción de la transgresión, ni como autor ni como cómplice, su conducta se da posterior a la construcción de la transgresión, para encubrirlos.

Según el COIP (2014), localizamos una justificación, en el asunto del cónyuge del sindicado. Para ejemplarizar, en una transgresión de hurto, cuyo autor fue sentenciado por robo a seis meses (seis meses a dos años), a su esposa que le dio escondite y alojamiento en su casa se le podría imponer una condena de uno a tres años, generando una condena desproporcionada en relación con el autor de la transgresión de hurto. Situación que debería ser revisada por el legislador.

A continuación, compartimos un cuadro de apoyo referente a la intervención en el Ecuador de acuerdo con lo previsto en el COIP.

Intervención	Dominio del Suceso
Autoría Directa	El dominio del suceso es directo cuando la ejecución directa e inmediata por el autor de la transgresión, de la acción penalizada como transgresión; el autor desarrolla la misma acción típica... ⁷
Autoría Mediata	El dominio del suceso por medio de la autoría mediata conlleva lo siguiente: El autor ejecuta la transgresión por medio de otro sujeto, vale decir que produce la conducta de un intermediario para lograr su propósito delictuoso... ⁸
Coautoría	El dominio funcional del suceso por medio de coautoría conlleva lo siguiente: Cada uno tiene dominio de su responsabilidad en la división de actividades. Se refiere para aquellos individuos que cometen la transgresión y como tal se fraccionó su acción... ⁹ Delictiva.
Cómplice	No hay dominio del suceso.

Nota. (COIP, 2014).

De la misma forma, se hace indispensable elaborar cuatro ejemplos prácticos (asuntos hipotéticos), por cada uno de los participantes en la transgresión, en calidad de autores (directo, mediato, coautor y cómplices), los cuales se evidencian de la siguiente manera:

Participantes	Caso hipotético
Autor directo	Ejemplo hipotético: Este suceso sucedió el 17 de mayo de 2021 a las 16h00 de la tarde, cuando Rubén A., de 28 años arrinconó a una ciudadana y la amedrentaba con un arma corto punzante, para luego robarle su celular y bolso. Las cámaras de seguridad grabaron dicho acontecimiento.
Autor mediato	Ejemplo hipotético: Andrés le pide al guardia que trabajaba en una zona residencial, llevarle un regalo a Carolina F., que vivía en el mismo lugar y a la cual le habría puesto dentro del regalo una bomba explosiva. Carolina falleció al instante, debido al fuerte impacto, mientras que el guardia fue instrumentalizado, pues no sabía lo que contenía el obsequio.
Coautor	Ejemplo hipotético: Juan Pablo A., y María Belén A., amarraron y propinaron varias cuchilladas a Pedro hasta provocarle la muerte. Estos dos sujetos deben responder como coautores materiales de la muerte de Pedro, pues ambos literalmente fueron víctimas de quitarle la vida al ciudadano.
C ó m p l i - ce	Ejemplo hipotético: Mauricio D., de 40 años, ayudó a dos individuos en la planificación de un asalto y guardó varias armas de fuego en su domicilio, las cuales pertenecían a José G., de 20 años y a Pablo H., de 23 años, que contribuyeron en un robo premeditado. Por lo tanto, como se puede verificar Mauricio es cómplice secundario, debido a que ayudó a los autores a realizar la comisión del suceso.

Nota. (Abello, 2020), (*Iter Criminis*, 2018).

7 Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en sentencia Nro. 0796- 2021- J.I.

8 Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en sentencia Nro. 0796- 2021- J.I.

9 Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en sentencia Nro. 0796- 2021- J.I.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abello, J. (21 de marzo de 2020). Diferencia entre coautor y cómplice en el Derecho penal. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=fe2rD8ObVHs&t=211s>
- Bockelmann, P. (2020). Relaciones entre autoría y la participación. Obtenido de <https://www.marcialpons.es/libros/relaciones-entre-autoria-y-la-participacion/9789563928334/>
- Código Orgánico Integral Penal [COIP]. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Asamblea Nacional. Registro Oficial, Suplemento 180. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf
- Díaz, M., & García, C. (2008). Revista de Estudios de la Justicia. Autoría y participación, 13- 61. Obtenido de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15219>
- Díaz, M., & García, C. (2014). La autoría en Derecho Penal. Obtenido de <https://andinaediciones.com.ec/producto/la-autoria-en-derecho-penal/>
- Donna, E. A. (2002). La autoría y la participación criminal. Obtenido de <http://www.rubinzal.com.ar/libros/la-autoria-y-la-participacion-criminal-3%C2%AA-edicion-actualizada/3443/>
- Herrera, C. (2020). 5.1 Teorías para La Determinación Del Concepto de Autor, Donna. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/503046643/5-1-Teorias-para-la-determinacion-del-concepto-de-autor-Donna>
- Iter Criminis. (17 de mayo de 2018). Los autores y partícipes. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=VAk9IrzS9o8>
- Lozano, A. (1998). LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO: Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano. Obtenido de TESIS DOCTORAL: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/2219/1/T23359.pdf>
- Maurach, R., & Zipf, H. (1994). Derecho penal. Parte General 1. Obtenido de <https://www.marcialpons.es/libros/derecho-penal-parte-general-1/9789505084142/>
- Roxin, C. (21 de noviembre de 2014). DERECHO PENAL Parte General tomo II. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas. Obtenido de https://www.dijuris.com/libro/derecho-penal-parte-general-tomo-ii_15470
- Roxin, C. (2016). Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Obtenido de <https://www.marcialpons.es/libros/autoria-y-dominio-del-hecho-en-derecho-penal/9788491231615/>

CAPÍTULO 11: EL ITER CRIMINIS

Magdalia Hermoza
Docente Investigadora de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
mmhermoza@pucesi.edu.ec

Andrea Chamorro Gómez
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
ab.andreachamorro@gmail.com

Introducción

Este capítulo tiene como finalidad el estudio del *iter criminis*, el cual abarca el proceso o fases que intervienen en la comisión de un delito desde la idea o incubación hasta su consumación y agotamiento en el supuesto que se logre su materialización.

Comenzamos con un análisis del delito y sus elementos, para luego centrarnos en el concepto de *iter criminis* y su regulación jurídica dentro del Código Integral Penal. Se examinan las dos fases del proceso en que se estructura el camino que recorre el acto delictivo: enfatizando tanto la fase interna o subjetiva, como su fase externa u objetiva. En la fase interna, se analiza en qué consiste esta fase, enfatizando los conceptos de ideación, deliberación y decisión, resaltando sus conceptos, y examinando en qué consiste cada uno de ellos, recalando que a nivel jurídico esta fase no representa relevancia considerando que, como se conoce, con el pensamiento no se comete un delito. En lo que respecta a la fase externa del *iter criminis*, se examina su concepto y se destacan los momentos que la conforman..

1. El delito

Se concibe como conducta contraria a la ley, se considera como una conducta típica y antijurídica y culpable, que en la normativa vigente recibe una sanción proporcional a las circunstancias en que se ha producido y a la verificación de cada uno de sus elementos. Esto hace imprescindible un ejercicio de análisis del camino del delito o *iter criminis*, desde la simple idealización inofensiva que puede realizar el infractor, hasta la ejecución y la materialización del ilícito.

En esta línea Albán (2015), señala:

Desde este punto de vista no basta decir solamente que hay delito cuando la ley lo declara, sino que hace falta señalar expresamente qué caracteres debe tener una conducta para que el sistema jurídico pueda calificarla como delito y para considerar al que la ejecutó como sujeto de una sanción penal. Y, por el contrario, en qué casos una conducta no reúne tales caracteres y, por lo tanto, la persona que la ejecutó no puede ser sancionada, pues aun cuando sea un acto ilícito, no es un delito, sino un acto sometido a otro tipo de solución jurídica no penal.

Así, un delito hay que concebirlo como conducta típica y antijurídica, como un todo organizado, como un fenómeno de la esfera exterior del que va a ser el núcleo de la conducta humana que se caracteriza como típica y antijurídica sujeto a valoración a través de un análisis sistemático que da como resultado una subjetiva y objetiva; lo que hace imprescindible una óptica reflexiva a los elementos predominantes objetivos como la acción, el tipo y la antijuricidad, así como también situar los elementos subjetivos, que son los que el autor desde su interioridad aporta a su acción manifiesta en el mundo exterior.

En la normativa vigente, los preceptos legales describen una conducta que alude siempre a un resultado fáctico, sin embargo, hay que anotar que no necesariamente tiene que ser siempre de esta forma.

Existen ocasiones en las que el delito no se concreta por causas ajenas a la voluntad del sujeto para lo cual la ley no debe permanecer indiferente ante tal eventualidad, lo que implica que es necesario establecer el

momento en que una determinada acción ingresa al mundo del derecho penal pese a no ser considerada como un resultado material como tal, para realizar el análisis cronológico del recorrido del crimen; desde que fue concebido en la sola inteligencia y mente del delincuente hasta que salió a la superficie en el mundo real para ser considerado como ejecutado, podemos entonces tener la tentativa que sí es punible.

La cronología así como el relato del proceso hasta la ejecución de la conducta ilícita revela que desde el surgimiento de la idea, considerada como delictiva, hasta la materialización del hecho delictivo, existe un extenso y profundo debate que dependerá precisamente del estado psicológico, salud mental, educación y formación en valores que pueda tener el sujeto, ya que el ejercicio requerirá de una confrontación interna en la que se resolverá sobre qué pesa más: la moral y hacer el bien o la idea de causar daño y por tanto cometer un delito.

Bustos y Hormazábal (1997), en esta línea mencionan:

La arbitrariedad no sólo puede darse en la interpretación de la ley sino también en el establecimiento de los hechos probados. La selección arbitraria de los hechos puede dejar al margen de consideración aspectos fácticos que pueden tener una significación jurídica. Piénsese sobre todo en aquéllos a partir de los cuales se infieren intencionalidades o ánimos del autor y que pueden ser jurídicamente relevantes. De ahí la importancia que tiene el establecimiento de los hechos probados. Ellos condicionan la aplicación de la ley. (p. 128)

Ahora bien, el ejercicio de calificar el proceso que llevó la reflexión hasta la materialización de un ilícito es imperante para resolver la causa y asimismo identificar la responsabilidad penal que tiene el sujeto conforme a las circunstancias de la infracción.

En cuanto a todo el análisis, se determinará una pena proporcional y justa, pero estos actos internos o los externos no constitutivos de infracción deben cumplir con ciertas características para ser sancionados, puesto que existen los denominados actos preparatorios considerados como actos preliminares al hecho delictivo son aún oscuros y no llegan a concebir la resolución delictiva, siendo posible denominarlo bajo el estado de tentativa únicamente, y generalmente estos actos quedan impunes; son esporádicos los casos en que el legislador adelanta el posible resultado típico y sanciona la tentativa del mismo.

Una vez concluidos los actos preparatorios, se producen los actos ejecutivos, estos tienen relevancia penal al configurarse dentro de los tipos penales tipificados en la normativa penal vigente a los que se atribuye una sanción, ya existe la presencia de un verbo rector plenamente probado bajo el que se produce la consumación y, por ende, se avala la intervención penal conforme a los procesos y al sistema Justicia instaurado.

Castro (2012), concluye:

El conocimiento del *iter criminis*, representa sin duda una de las principales herramientas que debe manejarse al momento de tratar de determinar el grado de responsabilidad penal que tiene el agente, en determinadas situaciones fácticas, en las que el resultado se produjo por distintas causas subjetivas y objetivas, o bien cuando este no se consumó por causas ajenas a la voluntad del agente y en las que la parte subjetiva se consuma, quedando inconclusa la parte objetiva del tipo, o en situaciones de mayor complejidad, que exigen de parte del litigante, Juez, Fiscal o estudioso del derecho, un nivel de mayor conocimiento al momento de solicitar, así como resolver, con bases jurídicas, lo que en derecho a cada quien corresponde.

El vínculo fáctico que existe entre la idealización y la ejecución de un ilícito va a definir el momento específico en el que corresponde intervenga el derecho penal, ya que no siempre se trata de un acto inmediato, al menos para tener el grado de tentativa de un delito, es necesario contar con un paso dado en la realidad, un hecho que directamente vaya a encaminar al sujeto a la consecución de su objetivo, es decir, no necesariamente se debe tener la representación del delito en lo físico y lo tangible como se concibe dentro del tipo penal, ya que puede ser un primer paso consumado que conduzca al sujeto a la consecución de su objetivo. Es decir, no necesariamente debemos tener la representación del delito en lo físico y tangible tal y como se concibe dentro del tipo penal, ya que puede ser un paso a completar inicialmente que ya habilita o prepara el terreno donde realmente se llevará a cabo la conducta ilegal.

La definición de este momento se puede diferenciar entre la impunidad y la sanción entre el inicio de una acción penal o su desvanecimiento, de ahí la importancia del estudio del *iter criminis* y de su verificación por parte del administrador de Justicia.

El derecho penal se entiende como aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de acciones delictivas con imposición de penas o medidas de seguridad, se fundamenta en el *iuspudendi* cuya finalidad es una buena convivencia humana.

A diferencia de otras materias del derecho penal, es bastante delicado en su concepción y su definición, ya que involucra definición de derechos, su vulneración, la limitación del ejercicio de aquellos, así como la violación a la normativa vigente, y es precisamente el impacto que tiene la afectación causada lo que va a llevar a un análisis pormenorizado que resuelva el limitar incluso los derechos y garantías de la persona que ha resuelto infringir la norma, precisamente por la naturaleza del derecho penal, el *iter criminis* constituye una herramienta de racionalización y lógica que llevará a la identificación de la problemática y su medida afín.

2. El *iter criminis*

Como se había expuesto el *iter criminis* estudia el camino del delito, es el itinerario del crimen, es decir, aquel proceso organizativo coordinado planificado o resuelto a seguir por parte del autor, fases a través de las cuales se desarrollan los diferentes fenómenos jurídicos a los que en materia penal se denomina delito; esto a fin de determinar no solo su correlación y conexión, sino también definir qué implicaciones jurídicas tiene el nivel de actuación que ha tenido el sujeto si ha llegado en realidad a exteriorizar su conducta y si no lo ha hecho establecer el grado de tentativa o definir por completo la inimputabilidad de la sola idealización del delito. Cabe iniciar señalando lo planteado por Cuello (2009):

En un derecho penal dirigido a motivar al ciudadano a preservar los bienes jurídicos respetando las normas establecidas porque su infracción puede originar un peligro efectivo de lesión de aquéllos, en un derecho penal basado en la concepción personal del injusto, o, al menos, en el predominio del desvaloración en su configuración, no cabe situarse en el delito consumado, para considerar a las restantes formas de ejecución del delito como sus formas “imperfectas”, pues si es el caso, como lo es, que a la tentativa acabada no puede añadirse nada que dependa de la voluntad del autor para que exista infracción, será esa fase de tentativa acabada la que marque las pautas del *iter*. (p. 337)

2.1 Las fases del *iter criminis*

Dentro de las etapas del *iter criminis* encontramos las siguientes:

- Fase interna o subjetiva constituida por: ideación, deliberación y resolución.
- Fase intermedia: resolución manifestada.
- Etapa objetiva o externa: preparación, ejecución, consumación y agotamiento.

166

La fase interna

Como se puede observar tiene que ver con una planificación, con la intención de delinquir, producir lesión a un bien jurídico protegido, esta se desarrolla en el mundo interno del sujeto activo, implica la deliberación que dará fin con la toma de decisión de cometer una infracción; esta deliberación puede darse de manera casi instantánea o a su vez de forma contrapartida es decir puede durar un lapso prolongado como es el caso de la meditación; ahora bien es necesario puntualizar que la sola ideación no es punible, dado que lo interno no es sancionado o penado; aquello resulta irrelevante para el derecho penal.

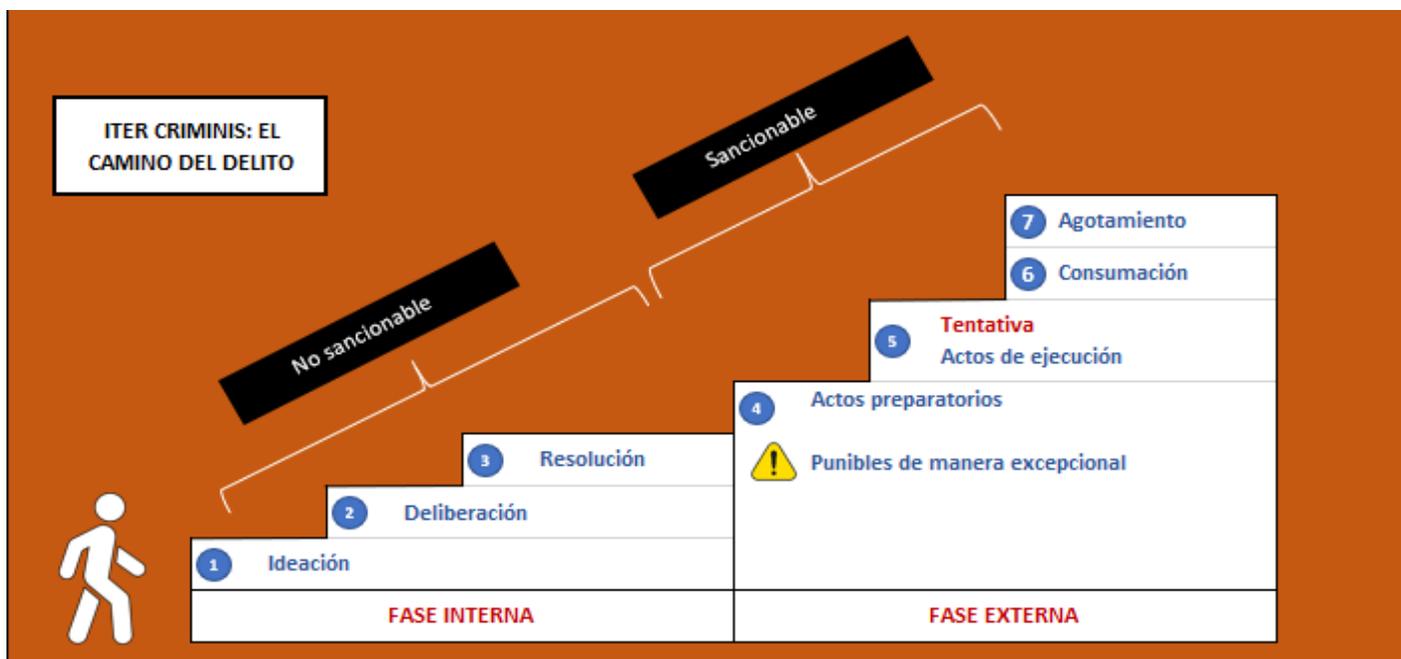
La fase intermedia

Es la resolución manifestada, la ideación criminal es exteriorizada, sale a la luz, mediante la palabra, actos.

La fase objetiva o externa

Se identifica los actos preparatorios, es la primera manifestación exterior de la resolución delictiva; que se efectiviza con la consumación de la lesión o daño del bien jurídico protegido, la consumación que radica en la total realización de los elementos del tipo legal objetivo; en cuanto al agotamiento es la consumación material donde el actor de acción antijurídica se beneficia de su acción delictiva efectuada.

Figura 1



Iter criminis, el camino del delito

Nota. Estructura basada en LPDerecho.PE.

3. Análisis

Por lo que hemos venido analizando en lo que tiene que ver dentro del ejercicio de la determinación del camino del delito, existen fases en las que se puede evidenciar la intencionalidad y el proceso llevado a cabo tanto interna como externamente. La comisión de un delito en la fase interna puede evidenciar varios estados: puede denominarse el primero como la ideación o la idea que precisamente se refiere la idea que surge de delinquir que es cuando aparece en la mente de las personas llevar a efecto un delito. Este ejercicio enfrenta un proceso en la mente del sujeto, pueden surgir ideas contrarias, sentimientos y emociones de tal forma que la idea como tal se reduce a una simple emoción íntima que no necesariamente va a llegar a configurarse como una obra exterior y material que constituye un ilícito, sin embargo, si el ejercicio moral no es lo suficientemente fuerte si se comete la conducta ilícita podemos definir a esta idea como una idea letal o criminal.

Está claro que la idea debe constituirse como criminales, es decir debe pretender la lesión de un bien jurídico o la contradicción en la normativa vigente ya que es precisamente el indicio que hace parte del *iter criminis* como su fase inicial puesto que el sujeto está considerando la intencionalidad de cometer una infracción y de esta forma continuar con el ejercicio, perfeccionando tanto su idea, así como iniciando con los cimientos de la ejecución. Finalmente se perfecciona cuando se materializa el ilícito y se consigue el fin que se pretendía, sin embargo, en esta etapa que se analiza, se prioriza la consideración del infractor a infringir la norma con un motivo, pero sobre todo con un plan a ejecutar.

Esta etapa puede asimilarse con el dolo y la mala fe requeridos para el derecho penal de acuerdo con su naturaleza de daño de perjuicio y, en efecto, vincularlo a un proceso judicial en el que se pretenda satisfacer una necesidad en torno a la vulneración de un derecho, para con ello hacer efectivo el derecho penal de castigo e imponer una sanción, pero sobre todo buscar la reparación en la víctima. Este indicador de las ideas que explora el sujeto, ya sean reincidentes o surjan por primera vez como una consideración, se aleja incluso de la

naturaleza del sujeto, puesto que no se refiere a la conducta o personalidad, sino que como tal es una idea que puede aislarse o que ya se ve como estructurada y puede ejecutarse en su totalidad.

Puede darse el caso de que la idea de que parezca definitivamente o se desvanezca en un principio y no llegue a iniciar un proceso y mucho menos a perfeccionarse hasta convertirse en un ilícito; sin embargo, cuando se trata de pensamientos recurrentes, la idea puede reaparecer en la mente del sujeto y generar de nuevo un debate, una batalla entre el deseo inmoral y la conciencia y moralidad que tenga el individuo. Esta deliberación puede representar igualmente el desvanecimiento de la idea o su perfeccionamiento, de tal manera que se vea como posible y pueda llevarse a escena a través del cometimiento de una infracción.

En esta línea Mir (2016), señala:

Las teorías subjetivas ven el fundamento de la pena de las fases anteriores a la consumación en la voluntad contraria a Derecho manifestada. Faltando la lesión del bien jurídico, lo decisivo sería la dirección de la voluntad hacia dicha lesión, en cuanto se manifiesta externamente. (p 347)

Es por todo lo mencionado que el ejercicio de definir el camino del delito no siempre toma en cuenta esta idealización, pues como se indicó anteriormente, la idea criminal o de cometimiento de una infracción puede incluso desvanecerse desde un inicio o dar vueltas en la mente del sujeto hasta que se sienta cien por ciento convencido o, a su vez, desista de la idea de perpetrar un ilícito, esta batalla siempre se dará en el sujeto pese a la naturaleza que pueda tener, ya que la mente generará la duda no solo de si está bien o no, sino también de si es posible o no.

Asimismo y con conocimiento de causa, el posible infractor va a considerar las consecuencias que va a tener la acción que está realizando, en este caso, la pena o sanción que se le atribuye al tipo penal que ha considerado cuando se trata de crímenes que pueden relacionarse con lo afectivo o un sentimiento o emoción pasajeros no llegan a perfeccionarse, ya que, así como los sentimientos aparecen, se desvanecen o puede mediar el acto de mediación y pacificación con el sujeto considerado como motivo o indicio para la planificación de una conducta ilegal.

Comenta Roxin (2014):

Y se puede dudar también de la necesidad de punición debido al hecho de que las tentativas no peligrosas son realizadas en su mayoría en formas que no resultan prototípicamente delictivas (el decidido a envenenar echa, por equivocación, azúcar en el café), por lo que rara vez son descubiertas; y, por lo tanto, de hecho, suelen permanecer impunes. (p. 29)

Partiendo del anterior ejercicio analizado y como resultado del debate interno del sujeto se puede avanzar así a la siguiente fase.

La fase objetiva externa, que puede ser un indicio principal de la resolución alcanzada internamente por el sujeto o también llamada resolución manifiesta, ya que esta decisión se basa en la exteriorización de la conducta como tal no constituye una actividad o acto material, la mera intención, aunque el sujeto pueda compartirla o comentarla sin un ejercicio físico materializado, no superará la idealización y por tanto no requiere la intervención del derecho penal, podría considerarse como un mero anuncio.

Ya en la fase externa encontramos los elementos constitutivos de delito, pues ya existen acciones u omisiones perfeccionadas que van a lesionar el bien jurídico protegido por el Estado, cualquiera que sea precisamente a la par con el ordenamiento normativo vigente, y estos hechos como el éxito palpable serán admisibles de investigación, un proceso judicial adecuado y la resolución final de sanción pues podría decirse que en esta fase se encuentra la materialidad de la infracción y a partir de ella se identifica la responsabilidad del autor que la ha cometido. Precisamente al respecto, Mejía (1966), indica:

El *Iter Criminis* está compuesto por dos fases: 1) La Interna; 2) La Externa. Estas fases también han sido llamadas, subjetiva la primera, y objetiva la segunda; pero es de anotarse que son diferentes entre sí, y que tienen consecuencias diversas, puesto que en la primera fase existe la impunidad para ella, en la segunda se da

lugar a que se sancione y también se llega a la consumación o perfección del ilícito; a su vez, cada una de estas fases está integrada por unos estados; cada uno tiene su propia denominación. Así, por ejemplo: la fase interna la constituyen, la Idea, la deliberación y, por último, la resolución íntima de delinquir. (p. 21)

Se debe tener en cuenta el principio *cogitationes poenam nemo patitur*; el pensamiento es libre, no delinque. La fase inicial que se ha considerado como ejercicio del *iter criminis* no siempre se tiene en cuenta más allá de un análisis y consideraciones previas que puede realizar el investigador o a su vez el juzgador para identificar el origen del delito; sin embargo, al no ser considerado expresamente como parte del proceso como una etapa del mismo, este ejercicio no se exterioriza en una resolución sino en una idea suelta de cómo se produjo la conducta del delito. La libertad de pensamiento y convicción considerada como un derecho dentro de la Constitución de la República es permisiva en cuanto a la fase de idealización sin que esto represente en realidad un perjuicio aún cuando pueda anunciarse verbalmente, es por ello que se considera como un antecedente de la fase externa, la cual se considera como la verdaderamente importante, ya que el delito se transforma en realidad.

Zavala (2014), manifiesta:

Por respecto al principio de seguridad jurídica se demanda que la etapa anterior a la realización plena del delito haya alcanzado cierto grado de desarrollo para que pueda ser reputada como típica. El delito se inicia como una idea que se encuentra en la mente del autor cuyo proceso empieza con ella (con la idea) para ir pasando por estadios sucesivos, la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento cuando éste forma parte del ejercicio de la actividad final del autor. Todo este largo proceso es lo que denominamos *iter criminis*; como decía el Prof. Luis Jiménez de Asúa el *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito desde la ideación hasta el agotamiento. (p. 33)

Haciendo hincapié en lo señalado en párrafos anteriores, encontramos una subdivisión en la fase interna con tres periodos: ideación, deliberación y resolución. Esta fase psicológica o interna puede variar siendo tan fugaz como permanecer en la ideación hasta que se ejecuta como ya se ha considerado la idea es concebida como delictiva por su naturaleza y se forja en la mente del sujeto no supera la representación intelectual o puede considerarse como un simple deseo, el siguiente paso es precisamente la deliberación cuando la idea ya ha sido definida, surge en el sujeto una reflexión o deliberación interna donde se pone en una balanza la contradicción de pensamientos entre la idea delictiva y los valores morales que hacen contrapeso. Finalmente, una vez deliberada la situación, se llega a la resolución o decisión, completando así la imagen mental criminal y aprobando su ejecución, lo que constituye el puente hacia la siguiente fase.

5. Consideraciones prácticas del *iter criminis* en la Jurisprudencia nacional e internacional

En este apartado haremos referencia a casos en la administración de justicia que en sus fallos en lo referente al *iter criminis*, hacen alusión, argumentación expresa a la verificación efectiva de las etapas del *iter criminis* y su relación con la existencia de la infracción, su responsabilidad y sanción, para lo cual partimos citando a Castro (2012), quien reafirma lo expuesto que:

El camino del delito consiste en la punibilidad de una serie de conductas activas u omisivas, que han sido exteriorizadas por un sujeto activo y que ofenden bienes jurídicos tutelados por la norma penal sustantiva, a fin de que estas puedan prevenirse, y con ello aminorarse en cierta medida, el índice delictivo que existe en cada sociedad organizada, y que define estadísticamente la seguridad jurídica de sus ciudadanos. (p. 130)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia de 11 de Mayo de 2007, enuncia:

Visto el tema desde otra perspectiva, que concurre a establecer la racionalidad de la sentencia, se trataría de una hipótesis de tentativa de homicidio, es decir, de un estadio en el *iter criminis* con el que se afecta o pone en grave peligro la integridad de un bien jurídico y el derecho que tiene su titular. También en esta hipótesis el título penal aplicable corresponde a la privación ilícita de la vida (intentada), aunque no se haya logrado el fin perseguido

por el agresor. Por supuesto [...] De ahí que no hablemos de crímenes o delitos consumados o intentados, sino de violaciones a derechos humanos, reservando las categorías y las denominaciones de cada campo del derecho.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la Corte Interamericana, se contempla la vulneración o posible vulneración de los derechos humanos, se cita el estado en el que se encuentra el estudio del *iter criminis*, el cual no se refiere a un riesgo para el bien jurídico tutelado, pero sí puede verse como una amenaza para la integralidad de un derecho humano. El análisis justamente requerido para la resolución de la violación denunciada se da en el campo del derecho de la dogmática y se profundiza en cuanto a la naturaleza de los actos; y en relación con la vía del delito se considera la intencionalidad y el riesgo que representan, sin embargo, existe el grado de tentativa, pues como aquí se ha analizado, ya se ha superado la internalización y no solo la idealización de una actividad criminal.

Precisamente cuando el sujeto exterioriza su idea, la hace pública o inicia pasos concertados que lo llevarán a la consecución de su plan inicial, ya se está hablando de una exteriorización, por así decirlo en su primer nivel y se puede hablar de tentativa que amerita igualmente una sanción penalmente establecida, pues los hechos que se han llevado a cabo representan un indicio del delito que se planea ejecutar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Amrhein y Otros vs. Costa Rica, 25 de abril de 2018:

Al efecto, analizó los hechos presentados ante el a quo quien determinó que, efectivamente, no se trató de una complicidad sino de una coautoría. Al respecto, la Sala Tercera concluyó que “[...] se logró determinar el específico rol desempeñado por [Rafael Rojas...] en la ejecución del plan previo, que implicó distribución de funciones para un fin común: estafar al ofendido, lo que hace que el acusado y su acompañante conserven el dominio funcional del hecho en la ejecución [...] resultandos responsables por la globalidad del actuar delictivo. Es irrelevante en qué estadio del *iter criminis* ha tenido lugar la actuación de cada uno de los sujetos involucrados.

En el caso expuesto, se puede observar del fallo internacional de la Corte, que determina la vulneración de derechos y, por ende, se aspira a tener una sentencia o una resolución apegada a las aspiraciones de la víctima, por lo tanto también de la tutela judicial efectiva, por lo que se considera los hechos iniciales o preparatorios en este caso como objeto de sanción ya que los primeros pasos, esto es el plan que se define para la ejecución de la actividad ilícita ya genera una fortaleza y una base primordial para que en efecto se pueda ejecutar.

Con lo expuesto, no es el grado de participación lo que se toma en cuenta sino la vulneración lograda con el plan y la distribución de roles que se da por parte del sujeto lo que está a consideración en la parte resolutoria, en este caso se ve un análisis de ponderar el daño y la satisfacción de los derechos de la víctima sobre la intencionalidad del proceso penal y los derechos del presunto infractor en este caso para definirlo como una vulneración y, por ende, atribuir una sanción y a partir de ello se atribuye una adecuada reparación integral.

Por otra parte, en el sonado Caso “Sobornos” No. 17721-2019-00029G, como parte considerativa de la resolución del Recurso de Casación, de fecha 8 de septiembre de 2020, de la Corte Nacional de Justicia, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, considera:

El ejercicio de subsunción, según los hechos que se tienen por ciertos, en base al *onus probandi*, se enfoca en los dos verbos rectores; en el caso sub lite, está acreditado que los procesados, en su calidad de sujetos activos calificados, “aceptaron” ofertas o promesas, toda vez que, en base a las mismas, desarrollaron todo el esquema de recepción, administración y distribución de aquellas, traducidas en dinero en efectivo y vía cruce de facturas, de los empresarios también procesados; estas ofertas o promesas, tenían su génesis, en la expectativa contractual con el Estado, en el *iter criminis*, tuvieron como finalidad, el otorgar beneficios a los empresarios involucrados, ya sea por medio de la adjudicación de contratos, concesión de favores en el ámbito de la contratación pública, pago de planillas, convenios de pagos y más, soslayando los principios que informan el sistema de contratación pública(...). En el mismo contexto, está acreditado que los procesados, en su calidad de sujetos activos calificados, “recibieron” dones o presentes, derivados de los iniciales acuerdos ilícitos, traducidos en dinero en efectivo y por medio del denominado cruce de facturas, cuya génesis y finalidad ulterior era semejante a lo indicado en el párrafo anterior.

Cabe mencionar que en Ecuador, este es un caso referencial debido a la participación de sujetos conocidos en política y como parte integrante de gabinetes estatales precisamente encargados de sectores estratégicos y en virtud de la ocupación de cargos públicos solían estar en capacidad de ejecutar un ilícito, sin embargo, como se puede apreciar del análisis respecto al *iter criminis* la mera aceptación de retribuciones en este caso y el ofrecimiento de las mismas no se materializa en actos ilícitos. No obstante, la duda surge en realidad si la aceptación de estos indicios constituye un acto ilícito, en efecto es necesario probar la conexión existente entre el ofrecimiento, la aceptación y el cumplimiento de tratos o pactos realizados precisamente para este fin ilícito.[...]

Con la aceptación de ofertas o promesas, o el recibimiento de dones o presentes, ¿Qué delito o delitos cometieron los encausados? Bien, de la valoración del caudal probatorio, se desprende que los encartados recibieron dinero en efectivo o vía cruce de facturas, derivado de la expectativa positiva contractual con el Estado, que tenían los extraneos, con los servidores públicos, para que éstos últimos, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercían, o de la influencia e injerencia que tenían, por estar en las más altas esferas del poder político, les favorezcan o sigan favoreciendo, ya sea por medio de la adjudicación de contratos, concesión de favores en el ámbito de la contratación pública, pago de planillas, convenios de pagos y más, soslayando los principios de transparencia, eficiencia, universalidad, publicidad, así como normas que informan el sistema de contratación pública, lesionando por tanto el correcto funcionamiento de la administración pública conforme se desprende del *onus probandi* documental; ergo, se avizora que, las ofertas o promesa concretadas, los dones o presentes recibidos, traducidos todos en dinero en efectivo y vía cruce de facturas, tuvieron fuera de toda duda, la finalidad de cometer otras acciones típicas, antijurídica y culpables, tales como los delitos de tráfico de influencias, peculado, enriquecimiento ilícito y lavado de activos.

¿Pueden considerarse entonces como actos preparatorios los negociados y contactos que se dieron por parte de los funcionarios públicos para llegar a perpetrar un ilícito? En cuanto al aprovechamiento de recursos públicos y también el prestar beneficios especiales a contratistas e interesados en obras y contratos del Estado a través precisamente de estas dádivas que son el verbo que define la ilegalidad de toda esta operación que si se la aprecia desde el modo inicial no llega a cumplir con el acto reprimido por la ley penal, sin embargo a partir del análisis del *iter criminis*, como se hace, sí es posible demostrar el vínculo ilícito que consume esta actividad.

Así, de los fallos, es posible apreciar la consideración de la participación que han tenido los sujetos, y la evaluación de la punibilidad de su conducta, de tal manera que la sanción apunta a reprimir en efecto un delito tipificado en la norma, conforme al principio de legalidad, y así lo señala Bacigalupo (1999):

Se establece que los jueces no pueden decidir sin un fundamento legal sobre la punibilidad o no de una conducta (algo que ya surge del principio de legalidad); por otro, que deben aplicar la ley sin tomar en consideración el resultado (justo o injusto, útil o no) de esta aplicación. (p. 109)

De esta manera, el *iter criminis* se aplica como el análisis de la intervención de los sujetos, como impugnación a la sentencia recibida o alegato para la resolución en primera instancia, asegurando la exteriorización o no de la idea criminal constituyente de la infracción y lesión del bien jurídico, digna de ser sancionada, conforme al proceso judicial respectivo, y por ello Muñoz (2010), dice:

En el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida.

Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales. (p. 50)

Del mismo modo, la finalidad de la pena es reprimir y reflejar el propósito tanto de castigar las actividades ya cometidas y para evitar, en la medida de lo posible, la ocurrencia de estos actos. Esta finalidad de la pena está apegada al principio de intervención mínima y es imperativa la necesidad de evaluar la trayectoria del delito para concluir en un resultado efectivo que no contradiga la naturaleza del proceso penal y de la pena.

Como se aprecia del análisis, es imperante tener siempre en cuenta el principio de mínima intervención penal, ya que esta directriz no solo limita el hecho de castigar y de reprimir los derechos del sujeto activo en los ilícitos, sino también el de cierta forma considerar y conservar una cultura de paz de armonía, promoviendo la convivencia pacífica y el entendimiento más allá de solo buscar las penas más estrictas para conseguir el sufrimiento, la afectación, el perjuicio o la privación de los derechos del infractor, sino también llamar a la prevención, a la reflexión con medidas y sanciones adecuadas, al conocimiento precisamente de la norma y dejar con el carácter residual y de *ultima ratio* que debe caracterizar al derecho penal en su faceta de castigo aplicado al infractor.

El *iter criminis* se relaciona precisamente con esto como una evaluación del camino del delito para determinar si en realidad debe intervenir y operar el derecho penal o si, por el contrario, se pueden tomar otras medidas en cuanto a la idea, ya sea socializada o exteriorizada, o a la ejecución del ilícito mismo, de acuerdo con la naturaleza y el proceso que se haya dado para ello. Este ejercicio es importante en cuanto a la individualización y exclusividad de las causas, para no generalizar o formar una patente en torno a la resolución de causas por muy similares que parezcan o incluso cuando se refieran a hechos similares o delitos tipificados de la misma manera, sino tratar cada caso de manera individual y resolverlo de manera muy específica en cuanto a lo probado, comprobado y actual, sin generar casos análogos o aplicar a la ligera la medida y la sanción penal que se resuelva.

Reflexiones finales

En la práctica ya existen dificultades para establecer una diferenciación en cada fase del itinerario en el delito, de ahí el debate en las teorías y concepciones doctrinarias entre quienes afirman que los actos preparatorios deben ser castigados y deprimidos y otros que lo contradicen en la postura de los primeros, los actos preparatorios que se piensa que constituyen un indicio claro de una conducta ilícita y pueden representar un riesgo inminente para el bien protegido. Sin embargo, quienes critican esta postura consideran que se estaría extralimitando tanto la mínima intervención penal como la finalidad del derecho penal, que debe ser la identificación clara de los ilícitos y su sanción; por el contrario, si no existieran hechos efectivos para reprimir, se estaría ante la vulneración de los derechos que amparan al infractor como son las garantías y tutela. Por otro lado, también se considera el principio de legalidad para asumir que dichos actos no encajan dentro de los tipos penales o verbos rectores constituyentes expresamente establecidos en la normativa penal, que es el único instrumento al que se puede referir y con base en el cual se puede resolver la situación jurídica de los investigados.

Mayer y Pinto (2015), puntualizan:

La locución “*iter criminis*” significa el camino o curso del delito; con ella se alude al proceso de desarrollo de todo comportamiento delictivo, esto es, a aquel conjunto de conductas sucesivas que llevan a su consumación. La consumación de un delito se produce con la completa realización del tipo delictivo de que se trate, o sea, cuando su ejecución “satisface totalmente la descripción legal del hecho punible”. De allí que se aluda a una etapa de consumación o “*perfección*” del delito. (p. 102)

172

Ya en la práctica, los actos preparatorios pueden ser utilizados para fines maliciosos o para fines en efecto lícitos por lo cual representarían un riesgo de perjuicio y equivocadamente fundamentar un proceso y una sanción justamente por esta ambigüedad.

Se justifica la gran dificultad desde el punto de vista probatorio para llegar a sancionar estos actos, pues no se puede demostrar el fin que la gente o sujeto se proponía ejecutar y que, en efecto, iba a realizar una actividad ilícita y por tanto si no se logra probar que tenía una intención dañosa se sigue presumiendo la buena fe del sujeto. Por ello se justifica la no punibilidad de esos actos aun cuando se llegara a aprobar la intencionalidad o el fin ilícito que tenga la actuación del agente mediando el dolo. El autor de esos actos preparatorios podría y tendría la oportunidad de desistir de esa ejecución y así encajar en la simple tentativa a la falta y ausencia de los fundamentos necesarios para sancionarlo por un supuesto o la proyección dentro del imaginario de lo que hubiera podido ser.

Se puede concluir de esta manera con base en todo lo analizado, que el *iter criminis* se considera como parte del ejercicio lógico de interpretación de los hechos que se ponen en consideración para su resolución en cuanto a la infracción de la ley penal vigente necesarios para crear una correlación entre el resultado y los

actos previos uso la idealización ya que podría encontrarse de este ejercicio el dolo, la mala fe y la intención meramente criminal que vaya también a considerarse como un indicador, o a su vez como una circunstancia modificatoria que en realidad varíe la convicción del juzgador y, por ende, le atribuya la pena que se vea como más proporcional y justa.

Sin embargo, de lo cual la primera etapa que analiza el *iter criminis* no se exterioriza en un dictamen, resolución o sanción, mucho menos es necesario mencionarla como parte de la configuración del ilícito sancionar y de la identificación de responsabilidades, pues en su fase más prematura es solo una idea y la libertad de pensamiento la avala como correcta.

Sin duda, el debate sobre la punibilidad o no de la fase inicial del *iter criminis* genera cierta controversia, pero sin desviarse del camino del derecho penal en el que se pretende establecer una sanción siempre y cuando exista una figura expresamente tipificada como ilícita, para lo cual debe ser conforme al derecho de seguridad jurídica una norma clara previa pública y capaz de ser aplicada por una autoridad competente con claridad. Bajo estos preceptos no se buscaría encajar actos intrínsecos de la persona y ya en una fase posterior donde se exterioriza la intencionalidad, asimilarla con el éxito es que se puedan tipificar de esta manera pero no con el resultado que se proyecta o se proyectaba obtener, puesto que no se habla de sucesos fácticos, sino de un supuesto que al no poder ser probado y al no existir un daño o bien lesionado, representa una imposibilidad de sanción.

Sin duda, esto no quiere decir que el *iter criminis* como tal no deba tener las dos fases que se ha identificado a lo largo del texto, ya que su fase inicial justifica y entrelaza la intencionalidad que ha tenido el sujeto de cometer la infracción. Así mismo, la preparación y previsión que ha existido en tanto al cometimiento de la conducta ilegal, qué preparativos se han llevado a cabo, cuánta perfección existe en el plan a ejecutar, así como la mala fe y el dolo que median para poder cometer el ilícito. Todos los ejercicios que se hayan dado, así como las ideas que se hayan exteriorizado pueden ser consideradas como parte de la valoración a resolver en cuanto a la infracción que se juzga, pero siempre en apego a los hechos que puedan ser plenamente probados y motivados como un derecho y una obligación precisamente de la administración de justicia en atención a los derechos de protección establecidos en la Constitución de la República y la normativa vigente.

Conocer el camino del delito es imperante a la hora de deducir las circunstancias también modificatorias que van a variar, no solamente en la pena, sino en la consideración del sujeto para ser analizado de acuerdo con su peligrosidad y el impacto que ha tenido la conducta en el bien jurídico tutelado. Conociendo el *iter criminis* y valorando la fase externa se puede presentar un panorama completamente amplio de la cronología y ejecución del ilícito o, asimismo, en grado de tentativa sancionar la conducta que así pueda ser probada y que apunte a hechos ilícitos.

Con el análisis y estudio aquí referido, se presenta una idea clara sobre la naturaleza del *iter criminis*, sus etapas y su relevancia en cuanto a su aplicación en el análisis de resolución y de administración de una pena conforme a los derechos, garantías, principios y obligaciones que establece y permite el derecho penal en cuanto a sancionar y reprimir las conductas adecuadamente tipificadas. De tal manera que se proyecta una investigación consolidada entorno a la legalidad, análisis, consideración, evaluación y conclusión del ejercicio denominado *iter criminis*, constituyendo precisamente ese vínculo y esos eslabones que se unen en torno a descubrir y dilucidar una verdad, y por ende, definir no solo el cometimiento de un ilícito sino también vincular la responsabilidad de quien lo ha perpetrado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albán, E. (2015). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: EDLE S.A.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bustos, J. H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trota.
- Castro, J. (s.f.). Las etapas del iter criminis, y su aplicación práctica en los tipos de injusto de homicidio y asesinato. *Revista de Derecho*.
- Cuello, J. (2009). *El derecho penal español*. Madrid: Dykinson.
- García, J. (2015). *El nuevo Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Mayer, L., & Pinto, A. (2015). El “iter criminis” en la estafa a las compañías de seguros. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 101-130.
- Mejía, H. (1966). Iter Criminis. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 21-30.
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal*. Barcelona: Reppertor.
- Muñoz, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal*. Santiago: Tompon Reuters.
- Zaffaroni, E. (2014). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zavala, J. (2014). *Libro Homenaje al Doctor H.C.D.* Guayaquil: Murillo Editores.

CAPÍTULO 12:

LOS DELITOS CULPOSOS

Maritza Elizabeth Ochoa Ochoa
Universidad Técnica Particular de Loja
meochoa@utpl.edu.ec

Introducción

En este capítulo, se realiza un análisis sobre la definición de delito, considerando a toda aquella acción u omisión que está tipificada y es contraria a una norma, por ello, tiene una sanción, puesto que uno de los fines del derecho es guardar y mantener un orden social, igualmente se revisa sobre la clasificación de los delitos en doloso y culposo, siendo el primero, aquel que se ejecuta con voluntad deliberada, es decir, con el conocimiento de que dicha conducta está prohibida, y por ende se producirá un resultado lesivo sobre otra persona; mientras que, el segundo, el delito culposo, se genera por una acción u omisión pero no tiene la intención de dañar, aunque se logra un resultado que va en contra de la normativa, por ello, igualmente se prevé una sanción; asimismo, se hizo un análisis de los elementos del delito como conducta, revisando la acción y omisión, la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad, en la cual se distinguen: las clases, los elementos generadores, la estructura, para comprender a profundidad el tema de los delitos culposos, que se encuentran tipificados en el ordenamiento penal ecuatoriano en el Código Orgánico Integral Penal, finalmente se realiza el análisis de una sentencia de tránsito como delito culposo.

1. El delito

1.1. Definición

Debido a las diferentes corrientes doctrinarias, la conceptualización del delito ha ido transformándose a lo largo de la historia, por ello es importante conocer los cambios que según varios autores han aportado para definir lo que es el delito, es así que realizaremos un análisis profundo de varios autores que se han dedicado al estudio del ámbito penal, de tal forma que con una variedad de conceptos y contextualizaciones podremos comprender ampliamente el tema.

Según Frisch manifiesta que el concepto de delito se ha ido transformando, como base, toma de referencia a Hugo Grocio, quien analiza la esencia y fundamento de la pena y quien la define como un mal o sufrimiento que debe aplicarse al autor por haber cometido una mala acción (Frisch, 2014).

Para definir lo que se conoce como delito, es necesario: en primera instancia, conocer que la palabra delito proviene del verbo latino *delinquere*, el cual se entiende estrictamente como apartarse del camino, o alejarse de lo que señala la ley (Observatorio de Violencia Sexual y de Género, s.f.).

En los inicios, al definir el delito se tenía en consideración que su origen era basado en la ley natural, en el cual se ponía de manifiesto aspectos religiosos, señalando que el delito era un evento no deseado o no impedido por un sujeto, pero que ha variado por influencia de juristas y filósofos que se han dedicado al estudio de este tema; definiendo al delito como el acto que podía imputarse a un agente y que debía ser analizado jurídicamente (Frisch, 2014).

Así lo señala Frisch: “delito se entendía, pues, como aquella “mala acción” imputable tanto fáctica como jurídicamente, un suceso desvalorado por el que el autor era responsable tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica” (Frisch, 2014, p. 3).

Ahora bien, tomaremos como referencias a diferentes autores para comprender la definición actual del delito.

Para Jiménez de Asúa, al definir lo que es el delito, señala:

[E]s siempre o casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada nuevo descubre. Decir del delito que es un acto penado por la ley... y aun añadir que es la negación del Derecho, supone hacer un juicio a *posteriori*, que por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido. Es una tautología (decir dos veces). Aceptemos, sin embargo, que el delito, desde el plano jurídico, es un acto u omisión antijurídico y culpable. (Jiménez de Asúa, 1997, p. 197)

El autor pone de manifiesto en esta definición que el delito es un acto antijurídico culpable porque está contrariando la norma legal y se toma en cuenta ciertas condiciones objetivas como son la penalidad, además que debe ser cometido por alguien, es decir, imputable a una persona y, por ende, existe una sanción acorde a la norma penal.

Por otra parte, Beling señala que el delito “es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad” (citado en Jiménez de Asúa, 1997, pp. 205-206)

Es así, que para Beling, el delito en primer lugar debe estar tipificado en la ley penal, también tiene que ser un acto que esté contrario al derecho como se conoce regularmente un acto antijurídico; en cuanto a la culpabilidad puede ser dolosa o culposa y, finalmente, por todas estas características debe ser un acto sancionado con una pena.

Otra definición sobre el delito que merece la pena recordar es la de Mayer, quien señala que el delito es “un acontecimiento típico, antijurídico e imputable” (citado en Jiménez de Asúa, 1997, p. 206).

En esta definición, se reconoce el tema de la imputabilidad, entendido como un presupuesto de la culpabilidad tomando en cuenta que la persona que decide ejecutar un delito puede actuar con dolo o culpabilidad.

Una definición expuesta por Carrara sobre delito es “la infracción de la del Estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (citado en Etcheberry, 19998, p. 161).

En este caso se toma en cuenta la falta de existencia armoniosa entre la conducta humana y la ley, tomando en cuenta que la ley se promulga para proteger a la seguridad ciudadana y mantener un orden establecido dentro de la sociedad.

En este sentido, podemos decir que cometer un delito es un acto ya sea perpetrado con voluntad o no, tomado en cuenta que el cometimiento de un delito también puede darse por imprudencia, negligencia por error involuntario, sin embargo, el cometimiento de un delito es contrario a la norma legal y por ende está sancionado penalmente.

En el ámbito del derecho, las normas y “leyes penales se dictan para mantener una sociedad organizada” (Etcheberry, 1998, p. 29) se requiere tener en cuenta que los legisladores tipifican los delitos para proteger un bien jurídico que, según Márquez, manifiesta, “la primera valoración es siempre positiva. En este sentido una valoración negativa implica una valoración positiva que la precede, aunque ambas puedan coincidir en el tiempo. Dicha valoración positiva crea los llamados bienes jurídicos” (Márquez, 2003, pp. 52- 53). Es decir que la norma debe estar positivizada, para determinar un orden social, además tomando en cuenta el bien jurídico. Para Etcheberry:

[E]l fin de la norma y en último término del derecho todo, es entonces la protección de los intereses, el bien pasa a ser llamado bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador que le brinda su protección prohibiendo conductas que lo lesionan. (1998, p. 29)

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en Ecuador en 2014, se trata de tipificar las conductas acorde con las normativas internacionales y que no se consideraban en el derogado

Código Penal, y este cuerpo normativo, de forma muy puntual, para contextualizar el delito señala que es una infracción penal, en su art. 18, definiendo que es la conducta típica, antijurídica y culpable (COIP, 2014), como vemos hay gran concordancia con las definiciones que hemos analizado anteriormente.

Sin embargo, el código señala una clasificación de las infracciones y es precisamente en esta, en la cual se identifica al delito, en el art. 19. Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días, pero también se refiere a las contravenciones como la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad que no exceda de 30 días (COIP, 2014). En este sentido, esta clasificación la realiza tomando en cuenta la sanción o pena establecida para cada infracción penal.

A manera de conclusión, según lo señala Marcela Estrella, cuando nos vamos a referir al delito, hay que tener presente que estamos abordando sobre aquella conducta humana que se ejecuta de forma contraria a las normas penales, y cuya comisión presupone la imposición de una pena como consecuencia jurídica a la inobservancia de esa normativa (Estrella, 2015).

Es momento de referirnos a los elementos del delito, ya que en el análisis anterior solamente nos hemos enfocado en su definición, pero hay que tener en cuenta ciertos elementos que están presentes en el delito.

1.2. Tipos de delito

1.2.1. Delito doloso

Cuando nos referimos a los delitos dolosos, es importante analizar algunos aspectos, puesto que, en este tipo de delitos, como lo señala Zaffaroni, se “individualizan acciones por la incorporación del resultado al programa causal finalmente dominado por el agente” (2006, p. 349).

Para comprender este tipo de delitos debemos analizar lo que es el dolo, desde una perspectiva jurídica, como el “conocimiento de las circunstancias o elementos de hecho del tipo penal y voluntad de realizarlos... dolo es conocimiento y voluntad de realización del tipo penal” (Castillo, 1999, p. 17).

Como vemos en el dolo hay conocimiento y voluntad, lo cual implica querer lograr un resultado final, por ejemplo si quiero incendiar una casa de campo, preparo todas condiciones para ello, tengo la voluntad, el conocimiento, los materiales, gasolina, fósforos, planifico la hora en la ejecutaré el acto para cumplir con el objetivo, por ello es que se ha señalado que “dentro de la estructura del delito, el dolo se constituye en una subestructura compuesta de dos elementos: cognición y volición” (Dall’Anesse *et al.*, 2001, p.13).

En el COIP, se define al dolo en el art. 26:

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. (COIP, 2014)

El delito doloso para el jurista ecuatoriano Merino, supone “una rebelión consciente en contra del bien jurídico protegido [...] además, considera que el conocimiento es un requisito previo a la voluntad” (2015, párr. 24).

Luego de haber realizado un breve análisis de los delitos dolosos, se concluye que en el delito doloso, se busca obtener un resultado deseado para lo cual se actúa con conocimiento y voluntad, por ejemplo, quien comete un homicidio, sabe que va a quitarle la vida a otra persona y realiza toda la planificación para cumplir con el objetivo y lograr su resultado, quien realiza un robo igualmente planifica, investiga, ordena los recursos materiales para cumplir con el robo, sabiendo que está penado por la ley, hay conciencia y voluntad en sus actos.

Es momento de analizar sobre los delitos culposos que es lo que nos corresponde en este capítulo, sin embargo, ha sido indispensable transitar por este recorrido teórico para comprender y ampliar algunos elementos que caracterizan a los delitos culposos.

1.2.2. Delito culposo

Para referirnos al delito culposo también debemos tomar en cuenta ciertas condiciones, una definición común señala que este tipo de delitos se puede considerar un cuasidelito, es decir que el autor mantuvo una conducta por acción u omisión y generó un daño, pero no tuvo la intención de provocar ese daño o lesión, pero al final tomando en cuenta el resultado es no deseado, pero termina afectando o vulnerando un bien jurídico protegido y esto se debe porque posiblemente se actuó con imprudencia, impericia, negligencia, algo importante es que en este tipo de delitos no se tiene voluntad, ni conciencia respecto al resultado final del acto. “Los delitos culposos, donde el resultado es producido por la voluntad que no consideró la posibilidad de concreción del mismo, entran a la perfección en el concepto causal de acción” (Campoverde *et al.*, 2018, p. 320).

Según Zaffaroni:

[L]os tipos culposos no prohíben atendiendo a la finalidad misma, sino a que la programación de la causalidad es defectuosa, porque viola un deber de cuidado. Cualquier actividad requiere cierto cuidado y, al dotar de sentido a una acción, debe evitarse que esa exteriorización que cambia algo en el mundo, provoque un conflicto por lesionar a alguien. Sin embargo, la evitabilidad del conflicto no puede determinarse sin averiguar cuál era el sentido de la acción, porque no hay un deber de cuidado general válido para todas las personas y todas las actividades ... Y, justamente, no puede establecerse qué deber de cuidado tuvo a su cargo el agente sin saber qué estaba haciendo (o sea, conociendo la finalidad de su conducta). (2006, p. 316)

En este tipo de delitos se toma en cuenta el deber de cuidado objetivo:

[P]or una parte, la infracción del deber de cuidado requiere que la acción haya supuesto un peligro para el bien jurídico y, de otra parte, el resultado consiste precisamente en que un determinado objeto de la acción fue puesto en peligro por la inobservancia del cuidado. (Aguilar, 2015, pp. 19 - 20).

Como vemos, en este tipo de delitos se alude a la imprudencia, que se la entiende como la transgresión del deber objetivo de cuidado, y se distinguen según Jescheck:

- a. Deber de cuidado interno: el cual se establece al momento de considerar el mandato de advertir un peligro que pueda afectar un bien jurídico, tomando en cuenta el especial conocimiento causal del autor, es decir que el “deber de cuidado hace alusión a la previsibilidad individual del riesgo, se le reprocha al sujeto no haberse percatado del riesgo, pudiendo haberlo hecho, y no haber adecuado su conducta a dicho peligro para la evitación del resultado” (Citado en Aguilar, 2015, p.21)
- b. Deber de cuidado externo: en este caso se busca que la actuación sea acorde a la situación de peligro que se enfrenta, para evitar un resultado, es decir que la actuación se mantenga dentro de los alcances permitidos. (citado en Aguilar, 2015, p.21)

El COIP, en su art. 27 expone sobre la culpa, y guarda relación y concordancia con lo analizado anteriormente, pues señala: “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código” (COIP, 2014).

Como vemos hace alusión al deber objetivo de cuidado y que se produzca un resultado dañoso o lesivo, además señala que esa acción debe estar tipificada dentro del ordenamiento penal.

Asimismo, en este tipo de delitos, la antijuricidad se determinará considerando los siguientes elementos:

- 1) conocimiento o cognoscibilidad del -peligro de realización del resultado típico;
- 2) un obrar que cara a -este peligro implique la falta del cuidado objetivamente ordenado en el tráfico,
- 3) en relación a los delitos culposos de resultado material, para que se dé un injusto típico es preciso que el resultado se produzca, pues este no está situado fuera de la norma violada. (Núñez, 1974, p. 97)

En los delitos culposos, “en razón de que la programación de la causalidad, por violar un deber de cuidado, produce el resultado típico” (Zaffaroni, 2006, p. 427). En este sentido, la acción imprudente del autor se valora tomando en cuenta no la finalidad de la acción, pero sí toma en cuenta la falta de cuidado con que se logra ese resultado, por ejemplo, no se pena el accionar de un médico como profesional, pero sí la negligencia del mismo si en un determinado caso no aplica correctamente sus conocimientos y logra un fin que está tipificado penalmente (Zaffaroni, 2006).

A manera de conclusión, se debe tener en cuenta que, los tipos culposos son abiertos, requiriendo que exista una norma de cuidado que delimite sus alcances, sin embargo, para los legisladores en la praxis, no es posible prever las múltiples maneras en que la acción puede provocar un peligro y violar el deber de cuidado.

Según Zaffaroni, el tipo culposo para concretar el juicio de tipicidad, requiere de dos momentos: “primero, en el que se averigua, conforme a la acción realizada cuál es el deber de cuidado y, segundo, en el que se averigua si la acción lo viola” (2006, p. 429).

Por tanto, en este tipo de delitos culposos, el sujeto mantiene una conducta equivocada, debiendo haber actuado de forma diferente, puesto que como consecuencia de su accionar se produjo un resultado que vulneró un bien jurídico tutelado.

1.3. Elementos del delito

1.3.1 Acción u omisión

Debido a la evolución de los diferentes sistemas jurídicos, en el ámbito penal, es indiscutible la relación que existe entre la conducta¹ y el delito, y podemos comprender que “la conducta es el instrumento que permite al hombre manifestarse ya sea por acción u omisión” (García, 2015, p. 14).

En este mismo sentido, Zaffaroni expone dentro de la teoría del delito que la acción es el sustantivo del delito y que garantiza políticamente la vigencia del principio *nullum crimen sine conducta* (citado en Flores, 2014).

Según Kaufmann, con respecto a la conducta expone, “con la capacidad de acción como elemento común del comportamiento, cabe llegar al concepto genérico que abarca los dos modos en que la persona puede reaccionar ante su entorno: aprovechando su capacidad de acción (obrar) o no (omitir)” (Kaufmann, 2006, p. 318). En este sentido, se distingue en el ser humano la capacidad real que tiene por su propia voluntad de realizar un acto frente algún evento puntual, y al referirnos a la omisión como lo señala Kaufmann se puede definir como “poder fáctico final potencial” (Kaufmann, 2006, p. 317)

Entonces, frente a la acción se distingue al sujeto activo o el actor que ejecuta un acto de forma consciente aun sabiendo que existe la prohibición de realizarlo, según Welzel “la acción es ejercicio de actividad final, que comprende: la anticipación mental del fin perseguido; la selección de medios adecuados y la consideración de los efectos concomitantes a los medios elegidos” (citado en Parma,, 2016, p.17).

Teniendo en cuenta que Hans Welzel postula la concepción final del delito, determinando que la acción es el ejercicio final de la actividad humana, negando así que una acción pueda estar regida por motivos distintos a una finalidad determinada dentro de un actuar de forma consciente (citado en Estrella, 2015).

Bajo estos postulados de Welzel, se distinguen dos fases de la acción, una interna que se refiere al pensamiento de la persona en la cual se elabora un proceso mental y se considera el poder identificar el objetivo, la selección de medios para lograr su objetivo y también dentro de este proceso de planificación se analizan las diversas circunstancias que pueden ocurrir efectuando el acto de la manera planeada, y otra fase externa, cuando la persona ya ejecuta la acción utilizando los medios seleccionados para lograr el objetivo propuesto, es decir, en poner práctica lo planificado en la fase interna.

Ahora bien, bajo esta óptica se analiza la relación que existe entre acción y resultado, porque puede darse un desenlace diferente al planificado en la acción, en este caso si el resultado no es el esperado se identifica un resultado causal ciego y no final, por ejemplo, una persona conduciendo a su lugar de trabajo atropella a un

¹ Considerada por algunos juristas como la base del delito.

peatón, entonces en este caso debemos analizar y tomar en cuenta si el conductor tuvo el cuidado que debería tener al momento de conducir, entonces el resultado no tiene relación con el objetivo del conductor.

Algo que es característico y que se debe tener en cuenta al momento de analizar la acción está relacionada con la voluntad del actor, ya que se supone que ha planificado un acto por ello tiene la voluntad de ejecutarlo, sin embargo, si esta acción no es voluntaria como el caso de defensa propia, en la cual actúa por instinto no cabe la voluntad del actor.

Otro aspecto a considerar, y que es relevante, está relacionado con la salud mental del actor, puesto que será culpable tan solo si es consciente y tiene un propósito definido para delinquir, pero si se da el caso de que la persona está enajenada mentalmente ya sea por demencia, trastornos psiquiátricos y no es consciente en este caso no tendría culpabilidad.

En este sentido, como lo señala Jescheck, la acción es un comportamiento dependiente de la voluntad y produce una consecuencia en el mundo exterior (citado en Estrella, 2015, s/p).

Con respecto a la teoría del delito, menciona que la acción es un elemento básico y unitario, la cual está sometida a valoraciones y comprobaciones dentro de un proceso de enjuiciamiento jurídico penal (Cerezo Mir, 2004).

Es momento de analizar la *omisión*, cuyo vocablo proviene del latín *omissio* que significa abstenerse de hacer, obrar, dejar de hacer algo necesario, descuido (Definiciona, s.f.); como ya lo revisamos anteriormente es la capacidad del ser humano, como lo señala Márquez “entendida como un acto no realizado (no hacer) pero cuya concreción realizadora era esperada en el orden jurídico.

Lo característico de la omisión es que el sujeto no efectúa una acción que está dispuesta o mandada por la ley, en una forma de abstenerse de hacer algo que se debía hacer, en este caso, tomando en cuenta el resultado por una omisión, “se trata de delitos de comisión por omisión” (Etcheberry, 1998, p. 185). Ahora bien, para exponer un ejemplo si distinguir el tema de delitos por comisión (acción) el caso de un homicidio, un hombre mató a una persona dándole un golpe con una piedra en la cabeza, pero cuando hablamos de los delitos por comisión por acción, un ejemplo sería que una persona privada de libertad está enferma y los encargados de los centros de privación no hicieron nada para que reciba atención médica y debido a este no hacer el privado de libertad muere.

Se identifica una clasificación de la omisión que puede ser propia:

[C]uando es un delito omisivo en el que se tipifica exclusivamente el incumplimiento de un deber de realizar una determinada acción impuesto por una norma penal imperativa, incumplimiento que, sin tener que suponer lesión o peligro para un bien jurídico, no le presta el necesario apoyo o auxilio, y en el que es irrelevante si se produce o no un resultado. (Diccionario panhispánico del español jurídico, s.f.)

En este caso, estamos frente a una pura inactividad o mera desobediencia del mandato legal, como ejemplo sería si una persona está herida en la calle, y pasan otras personas y no le prestan auxilio o apoyo, producto de ello muere la persona herida.

Por otra parte, tenemos la omisión impropia:

Delito realmente comisivo que, mediante lo que en principio es omisión, o sea, incumplimiento de un deber normativo de actuación, infringe una norma prohibitiva de determinada conducta lesiva de un modo equivalente a su realización en comisión activa. (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, s.f.)

Podemos concluir que en este tipo de delitos la persona debía cuidar un bien jurídico y no lo hace, lo cual sería una acción dañina, como en el ejemplo anterior, si una persona atropella a un peatón, y se da a la fuga, en vez de brindarle auxilio porque debía proteger el bien jurídico determinado en este ejemplo podría ser la vida, entonces esa omisión es dañina de ese bien.

Ubicando lo analizado anteriormente sobre la acción y omisión en el contexto ecuatoriano, hay que tener en cuenta, el derecho penal mantiene un sistema finalista, y en el COIP, se presenta sobre las conductas

penalmente relevantes, en el art. 22, “son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales” (COIP, 2014).

Además, indica las dos conductas en su art. 23 como modalidades “la conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo” (COIP, 2014). Y, también frente a esto, el legislador determina en el art. 24 que hay causas de exclusión de la conducta, “no son penalmente relevantes los resultados sañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados” (COIP, 2014).

Es así que, como lo especificamos anteriormente, la conducta del ser humano considera la voluntad y señala Estrella, la acción u omisión “son la categoría dogmática más relevante dentro de la teoría del delito, ya que son el presupuesto de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad” (Estrella, 2015, s/p).

1.3.2. Tipicidad

Se entiende como tipicidad a la “exigencia que impone al ordenamiento jurídico identificar con claridad el comportamiento que constituye la infracción susceptible de ser sancionada e identificar con claridad la sanción aplicable a la acción u omisión objeto de reproche jurídico” (Diccionario panhispánico del español jurídico, s.f.).

La tipicidad es un concepto muy discutido en el Derecho Penal moderno, entre otras razones porque guarda relación con el Derecho Penal liberal, del cual es garantía que se vincula con el principio del *nullum crimen sine praevia lege*. Jiménez de Asúa, refiriéndose a Beling, creador de la teoría, dice que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sancionan con una pena, estando definido por el código o las leyes para castigarlos. Esa descripción legal desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por lo tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga como delito. Añade que en la tipicidad no hay tipos de hecho, sino solamente tipos legales, porque se trata de la conducta del hombre que se subsume en el tipo legal. (Osorio, s.f.)

Según Parma (2016), manifiesta que “la tipicidad, describe la acción penalmente relevante sobre aspectos objetivos[...] se descubren elementos normativos (juicios de valor) y se incluyen también elementos subjetivos del tipo” (p. 12-14).

Fernández tiene como referente la doctrina finalista, y señala que la tipicidad refiere las modalidades de conductas relevantes tomando en cuenta el principio de lesividad, en este sentido se supone la adecuación de un acto a un tipo penal, considerando que pone en peligro un bien jurídico que debe ser protegido (Fernández, 2017).

Para Albán, la tipicidad es considerada como “el segundo elemento esencial del delito es precisamente la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley. En ese caso estaremos frente a un acto típico” (Albán, 2009, p.174).

Como podemos analizar la tipicidad permite analizar si la conducta del que delinque está acorde a lo que señala la norma penal. En este sentido, Peña y Almanza manifiestan:

La tipicidad es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social. (2010, p.131)

La definición que se expone en el COIP guarda estrecha relación con lo que hemos analizado en párrafos anteriores, y en su art. 25 dice: “Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” (COIP, 2014).

1.3.3. Antijuricidad

La definición de antijuricidad guarda estrecha relación con la tipicidad, sin embargo, según Merino Sánchez, “la antijuricidad es el juicio que expresa la contradicción de una conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico” (Merino, 2015, párr. 1).

En este sentido, la antijuricidad permite verificar si dicho proceder penalmente trascendente se halla en contradicción formal y material con todo el ordenamiento jurídico (Campoverde *et al.*, 2018, p. 311).

Para Zaffaroni:

[L]a antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, injusto es la misma conducta humana desvalorada. Es algo similar a un caballo blanco: la blancura (antijuridicidad) es la característica, pero el caballo blanco (injusto) es el objeto que la presenta. El injusto penal es una acción prohibida por el derecho penal, pero respecto de la cual ninguna ley penal o no penal le reconoce el carácter de ejercicio de un derecho. (2006, p. 460)

El jurista Von Liszt:

[D]istingue entre una antijuricidad formal y una substancial o material. La primera sería una simple contradicción entre la conducta y el orden jurídico, que no significa todavía una valoración de la conducta, en tanto que la segunda significa un ataque a un bien jurídico de valor social. (citado en Etcheberry, 1998, pp. 203-31)

Según esta apreciación de Von Liszt, la antijuricidad formal se daría en el caso de la legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de la ley; por otra parte, la antijuricidad material se refiere a la actuar de manera que se ocasiona un daño o lesiona un bien jurídico protegido.

En la legislación ecuatoriana en el art. 29 del COIP, señala, “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código” (COIP, 204), es así que en este caso para que la conducta penal relevante antijurídica sería al amenazar o lesionar un bien jurídico tutelado sin que medie una causa justa.

El legislador también tiene en cuenta las causas de exclusión de la antijuricidad, en el art. 30:

No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal (COIP, 2014).

Definiendo el estado de necesidad tenemos que es;

Causa eximente de responsabilidad criminal por la que una persona para proteger un bien jurídico y evitar un mal propio o ajeno que suponga peligro actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, e inevitable de otra forma legítima, menoscaba otro bien jurídico cuyo daño no puede ser mayor al que intenta evitar, siempre y cuando el mal que intenta evitar no haya sido provocado intencionadamente por el propio sujeto y éste no tenga obligación de sacrificarse por razón de su oficio o cargo. (Enciclopedia Jurídica, s.f.)

En el ordenamiento penal ecuatoriano en el art. 32, define lo que es el estado de necesidad en el mismo sentido de protección de un derecho propio o ajeno, pero determina que para considerarlo como estado de necesidad debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho (COIP, 2014).

Por ejemplo, en caso de la desaparición forzosa de un menor de edad, la persona que se percató de este hecho y que el menor se encuentra encerrado en una casa abandonada, y forzó el ingreso a la casa para poder liberar al niño, aunque se invade propiedad ajena, se está precautelando la integridad del niño, su derecho a la vida y a la libertad, en este caso nos encontramos con un estado de necesidad.

Por otra parte, como causa de exclusión de la antijuricidad también tenemos la legítima defensa, según García Caveró, “justifica la realización de una conducta típica por parte de quien obra, de manera adecuada, en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros ante una agresión ilegítima” (citado en Hurtado y Zambrano, 2021, p. 45).

Igualmente, en la normativa penal ecuatoriana se consideran algunos requisitos sobre la legítima defensa en el art. 33:

1. Agresión actual e ilegítima.
2. Necesidad racional de la defensa.
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho (COIP, 2014).

En este caso podemos poner como ejemplo en un caso de que una persona agrede físicamente a otra, pero se defiende, considerando también que lo hace solamente para precautelar su integridad y esta defensa es en igualdad de condiciones que las manifestadas por el agresor.

1.3.4. Culpabilidad

Es momento de analizar la definición de culpabilidad, según Polaino Navarrete (2009), señala que es el juicio de reproche mediante el cual se analiza si el acusado ha cometido el acto con voluntad y de forma consciente.

Para Zambrano Pasquel, coincide con la definición anterior y señala:

Definimos a la culpabilidad como: el juicio de reproche personal que se le formula al sujeto por el delito, cuando teniendo la capacidad general de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse conforme a esa comprensión, en el caso concreto podía obrar de manera diferente cumpliendo con la conducta que le era exigible y que le impone el ordenamiento jurídico. (2006, p. 322)

Siguiendo a Wezel, manifiesta sobre la culpabilidad, mediante un juicio de valor, analiza la conducta del autor tomando en cuenta el reproche personal de no actuar acorde a la norma pudiendo hacerlo, en este sentido la voluntad del autor es el objeto primario de la reprochabilidad.

Según Roxin, en este sentido, enfoca que la culpabilidad es una responsabilidad social en la cual se castiga una conducta que lesiona bienes jurídicos (citado en Gutiérrez de Reyes *et al.*, 2010)

Por otra parte, al analizar lo que menciona Etcheberry, sobre la culpabilidad, considera que:

[E]l propio orden jurídico se encarga de determinar los criterios de acuerdo con los cuales debe efectuarse esta valoración, esa es la cualidad de la voluntad que la hace reprobable a los ojos del derecho y que es requisito de la responsabilidad penal, es lo que se llama culpabilidad. (1998, p. 270)

En la actualidad, el estudio del derecho se orienta a responder dos preguntas fundamentales según Etcheberry:

1. Hasta qué punto puede decirse que un hecho pertenece subjetivamente a una persona,
2. Hasta qué punto el derecho puede reprochar a esa persona la realización de ese hecho. (1998, pp. 270-271)

Con lo enteramente analizado veremos la concordancia que existe dentro de la normativa penal ecuatoriana, en el art. 34, señala: “para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” (COIP, 2014).

Según lo señala Welsen (2000), entre los presupuestos de la culpabilidad se considera: la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento del injusto y la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma; en este sentido, al referirse a la culpabilidad, se identifica la voluntad del autor (citado en Gutierrez de Reyes *et al.*, 2010, p. 16).

En el contexto ecuatoriano, el jurista Velepucha, señala que, el principio de culpabilidad abarca, por una parte, el libre albedrío, puesto que, considera el derecho de libertad de las personas, pero también la responsabilidad que tiene por sus acciones u omisiones, y la implicación que tiene en el ámbito penal, cuando dichas conductas están prohibidas por la ley. Por otra parte, se constituye como un elemento legitimador de la pena y limita el *ius puniendi*,² además, “la culpabilidad entendida como un elemento dogmático en el cual se identifica: la imputabilidad (*lege lata*, art. 36, COIP), la conciencia de la antijuridicidad (*lege lata*, art. 34, COIP) y la inexigibilidad de otra conducta apegada a derecho” (2018, párr. 1).

En este sentido, incluye el tema de la imputabilidad que según Hernández (2015, p. 2) es “aquella acción u omisión que se genera a libre elección atribuida a un sujeto, la cual produce consecuencias por las que se debe cumplir y afrontar una determinada sanción”. Es por ello que se relaciona el tema de culpabilidad con la pena impuesta, puesto que la conducta del autor se ejecuta con conocimiento de la antijuridicidad del acto y es reprochable socialmente.

1.4. Delitos culposos en la legislación ecuatoriana

En la normativa penal ecuatoriana, se identifican ciertos delitos como culposos, entre ellos tenemos:

En el art. 145 expone sobre el homicidio culposo, la persona que, por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Con la misma pena será sancionado el funcionario público que, inobservando el deber objetivo de cuidado, haya otorgado permisos, licencias o autorizaciones para la construcción de obras civiles que hubieren perecido, y que como consecuencia de ello se haya ocasionado la muerte de una o más personas. (COIP, 2014)

De la misma forma, en el art. 146 señala el homicidio culposo por mala práctica médica, como lo analizamos anteriormente en este tipo de delitos interviene la impericia, imprudencia y negligencia, la norma determina.

La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.

² Es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad y está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades (Medina, 2007, p. 87).

3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (COIP, 2014)

Adicionalmente, se distinguen a los delitos culposos de tránsito, y en el art. 376 se señala:

*Muerte causada por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan.*³ La persona que conduzca un vehículo a motor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan y ocasione un accidente de tránsito del que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a doce años, revocatoria definitiva de la licencia para conducir vehículos.

En el caso del transporte público, además de la sanción prevista en el inciso anterior, el propietario del vehículo y la operadora de transporte serán solidariamente responsables por los daños civiles, sin perjuicio de las acciones administrativas que sean ejecutadas por parte del organismo de transporte competente sobre la operadora (COIP, 2014).

También se determina en el art. 377 sobre la muerte culposa:

La persona que ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas por infringir un deber objetivo de cuidado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años, suspensión de la licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad.

Serán sancionados de tres a cinco años, cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, tales como:

1. Exceso de velocidad.
2. Conocimiento de las malas condiciones mecánicas del vehículo.
3. Llantas lisas y desgastadas.
4. Haber conducido el vehículo más allá de las horas permitidas por la ley o malas condiciones físicas de la o el conductor.
5. Inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito.

En caso de que el vehículo con el cual se ocasionó el accidente preste un servicio público de transporte será solidariamente responsable de los daños civiles la operadora de transporte y la o el propietario del vehículo, sin perjuicio de las acciones administrativas que sean ejecutadas por parte del organismo de transporte competente, respecto de la operadora.

La misma multa se impondrá a la o al empleador público o privado que haya exigido o permitido a la o al conductor trabajar en dichas condiciones. (COIP, 2014)

En el art. 378 se determina el delito culposo de tránsito, que produzca la muerte provocada por negligencia de contratista o ejecutor de obra:

La persona contratista o ejecutor de una obra que por infringir un deber objetivo de cuidado en la ejecución de obras en la vía pública o de construcción, ocasione un accidente de tránsito en el que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona contratista o ejecutora de la obra y la entidad que contrató la realización de la obra, será solidariamente responsable por los daños civiles ocasionados.

Si las obras son ejecutadas mediante administración directa por una institución del sector público, la sanción en materia civil se aplicará directamente a la institución y en cuanto a la responsabilidad penal se aplicarán las penas señaladas en el inciso anterior a la o al funcionario responsable directo de la obra.

De verificarse por parte de las autoridades de tránsito que existe falta de previsión del peligro o riesgo durante la ejecución de obras en la vía pública, dicha obra será suspendida hasta subsanar la falta de previsión mencionada, sancionándose a la persona natural o jurídica responsable con la multa aplicable para esta infracción. (COIP, 2014)

³ Énfasis añadido.

El legislador también ha tomado en cuenta las diferentes lesiones que se puedan ocasionar por accidentes de tránsito y lo tipifica en el art. 379:

En los delitos de tránsito que tengan como resultado lesiones a las personas, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 152 reducidas en un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.

Serán sancionadas además con reducción de diez puntos en su licencia.

En los delitos de tránsito que tengan como resultado lesiones, si la persona conduce el vehículo en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, se aplicarán las sanciones máximas previstas en el artículo 152, incrementadas en un tercio y la suspensión de la licencia de conducir por un tiempo igual a la mitad de la pena privativa de libertad prevista en cada caso.

La o el propietario del vehículo será responsable solidario por los daños civiles. (COIP, 2014)

Igualmente debido a los delitos de tránsito se pueden deducir diversos daños materiales, por ello en el art. 380 se señala:

La persona que como consecuencia de un accidente de tránsito cause daños materiales cuyo costo de reparación sea mayor a dos salarios y no exceda de seis salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con multa de dos salarios básicos unificados del trabajador en general y reducción de seis puntos en su licencia de conducir, sin perjuicio de la responsabilidad civil para con terceros a que queda sujeta por causa de la infracción.

En el caso del inciso anterior, la persona que conduzca un vehículo en el lapso en que la licencia de conducir se encuentre suspendida temporal o definitivamente, será sancionada con multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.

La persona que como consecuencia del accidente de tránsito cause solamente daños materiales cuyo costo de reparación exceda los seis salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general y reducción de nueve puntos en su licencia de conducir.

En el caso del inciso anterior, la persona que conduzca un vehículo en el lapso en que la licencia de conducir se encuentre suspendida temporal o definitivamente, será sancionada con multa de siete salarios básicos unificados del trabajador en general.

En cualquier caso, la o el propietario del vehículo será solidariamente responsable de los daños civiles. (COIP, 2014)

Una conducta previsible y que ha tenido que ser tipificada está relacionada con la cantidad de pasajeros que se deben transportar en el transporte público, puesto que por esta situación también se han vulnerado bienes jurídicos tutelados, y el art. 381 determina:

La persona que conduzca un vehículo de transporte público, internacional, intrarregional, interprovincial, intraprovincial con exceso de pasajeros, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año, suspensión de la licencia de conducir por el mismo plazo. (COIP, 2014)

Finalmente se hace alusión a los daños mecánicos previsible en el transporte público, y en el art. 382 manifiesta:

La persona que conduzca un vehículo de transporte público con daños mecánicos previsible, y como resultado de ello ponga en peligro la seguridad de los pasajeros, será sancionada con una pena privativa de libertad de treinta a ciento ochenta días, suspensión de la licencia de conducir por el mismo tiempo. Será responsable solidariamente la o el propietario del vehículo. (COIP, 2014)

1.5. Análisis de la sentencia de un delito de tránsito

Delito de tránsito, acorde con el art. 380 del Código Orgánico Integral Penal.

Antecedentes

- Choque entre dos vehículos en la ciudad de Loja el día 22 de julio de 2015 a las 22h45.
- Acusado circulaba en vía secundaria, impacta al vehículo del ofendido que transitaba en vía preferencial, producto del choque se generaron daños materiales.
- El ofendido presenta acusación particular.

Consideraciones

- En la sustanciación del presente proceso, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en su decisión, por lo que se declara su validez.
- El suscrito Juez, es el competente para conocer y resolver el presente proceso, de conformidad a lo preceptuado en el art. 147 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestres Tránsito y Seguridad Vial y conforme la disposición reformativa novena del Código Orgánico Integral Penal.
- Durante el desarrollo de la Audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento, la Fiscal de tránsito, sustenta su teoría del caso en el quebrantamiento de la norma estatuida en el artículo 380 del Código Orgánico Integral Penal, esto es haber causados daños materiales a un vehículo particular todo esto con relación a los artículos, 200 Y 208 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.
- La Fiscal señala como antecedentes que acude a la audiencia para resolver la situación jurídica de la persona acusada, por estar involucrado en un accidente de tránsito, suscitado en las calles Bolívar y Miguel Riofrío, el acusado circulaba por la calle Miguel Riofrío y al llegar a la Miguel Riofrío pretende atravesar la vía, y se encuentra con el vehículo que estaba conducido por el ofendido el cual venía por la calle Bolívar; el acusado venía por la Miguel Riofrío a esa hora a las 22:45, y de acuerdo con la certificación de la Unidad de Tránsito, no funcionan los semáforos porque estaban apagados, por tanto el derecho preferente era de la calle Bolívar, y la teoría del caso que va a probar es que el acusado no respeto el derecho de vía que circulaba por la Bolívar, irrespetando la leyes de tránsito que indica que debe parar, frenar para observar el paso de otro vehículo, esto es lo que insisto que fiscalía va a probar.

La acusación particular

El acusado impactó violentamente con el vehículo del ofendido, sin percatarse que venía en una calle secundaria, sin ceder el derecho de vía, al ofendido, quien tenía preferencia de vía, que es la Bolívar, la causa basal del accidente se produce por no ceder la preferencia de vía, producto de este accidente se produjeron cuantiosos daños, pues el ofendido se quedó sin movilización durante los seis meses que duró la reparación de su vehículo, estos hechos se subsumen a la conducta plenamente tipificada en el Art. 380 del inciso tercero del COIP, no es posible que este delito se quede en la impunidad, pido que se haga justicia y se le imponga la pena correspondiente, pido la reparación integral de los daños de acuerdo con el art. 78 del COIP. Dentro de la prueba está mi acusación particular, reconocimiento del lugar, el certificado de QBE seguros, la comparecencia del señor acusado y su esposa, la comparecencia del agente civil de tránsito, como testigo a C. S.

Defensa del procesado

La sentencia de este caso señala en este apartado:

Nuestra teoría del caso es la siguiente el acusado, no participó en el delito que acusa la fiscalía y la acusación particular, con la prueba anunciada, lograremos probar la teoría del caso, como prueba documental que se oficie a la aseguradora QBE, a que certifique del vehículo de placas LBB6170, estaba asegurado y si los gastos estaban cubiertos, de igual forma por medio de copias certificadas del parte policial, copias de la versión

rendida en Fiscalía por el señor ofendido, copias de la versión del agente civil de tránsito, utilizare copias certificada de un escrito presentado en fiscalía el día 19 de marzo de 2016, a las 08h20 que obra a fojas 66 del expediente de la fiscalía, utilizare como media de prueba el escrito del 28 de marzo de 2016, a las 10:58 el mismo que obra fojas 78 del expediente, los documentos públicos que obran a fojas 79 a 82, como prueba testimonial al señor ofendido, el señor agente José Ignacio Díaz Jumbo, y al perito Álvaro Matamoros, con base en el principio de la contradicción solicito se corra traslado a las partes.

Prueba

La prueba con la que se va a probar es la siguiente, el parte elaborado en la que indica los hechos, en la que se dieron las constancias, hay una denuncia presentada por el ofendido, las facturas que ha presentado que prueban que este vehículo tenía un seguro con QBE Seguros Colonial, con eso se prueba los gastos incurridos y el valor que pagó de deducible que es de 1872,69, los documentos que prueban la propiedad del vehículo que se encuentra a nombre del ofendido, igualmente los documentos que prueban la propiedad del vehículo de la esposa del acusado, también una certificación de la licencia de conducir del señor procesado con licencia tipo E, certificado biométrico de la persona procesada, y las pericias de los dos vehículos, practicadas por el Sargento Segundo Álvaro Matamoros, para principios de contradicción, en cuanto a la prueba testimonial que se digne recibir la versión del señor agente civil de tránsito José Ignacio Díaz Jumbo, al señor ofendido quien conducía el vehículo por la calle Bolívar, a la señora esposa del acusado, y al señor Sargento Álvaro Matamoros y que se me permita conainterrogar a los testigos presentados de descargo.

En la evacuación de la prueba, por parte del procesado pese manifestó en reiteradas ocasiones que era el conductor del vehículo intentó cambiar la versión señalando que prestó el carro a otra persona y que no puede dar sus nombres.

El Juez frente a esto solicita una aclaración: “Usted ha indicado que ha comparecido a la fiscalía indicando que usted comparece en calidad de propietaria y su esposo en calidad del conductor, es eso cierto, ¿le hago para que me aclare? Responde. – Sí es cierto.

Alegatos

- La fiscal durante todo el proceso ha demostrado la culpabilidad del procesado, sobre todo señalando que en el accidente, de acuerdo con el art. 208 del Reglamento a la Ley Orgánica de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial (LOTTTSV), que la preferencia de vía tiene, y está determinada, no solo por las calles de la dirección, sino por la amplitud de las calles, en este caso la calle Bolívar es más amplia que la calle Miguel Riofrío, y quien causo el accidente de tránsito, era el conductor del vehículo del acusado que circulaba por la Miguel Riofrío, puesto que tenía que detenerse para ceder el paso.
- El bien jurídico tutelado y que se ha lesionado, es el derecho a la propiedad, que ha tenido una afectación al patrimonio del ofendido desde julio de 2015, hasta este momento no ha sido resarcido, no habido una reparación integral, inmediata, eficaz, estamos conociendo que ha pasado por más de un año y medio hasta este momento, no se garantiza la reparación integral, a la víctima,
- El art. 27 cuando habla de la culpa dice que actúa con culpa la persona que sin falta de cuidado que le corresponde, produciendo un daño, efectivamente es un delito de tránsito culposo, es decir existe la culpabilidad, por haber faltado al deber objetivo del cuidado, cuál era el deber que tenía que tener el acusado cuando circulaba por la calle Miguel Riofrío tenía que detenerse por la preferencia de vía, lo cual no lo hizo, por cuanto el fallo a este deber objetivo de cuidado,
- No se ha reparado a la víctima, la Constitución de la República, en su Art. 78 nos habla que las víctimas gozan de protección especial, dice que se procura la restitución, la indemnización, y la reparación de la garantía que fue el Derecho lesionado, en este caso el Derecho a la propiedad, igualmente en cuanto a los derechos de la víctima, en el art. 11 del COIP, dice que la víctima de infracciones gozara de los siguientes de derechos, entre ellos la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos, esto es lo que la víctima a hasta este momento no los ha recibido,

- La fiscalía ha demostrado que el conductor del vehículo era el acusado que ha pretendido el mismo lo ha dicho yo me hice responsable, pero que no puede dar el nombre del que conducía tratando de crear la duda a su autoridad,
- La fiscalía acusa al señor XXX, de autor del Delito de Tránsito, que es sancionado por el art. 380 del COIP, en relación con el Art. 200 y 208 del Reglamento a la LOTTTSV, solicitando se digne dictar sentencia condenatoria en su contra, imponiéndole la pena correspondiente, y su autoridad se disponga la reparación integral a la víctima, con el pago de 1.872,69 dólares que es el valor que se ha demostrado que pago la víctima a la compañía de seguros QBE, pro el deducible.

Sentencia

Se declara autor y responsable del delito previsto y sancionado por el art. 380, tercer inciso del Código Orgánico Integral Penal, y por tanto se dicta sentencia *condenatoria* en contra del señor acusado a quien se le impone una multa *equivalente a cuatro remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general*, a la fecha de cometimiento del delito, año 2015, esto es la cantidad de *mil cuatrocientos dieciséis dólares de los estados unidos de norte américa*) y reducción de *nueve puntos*, en su licencia de conducir. Se ordena el pago de la indemnización por daños y perjuicios causados a la víctima, fijando su monto en *mil ochocientos setenta y dos dólares con 69 centavos* US \$ 1872,69, por cuanto en la Audiencia Oral y Pública de Prueba y Juzgamiento, se han presentado los justificativos tendientes a demostrar los valores que han sido erogados por la reparación del vehículo de su propiedad, conforme lo determina el artículo 78 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, como el artículo 432 *ibidem*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, D. (2015), Problemática en la configuración del tipo penal culposo. *Derecho y cambio social*, 12(42). <http://bit.ly/3YUF6E7>
- Albán Gómez, E. (2009). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano, parte general*. Tercera edición. Editorial Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero 2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. <https://bit.ly/41UdWzH>
- Campoverde, J, Orellana, W, y Sánchez, M. (2018), El concepto y las funciones de la acción como elemento de la teoría del delito, *Universidad y Sociedad*, 10(2), 318-322. <https://bit.ly/3Fuh4Zo>
- Castillo, F. (1999). *El Dolo, su estructura y sus manifestaciones*. Editorial Juritexto S.A.
- Cerezo Mir, J. (2004) *Curso de Derecho Penal español II. Parte general. Tomo II: Teoría jurídica del delito*. Tecnos.
- Dall'Anese Ruiz, F., Fernández, R. y Gatgens, E. (2001). *Omisión Impropia*. Editorial Jurídica Continental.
- Definiciona Definición y etimología (s.f.). <http://bit.ly/3yLsLqW>
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (s.f.). <https://bit.ly/42j2sG3>
- Enciclopedia Jurídica. (s.f.). *Estado de necesidad*. <http://bit.ly/3FtBpOA>
- Estrella, M. (2015), Estructura del tipo penal. Una reseña de los elementos que componen el delito. *Derecho Ecuador*. <http://bit.ly/3LCCnw1>
- Etcheberry, A. (1998), *Derecho Penal Parte General. Tomo 1*. Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández, C. (2017). *La Teoría jurídica del delito. Apuntes de Teoría jurídica del delito*. Universidad Austral de Chile.
- Flores, E. (2014). La acción el comportamiento humano. *Derecho Ecuador*. <http://bit.ly/404hGNs>
- Frisch, W. (2014). Pena, delito y sistema del delito en transformación. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 3. <http://bit.ly/405oXg8>
- García, N. (2015), Reflexiones sobre las distintas categorías de delitos de omisión y su presencia en el Código Penal Español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(14), 13-52. <http://bit.ly/3lhj0hf>
- Gutiérrez de Reyes, M., Reyes, M. A. y Pimentel, H. (2010), La culpabilidad y responsabilidad como categorías de interpretación en la obra de Claus Roxin. *Relación Criminológica*, 2(23), 28-45. <https://bit.ly/42gqYrv>
- Hurtado J. y Zambrano H. (2021). La legítima defensa en el Ecuador: un estudio actualizado. *Axioma*, 1(24), 44-49. <https://doi.org/10.26621/ra.v1i24.684>
- Jescheck, H.- H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares.
- Jiménez de Asúa, L. (1997), *La Ley y el Delito*, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Descarga-en-PDF-%C2%ABLa-ley-y-el-delito%C2%BB-del-gran-Luis-Jim%C3%A9nez-de-As%C3%BAa.pdf>
- Kaufmann, A. (2006) *Dogmática de los delitos de omisión*. Marcial Pons.
- Márquez, R. (2003), *Teoría de la Antijuricidad*. <https://bit.ly/42fEL1w>
- Merino, W. (2015), Relación de tipicidad y antijuricidad en el COIP, *Derecho Ecuador*. <http://bit.ly/40hMJFL>
- Núñez, R. (1974). La estructuración jurídica del delito culposo. Problema actual de la dogmática. *Anuario de*

Derecho Penal, Tomo 27, Fasc/Mes 1, 61-120 <http://bit.ly/42kHcQg>

Observatorio de Violencia Sexual y de Género. (s/f). *El delito*. <https://bit.ly/3yGILL1>

Ossorio, M. (s/f), *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. <https://bit.ly/3lkd5rH>

Parma, C. (2016). La Teoría del Delito. Recuperado de: <https://dif.slp.gob.mx/wp-content/uploads/2022/07/TEORIA-DEL-DELITO-CARLOS-PARMA.pdf>

Peña, G. y Almanza, F. (2010). *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. APECC, <http://bit.ly/3n0o4qx>

Polaino, M. (2019). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Tecnos.

Velepucha, M. (2018), Culpabilidad en el Derecho Penal. *Derecho Ecuador*. <http://bit.ly/3TpNxpQ>

Welzel, H. (2004), *El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Editorial B de f.

Zaffaroni, E, (2006), *Manual de Derecho Penal. Parte General*. <https://bit.ly/3Jqmshq>

Zambrano Pasquel, A. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. ARA Editores E.I.R.L

CAPÍTULO 13:

CONCURSO DE LEYES Y DELITOS

Vicente Vásconez Merelo
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
vvasconez@hotmail.es

Introducción

Una verdad de Perogrullo es que, vivir en una República no es sencillo, pues existen precondiciones esenciales para obtener una convivencia medianamente pacífica que asegure a los ciudadanos un grado importante de respeto a sus derechos. Quizás, la piedra angular en una República Democrática sea, entre otras cosas, la seguridad jurídica, es decir, aquel principio que garantiza que las decisiones del poder público serán previsibles, razonadas y claras, pues resulta inimaginable vivir en un espacio geográfico en el cual se tomen decisiones a discreción y sin el menor ejercicio hermenéutico.

De esta manera, resulta preponderante que las normas, reglas y demás instituciones jurídicas sean lo suficientemente claras para que su aplicación sea uniforme y apegada a un estándar adecuado de razonabilidad. No obstante, una mirada a la realidad demuestra que generalmente el legislador no suele ser minucioso, detallado o suficientemente riguroso en sus tareas legislativas; por ello, es imperativo que la doctrina y jurisprudencia se encarguen de suplir cualquier déficit político y no por una cuestión de solidaridad con el legislador, sino por una cuestión de estricta necesidad para la consecución del desiderátum de seguridad jurídica.

La necesidad aludida atraviesa transversalmente a todas las ramas del Derecho, pero es en el derecho penal donde se denota una especial preocupación por tener normas claras y precisas, pues es la herramienta coercitiva del Estado que más derechos coarta y trazar límites claros y oportunos es una preocupación plausible en cualquier Estado. Dicho esto, de entre todos los temas esenciales de la parte general del derecho penal, no hay duda que la teoría del concurso es un tema en demasía importante y, sobre todo, frecuentemente problemático, pues la disonancia de criterios en juzgados y obras académicas es más que recurrente.

Ahora bien, es loable coincidir con el argumento de Rusconi (2016) cuando sostiene que “en el caso de la teoría del concurso, pocos temas de la dogmática jurídico-penal han mantenido al día de hoy tantos índices de confusión ya en las primeras reflexiones y manifestaciones prácticas de la teoría” (p. 777); es evidente que, la institución jurídica del concurso ha traído un sinnúmero de controversias que si no son aclaradas oportunamente seguro traerán consigo una errónea interpretación y aplicación de las normas referidas a este tópico. Esencialmente, las confusiones radican en la unidad o pluralidad de acciones y en la multiplicidad de normas jurídicas que pueden ser aplicadas al caso en concreto.

192

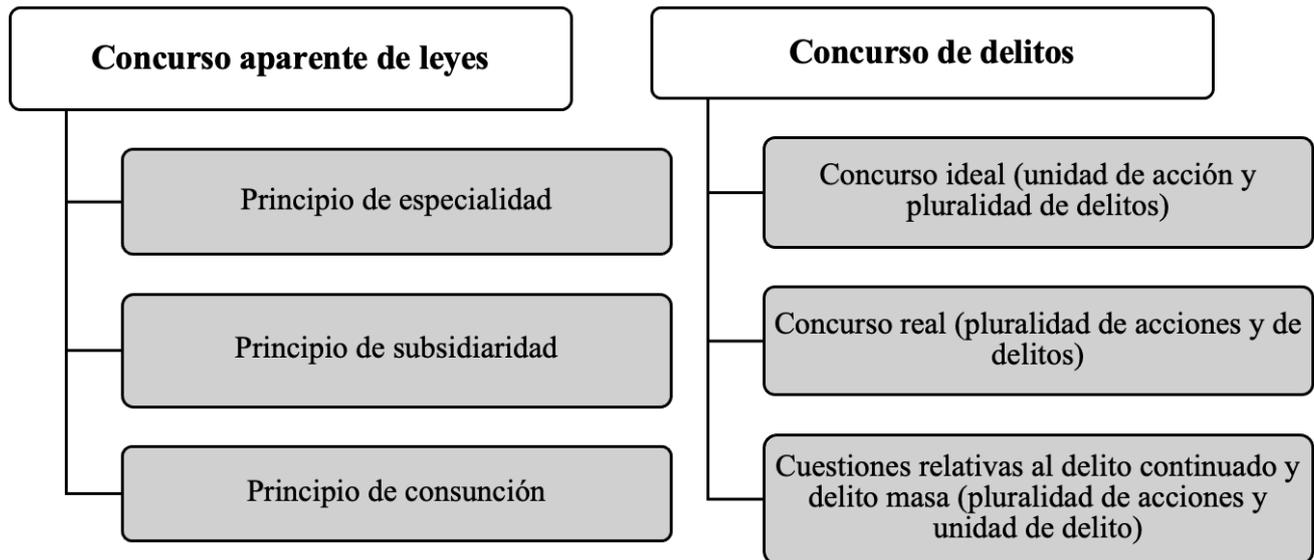
En términos metodológicos, un correcto punto de partida para introducir el tema de análisis es partir por las prescripciones del legislador, por lo que, corresponde echar un vistazo a los artículos 20 y 21 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), siendo que son los únicos artículos de nuestro ordenamiento jurídico que versan sobre el concurso. veamos:

Art. 20.- Concurso real de infracciones. - Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.

Art. 21.- Concurso ideal de infracciones. - Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave.

Como puede verse, el legislador ha establecido diferencias entre un concurso real y uno ideal de infracciones y les ha dotado incluso de consecuencias dispares, por lo que, el reto de aquí a las páginas venideras consiste en detallar con arduo rigor científico las características de estas formas de concurso y, asimismo, hacer alusión a otra forma de concurso que ha sido desarrollada por la doctrina, como lo es el concurso aparente de leyes que generalmente se resuelve con criterios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

La siguiente figura sirve como herramienta para esclarecer la clasificación entre los tipos de concurso de leyes y delitos:



En este punto, solamente a modo de abrebocas indicar que, es ostensible que la conducta del ser humano *lato sensu* es en demasía compleja y los casos con relevancia jurídico-penal requieren de un correcto tratamiento que, muchas veces, la teoría del concurso tiende a dar solución. Normalmente, los casos que deben resolverse sean en el aula de clases o en los juzgados contienen más de una conducta realizada por el mismo sujeto y que, a su vez, ha generado varios resultados; en este contexto, a *prima facie* se advierten complicaciones para decantarse por la imputación de un solo delito o de varios de ellos, pues la existencia de pluralidad de acciones, resultados y bienes jurídicos lesionados seguro tan pie a confusiones al momento de resolver la situación jurídica de un ciudadano.

Por otro lado, puede suceder que no exista una pluralidad de conductas, pero que, una misma conducta se subsuma en varios tipos penales y que aquello, de pie para que el intérprete se desconcierte sobre qué norma aplicar al caso en concreto. Tampoco hay que perder de vista que la unidad o pluralidad de acciones no se deberán analizar desde un sentido meramente naturalístico, sino que, su análisis deberá darse en términos estrictamente jurídicos; esto último es relevante, pues una misma conducta puede ser apreciada de forma unitaria o plural según la herramienta que se utilice para interpretar lo acaecido en el mundo. En fin, todo esto será analizado, criticado y ejemplificado en lo subsiguiente, pues de momento solamente se ha dado un preámbulo del contenido de este apartado de la obra.

1. Concurso aparente de leyes

El título de este apartado es muy ilustrativo, pues existen situaciones en las cuales a *prima facie* parecería existir varias normas que podrían darle tratamiento a la conducta examinada; sin embargo, solo una de las varias normas que podrían utilizarse para resolver el caso goza de legitimidad dogmática para ser aplicada y, por ello, estos son casos de concurso aparente, pues en realidad, una ley desplaza a las otras en su aplicación de acuerdo con ciertos principios que serán analizados en líneas venideras. Además, es loable destacar que aquí no se discute sobre la unidad o pluralidad de acciones, sino que, la discusión versa sobre una cuestión de interpretación de normas y determinación de la misma con su correspondiente consecuencia jurídica; a fin de cuentas, "... el problema del concurso se resuelve, en definitiva, por la determinación de la pena aplicable..." (Fontán Balestra, 1998, p. 440)

Entonces, para esclarecer el punto de partida sobre el concurso aparente de leyes, aquí únicamente se analiza y se discute sobre cuál norma jurídica debe ser aplicada al caso *sub examine*. Bacigalupo (1996) con miras al derecho español ejemplifica muy bien la situación e indica lo siguiente:

La cuestión de la concurrencia aparente de leyes (es decir de tipos penales aplicables) se desenvuelve en un plano en el que sólo entra en consideración una relación de tipos penales entre sí (por ejemplo: se trata de saber si el uso de documento falsificado (Código Penal español, art. 304), en una estafa (Código Penal español, art. 528; Código Penal argentino, art. 172) debe juzgarse sólo como estafa porque esta excluye al otro o si, por el

contrario, es posible aplicar ambos tipos penales al mismo hecho; si el robo excluye la aplicación del hurto o si pueden aplicarse al mismo hecho, en razón de que la acción de robo realiza también todos los elementos del hurto. (p. 238)

Bacigalupo enseña que decantarse por la aplicación de una sola norma, puede darse debido a cuestiones de exclusión de un tipo penal respecto de otro, o también en los casos en que un tipo penal abarca los elementos objetivos de otro tipo. Ahora bien, esta situación se solucionaría aplicando principios como el de especialidad, subsidiaridad o consunción, que serían las herramientas llamadas a permitir decantarse por una de las varias normas que aparentemente pueden ser aplicadas.

Dadas las posibles semejanzas que podría advertirse entre un concurso aparente y uno ideal, podría pensarse que, en términos prácticos, no existe una diferencia sustancial entre aquellas formas de concurso, pero hace bien en resaltar Bacigalupo (1996) que, “la consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que solo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena no debe computarse otras violaciones de la ley” (p. 240). Todo lo contrario sucede en los casos de concurso ideal, pues allí sí se toma en consideración todos los delitos que el autor ha cometido y la consecuencia jurídica es la interposición de la pena más grave. Coincide con el criterio expuesto por Muñoz Conde y García Arán (2010), quienes señalan:

A diferencia de lo que sucede en el concurso ideal de delitos, en el que para valorar plenamente la gravedad de un hecho hay que aplicar varias disposiciones legales, en el llamado concurso de leyes, de las diversas leyes aparentemente aplicables a un mismo hecho solo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos ya elaborados hace tiempo por la doctrina y jurisprudencia [...]. (p. 471)

Esclarecida la naturaleza del concurso aparente de leyes, en este punto el lector podría criticar que, el concurso aparente no está expresamente previsto en el COIP, pues el legislador solamente hizo alusión al concurso ideal y real; no obstante, lo cierto es que, el llamado “concurso aparente” surge como una consecuencia lógica de la interpretación del caso en ciernes con miras a la norma que deberá aplicarse, pues el concurso aparente y los principios rectores que lo rigen son de utilidad al intérprete para el momento de elegir acertadamente el tipo penal que deberá imputarse; así que, no os rasguéis las vestiduras si no encontráis las palabras “concurso aparente” en ninguna parte del COIP. Por otro lado, en el derecho comparado el legislador sí ha sido lo suficientemente minucioso como para prescribir las directrices del concurso aparente, pues se advierte que en el Código Penal español se ha prescrito en el artículo ocho lo que continúa:

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- 1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
- 2ª. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiaridad, ya sea ésta tácitamente deducible.
- 3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
- 4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

Para redondear el tema de la falta de regulación expresa del concurso aparente y darle mayor tranquilidad a cualquier aficionado acérrimo del principio de legalidad, no se debe dejar de tener en mente que, en el derecho rigen ciertas máximas que no necesariamente están prescritas en la ley, pues la filosofía del derecho se ha encargado de desarrollarlas e imponerlas en el medio. Por ejemplo, piénsese que el legislador solamente le ha dado primacía a la interpretación literal de las normas (COIP, art. 13, n. 2), pero en realidad, la filosofía

del derecho advirtió que una interpretación de esta naturaleza era insuficiente para la aplicación de las normas y propusieron herramientas como la interpretación histórica, sistemática y teleológica de la norma, lo cual no está prescrito en ninguna parte de la ley, pero son herramientas que la comunidad jurídica las ha adoptado y se han venido aplicado en el plano jurisdiccional de forma recurrente. Dicho esto, en adelante se analizará los principios rectores que resuelven el problema del concurso aparente de leyes.

1.1. Especialidad

El principio de especialidad quizás sea el más evidente y menos problemático sobre este tópico, pues una máxima aceptada en el derecho es que el precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general (*lex specialis derogat lex generalis*). En palabras sencillas de entender, existen normas jurídicas que comparten los mismos elementos que otras, pero que, además tienen otras características específicas que hacen que desplacen a la norma genérica. Un ejemplo claro puede hallarse en los tipos penales de homicidio y asesinato, pues ambos comparten en lo sustancial la misma estructura, pero pueden suscitarse hechos que se adecúen a una de las circunstancias establecidas en el tipo de asesinato y, consecuentemente, esta norma mucho más específica deberá ser la que se aplique.

Con fines ilustrativos, considere el siguiente ejemplo: el señor Patricio, quien padece serios problemas de personalidad, decide matar al señor Felipe aprovechando que este transita en la noche y en un lugar despoblado y efectivamente así lo hace. El lector debe observar que el verbo rector es matar, es decir que, bien puede subsumirse la conducta de Patricio en el delito de homicidio, pero dado que ejecuta la conducta aprovechando la noche y el despoblado que es un requisito específico para la configuración del delito de asesinato, será esta norma la que deberá imputarse.

Además, en la misma línea argumental, Rusconi (2016) advierte que, “[...] cada vez que se realiza la conducta del tipo penal que aparece a la vista del intérprete como especial, se realiza –desde un punto de vista lógico–, también el comportamiento definido por el tipo penal base” (p. 781). Evidentemente, en el cometimiento del delito de robo, también la conducta se ha adecuado en lo sustancial a los elementos objetivos y subjetivos del delito de hurto, solo que, se imputa el robo debido a que es la norma específica que regula y sanciona la conducta. Por todo esto, es acertado decir que, la norma específica aparece como privilegiada en su aplicación.

También coinciden con los argumentos Zaffaroni *et al.* (2002) quienes sostienen que la cuestión característica en torno al principio de especialidad se da en los siguientes casos:

[...] se relacionan dos o más tipos, uno de ellos excluye al otro en función del *principio de especialidad* si abarca las mismas características que el otro, agregando, además, alguna nota complementaria que toma en cuenta otro punto de vista en cuanto a lesividad. En este caso, el tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general. (p. 868)

1.2. Subsidiaridad

Al igual que en el principio de especialidad, el de subsidiaridad está pensado para proveer herramientas tendientes a aplicar la norma correcta para un determinado caso, así pues, Rusconi (2016) ha escrito que:

Los casos de subsidiaridad significan supuestos en los cuales solo es razonable aplicar uno de los tipos penales en juego, desplazando al tipo auxiliar que solo reclama aplicación en caso de que fracase la intervención del tipo penal de subsunción primaria –*lex primaria derogat legi subsidiariae*–. (p. 702)

Son claras las situaciones que se resuelven con el principio de subsidiaridad, como cuando una norma pretende tener vigencia y ser aplicada solamente cuando no exista en el mundo la realización de un tipo penal más grave. Un ejemplo de este caso se da cuando el legislador ha utilizado la siguiente terminología: “siempre que ello no constituya infracción más grave” (art. 213 referido al tipo penal de tráfico ilícito de migrantes); “siempre que no se configure otra infracción de mayor gravedad (art. 233 referido a los delitos contra la información pública reservada legalmente)”; “siempre que al hecho no le corresponda una pena

privativa de libertad superior con arreglo a las disposiciones de este código” (art. 282 en ocasión del delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente).

También denota importancia este principio para los casos en los cuales ha existido desistimiento o arrepentimiento en la comisión de un delito, pero se deja a salvo la posibilidad de sancionar por los actos que sí fueron ejecutados y que son constitutivos de delitos. A saber, en el artículo 40 del COIP, el legislador expresamente indica que: “quedará exenta de responsabilidad penal por la infracción tentada, la persona que voluntariamente evita su consumación, al desistir de la ejecución ya iniciada o al impedir la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad por los actos ejecutados”.

Otro de los casos que son resueltos haciendo uso de este principio son los supuestos que requieren ciertas condiciones de punibilidad y que, si no se cumplen, se deja a salvo la posibilidad de una imputación por un delito menor. Muñoz Conde y García Arán (2010) ilustran este punto y sostienen que un ejemplo claro es cuando una infracción patrimonial no supera determinado umbral económico y, todavía, subsidiariamente se puede perseguir como falta (p. 473). En nuestro caso, la terminología correcta sería contravención y el caso se evidencia en la tipificación de contravenciones contra la propiedad cuando el apoderamiento, en el caso del tipo de hurto, no supera el umbral de medio salario básico unificado como se advierte en el artículo 209 del COIP.

Finalmente, el concepto que debe llevarse el lector respecto de la aplicación del principio de subsidiaridad es que, la aplicación de la norma de menor intensidad punitiva está sujeta a que en el caso concreto no se haya cometido la conducta que sería más severamente sancionada por la norma primaria.

1.3. Consunción

Zaffaroni *et al.* (2002) enseñan que “la relación de consunción (*lex consumes derogat legi consuetae*) es la que se establece entre los tipos cuando uno encierra al otro, pero no porque lo abarque conceptualmente, sino porque consume el contenido material de su prohibición” (p. 869). Lo cual, expresado en buen romance significa que, el legislador ha tomado la decisión de abarcar en un mismo ilícito, otras acciones ilícitas que, también generan resultados disvaliosos, pero que, por principio de insignificancia no tienen una punibilidad individual, sino que, solamente se persigue el ilícito que abarca el desvalor de todo el suceso.

Para esclarecer, por ejemplo, en el tipo penal de homicidio en el cual una persona dispara a otra, evidentemente también lesiona su integridad física, pero en este caso no se persigue en concurso ideal el delito de homicidio y el de lesiones, sino que, el delito de lesiones es consumido, abarcado por el tipo de homicidio por razones lógicas y dejado de perseguir en términos políticos criminales por principio de insignificancia. En la misma línea argumental, García (2014) sostiene lo siguiente:

El criterio de consunción aplica cuando la realización de un supuesto de hecho más grave incluye la de otro menos lesivo, aplicándose por tanto el primero y no el segundo, por partirse del supuesto que el legislador ya ha considerado esos eventos al redactar la descripción típica más severa. (p. 215)

196

Por su parte, Muñoz Conde y García Arán (2010) proponen otro ejemplo de consunción, pero con la variante que se da cuando el legislador tipifica delitos complejos que abarcan una serie de delitos autónomos, por ejemplo, “en el atentado terrorista que causare la muerte (art. 572,2,1°), desde el momento en que se aprecie esta figura compleja dejan de tener autonomía la pertenencia a organización terrorista y el homicidio, separadamente” (p. 473). Asimismo, otro ejemplo claro partiendo desde la legislación ecuatoriana puede ser el tipo complejo de tráfico ilícito de migrantes, en el cual, sin lugar a duda, concurre como mínimo otra infracción de secuestro o intimidación; sin embargo, el legislador, por principio de consunción ha decidido que se persiga solamente el delito complejo.

2. Concurso de delitos stricto sensu

Se había hecho alusión en el preludio de este apartado que, el legislador solamente había prescrito de forma expresa al concurso ideal y real de delitos, mismos que, según la doctrina son los casos de verdaderos concursos, pues aquí el agente realmente ha cometido una o varias acciones típicas que se adecúan a una serie de tipos penales y cada uno de estos reclaman protagonismo en el análisis dogmático del caso.

El lector notará que la característica diferenciadora de estas clases de concurso radica en la cuestión de unidad o pluralidad de acciones, pues aquello da pie para que se analice y criminalice la conducta como una de concurso ideal o real. Entonces, uno de los retos de esta sección consiste en sentar un criterio claro para diferenciar los casos de unidad y pluralidad de acciones, pues en tanto que las consecuencias de un concurso ideal y uno real son en demasía disímiles, será una cuestión a tomar con pinzas por el intérprete debido a la gravedad de las consecuencias en uno y otro caso.

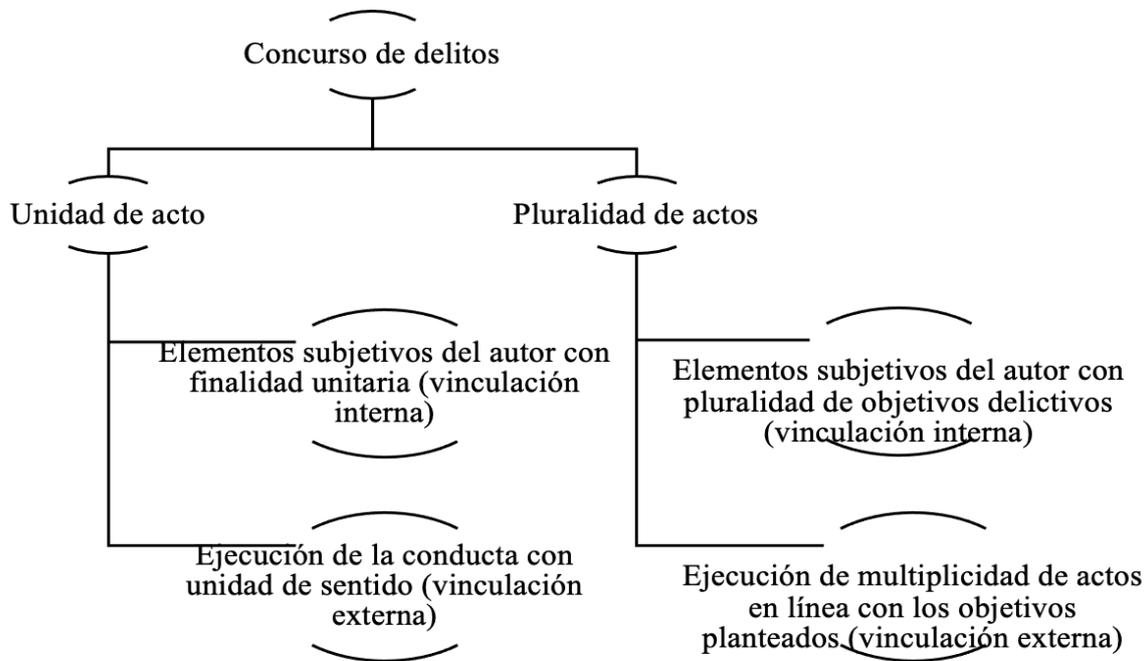
Dicho esto, se había advertido en líneas previas que, los criterios para identificar cuando estamos frente a un acto o frente a dos o más actos con relevancia jurídico-penal, podría hallarse en fundamentos naturalistas o criterios eminentemente normativos. No obstante, el lector también tiene que saber que, existen casos que no revisten mayor dificultad en la identificación de la unidad o pluralidad de acciones y sea que se interprete con métodos naturalistas o en términos jurídicos, la solución va seguir siendo la misma. Piénsese en el supuesto de la persona que conscientemente agarra un celular ajeno de una mesa y se lo lleva; evidentemente, cualquier intérprete coincidiría que habría solamente una acción.

Ahora bien, es claro que existen casos donde se identifica con mucha facilidad si existe unidad o pluralidad de acciones penalmente relevantes, pero también existen casos complejos de resolver y, a continuación, se proponen varios ejemplos: en el artículo 161 del COIP el legislador prescribió el delito de secuestro, mismo que, a *prima facie* parece estar conformado de una serie de actos y que se cometen en distinto tiempo; asimismo, en el artículo 171 del COIP se prescribió el delito de violación, en el cual seguramente se podrá advertir la concurrencia de una serie de actos antes y durante la comisión de esta infracción.

Los supuestos aludidos son complicados de resolver debido a que, una interpretación meramente natural nos haría pensar que efectivamente estamos frente a una situación en la cual el autor ha cometido varias conductas penalmente relevantes, a saber: en el caso del delito de secuestro, cualquier ciudadano diría que, en el momento de retener a la persona se realiza un acto, otro acto sería trasladarlo hacia un lugar clandestino y de ahí en adelante se ejecutaría una infinita cantidad de actos tendientes a mantener secuestrada a la persona. Por otro lado, si es que el intérprete utiliza herramientas estrictamente jurídicas en la interpretación de dicha conducta, seguramente se concluirá que solamente se ha cometido una conducta penalmente relevante y las razones de ello las expone Rusconi (2016) al indicar que: “este tratamiento de varios actos como si fuera uno solo se funda en una determinada vinculación interna y unidad de sentido” (p. 785).

Para el caso del delito contra la integridad sexual, tipo de violación, la interpretación que se haga sobre la conducta deberá regirse bajo los parámetros de la vinculación interna del autor y de la unidad de sentido del acto ejecutado. Dicho en términos sencillos, para identificar si se ejecutó una o varios actos, en primer lugar, deberá tomarse en consideración el elemento subjetivo del autor y, a la vez, si el ánimo del autor se traduce en la ejecución de una conducta con unidad de sentido, es decir, deberá corroborarse que el sujeto se trazó un objetivo delictual único y que la ejecución de ese plan delictual está direccionado conforme al plan trazado, pese a que la ejecución se divida en algunos actos. Entonces, si un individuo se traza el plan de acceder carnalmente a otra y, para el efecto, la retiene contra su voluntad, le toca su cuerpo a la fuerza y después de neutralizarla la accede carnalmente, con los criterios expuestos, habrá unidad de acción para efectos de un posible concurso.

Con el fin de sintetizar los argumentos esgrimidos, tómese en cuenta la siguiente figura y los criterios de diferenciación de la unidad y pluralidad de acciones:



Por su parte, Muñoz Conde y García Arán (2010) proponen otros dos criterios para distinguir los casos de unidad y pluralidad de acciones que, sin alejarse demasiado de los criterios que ya fueron expuestos, tienen ciertas particularidades que hacen necesario su análisis. En primer lugar, los autores españoles siguen sosteniendo que el caso deberá resolverse con dos presupuestos concurrentes, el primero de ellos denominado factor final, consistente en:

[...] la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar una pistola, acechar a la víctima, apuntar y disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo). (p. 465)

Y, en segundo lugar, los autores aludidos proponen como criterio un factor normativo, consistente en analizar la estructura del tipo delictivo, pues aunque pareciera que la ejecución de algunos actos tiene independencia y pueden ser subsumibles por sí solos en otro tipo penal (por un lado porte de armas y, por otro, asesinato), el análisis de la estructura del tipo penal hace que sea considerada la conducta como una sola acción, pues la naturaleza del tipo penal de asesinato en consuno con el criterio del “factor final” permite entender que la acción delictiva es solamente una, matar.

198

Con los argumentos que han sido expuestos, principalmente sobre los criterios a tomar en cuenta para distinguir los casos de unidad o pluralidad de acción, en lo que sigue se analizará minuciosamente las características y particularidades del concurso ideal y real delitos y los casos de delito continuado y en masa. El lector notará que, los casos en los cuales existe unidad de acción y, a la vez, se comete solamente un delito no reviste dificultad y, en consecuencia, no será necesario aplicar las normas y criterios referidos al concurso.

2.1. Concurso ideal de delitos

Sobre el concurso ideal o formal como también se lo conoce, la doctrina mantiene criterios uniformes y prácticamente no existe discusión en torno a sus nociones fundamentales. Por ejemplo, Cid Moliné (1991) lo caracteriza de la siguiente forma: “un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel” (p. 34). Asimismo, Hernández Sánchez (2015) define al concurso ideal bajo el siguiente argumento: “Este se presenta cuando con un mismo hecho, se realizan varias infracciones penales, es decir existe unidad de hechos punibles y pluralidad de delitos” (p. 54). Y, también Muñoz Horment (1986) ha coincidido con los criterios antes expuestos y ha sostenido lo siguiente: “[...] habrá concurso ideal cuando este hecho único de origen a dos o más delitos, o, lo que es lo mismo, a dos o más acciones típicas, antijurídicas y culpables” (p. 362).

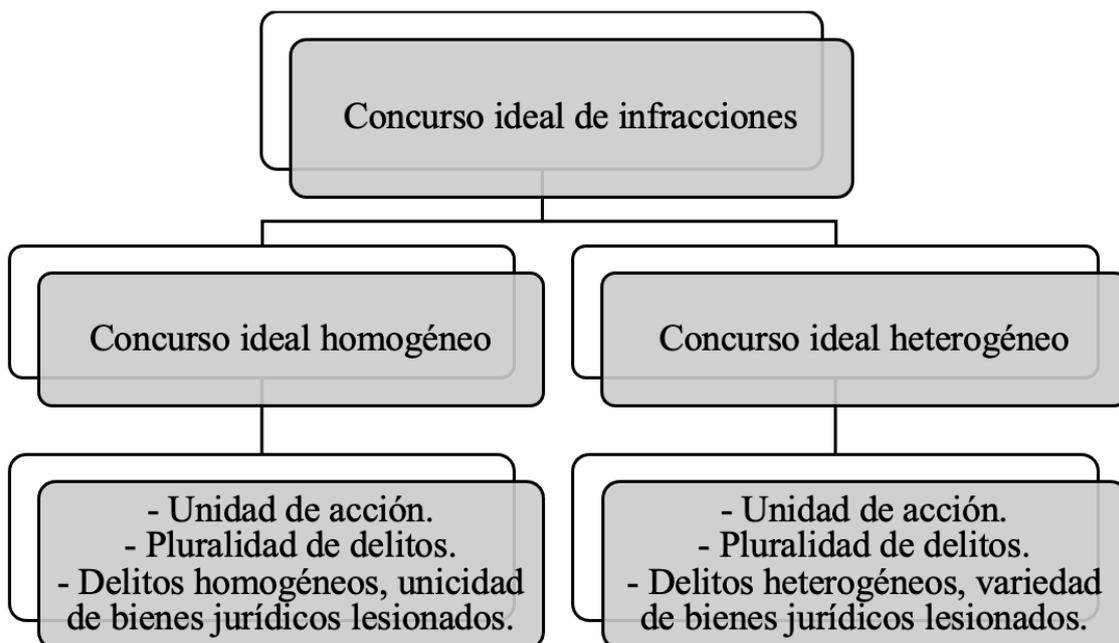
De esta manera, queda claro que existe un saludable consenso respecto del concepto de concurso ideal y, aquello se reafirma con la prescripción normativa del legislador ecuatoriano en el artículo 21 del COIP, quien, acertadamente ha afirmado que el concurso ideal se produce cuando varios tipos penales son subsumibles en la misma conducta. Sobre este punto, es importante reafirmar la diferencia con el concurso aparente de leyes, pues en el concurso ideal la conducta lesiona varios bienes jurídicos, se subsume en varios tipos penales y todos ellos son analizados para efectos de la imposición de una pena, lo cual no sucede en el caso de concurso aparente, puesto que, en esos casos un tipo penal excluye o desplaza a los demás en su análisis y posible punición.

Ahora bien, la doctrina se ha encargado de identificar y solucionar ciertos casos problemáticos que pueden suscitarse en la casuística y, por ejemplo, se ha logrado advertir que pueden existir concursos ideales homogéneos y heterogéneos que se producen cuando los tipos penales realizados son idénticos o disímiles respectivamente, lo cual va a depender en gran medida del bien jurídico que se lesione. Rusconi (2016) describe esta problemática de forma solvente, a saber:

El concurso ideal puede ser homogéneo o heterogéneo. En el primer caso se lesionan, con una misma acción, varios tipos penales de la misma naturaleza normativa (concurso ideal de homicidios, p. ej.). En el segundo caso, se trata de que una misma acción produce dos resultados tipificados de modo autónomo (daño y lesión). (p. 786)

Entonces, para el caso del concurso ideal homogéneo, un buen ejemplo sería el supuesto en que un individuo, con el afán de matar a sus compañeros de escalada, decide subir primero y ya en la cima de la montaña corta las cuerdas y ocasiona la muerte de 5 personas; se notará que en este supuesto existe un concurso ideal de asesinatos y no existen lesiones a bienes jurídicos distintos a la vida que ocasionen la subsunción de la conducta en otros tipos penales. García (2014) sostiene que otra variante de concurso ideal homogéneo viene dada "... por la adecuación de una acción a un mismo tipo penal en forma reiterada, como por ejemplo cuando una persona ebria atropella a varias personas en un solo acto" (p. 211).

Por otro lado, un ejemplo de concurso ideal heterogéneo sería el caso en que un individuo haga explotar una bomba en un centro comercial y aquello arroje como resultado varios muertos, daños a la propiedad y lesiones. Para fines didácticos, el siguiente organizador gráfico sintetiza la explicación y permite un mejor entendimiento:



Otro tipo de situaciones conflictivas en torno al concurso ideal de infracciones se suscita cuando se ejecutan dos acciones constitutivas de delitos, pero que, ambas se encuentran en una situación de interdependencia para lograr el objetivo delictual. En Ecuador, el legislador no se ha encargado de prescribir expresamente esta forma de concurso ideal, pero en España, por ejemplo, el legislador ha prescrito en el

artículo 77, numeral 1 del Código Penal una especie de concurso ideal impropio en el que se deja abierta la puerta para que se impute en concurso ideal dos actos cuando uno de ellos haya sido medio necesario para el cometimiento del otro. Muñoz Conde y García Arán (2010) explican esta situación de la siguiente forma:

Realmente en este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados; pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare al concurso ideal propiamente dicho. (p. 467)

El ejemplo que la doctrina utiliza con mayor frecuencia para ilustrar el concurso ideal impropio es el supuesto en que un individuo falsifica documentos con la intención de cometer acto seguido un delito de estafa, pues aquí se cumpliría con el requisito establecido en la propia ley —legislaciones que sí está prescrito—, consistente en la necesidad de un acto ilícito para que el otro ilícito pueda ejecutarse, por supuesto que, aquella relación de necesidad deberá interpretarse en términos concretos y muy restrictivos, pues se aleja de la lógica que se impute por concurso ideal a quien en 2018 falsificó un contrato para quedarse con un vehículo y en el 2021 decide estafar a un comprador y vender dicho vehículo como si fuese de su propiedad.

Un criterio rector que puede utilizarse para entender de mejor forma al concurso ideal impropio es que, en el caso concreto, el delito posterior no pueda ser realizado por el autor sin que previa o paralelamente se haya cometido otro acto penalmente relevante. Por ejemplo, en el delito de robo, previo al desapoderamiento necesariamente tiene que existir un acto de *vis absoluta* o *vis compulsiva* que configura por sí mismo otro delito, sea este contra la integridad personal (lesiones) o incluso en contra de la integridad psíquica (intimidación); entonces, en este caso, se tiene una conducta de violencia y otra conducta posterior de desapoderamiento y, pese a la existencia de 2 conductas que bien pueden subsumirse en dos tipos penales, la imputación deberá hacerse como un concurso ideal, es decir, solamente podrá imponerse la pena del delito más grave.

Para ser honestos, una mirada estrictamente dogmática sobre el concurso ideal impropio podría dejar serias dudas de que se esté aplicando el derecho de forma correcta, puesto que, el criterio rector para diferenciar un concurso real de uno ideal era precisamente la unidad y pluralidad de acciones y, parece raro que, en estos casos, pese a la existencia de dos actos, se dé el tratamiento de un concurso ideal. Por todo esto, Roxin (2014) advierte serios inconvenientes sobre aplicar el concurso ideal impropio sin un criterio acertado y explica su postura de la siguiente forma: “la jurisprudencia y la doctrina. En este caso aceptan también un concurso ideal solo si se da una identidad parcial de las acciones ejecutivas y no admiten que resulte suficiente con la mera simultaneidad” (p. 971). Así, en opinión de Roxin, por ejemplo, si una violación se lleva a cabo durante un allanamiento de morada, se estarían configurando una pluralidad de hechos y, como tal, se descartaría la posibilidad de aplicar un concurso ideal (p. 971). De esta manera, en ocasión de la sentencia RGSt 32, 137, 140 del Tribunal Supremo alemán, Roxin ha optado por el siguiente criterio:

[...] la unidad de hecho no existe ya en cuanto un comportamiento infringe al mismo tiempo varias leyes penales, sino que más bien es necesario que aquella acción que realice un tipo delictivo (total o parcialmente), satisfaga a la vez, es decir, al menos en manifestaciones de voluntad [...] individuales, otro tipo delictivo total o parcialmente [...]. (p. 971)

La postura por la cual se ha decantado Roxin trae como consecuencia que, por ejemplo, no se contemple un concurso ideal impropio cuando se han realizado dos conductas mediante una relación medio-fin, que sería un caso de allanamiento de morada con la finalidad de cometer un robo, pues en estos casos, Roxin los vería como un concurso real de infracciones, pues de lo contrario existirían consecuencias insoportables en términos pragmáticos. Para resumir la posición de Roxin (2014), los casos en los cuales un delito permanente crea los requisitos o condiciones para la comisión de un delito de estado no pueden considerarse suficiente para darle el tratamiento del concurso ideal (p. 972). Por otro lado, para el mismo autor, “existe concurso ideal cuando un delito de estado ayuda a la conservación del estado antijurídico alcanzado a través del delito permanente [...]” (p. 972).

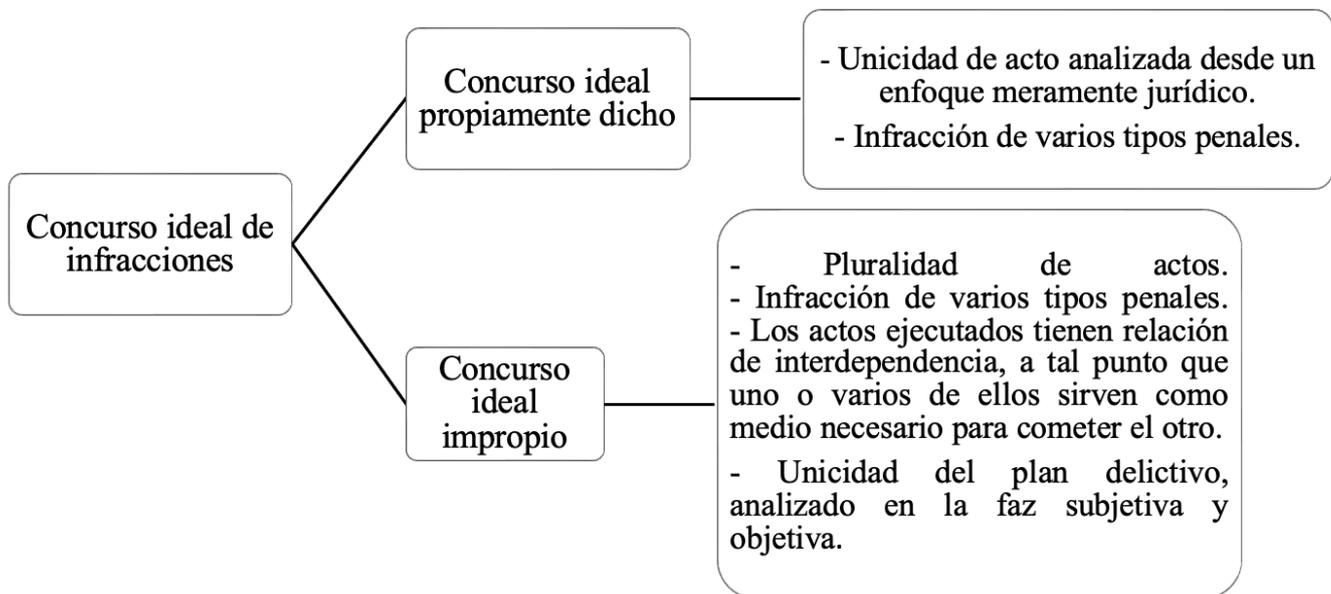
Entonces, si es que un delito de estado ayuda a preservar el estado antijurídico logrado a raíz de un delito permanente, como cuando “...un allanador de morada derriba a golpes al dueño de la casa cuando lo quiere echar fuera” (Roxin, p. 972), podría darse el tratamiento de un concurso ideal, puesto que, las lesiones

del propietario tienen unidad de sentido con el hecho de allanar la morada.

Dicho esto, podrá notarse que, la utilización de un criterio correcto de interpretación hace que la aplicación del Derecho sea uniforme y racional, pues en este caso del concurso ideal impropio, la adopción de un criterio en demasía laxo tendría como consecuencia directa que se privilegie injustificadamente la conducta de ciertos individuos al imputarles erróneamente las consecuencias de un concurso ideal. De todas formas, para los casos confusos en los cuales sea difícil hallar una explicación dogmática para diferenciar un concurso ideal impropio y un concurso real, será importante echarles un vistazo a los criterios de política criminal, pues parecería ser que el legislador acertadamente tiende a acotar el poder punitivo del Estado e impedir que exista una sobrecriminalización en plena armonía con los imperativos constitucionales que rigen en Ecuador.

A todo esto, si el lector se pregunta si en el derecho ecuatoriano es factible efectuar una imputación con base en un concurso ideal impropio, la respuesta a todas luces será positiva, pues evidentemente sería una forma de interpretar restrictivamente los artículos 20 y 21 del COIP y aquello no está proscrito por la ley (artículo 13, 3°, COIP), sino que, de hecho, es bien visto interpretar las normas en el sentido que más favorezca a las personas en conflicto con la ley penal o lo que es igual, en el sentido que más se ajuste a la Constitución e instrumentos internacionales de Derechos Humanos (art. 11, 5° y 76, 5° Constitución de Ecuador) (art. 13, 1°, COIP,) y, efectivamente, como se verá más adelante, aplicar las consecuencias de un concurso ideal resulta más favorable que las de un concurso real.

En la doctrina ecuatoriana, Zavala Egas (2014) concuerda con este último argumento esgrimido, es decir, concuerda con la doctrina dominante en el sentido de que existe un concurso ideal propio y uno impropio, y que estos se encuentran perfectamente recogidos por el COIP describiéndolos de la siguiente manera: “a) Cuando un solo hecho constituye dos o más resultados (casos de delito compuesto); y, b) Cuando un solo acto sea medio necesario para cometer otro (delito complejo)” (p. 304). Entonces, con el propósito de ilustrar mejor este tópico, a continuación, se propone un diagrama que tiende a esclarecer los argumentos expuestos:



Casi para terminar, podría originarse dudas en torno a si es factible un concurso ideal impropio entre tipos penales dolosos y culposos, pero, en realidad, la respuesta estaría dada por la propia redacción de la norma, pues a través de una interpretación meramente literal o exegética del artículo 21 del COIP se advierte que el legislador ha utilizado la palabra conducta y dado que la conducta en términos jurídico-penales puede ser dolosa o culposa, no habría ningún impedimento para imputar en concurso ideal impropio dos actos de esa naturaleza. En el mismo sentido, sobre la posibilidad de imputar en concurso ideal impropio una acción y una omisión, dado que el artículo 23 del COIP prescribe que las modalidades de la conducta pueden ser de actividad u omisivas, no habría inconvenientes para una imputación en este sentido.

Como colofón a la sección del concurso ideal, es en demasía importante analizar las consecuencias de este tipo de concurso, pues en tanto que en materia penal las consecuencias jurídicas generalmente son penas privativas de libertad, es vital que se adopte una posición clara en miras al principio de seguridad jurídica. Zavala Egas (2014), por ejemplo, en relación con las diferentes soluciones que pueden adoptarse en torno a

los concursos *lato sensu*, ha propuesto las siguientes posibilidades:

- a) Acumulación material que es la mera suma aritmética [...].
- b) Absorción para el caso de concurso ideal en que se aplica la pena más grave.
- c) Exasperación o asperación en que se sanciona con la pena que corresponde al delito más grave, sometiéndola a un incremento que supera el límite máximo previsto para dicho delito. No se aplica en el Ecuador. (p. 304)

Evidentemente, y como se desprende de la cita de la obra de Zavala Egas, en el Ecuador, según la misma norma del artículo 21 del COIP, en los casos de concurso ideal de infracciones el legislador ha ordenado que se aplique la pena de la infracción más grave, lo cual significa que el juzgador deberá tomar en consideración el *quantum* de la pena (máximo y mínimo), la multa y posibles restricciones procesales que impidan acceder a beneficios penitenciarios en el momento de la ejecución de la condena y todo esto no lo puede aplicar el juez en abstracto, sino que, deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, como pueden ser agravantes y atenuantes que concurren. Así lo propone también Roxin (2014), quien argumenta lo siguiente:

Para la determinación de las conminaciones penales máxima y mínima no rige el punto de vista abstracto que decide en la diferenciación entre el delito grave y el delito menor o menos grave, sino el marco penal aplicado en cada caso concreto para supuestos especialmente graves, menos graves u otros de distinta clase, y que dado el caso puede ser diferente del marco penal normal. (p. 980)

Asimismo, en tanto que en el concurso ideal de infracciones es imperativo que se analicen todas las normas infringidas por el acto (concurso ideal propio) o los actos (concurso ideal impropio), cuando se pronuncie un juzgador sobre la culpabilidad del ciudadano, deberá hacerlo no solamente respecto del delito más grave, sino que, deberá hacer alusión a todas las infracciones ejecutadas. Así, por ejemplo, si es un supuesto de concurso ideal homogéneo, el juez deberá motivar su sentencia de la siguiente manera: se condena a Juan por la muerte de Mario, Gabriel e Isaac, debido a que su acto de conducción imprudente ocasionó el atropellamiento y deceso de todas estas personas; en cuanto a los casos de concurso ideal heterogéneo, se deberá motivar de la siguiente manera: se declara la culpabilidad de Juan por estafa en unidad de hecho con falsificación documental. Obviamente, se deberá explicar los elementos que fundan también la atribución de responsabilidad por cada uno de los delitos.

2.2. Concurso real de delitos

Enseña Jiménez de Asúa (1958) que, “la pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos constituye lo que se denomina concurso real, que puede ser simultáneo o sucesivo...” (p. 534). El lector podrá notar que, en lo sustancial, las prescripciones del legislador ecuatoriano van en armonía con una doctrina que ha venido siendo uniforme desde hace más de 70 años, pues la regulación ecuatoriana del concurso real se basa en la ejecución y consecuente atribución a un sujeto de varios delitos autónomos e independientes.

En la misma línea argumental, Rusconi (2016) ha sostenido que, en el concurso real todas las acciones constitutivas de infracciones son autónomas y solamente están unidas en cuanto a su consideración e investigación en el marco de un mismo proceso penal (p. 878). En la doctrina ecuatoriana, sobre el concurso real, también Ernesto Albán (2015) ha argumentado que, “esta situación se produce cuando el sujeto activo, dentro de un mismo proceso delictivo, ejecuta una pluralidad de hechos punibles: dos asesinatos; robo; violación y homicidio; asociación ilícita, etc.” (p. 269).

Ahora bien, al igual que en el análisis del concurso ideal de infracciones, el factor detonante para decantarse por una imputación en concurso real radica en la cuestión de la unidad o pluralidad de infracciones y, dado que en la sección referida al concurso ideal ya se dejó establecido los criterios dominantes que ayudan a identificar cuándo se está frente a una o varias acciones independientes, el concepto de pluralidad de actos se explica por sí solo.

Dicho esto, se advierte que, como sucedía en torno al concurso ideal de infracciones, también en el concurso real existen algunos concursos catalogados como homogéneos y otros heterogéneos que, básicamente se rigen bajo las mismas reglas antes expuestas en la sección del concurso ideal. Para ejemplificar, existe concurso real homogéneo, cuando un sujeto en cada cuadra va insultando y denigrando a las mujeres que pasan junto a él; y, a su vez, existe concurso real heterogéneo, cuando los delitos cometidos son diferentes y sin unidad de acción, como el caso en que un sujeto decide sacar su arma y matar a otro en un centro comercial y luego accede carnalmente a otra persona en el parque.

Quizás, una de las particularidades más salientes en torno al concurso real es que, no solamente requiere de un ejercicio hermenéutico en términos dogmáticos, sino que, además, se debe tomar en consideración la implicación en el marco de un proceso penal que trae consigo una imputación de múltiples delitos independientes. A saber, Roxin (2014), en referencia al derecho penal alemán, tiene escrito que, "... en el concurso real se añade todavía un elemento jurídico-procesal más, porque esta forma de concurso requiere básicamente el enjuiciamiento de los múltiples hechos en el mismo procedimiento" (p. 981).

Por su parte, el problema de la imputación de un concurso real o, lo que es igual, la imputación de varios delitos autónomos en el marco de un proceso penal debe realizarse con miras a los criterios de conexidad y temporalidad. Para entender de mejor manera esta cuestión, García (2014) propone el siguiente ejemplo:

Si A roba un vehículo y se dirige a su barrio, donde encuentra a su enemigo B a quien dispara ocasionándole la muerte, así como a C que pretendió defender a B, evidentemente nos encontramos frente a un concurso real de delitos, con posibilidad de acumulación de penas, pero si A roba el vehículo en febrero, mata a B en junio y a C en septiembre, utilizando el auto robado el concurso real sería inaplicable, al no existir conexidad, ni relación de temporalidad. (p. 207)

De esta manera, pese a que en la redacción del legislador ecuatoriano no se hace alusión a los criterios de conexidad y temporalidad para efectos de una imputación por concurso real, es ostensible que resultan condiciones esenciales para una correcta imputación, pues de lo contrario, si se adopta un criterio burdo en el sentido de que varias infracciones cometidas en tiempos y circunstancias indistintas se puede imputar en concurso real, lo que realmente se estaría haciendo es sancionar al sujeto por la errónea conducción de su vida, o lo que es igual, por alejarse reiteradamente del derecho como diría Von Liszt en ocasión de su teoría penológica de la prevención especial negativa. Coincide con este criterio Zavala Egas (2014), quien también advierte que uno de los requisitos para la procedencia de una imputación de un concurso real es que exista conexidad procesal (p. 301).

Asimismo, una consecuencia lógica de adoptar los criterios de conexidad y temporalidad es que, resulta *sine qua non* la inexistencia de una sentencia condenatoria respecto de uno de los delitos que se pretende imputar en concurso real, pues si alguno de los delitos cometidos en términos de conexidad y temporalidad fue juzgado, ya no se podrá aplicar este instituto amplificador de la pena. Coincide Jakobs (1997), quien ha indicado lo siguiente:

Si se enjuician simultáneamente varios hechos, de los cuales uno al menos ocurrió antes de una conducta anterior y uno al menos después de ésta, no cabe formar una pena global que vincule a ambos grupos ya que la anterior condena deja fuera de la pena global a los hechos posteriores. (p. 1111)

Difiere de este criterio Zavala Egas (2014), quien sostiene que no es indispensable que exista un solo proceso penal y que bien puede el infractor ser objeto de dos procesos penales con una posterior acumulación de penas; no obstante, se advierte que necesariamente tendría que analizarse las conductas del sujeto en un solo proceso penal, puesto que, de no hacerlo así, un proceso podría entorpecer el normal desarrollo del otro y no se aplicaría las consecuencias del concurso real de forma acertada. Veamos la siguiente casuística: Antonino roba un vehículo en la calle República del Salvador, luego de aquello, se dirige al banco del Pacífico de la Av. Naciones Unidas, roba a los cajeros, dispara al guardia de seguridad quitándole la vida y finalmente

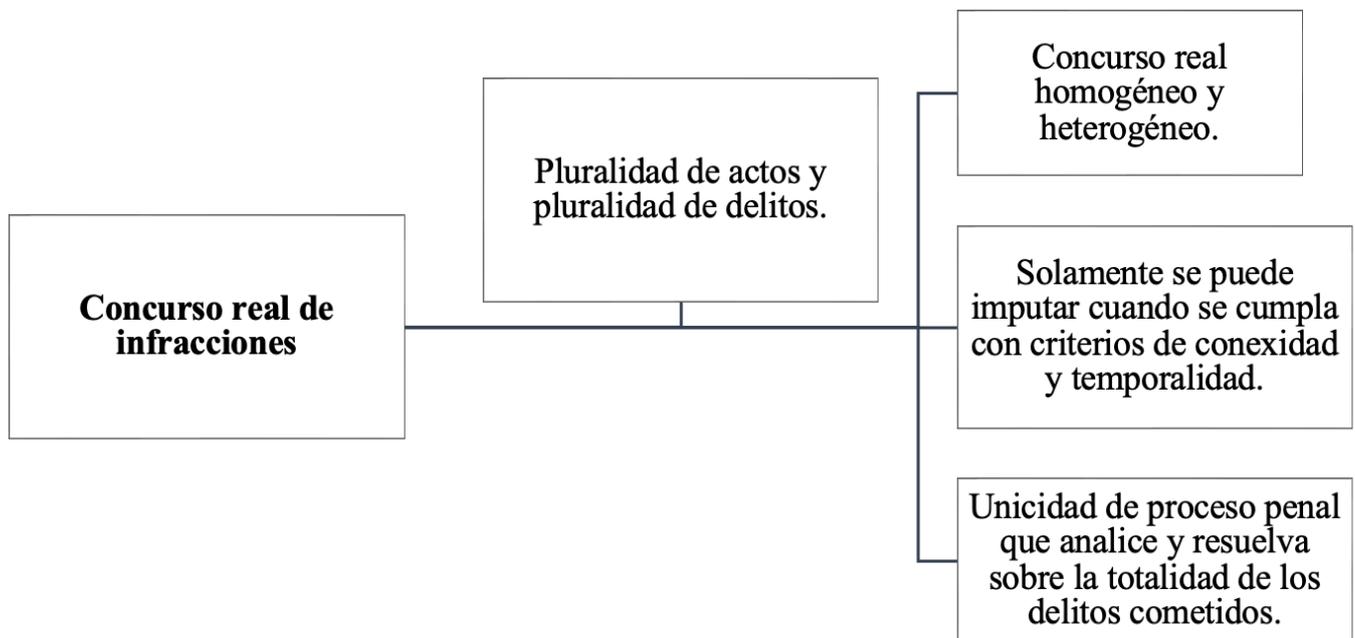
huye en el vehículo que previamente se había apropiado.

Se debe notar que, otro de los fundamentos para que el concurso real de infracciones opere como un amplificador de responsabilidad penal está dado por el incremento en el disvalor de conducta y de resultado, pues el sujeto que comete una serie de infracciones bajo los parámetros de conexidad y temporalidad actúa con un verdadero desprecio por los mandatos normativos. En la casuística propuesta, sería inexplicable que se resuelva la situación jurídica de Antonino en dos procesos penales diferentes en el cual se sancione una conducta sin tomar en consideración la otra conducta que está siendo ventilada en el otro juicio, pues aquello impediría que se valore de forma conglobada la situación. Podría decirse que, no interesa que se lleven a cabo dos procesos penales y que, luego otro juzgador se encargue de conocer y resolver sobre la acumulación de penas; no obstante, aquello sería desconocer principios básicos del proceso penal, como la celeridad procesal, economía procesal y concentración.

Entonces, el juzgamiento y sanción de varios delitos cometidos por un mismo sujeto en términos de conexidad y temporalidad deberán sustanciarse en un mismo proceso penal. No obstante, la interrogante que surge es qué hacer respecto de la pena en los casos en que un individuo ha cometido varios delitos inconexos entre sí; lo cierto es que, el legislador tampoco ha previsto esta situación y no ha dado ni siquiera un pronunciamiento aproximado, por lo que la doctrina se ha encargado de proponer algunas soluciones para este tipo de casos. Por ejemplo, Albán (2015) ha recomendado proceder de la siguiente forma:

Se aplicará en este caso la misma regla del Art. 20: acumulación de penas con límite. En conformidad con el Art. 230.5 del Código Orgánico de la Función Judicial y 667 del Código Orgánico Integral Penal, será el juez de garantías penitenciarias el que unificará las penas impuestas por las distintas judicaturas. (p. 269)

Se puede apreciar claramente el tratamiento diferencial que deberá darse cuando se impute un concurso real bajo criterios de conexidad y temporalidad y cuando se impute delitos inconexos entre sí. En estos últimos casos, se justifica plenamente que sea un juez posterior quien conozca el tema de la acumulación de penas, pero no así para el primer caso donde se espera que un juzgador concentre todas las facultades cuando se predisponga a resolver la situación jurídica del ciudadano. Luego de todo esto, a continuación, para efectos didácticos, se presenta una figura que abarca las características salientes y requisitos del concurso real:



Casi para terminar, sobre las consecuencias jurídicas de una imputación en concurso real, el legislador ecuatoriano ha sido enfático en sus prescripciones al indicar que las penas de los delitos cometidos se acumularán hasta el máximo del doble de la pena más grave con un tope máximo de 40 años. Esto se explica, según Roxin (2014) en razón de la existencia del principio de asperación, lo cual trae como consecuencia que, “[...] para cada acto independiente se determina una pena individual o particular; y, partiendo de estas penas individuales se crea una pena conjunta o global mediante la agravación de la más dura” (p. 982).

De la cita expuesta se advierte que, una condena que sancione a un ciudadano por el cometimiento de varios delitos en concurso real, necesariamente hace que, el juzgador en su sentencia tenga que realizar un ejercicio de motivación sobre todos y cada uno de los delitos acusados por fiscalía, es decir, si se sancionan tres delitos, el juez deberá analizar en su sentencia los hechos, cuestiones de suficiencia probatoria, cuestiones de responsabilidad *lato sensu* de cada una de las infracciones e individualizar las penas para luego realizar el ejercicio de acumulación según la norma. Nada ha dicho el legislador sobre el tratamiento que deberá darse a la pena de multa y otras penas restrictivas de ciertos derechos, por lo que es una deuda que deberá ser saldada en una posterior reforma o, en todo caso, será necesario un pronunciamiento interpretativo de la Corte Nacional para evitar una multiplicidad de criterios en el plano jurisdiccional que atenten contra el principio de seguridad jurídica.

Una de las críticas recurrentes en torno al concurso real de infracciones y su severa consecuencia de acumulación de penas es que, no iría en armonía con la finalidad de la pena del artículo 52 del COIP, pues el legislador ha sido enfático en sostener que, la pena cumple una finalidad social de aseguramiento y reafirmación de que las normas jurídicas se encuentran vigentes (prevención general) y más importante todavía, la pena estaría llamada a resocializar al ciudadano en conflicto con la ley (prevención especial). Y, dado que la imposición de una pena acumulada puede elevarse a una cifra en demasía elevada con exiguas posibilidades de que el sujeto recobre su libertad, sería un símil de una cadena perpetua que se encuentra expresamente proscrito en el Ecuador.

Sobre este punto, parece ser que el legislador ha sido bastante hipócrita con el tema de la acumulación, pues no puede hablarse de resocialización cuando se prevé la posibilidad de acumular penas hasta los 40 años, pues una pena de ese calibre prácticamente se convertiría en cadena perpetua para un ciudadano que supere la mayoría de edad al momento de ser condenado. García (2014) identifica perfectamente el problema y sostiene que una errónea interpretación del instituto del concurso real de infracciones podría dar lugar a una aplicación inconstitucional de la misma; el autor ecuatoriano lo explica de la siguiente forma:

[...] varios de los principios que deben regir al derecho penal, especialmente los de subsidiaridad o mínima intervención penal y fragmentariedad. Una aplicación subsidiaria del derecho penal evidentemente excluye las penas excesivas y desproporcionadas, siendo por tanto inadmisibles un excesivo acento en la prevención general. (p. 206)

Un defensor de la acumulación de penas podría sostener que aquello si estaría en armonía con la finalidad preventiva general de la pena, pero inobservaría que, la posible interposición de una sanción de 40 años no sería otra cosa que una intimidación en tono de amenaza para la comunidad, lo cual se acercaría en lo sustancial a una teoría de la prevención general negativa que fue superada en la dogmática hace 200 años y que, su aplicación no solo sería desfasada, sino absolutamente arbitraria por ser contraria a los Derechos Humanos.

Ahora bien, nada se ha dicho todavía sobre los métodos de acumulación de las penas, pues en la doctrina se han identificado algunas modalidades que sin lugar a dudas arrojan resultados diferentes. Por ejemplo, se han propuesto: acumulación material, absorción y también acumulación jurídica. De esta manera, en lo que sigue se explicará cada una de estas modalidades de acumulación y acto seguido se identificará cuál fue la postura adoptada por el legislador ecuatoriano.

La acumulación material, según Zavala Egas (2014) puede entenderse como la mera acumulación de penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos (p. 302), es decir, no sería otra cosa que una acumulación aritmética en el que se sumarían todas las penas con el limitante de 40 años establecidos por el legislador, puesto que, sin aquel limitante podrían sumarse penas hasta el infinito. Sobre la acumulación material, Mir Puig (2016) se ha encargado de demostrar cuán represiva y retribucionista sería adoptarla y expresa los siguientes argumentos:

Es en apariencia la solución más coherente desde una perspectiva retribucionista. Mas una pena extinguida después de otra es mucho más afflictiva que si se cumple aisladamente, y una pena que se cumple ante la perspectiva de otra que empezará cuando termine la primera, resulta más dura que si se viera el fin del sufrimiento más próximo. (p. 680)

En cambio, sobre la modalidad de absorción, la doctrina coincide en que se produce una absorción de la pena más grave a la de menor gravedad y que, esta modalidad sería aplicable solamente a los casos de concurso ideal de infracciones por imperativo del artículo 21 del COIP. Albán (2015), por ejemplo, sostiene que, en tanto que la pena del delito más grave absorbe a los demás delitos, sería este el sistema más benigno por el cual se podría optar (p. 268).

Y, respecto de la modalidad de acumulación jurídica, Albán (2015) hace notar que “este sistema quiere encontrar un punto de equilibrio entre los extremos de severidad y benignidad de los otros criterios” (p. 268), pues en este caso, se parte de un sistema aritmético en el sentido de que se suman las penas, pero se establece un límite de acumulación por razones político-criminales y de penología.

La fórmula taxativa que ha establecido el legislador ecuatoriano ha sido que, se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, con el límite de 40 años. De esta manera, es evidente que el legislador no se decantó por una fórmula aritmética, pues existen límites en la suma de la pena y, tampoco se decantó por una fórmula de absorción, puesto que sí se toman en consideración las penas de delitos menos graves para la acumulación general. Por tanto, la modalidad de acumulación adoptada ha sido la jurídica y para que quede claro su utilización, a continuación, se propone un ejemplo:

Gonzalo es sentenciado a raíz de una imputación de fiscalía de tres delitos en concurso real, el juez individualiza una pena de siete años por haberse comprobado en el proceso penal un delito de robo con violencia en las personas, recibe otra condena de lesiones de cinco años, pues en el trayecto mientras escapaba lesionó gravemente a un ciudadano y otra condena de cinco años por el robo de un carro para escapar del lugar cometido con fuerza en las cosas.

Con el modelo adoptado por el legislador ecuatoriano, en este caso solamente se podría interponer una pena que no exceda del doble de la más grave, es decir, siete años es la pena más grave y el doble serían 14 años, lo cual significa que la pena en este caso sería de 14 años, pese a que aritméticamente suman 17 años entre los tres delitos sancionados. Roxin (2014), al referirse sobre los pasos que deberán seguirse para la acumulación de penas, propone la siguiente secuencia:

En primer lugar hay que fijar una pena independiente para cada hecho particular de los que están en concurso real. Para ello la medición de la pena básicamente hay que proceder como si el hecho hubiera de ser enjuiciado solo [...] ciertamente sin embargo, según la jurisprudencia. Ello no rige totalmente sin restricciones, porque en determinadas circunstancias también para la medición de la pena en el hecho particular puede ser relevante que este se haya cometido dentro del contexto de otros delitos. (p. 987)

De esta manera, queda claro que primigeniamente se tendrá que individualizar la pena para cada uno de los delitos cometidos, sin que se pierda de vista todo el contexto delictivo, pues el *quantum* de la pena dentro del margen de cada tipo penal puede quedar sujeto al disvalor global de las conductas en análisis. El segundo paso, según el mismo Roxin (2014) consistirá en determinar cuál de todas las penas resulta ser la más grave y, sobre los criterios para determinar cuál es la más grave ha propuesto algunos parámetros que se citan a continuación:

En caso de varias penas privativas de libertad la más grave es aquella que codena a la mayor o más larga privación de libertad. En caso de varias penas de multa la más grave es aquella en la que se impone el mayor número de cuotas diarias [...] y si las penas particulares son en parte privativas de libertad y en parte de multa, la más grave es siempre la pena privativa de libertad. (p. 988)

Beneficiosamente, para una interpretación correcta de este tema, en el Ecuador está estandarizado el monto de la multa que corresponderá con cada tiempo de pena privativa de libertad, por ejemplo, en el artículo 70 del COIP se indica que habrá multa de diez a doce salarios básicos cuando la infracción contemple una pena de tres a cinco años, multa de doce a veinte salarios básicos, cuando la infracción contemple una pena de tres a cinco años, y así sucesivamente, lo cual facilita la determinación de la pena más grave.

Y, finalmente, el tercer paso a tomar en cuenta en la acumulación de penas es que, aquella no deberá sobrepasar de ninguna forma el doble de la pena más grave de uno de los delitos cometidos y, con el limitante

adicional que jamás podrá sobrepasar los 40 años. Es decir, la acumulación de penas tiene un doble corset que impide que una suma aritmética eleve la pena a una suma de años estratosférica.

3. Tratamiento jurídico del delito continuado y del delito masa

Finalmente, luego de todo este derrotero teórico desplegado en torno al concurso de leyes y de delitos, puede suceder también que exista una pluralidad de acciones pero que, esto solamente dé como resultado la configuración de un solo delito; este tipo de casos fueron denominados en la doctrina como delitos continuados y delitos masa, por lo que corresponde en esta sección ofrecer una propuesta hermenéutica para su resolución y correcta aplicación.

Sobre el concepto de delito continuado, Muñoz Conde y García Arán (2010) sostiene que, “[...] consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o de igual o semejante naturaleza” (p. 469). Por tanto, se colige que, efectivamente se está frente a la comisión de varios actos penalmente relevantes que bien pueden recibir el tratamiento del concurso real, pero que, debido a cuestiones de política criminal se recomienda por la doctrina que se impute un solo delito. Piénsese en el siguiente ejemplo:

Martín es cajero de una empresa textil y durante más de dos años se viene sustrayendo dinero de forma sistemática. Ciertamente se podría imputar cientos de hurtos a Martín; no obstante, la doctrina sostiene que, de concurrir ciertos elementos objetivos y subjetivos deberá imputarse solamente un delito de hurto. Los requisitos que deberán concurrir para que se configure el delito continuado son los siguientes:

- Todas las acciones deben haber realizado el mismo tipo penal;
- El bien jurídico lesionado de ser siempre y en todos los casos el mismo;
- Debe haber una unidad de voluntad y un dolo de continuación;
- Debe existir cierta continuidad temporal y cierta frecuencia entre los hechos;
- No se deben afectar bienes personalísimos (integridad física, vida). (Rusconi, 2016, pp. 785-786)

Ahora bien, en cierto momento la doctrina identificó que sobre la estructura del delito continuado podía suscitarse ciertos inconvenientes, como por ejemplo que, el sujeto pasivo de la infracción no sea siempre el mismo. Sin embargo, pese a ello, todavía parecía desproporcional e irracional imponer las consecuencias del concurso real, por lo que se propuso la figura del delito masa en el cual efectivamente concurren los mismos elementos que en el delito continuado, con la salvedad de que pueden ser indistintos los sujetos pasivos de la infracción. En ambos casos, la imputación será de un solo delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albán, E. (2015). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones legales.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Temis.
- Cid Moliné, J. (abril, 1991). Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, 29-64.
- Código Orgánico Integral Penal, COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Asamblea Nacional. Registro Oficial, Suplemento 180.
- Constitución de la República del Ecuador, CRE. (2008). *Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional*. Registro Oficial 449.
- España (CP). (1995). *Código Penal*. Ley Orgánica 10/1995.
- García, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. ARA editores.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho Penal, instrucción y parte general*. Actualizado por Guillermo Ledesma. Abeledo-Perrot.
- Hernández Sánchez, J. (diciembre, 2015). Concurso aparente de leyes y concurso de delitos. *Revista de Derecho*, 36(1), 47-67. <https://doi.org/10.5377/lrd.v36i0.2649>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons.
- Jiménez de Asúa, L. (1958). *Principios de Derecho Penal, La ley y el delito*. Abeledo-Perrot.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General. Décima edición*. Reppertor.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Horment, H. (abril, 1986). Contribución a la teoría de los concursos de delitos. *Revista Chilena de Derecho*, 13, 335-381.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General. Tomo II, especiales formas de aparición del delito*. Traducción de la primera edición alemana: Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Thomson Reuters-Civitas.
- Rusconi, M. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Ad-hoc.
- Zaffaroni, R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Ediar.
- Zavala Egas, J. (2014). *Código Orgánico Integral Penal, teoría del delito y sistema acusatorio*. Murillo editores.

CAPÍTULO 14:

TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Hugo Bayardo Santacruz C.
Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
hbsantacruz@pucesi.edu.ec

Introducción

Es común que a la hora de configurar los tipos penales se los estructure considerando su forma consumada, inclusive cuando se habla de la adecuación de una conducta a un determinado tipo penal, se parte de la idea de que el sujeto ha consumado el delito al cumplir con diversas exigencias típicas. Es más, el delito consumado es el referente que tienen los legisladores a la hora de elaborar los distintos tipos penales que se encuentran en la Parte especial (Muñoz Conde y García, 2010, p. 411).

No obstante, a pesar de que la consumación sea el referente muchas acciones, con relevancia jurídico penal, no logran la consumación. Con mucha frecuencia los actos delictivos realizados no llegan al fin esperado por sus autores, debido a la presentación de distintas circunstancias que lo impiden. Es por ello que la pregunta es ¿por qué castigar conductas que no llegan a lesionar bienes jurídicos? o en otras palabras por qué es necesario sancionar penalmente determinadas conductas que no realizan el injusto completo exigido por el tipo penal o que incluso, en algunos casos, la ejecución del hecho típico todavía no ha empezado.

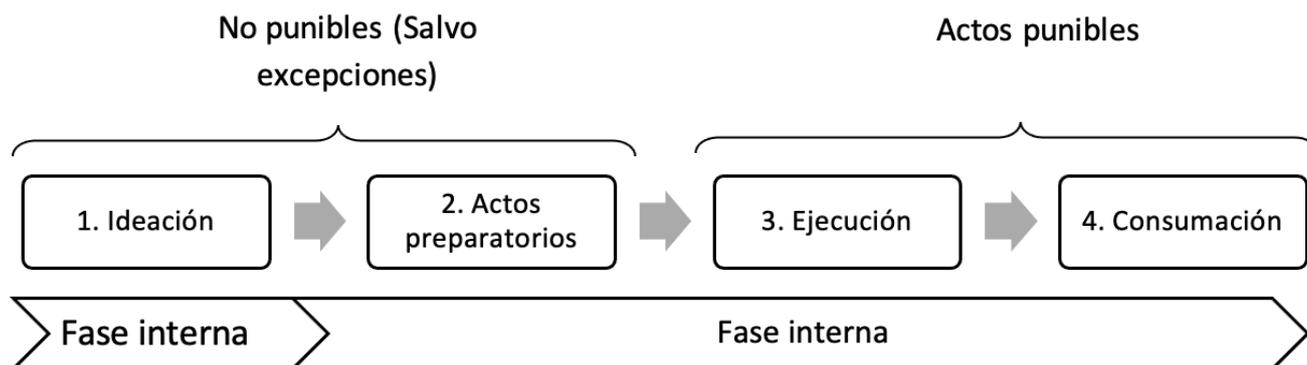
Piénsese, por ejemplo, quien dispara a una persona con el fin de matarla, pero falla en el disparo y solamente le hiere o de quien pretendiendo violar a otra persona es sorprendido y atrapado por los vecinos justo en el momento de intentar consumir el acto sexual o cuando dos personas se ponen de acuerdo en robar una joyería y son capturados en por la policía. “Existen, pues, acciones que se quedan en meros intentos o conatos, lo que no pasa inadvertido para la teoría jurídica, que ha creado la institución de la tentativa de realización de la conducta típica” (Velasquez, 2013, p. 612).

Para que se llegue a consumir un hecho punible doloso, la conducta del sujeto transita o recorre un camino más o menos largo el cual tradicionalmente se lo ha denominado *iter criminis* o camino del delito, el cual es entendido como un proceso que va desde la primera idea del hecho, pasando por la preparación y ejecución, hasta llegar a la consumación o producción del resultado típico.

Pero dentro de ese camino del delito no todas las fases tienen la misma relevancia jurídico-penal, de ahí que la tarea de la dogmática penal sea determinar desde cuándo se puede sancionar un hecho delictivo, es decir si los actos anteriores a la consumación del hecho doloso deberían ser considerados impunes o por el contrario sí dichos actos deberían ser conminados con una pena.

De esta forma entraremos en la cuestión de la delimitación del comienzo de la punibilidad. En otras palabras, y dado que un hecho punible tiene distintas etapas de realización, es preciso delimitar en qué momento el autor ingresa en el límite mismo de lo punible y cuándo se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista. (Bacigalupo, 1999, p. 461)

En este sentido, los distintos criterios coinciden en señalar que el hecho punible, desde su ideación hasta su conclusión, transcurre por dos fases: “una fase interna y otra fase externa” (Fernández, 2011, p. 379).

Figura 1*Fases del hecho punible*

La fase interna surge en la mente del sujeto que pretende cometer un acto ilícito, para ello dentro de su mente elabora un plan y se plantea cuáles serán los fines de su acción, así como los medios que le permitirán alcanzarlos. Por todo esto, esta fase se encuentra integrada por tres momentos que son: la ideación del delito, la deliberación y la resolución criminal.

No obstante, la fase interna tendiendo al principio de hecho, al principio de lesividad y del principio *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie sufre pena por su pensamiento) se considera irrelevante penalmente, dado que la mera decisión de delinquir que no ha llegado a exteriorizarse no afecta ningún bien jurídico.

En cambio, la fase externa, a efectos de relevancia penal, acarrea gran importancia debido a que existe posibilidad de lesión o peligro del bien jurídico protegido. Incluso Welzel afirma que el:

Fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. El hecho externo es, por lo tanto, la base de la construcción dogmática del delito (como, además, el punto de partida de la investigación criminal del delito). (1956, p. 71)

Cabe destacar que esta fase se encuentra conformada por tres momentos o actos que son: *la preparación, la ejecución y la consumación*. Sin embargo, es discutible si se puede considerar a todos los actos preparatorios como punibles, dado que todavía se encuentra lejana la posibilidad de lesión del bien jurídico. Es más la preparación y la ejecución resultan difíciles de determinar, por ello hay quienes sostienen que entre las dos fases antes indicadas existiría una fase intermedia denominada “resolución manifestada” (Jiménez de Asúa, 1997, p. 465) en la que “aún no existe una auténtica fase externa pero sí expresiones de resolución” (Zambrano, 2013, p. 93) lo cual ha llevado a que algunas legislaciones penales opten por tipificar específicamente determinados actos preparatorios como son la conspiración, la proposición y la provocación.

Por otro lado, hay quienes consideran que es erróneo considerar que la norma penal sanciona excepcionalmente actos preparatorios en virtud de que “preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. En consecuencia, no hay “actos preparatorios” en sí, ni “actos de ejecución” en sí” (Bacigalupo, 1999, p. 462).

Lo que está meridianamente aceptado es que la tentativa tiene lugar en la fase de ejecución donde:

La voluntad criminal se traduce en un acto externo que penetra ya en la esfera de la consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica de tal delito, pero sin llegar a lesionarla. (Núñez, 1963, p. 21)

1. Breve historia de la tentativa

Para entender el concepto actual de la tentativa es útil realizar una aproximación histórica al desarrollo que está a tenido. Se debe recordar que en épocas antiguas la responsabilidad se la establecía por el resultado — derecho penal de resultado— por lo cual la tentativa no era un concepto conocido dado que esta no generaba perjuicio alguno (Mezger, 1958).

No obstante, los tiempos cambian y las normas se deben adaptarse a esto. Es así que en varias épocas y lugares se puede ir apreciando el surgimiento de la concepción de la tentativa.

Destáquese que, en el Derecho Romano, se hacía la distinción entre “*flagitium perfectum y flagitium imperfectum*” (delito perfecto e imperfecto), también este instituto fue objeto de referencia en las Catilinas de Cicerón, en las Leyes de Platón, en la Ley de las XII tablas, en la Lex Gabina, en la edad media y, principalmente en Italia, se describió como “*cogitare, agere ded non perficere*”, esto es “*proyectar, hacer pero no terminar*” y se penaba en un *quantum* menor tal como ocurre en nuestros días; incluso se tomaba en cuenta la tentativa inidónea y el desistimiento. Se menciona también en la *Constitutio Criminalis Carolina* (Lex Carolina) de 1532 en el artículo 178 y, finalmente, el italiano Andrea Alciato, determinó los pasos del iter criminis como lo que está en camino y el delito como la meta (*conatus, remotus, propincus y el proximus*). (Vásquez, 2017, pp. 103-104)

Por lo tanto, si se quiere buscar un concepto de tentativa que se aproxime al sentido que hoy se tiene, se lo podría ubicar en las postrimerías de la edad media ya que de acuerdo con Edmund Mezger (1958):

En la legislación y en la jurisprudencia de las *ciudades* de los siglos XIV y XV, parece haberse reconocido el concepto de la tentativa en el sentido moderno, sin que se pueda decir, por lo demás, que existan entre esa época y la actual línea inmediata de correlación. (p. 276)

Por su parte, Hans Jescheck refiere que la *Constitutio Criminalis Carolina de 1532*, a más de ser considerada como el primer código penal y procesal de la Europa latina, en su artículo 178 introdujo la tentativa del delito, la cual se sustentaba en la doctrina penal italiana medieval, llegando a ser su definición predominantemente aceptada hasta el siglo XIX donde la discusión doctrinaria de la tentativa se centra en temas relacionados con las acciones preparatorias en la tentativa punible y las cuestiones vinculadas con la tentativa inidónea (Jescheck, 2002, p. 550).

Ya en el siglo XX, ante el fracaso de la doctrina causal en la definición de la tentativa, debido a que esta no era un mero proceso causal que no produce un efecto, sino una acción que apunta a un resultado previamente elegido, surge la Escuela finalista que plantea, además de la teoría final de acción (Welzel, 1956, p. 36), la distinción entre la norma objetiva de valoración (norma jurídica) y la norma subjetiva de determinación o de motivación (norma de deber) que según Santiago Vásquez tendrá gran incidencia en el estudio de la tentativa en virtud de que:

De manera dogmática, en la modernidad, el estudio de la tentativa se da a partir del *finalismo*, dado que el sistema *causalista o clásico* no explicó la figura, en razón a que la acción se vinculaba de forma inescindible a la denominada “*enervación muscular*” que debía tener toda conducta para ser reputada como tal. Sin embargo, la tentativa involucra una acción que apunta a un resultado elegido previamente y a una *infracción normativa* que lesiona un bien jurídico, esto es, se requiere de un juicio valorativo y no meramente un proceso causal. (Vásquez, 2017, p. 105)

Desde el finalismo se plantea que determinadas acciones desvaloradas socialmente que quedan solamente en intentos de delitos, es decir, que no producían la causación de un resultado, no debían quedar impunes. Así surge la necesidad de estructurar el concepto de tentativa que permite fundamentar la punibilidad, lo cual es signo de un derecho penal moderno.

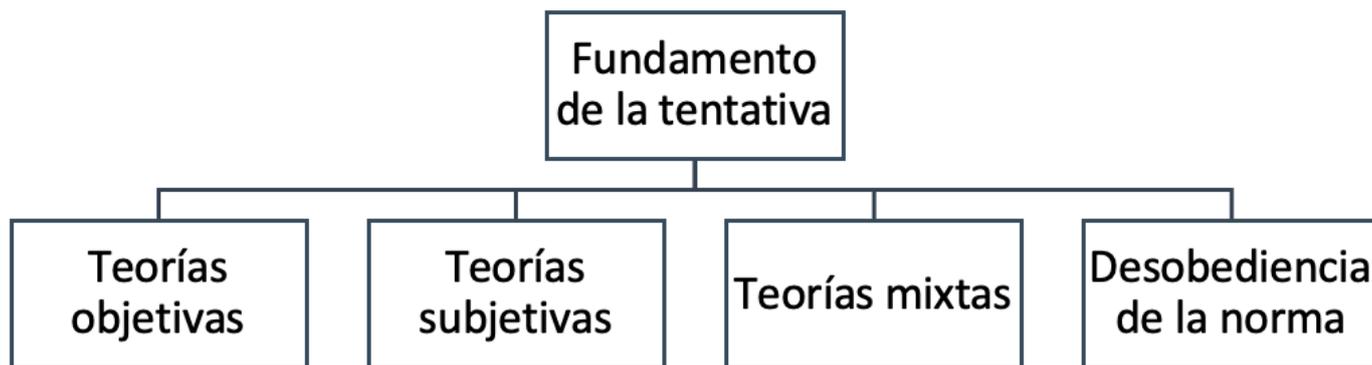
2. Fundamento de la punibilidad de la tentativa

Existen diversas teorías que responden a la pregunta de por qué se sancionan las formas imperfectas de ejecución. A estas respuestas la dogmática penal las ha recogido bajo la denominación de fundamentos de la punición de la tentativa.

Dentro de estas teorías se puede distinguir las que se especifican en la figura 2.

Figura 2

Fundamento de la tentativa



La *teoría objetiva*, el fundamento de la punición de la tentativa, se sustenta en el peligro que el bien jurídico experimenta por el accionar del delincuente, dado que existe una cercanía de la lesión del bien jurídico.

Esta teoría que fue predominante entre los autores clásicos pone su punto de vista en el resultado, más no en criterios subjetivos dado que tanto en la consumación como en la tentativa la voluntad del sujeto es la misma, por lo cual cualquier acción delictiva que no pusiese en peligro al bien jurídico era considerada atípica.

Un claro ejemplo de esto sería alguien que ve a un estudiante que lleva la mochila abierta en el bus, se acerca y mete su mano en ella intentando tomar algo de valor (portátil, celular, tablet, etcétera) pero la mochila está vacía, en este caso según esta teoría no cometería tentativa de hurto ya que en ningún momento se puso en peligro el bien jurídico, propiedad.

Esta teoría, además, al ponderar el peligro del bien jurídico rechaza la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, es decir, aquélla que no hay ningún desvalor de resultado ya que no tiene la aptitud para producir la consumación (Bacigalupo, 1999, p. 464).

En lo que tiene que ver a la sanción, se tiene en cuenta la menor afectación que tiene el bien jurídico respecto del delito consumado, por lo cual en apego al principio de lesividad esta postura objetivista postula que la pena debe ser inferior que el delito consumado.

Por su parte la *teoría subjetiva* considera que la tentativa se debe sancionar por la voluntad contraria a derecho que presenta el delincuente. Para esta teoría únicamente son punibles los delitos dolosos, por cuanto el hecho claramente mostraría la voluntad de delinquir que tiene el autor.

Para esta teoría el peligro para el bien jurídico es irrelevante, dado que lo que se pretende reprimir propiamente es la voluntad criminal del sujeto, por tanto, debe ser penada “toda tentativa, inclusive la inidónea, pues dentro de su esquema una distinción entre tentativa inidónea e idónea no tiene sentido: toda tentativa es inidónea pues, de haber sido idónea, se hubiera consumado el delito” (Bacigalupo, 1999, p. 465).

Resalta el hecho que esta teoría al considerar que la voluntad criminal de la tentativa es la misma que la del delito consumado, por tanto, la pena a imponerse debe ser la misma o a lo mucho una mínima atenuación facultativa. Siendo el fundamento de la equiparación de la pena de la tentativa y el delito el hecho de “que no puede estar en mejor posición la mala voluntad fracasada que la exitosa” (Zaffaroni *et al.*, 2005, p. 636).

Concretamente se puede decir que “las teorías objetivas fijan el comienzo de la punibilidad en el peligro recorrido por el bien jurídico, mientras las subjetivas lo hacen en la exteriorización de la voluntad de lesionarlo, aunque no lo ponga concretamente en peligro” (Bacigalupo, 1999, p. 465).

No obstante, estas dos perspectivas individualmente consideradas entrañan ciertos inconvenientes, dado que si se considerara solo el criterio objetivo, es decir la sanción por la aproximación a la lesión del bien jurídico, se podría sancionar la tentativa en los delitos imprudentes; mientras que si solamente se atiende

el criterio subjetivo, que se enfoca en la mala voluntad o en la conmoción que produce la exteriorización en la comunidad, se podría sancionar hechos que no ponen en peligro bienes jurídicos como es el caso de las formas impunes de tentativa irreal, o de tentativas inidónea, “es decir, acciones cuyos medios empleados no conducirían a la consumación del delito pero al considerar que en la acción prima la finalidad con que se actuó más que la causación de resultados sería penadas” (Balmaceda, 2018, p. 101), lo cual es contrario al principio de intervención mínima que se encuentra establecido en nuestra legislación penal, específicamente en el artículo 3 del COIP.

Las *teorías mixtas* o también llamadas *de la impresión* intentan conciliar lo objetivo con lo subjetivo, para ello postulan un criterio intermedio (objetivo-subjetivo) donde la base de la punición debe ser la voluntad contraria a la norma, pero debe concretarse en la realidad. En otras palabras:

La voluntad, considerada como base de la represión, debe concretarse en el mundo exterior (poniendo en peligro el objeto de la acción) y perturbar la confianza de las personas en el orden legal, debilitando su sentimiento de seguridad jurídica. (Hurtado, 2005, p. 804)

Esta teoría, a pesar de su esfuerzo por fundamentar la punibilidad de la tentativa, ha sido objeto de críticas debido a que no atiende adecuadamente la legitimidad de la intervención penal anterior a la consumación, sino más bien el problema lo centra en demostrar que: el hecho delictivo causó impresión en la generalidad de la gente o que se afectó al sentimiento confianza en la validez del ordenamiento (Jakobs, 1997, p. 863).

De hecho, al centrarse la tentativa en demostrar que existió una afectación al derecho a la seguridad jurídica, el bien jurídico afectado será distinto del delito consumado ya que se consideraría afectado un bien jurídico público.

Ejemplo de estos sería si una persona con al ánimo de matar a otra le dispara “si la bala del homicida produce la muerte se lesionaría la vida si no acierta o si la víctima sobrevive, se produciría una lesión a este derecho a la seguridad jurídica que sería un bien jurídico público” (Zaffaroni *et al.*, 2005, p. 637). Por todo esto, de acuerdo con Hurtado, esta teoría no presenta una adecuada utilidad para “legitimar la intervención del derecho penal antes de la consumación del tipo legal, así como para distinguir la tentativa de los actos preparatorios” (2005, p. 805).

Por último, se encuentran la teoría más actual que funda la legitimación de la tentativa en la *desobediencia de la norma*. Para los partidarios de la moderna dogmática funcionalista consideran que:

El fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento externo; en la tentativa en sentido exclusivamente formal, a través de un comportamiento que el Derecho positivo declara externo. (Jakobs, 1997, p. 864)

213

De lo anterior resulta que el fundamento de la sanción de la tentativa reside en el hecho que “a través de su intento el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente” (Bacigalupo, 1999, p. 466) con lo cual únicamente se consideran punibles los actos que expresan la negación de una norma existente.

De manera que cuando no exista normas que prohíban determinados comportamientos estos serán impunes, con lo cual se excluyen algunos tipos de tentativas, como es el caso de la tentativa absolutamente imposible (Hurtado, 2005), en particular las llamadas tentativas supersticiosas “en las que el autor recurre a fuerzas sobrenaturales (dado que tal recurso no está prohibido por norma alguna) o en los que se dirige contra objetos sobrenaturales (lo que tampoco prohíbe norma alguna)” (Bacigalupo, 1999, p. 466).

Por lo expresado queda evidente que existe diferentes teorías que buscan fundamentar la punibilidad de la tentativa. Si bien es cierto que estas surgen “conforme a las perspectivas legitimantes del poder punitivo de los diferentes autores” (Zaffaroni *et al.*, 2005, p. 635), no es menos cierto que también el fundamento de punición de la tentativa se sustenta en la finalidad político-criminal como lo refieren Muñoz Conde y García Arán al señalar que “el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución (idóneos o no) del delito tiene que ser, necesariamente, unitario y responder a la misma finalidad político-criminal y preventiva que preside todo el Derecho penal” (2010, p. 417).

3. Elementos de la tentativa

Actualmente la tentativa es considerada como *causa de extensión de la pena*, debido a que la sanción se impone al exceder la extensión conceptual de los delitos (Mayer, 2007), o como *elementos amplificadores del tipo* en virtud de que amplifica el carácter delictivo de los tipos penales en razón de que la técnica legislativa permite que esta figura se aplique, de ser el caso, a cada tipo doloso de la parte especial (Córdoba, 2001), llegando incluso a considerarse a la tentativa tiene una naturaleza accesoria debido a que ontológica y teleológicamente solo entra en función con las figuras principales a las que se refiere (Antón, 1986).

Desde luego, ello no significa que la *naturaleza jurídica* de la tentativa equivalga a la de un tipo delictivo distinto del que prevé un delito o conducta punible consumada, sino que se trata de una figura que implica una extensión de la tipicidad básica, como una *forma especial de configuración del tipo* o de su dispositivo amplificador. (Velásquez, 2013, p. 612)

La tentativa al ser una ampliación del tipo la doctrina considera que esta es una ejecución incompleta de la ley penal “un acto o delito que se empieza a ejecutar y nunca llega a consumarse, un *delito imperfecto*, a diferencia de la adecuación normal, en la que la conducta encaja con plenitud en el tipo penal respectivo” (Velásquez, 2013, p. 612).

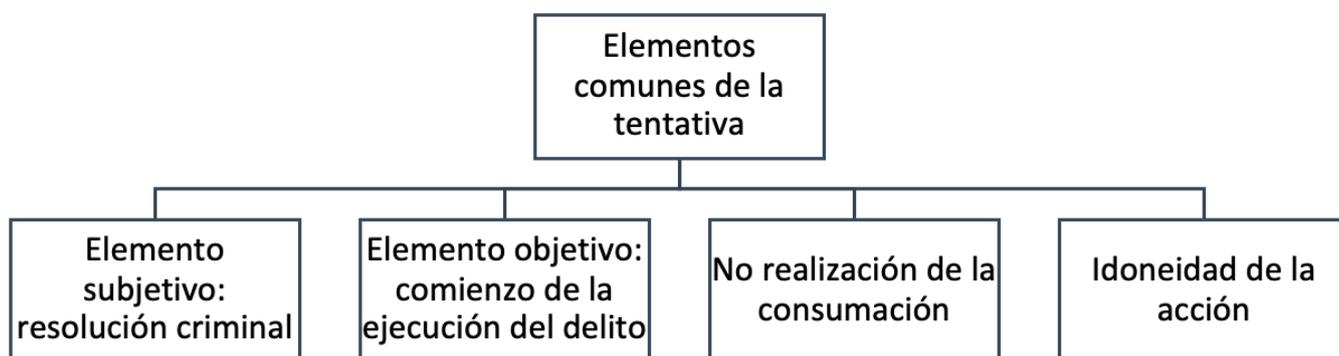
Dentro los conceptos dogmáticos están quienes los han sintetizado, como es el caso de Giandomenico Romagnosi para quien la tentativa no era más que “la ejecución incompleta de la infracción” (1956, p. 134), y quienes lo conceptualizan de forma más amplia como es el caso de Hans Welzel que menciona:

Tentativa es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito. El tipo objetivo no está plenamente cumplido en la tentativa. En cambio, el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado. (1956, p. 193)

De las distintas conceptualizaciones elaboradas se deduce que todas ellas contienen elementos comunes (figura 3).

Figura 3

Elementos comunes de la tentativa



3.1. Elemento subjetivo: resolución criminal

Cuando se habla de tentativa se está haciendo referencia a la etapa de ejecución donde el autor deja salir de sus manos la resolución criminal y expresa su decisión de consumarlo, esto implica conciencia y voluntad de realización del tipo penal.

El elemento subjetivo de la tentativa “requiere que el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza con ánimo de consumir el hecho o, al menos, aceptando (con seguridad o con probabilidad) que pueden dar lugar a la consumación” (Mir, 2011, p. 359).

El dolo de la tentativa es el mismo que del delito consumado, en virtud de que la configuración de la tentativa se estructura tomando como referencia los elementos del delito consumado, al punto que “si el delito consumado exige otros elementos subjetivos del injusto, además del dolo, también éstos deben darse en la tentativa (por ej. el ánimo de lucro en el hurto)” (Muñoz y García, 2010, p. 416).

No obstante, como se ha mencionado anteriormente, no solamente el criterio subjetivo es el que tiene incidencia en la valoración de la tentativa, sino también el criterio objetivo, por ello es que para referirnos al fundamento de la tentativa se sustenta en criterios objetivos-subjetivos, con lo cual la tentativa únicamente se presentará cuando exista dolo más no culpa. Por ello no cabe la sanción penal de la tentativa por imprudencia, dado que en estos casos no existe la voluntad de cometer el hecho penalmente relevante.

En los supuestos en los que la conexión causal no sea controlable o no se den respecto al resultado todos los elementos característicos del dolo, habrá que rechazar la calificación de tentativa, debiéndose castigar todo lo más la acción peligrosa si, a su vez, constituye un delito autónomo de lesiones o de peligro (por esta razón no podría castigarse por tentativa de homicidio a quien, sabiéndose portador del *SIDA*, tiene relaciones sexuales sin adoptar precauciones para evitar el contagio del compañero/a). No existe ni una *tentativa imprudente*, ni una *tentativa de un delito imprudente*. (Muñoz y García, 2010, p. 416)

Así mismo, es importante señalar que cuando se habla de la punición de la tentativa por dolo, este abarcaría a todas sus formas, es decir: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado, incluso el dolo eventual.

El terrorista que pone una bomba, admitiendo la posibilidad de alcanzar mortalmente a alguien, comete un homicidio o asesinato en grado de tentativa si después la bomba no explota o, explotando, no alcanza a nadie o hiere levemente a alguien que paseaba por allí. (Muñoz y García, 2010, p. 416)

3.2. Elementos objetivo: comienzo de la ejecución del delito

En la fase externa del delito el problema fundamental reside en establecer cuándo comienza la tentativa punible, es decir cuando terminan los actos preparatorios y comienzan los actos ejecutorios que dan origen a la tentativa. Para lograr una mejor comprensión, los criterios doctrinales han formulado algunas teorías con aparente simplicidad y claridad, como es el caso de la teoría subjetiva, donde el “factor decisivo era la manera de como el agente percibe el nivel de desarrollo de sus acción” (Hurtado, 2005, p. 813) o como la teoría formal objetiva que proponía que el inicio de la ejecución del delito se presenta cuando se realizan algunos de los actos descritos en los tipos penales.

No obstante, recurrir a una teoría puramente formal para diferenciar actos ejecutivos de actos preparatorios resulta insuficiente, debido a la redacción de la acción típica que presentan varios tipos penales. 215

¿Es acto de ejecución de un asesinato comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro para disparar? ¿Es acto de ejecución del robo con fuerza en las cosas apoyar la escalera en el muro de la casa donde se piensa robar? ¿Es acto ejecutivo de aborto explorar a la embarazada antes de comenzar la operación abortiva? Con casos como éstos, o similares a éstos, se enfrenta la praxis jurídico-penal diariamente y la verdad es que resulta difícil, con ayuda de una teoría puramente formal, precisar con seguridad dónde termina la fase simplemente preparatoria (impune) y comienza la ejecutiva del delito (punible). (Muñoz y García, 2010, pp. 417-418)

Frente a esta dificultad de precisión que presenta la teoría puramente formal, se presentan otras teorías que se enfocan sea en la puesta en peligro, el plan que se representó el autor o mezclan las dos anteriores dando lugar a una *teoría intermedia o mixta*. No obstante, el debate actual se centra fundamentalmente en dos teorías: la objetivo-subjetiva y la puramente objetiva.

Teoría objetivo-subjetiva, plantea que para determinar el comienzo de ejecución hay que tomar como referente el plan del autor, es decir cómo el sujeto pretendía perpetrar el delito (parte subjetiva), pero adicionalmente se debe distinguir en los actos que se exteriorizan cuales tienen una entidad de peligro para el bien jurídico que pueda configurarse como actos ejecutivos (parte objetiva).

Respecto a la situación de puesta en peligro a los bienes jurídicos protegidos por el derecho, Jiménez de Asúa considera que el peligro se presenta cuando la voluntad criminal dirigida a conseguir la objetividad jurídica del delito penetra el núcleo del tipo, pero sin llegar a lesionarlo dado que la ejecución del delito se ve interrumpida por causa ajena a la voluntad del autor (1997, p. 474).

Un ejemplo muy ilustrativo de esta teoría es el siguiente: el sujeto A quiere matar a su amigo B colocándole veneno en su bebida cuando se encuentren en la casa de A. Lo dicho explicitaría el *Plan del autor*, sin embargo, es necesario establecer mediante criterios objetivos el comienzo de la ejecución, para ello se debe determinar el momento anterior a la consumación en la que se aprecia que la vida de B corre peligro. En este caso podría considerarse que el momento en que corre peligro la vida de B es en el momento en que A se dirige a coger el veneno para colocarle en la bebida.

Es lógico que esta acción para una persona que desconoce el propósito asesino de A no tenga ninguna significación de comienzo de ejecución de un asesinato. Por ello es que algunos consideran que el hecho en sí no resulta peligroso, sino el conocimiento que se tiene de la proximidad de la consumación conforme al plan del autor. En este sentido es importante mencionar que la sanción a imponerse obedecerá en estos casos “más por la intensión descubierta que por la significación objetiva del hecho realizado” (Berdugo *et al.*, 1999, p. 279).

No obstante, esta teoría tiene un inconveniente y es que al tomar como base el plan del autor, es su testimonio el que determina si hay o no ejecución del delito.

Por eso es difícil resolver *a priori* un problema que depende de la configuración de cada tipo delictivo y de las circunstancias que acompañan a su realización. Esta indeterminación de la fase ejecutiva del delito permite una cierta arbitrariedad en la praxis jurisprudencial que, en los delitos graves (asesinato, homicidio, etc.), tiende a ampliar los actos ejecutivos a costa de los actos preparatorios, para evitar la impunidad de hechos merecedores de pena (como acechar a la víctima, esperar a que aparezca para disparar contra ella, etc.). (Muñoz y García, 2010, p. 418)

Teoría objetiva, su rasgo distintivo de esta teoría es que el plan del autor queda al margen y es el hecho propiamente dicho el que se valora. El análisis de los hechos presentados se lo hace desde la óptica “de quien desconoce absolutamente los planes del autor y espera a que sus acciones le delaten” (Berdugo *et al.*, 1999, p. 279).

Muñoz Conde y García Aran (2010) señalan que para no ampliar los actos ejecutivos es preferible acudir al sentido literal de la acción típica y dejar de lado el plan del autor. En este sentido refieren que, aunque la acción realizada sea ya un acto ejecutivo en la mente del autor, pero para un observador imparcial no constituya una acción ejecutiva, habrá que dejar dicha actuación como actos preparatorios cuando estos no constituyan ya un tipo delictivo autónomo. Así, por ejemplo, quien amenaza con matar a otra persona apuntando con una pistola, no habría tentativa de homicidio, sino más bien se configuraría un delito de intimidación (art. 154 COIP) y además probablemente en concurso con un delito de porte de armas (art. 360 del COIP).

3.3. No realización de la consumación

La tentativa es un delito imperfecto porque su ejecución no logra completar la acción típica. Es más, la falta de consumación es la condición necesaria para que exista la tentativa, la misma que además no es entendida como un delito independiente dado que esta es “una ampliación de la imputación delictiva perfecta que el delito representa” (Creus, 1992, p. 432).

Efectivamente, para que un delito quede en grado de tentativa es necesario que la conducta no complete los elementos del tipo penal. De hecho, podría decirse que este requisito es de carácter negativo, debido a que para su configuración se debe evidenciar la no consumación de la infracción en su aspecto objetivo, esto es “cuando el agente no ejecuta toda la acción delictuosa (delitos de pura actividad, en la medida en que ésta supone la realización de varias acciones) o cuando efectuada ésta, no se produce, sin embargo, el resultado criminal (delitos materiales)” (Hurtado, 2005, p. 816).

En este sentido, cabe mencionar que la no realización de los elementos objetivos del tipo penal se presenta por desistimiento del sujeto o por causas que son ajenas a su voluntad.

Por ejemplo, el delincuente es sorprendido y detenido después de haber penetrado en la casa de la víctima con la intención de hurtar (acto estrechamente vinculado a la acción de sustraer prevista por el tipo legal), o cuando estaba a punto de salir con el bien mueble ajeno sustraído, pero sin haber podido comportarse todavía como un propietario (en este caso falta el elemento del apoderamiento con el que se consume la infracción). La segunda hipótesis es más clara en el caso del que con la intención de matar a la víctima le hace beber una bebida envenenada y luego, sólo espera que se produzca el resultado típico, pero éste no llega a darse gracias a la intervención de un tercero (Hurtado, 2005, p. 817).

Es importante recordar que la intención de realizar la acción —aspecto subjetivo— tanto en el delito consumado como en la tentativa es la misma.

3.4. Idoneidad de la acción

Este elemento refiere a que los actos realizados deben ser aptos para realizar el tipo penal propuesto. Se debe tener en cuenta que la idoneidad está referida a los actos ejecutados, más no a los objetos o medios escogidos por el sujeto para cometer el delito.

La apreciación de la idoneidad parte de la capacidad virtual que las acciones realizadas tienen de producir el resultado con los conocimientos que se tenía antes de producirse el suceso.

Esto debe apreciarse *ex ante* (colocándose en la situación en la que se encontraba el agente) e *in concreto* (según los conocimientos del hombre medio, pero comprobando siempre si el agente conocía alguna circunstancia particular en el caso real). Por ejemplo, el hecho de darle azúcar a una persona para matarla no constituye, apreciada *ex ante*, una conducta idónea para producir este resultado; pero la apreciación será diferente si el agente sabía que la víctima era diabética. (Hurtado, 2005, p. 818)

El criterio de idoneidad permite limitar el poder punitivo del Estado ciertas formas particulares de tentativa. En opinión de Zaffaroni *et al* (2005), existen tres niveles o situaciones diferentes de inidoneidad de la acción para consumar el delito:

- a) Una ausencia de tipicidad objetiva sistemática, que sólo daría lugar a una apariencia de tentativa, que llamamos tentativa aparente;
- b) Una acción que, *ex ante*, observada por cualquier tercero, es idónea y peligrosa, pero *ex post* se verifica una imposibilidad total y absoluta de consumación del delito, que sería el *delito imposible*.
- c) por último, cuando el medio *ex ante* fue idóneo y hubo peligro, y *ex post* no se comprueba ninguna imposibilidad absoluta de consumarlo, existe la tentativa. (p. 651)

En la tentativa aparente no existe el tipo penal o este solamente existe en la mente o imaginación del autor por lo cual no existe propiamente un comienzo de ejecución y en tal sentido no debe ser objeto de sanción dado que existe una atipicidad de la conducta.

Por otro lado, está el delito imposible, el cual se caracteriza porque el sujeto realiza todos los actos que suponía necesarios para cometer un delito según su plan, pero el delito no se consume, bien por falta de idoneidad del objeto material o del sujeto pasivo, o por la inadecuación de la acción a una figura legal.

4. La distinción entre tentativa y frustración

La fase de ejecución comprende dos formas de actuación y desarrollo de una conducta penal: “uno en el que el autor no ha dado término todavía a su plan (tentativa *inacabada*) y otro en el que ya ha realizado todo cuanto se requiere según su plan para la consumación (tentativa *acabada*)” (Bacigalupo, 1999, p. 462).

Dentro de estas dos formas imperfectas de ejecución se pueden señalar algunos elementos que las constituyen y que en su mayoría terminan siendo coincidentes. Así en la frustración existiría: a) resolución de

cometer el delito; b) puesta en peligro de un bien jurídico; c) dolo; d) Ejecución completa de los actos previstos por el autor; y, e) falta de consumación. Mientras que en la tentativa únicamente existiría una diferencia en cuanto a la ejecución ya que en esta es incompleta. “Fuera del ámbito objetivo, no hay ninguna diferencia entre tentativa acabada e inacabada. El dolo y los demás elementos subjetivos, así como la no consumación, son, pues, iguales en una y otra institución” (Muñoz y García, 2010, p. 421).

Para algunos autores, la distinción entre el delito frustrado y la tentativa está en razones cuantitativas ya que en la base son lo mismo. Por ello es que, incluso, el delito frustrado es también llamado como tentativa acabada dado que se han realizado todos los actos de ejecución, mientras que cuando solo se han dado algunos de los actos previstos que debían producir la infracción se denomina como tentativa inacabada o tentativa propiamente dicha.

En la legislación penal ecuatoriana, la distinción entre tentativa y delito frustrado se lo realizó en el Código Penal de 1906 tomando en consideración su proximidad a la consumación del delito. De hecho, para establecer la diferencia entre tentativa y el delito frustrado, el mencionado Código se sustentaba en una valoración puramente objetiva:

Art. 5.- Hay crimen o delito frustrado, cuando se ejecutan, con intención de cometerlo, todos los actos que deberían producir, como efecto, el crimen o delito consumado; y que, si no lo producen, es únicamente por circunstancias ajenas a la voluntad del infractor.

Art. 6.- Hay tentativa punible cuando la resolución de cometer un crimen o delito ha sido manifestada por actos exteriores que constituyen un principio de ejecución; y de manera que, si no hubo ejecución completa de los actos que debían producir la infracción, fue sólo por circunstancias independientes de la voluntad del autor.

En la actualidad, las legislaciones penales no contemplan al delito frustrado dentro de su articulado, la razón es que tanto en la tentativa acabada como en la inacabada el delito no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor por lo tanto no amerita proceder hacer una distinción de estas dos formas imperfectas de ejecución.

5. La tentativa idónea y la tentativa inidónea

Existe una multiplicidad de situaciones, tanto jurídicas como fácticas, por las cuales un delito no llega a consumarse y únicamente queda en grado de tentativa. No obstante, la legislación, al igual que la doctrina y la jurisprudencia, desde hace largo tiempo consideran que una conducta para que pueda ser sancionada como tentativa es necesario que sea idónea para consumir el delito.

Para Ernesto Albán, la idoneidad de una conducta para producir el resultado delictivo puede ser absoluta o relativa.

Será *absoluta* la idoneidad del acto (o del medio empleado para ese acto) cuando general, normalmente, es apto para producir el resultado delictivo deseado. A priori puede afirmarse que el disparo de un arma de fuego, el empleo de un veneno o de un puñal, son medios idóneos para cometer un homicidio. Utilizar estas armas es un acto absolutamente idóneo para matar.

Será *relativa* la idoneidad cuando el acto (o el medio) sin tener a priori una aptitud general para producir un determinado resultado, en ciertos casos sí puede producirlo, por las circunstancias especiales del caso en sí mismo o por condiciones particulares del sujeto pasivo de la infracción. Un alfiler puede matar a un hemofílico o una cucharada de azúcar a un diabético; una bala de perdigones que a cierta distancia no es idónea para matar, sí lo es a muy corta distancia; la utilización de medios psíquicos, morales o indirectos puede ser apta para causar la muerte de una persona cardíaca o que padece determinadas perturbaciones, etc., aunque, luego, en cualquiera de estos casos, este resultado posible no se haya obtenido por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. (Albán, 2015, pp. 213-214)

En cuanto al significado de idoneidad, hay que señalar que este término se refiere a que la conducta delictuosa debe ser adecuada y apropiada para conseguir el fin propuesto por el autor. Pero al analizar la tentativa desde un punto de vista objetivo, con posterioridad a haberse producido el hecho, es decir *ex post*, indudablemente la conducta será inidónea, sin embargo, la valoración se la tiene que hacer con los datos que

se tenía al momento del hecho delictivo, lo cual apareja que se acepte que determinadas conductas son idóneas para consumir un delito y consecuentemente merecedoras de una sanción.

La puesta en peligro de un bien jurídico es un aspecto importante dentro de la tentativa, pero para que ocurra esto es necesario que los medios utilizados, así como el objeto sobre el que recae la conducta sean aptos para la consumación del delito. Y es precisamente en la tentativa idónea donde se evidencia claramente el peligro para el bien jurídico, toda vez de que la tentativa idónea tanto los medios como el objeto son aptos para conseguir la consumación del delito.

De esto se desprende que una conducta será atípica si esta es incapaz de poner en peligro un bien jurídico a pesar de que el autor haya dado comienzo a la realización de su plan y, tratándose de una conducta atípica, el derecho penal debe abstenerse de ejercer su poder punitivo, a pesar de que el sujeto tenga toda la voluntad de delinquir y haya iniciado la ejecución mediante actos que, a juicio del autor, deben conducir a la consumación del objetivo propuesto.

Es absolutamente lógico que el derecho penal prescindiera su intervención ante conductas que no representan ningún peligro para los bienes jurídicos. En este sentido, el principio de mínima intervención penal establecido en el artículo 3 del COIP preceptúa que la intervención penal es el último recurso que tiene el estado y únicamente estará legitimada cuando sea estrictamente necesaria para proteger a las personas.

Frente a conductas que no ponen en peligro bienes jurídicos, ni *ex ante* ni *ex post*, es incensario que el derecho penal actúe, incluso a pesar de que el autor se represente que así puede consumir su delito.

Las razones para prescindir de la criminalización de conductas que podrían ser consideradas como tentativas, se fundamentan tanto en cuestiones de política criminal y de falta de peligro para el bien jurídico.

En primer lugar, por razones político-criminales evidentes se rechaza la punibilidad de la *tentativa irreal* (por ej., intentar matar a alguien con conjuros, atravesando con alfileres un muñeco, etc.).

En segundo lugar, se excluyen también aquellos supuestos en los que no existe un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico protegido (el autor quiere envenenar a la víctima con azúcar, o derribar un avión a pedradas). En ambos casos, aunque con una fundamentación puramente subjetiva no hay diferencias entre estas «tentativas» y las otras, el fundamento objetivo impide una extensión de la punibilidad a casos que más que un peligro para el bien jurídico o un mal ejemplo para la comunidad, mueven a risa o compasión por el sujeto. (Muñoz y García, 2010, p. 421)

Por lo señalado se puede decir que el fundamento de la punición de la tentativa se centra en la peligrosidad de la acción, la cual para que sea sancionada debe ser objetivamente adecuada para producir el resultado.

La idoneidad de los actos debe ser determinada y valorada tomando en cuenta dos aspectos esenciales: 1) la representación de las circunstancias que tenía el autor; y 2) el contexto en que actuó.

Disparar contra un cadáver, creyéndolo una persona viva, o con una pistola descargada, creyéndola cargada, no son conductas objetivamente peligrosas para el observador imparcial que conozca la realidad; pero pueden ser consideradas como peligrosas e idóneas para matar para ese mismo observador imparcial que crea, como el autor, que el cadáver es una persona viva o que la pistola está cargada (Muñoz y García, 2010, p. 422).

6. La tentativa en el COIP

Al ser la tentativa una extensión del tipo penal, es necesario que exista una regla expresa en la legislación penal que establezca su sanción, de lo contrario los jueces no podrían castigar estas formas imperfectas de ejecución y lógicamente quedarían en la impunidad.

En nuestra legislación penal esa regla se encuentra contenida en el artículo 39 del COIP que considera la tentativa de la siguiente manera:

Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito.

En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado.

Las contravenciones solamente son punibles cuando se consuman.

Al establecer que la “tentativa es la ejecución que no logra consumarse” se hace evidente que el tipo penal integra lo que en la doctrina se conoce como tentativa inacaba, mientras que la mencionar que el “resultado no llega a verificarse” se reconoce la punibilidad de la tentativa acabada o delito frustrado. Además, la conceptualización que plantea el COIP expresa claramente que el ámbito de lo punible se presenta desde la etapa de ejecución, con lo cual se hace patente que tanto la ideación como los actos preparatorios son impunes.

Sobre el elemento subjetivo de la tentativa se desprende que esta solamente se presenta respecto de los delitos dolosos, es decir en aquellos que el agente actúa *conociendo los elementos objetivos del tipo penal* como lo señala el artículo 26 del COIP

Así mismo sobre el comienzo de la ejecución de la tentativa, se evidencia que la definición de la tentativa del COIP se ajusta a lo que se sostiene en la teoría objetiva, en el sentido que de que el plan del autor es irrelevante a la hora de establecer el principio de ejecución, lo cual se puede observar específicamente en la parte que se menciona “la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito” lo cual significa que la valoración será de la significación del hecho mismo.

El COIP respecto de la acción que sería sancionada como tentativa, se decanta por criterios objetivos, al señalar que para determinar la peligrosidad de la acción es necesario que esta se ejecute a través de *actos idóneos* que irremisiblemente conduzcan de modo inequívoco al cometimiento de un delito.

Los casos más problemáticos donde se discute la idoneidad de la acción son los relacionados con los delitos contra los derechos de libertad. Por ejemplo, en los delitos contra la inviolabilidad de la vida, se debe de considerar no solamente los elementos materiales utilizados (armas, cuchillos, bates, etc.) o los elementos constitutivos del delito, sino también la intención del autor. En algunos de los casos es el propio infractor quien en su versión expresa su intención de causar la muerte de la víctima. Sin embargo, esto no es algo común, la mayoría de las veces el infractor se acoge al derecho al silencio establecido en el art .77.7, literal b. de la Constitución de la República del Ecuador, o en su defecto se dedique a señalar su inocencia incluso cuando es encontrado en delito flagrante.

Ante la imposibilidad de obtener de boca del infractor la intención que tenía al realizar su conducta, se hace imprescindible la utilización de los peritajes que permitan obtener los elementos de convicción suficientes para que fiscalía este en la posibilidad de determinar la existencia de un delito consumado o en grado de tentativa. De hecho, los informes periciales de reconocimiento médico legal son los que dan origen a las presunciones de responsabilidad, ya que estos determinan si la acción realizada pudo comprometer la vida de la persona, no solo por la afectación de órganos vitales sino por el número de heridas, como lo ha sostenido la Corte Nacional de Justicia al mencionar que:

La acción de apuñalar, es efectivamente idónea para dar muerte a una persona, no solo en aquellos casos en los que la lesión se produce en un órgano que resulta trascendental para el funcionamiento del cuerpo humano, sino también cuando la multiplicidad de las heridas deriva en un shock hipovolémico (desangramiento), circunstancias ambas que se pudieron haber presentado en la especie, de no haber sido por la oportuna intervención de terceros, que impidieron la continuación del ataque del procesado sobre su víctima. (Corte Nacional de Justicia Recurso de casación N. 592-2015)

En definitiva, cuando un delito queda en grado de tentativa es porque las acciones realizadas no fueron las idóneas para alcanzar su consumación. Sin embargo, no por ello todas las acciones que no logran consumarse deben ser sancionadas como tentativa, sino que se debe de valorar la idoneidad que estas tienen para producir el objetivo propuesto del sujeto que intenta consumir el delito. Es por ello que la dogmática penal ha considerado que existe una tentativa idónea cuando, a pesar de la falta de consumación del delito, la acción era adecuada para alcanzarla, mientras que existirá una tentativa inidónea cuando la acción prescinde de la aptitud para lograr la consumación (Bacigalupo, 1999, p. 464).

En lo que atañe al quantum de la pena, el tipo penal establece una reducción significativa de la pena con respecto del delito consumado, dado que si bien existe acción subjetivamente dirigida a la consumación del delito (Alcácer, 2000), esta no se ha producido en el aspecto objetivo por lo cual se expresa una menor peligrosidad delictiva.

La pena de la tentativa es siempre **inferior** a la del delito consumado. Según el Código podrá ir de un tercio a los dos tercios de la que se habría impuesto al sujeto activo si el delito se hubiese consumado. Esto significa que el juez deberá primeramente determinar la pena que, en el caso, habría merecido el delito consumado y establecer, luego, la de la tentativa. El Código no incluye ningún criterio para la regulación de la pena, como si lo hacía el Código de 1938 (peligro corrido y antecedentes del acusado), dejando en manos del juez el determinar la pena concreta entre el máximo y el mínimo. (Albán, 2015, p. 217)

Resulta conveniente señalar que en el ejercicio profesional la pena a imponerse por un delito en grado de tentativa, no solamente se reducirá por la naturaleza del mismo, sino que puede reducirse aún más si se somete a un procedimiento abreviado, es decir si la ejecución fue imperfecta para el cometimiento del delito, primero se debe reducir de uno a dos tercios del tipo penal, y a partir de esta cifra se debe reducir un tercio por acogerse al procedimiento abreviado.

Además, tal y como establece el inciso final, no cabe tentativa en las contravenciones. La razón se encuentra contenida en que estas al ser infracciones de menor gravedad, únicamente ameritan ser sancionadas solamente cuando se han consumado.

7. Consumación

La consumación o producción del resultado típico es la fase final o culminante del *iter criminis*, esto es cuando “el contenido desvalorativo de la norma prohibitiva se haya realizado plenamente en la forma en que se concretó la prohibición en el tipo penal” (Bustos y Hormazabal, 1999, p. 273), dicho de otra manera, cuando se han realizado todos los elementos descritos del tipo penal.

Así, el homicidio exige la afección a la vida de otro; las lesiones, que se produzca una afección de la salud individual de otra persona; y los daños, el menoscabo al patrimonio; etc. La diferencia esencial del delito consumado con la tentativa está en la forma de afectar al bien jurídico. En la tentativa, sea acabada o inacabada, siempre será una puesta en peligro del bien jurídico. En el delito consumado puede ser puesta en peligro o lesión efectiva, según cuál sea la forma en que el tipo penal haya previsto la consumación. Sólo en la consumación hay una plena concordancia entre el desvalor de acto típico y el desvalor de resultado. En el delito consumado, se ha producido la afección del bien jurídico en la forma prevista por el legislador. (Bustos y Hormazabal, 1999, p. 273)

221

El COIP en la Parte Especial, que va desde el artículo 79 hasta el artículo 370, tipifica varias infracciones penales atendiendo su forma consumada. Esta referencia no es una novedad de la legislación penal ecuatoriana, dado que los distintos códigos penales al tipificar los delitos generalmente lo hacen de la misma forma.

Carlos Creus al referirse al concepto de consumación menciona que este se presenta cuando el hecho penalmente relevante ha cumplido con todos los elementos constitutivos del tipo penal, es decir cuando “se ha concretado en la realidad la finalidad típica propuesta por el autor [...] o producido el resultado que el tipo consigna como consecuencia de la conducta del autor” (1992, p. 450).

En este mismo sentido, Alfonso Zambrano menciona que la “consumación es la obtención del fin propuesto y planeado mediante la utilización de los medios escogidos con tal finalidad” (2013, p. 94). De hecho, al haberse realizado el tipo penal una vez consumado el delito, “ya no es posible el desistimiento, sólo podría haber una causa de justificación, o bien una excusa legal absolutoria o, en último caso, una atenuación en relación al desvalor de resultado” (Bustos y Hormazabal, 1999, p. 274).

De lo expuesto se puede señalar que la consumación se caracteriza por haberse ejecutado de forma voluntaria y consiente todos los actos que configuran o dan como resultado una infracción penal.

El COIP dentro de su articulado no establece una conceptualización de consumación, dado que esta se

entiende como la realización del tipo en todos sus elementos. Así, por ejemplo, la consumación en el delito de robo, tipificado en el artículo 189 del COIP, se produciría cuando una persona se sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena mediante: a) amenazas; b) violencia; c) fuerza en las cosas; d) mediante sustancias que afecten la capacidad volitiva, cognitiva y matriz. De faltar alguno de estos elementos la conducta ya no se adecuaría al tipo de penal de robo sino a otro delito (hurto, por ejemplo) o incluso podría considerarse como no punible.

Por otro lado, la dogmática penal considera que es necesario distinguir la consumación formal y material. La *consumación formal* se produce al momento de la producción del resultado lesivo o incluso pudiendo adelantar la consumación. Esto ocurre fundamentalmente en los delitos de peligro, donde la prohibición penal no espera a que se produzca el resultado lesivo, sino que ya lo considera como consumado al hecho en un momento anterior. Tal es el caso de la instigación, contemplada en el artículo 363 del COIP, donde el delito se consuma al momento en que se instiga a otros a cometer un delito contra una persona o institución, no siendo relevante para su configuración se llegue a conseguir dicho fin.

La *consumación material*, en cambio tiene relación con el agotamiento o terminación del delito, es decir que el autor no solamente que ejecuta todos los actos que configuran o dan como resultado la infracción penal, sino que logra “todos sus propósitos delictivos, esto es, que en los delitos que tienen elementos subjetivos del tipo de intención trascendente, también se haya logrado tal intención (se haya realizado, lo que es indiferente para la correspondiente figura delictiva)” (Bustos y Hormazabal, 1999, p. 274).

En efecto, este tipo de consumación al ir más allá de lo que se encuentra establecido en el tipo penal carece de relevancia jurídico-penal ya que todos los actos que van más allá de la consumación no forman parte del delito.

En síntesis, siguiendo las distintas posturas y autores que sustentan desde portes teóricos en el pensamiento jurídico penal respecto a la tentativa y consumación, se advierte que la tentativa no llega a la consumación, ni agota el acto delictivo, el tipo objetivo en la tentativa no se completa, pero sin embargo el tipo subjetivo se considera íntegramente conforme como aparece un delito consumado, denominándose como incompleto o imperfecto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albán, E. (2015). Manual de derecho Penal Ecuatoriano. Tomo I Parte General. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Alcácer, R. (2000). La tentativa inidónea, Fundamento de punición y configuración del injusto. Granada: Comares.
- Antón, J. (1986). Derecho Penal. Parte General. Madrid: Akal.
- Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal. Parte General (2ª ed. ed.). Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- Balmaceda, G. (2018). Manual de Derecho Penal. Parte General. Chile: Librotecnia.
- Berdugo, I., Arroyo, L., García, N., Ferré, J., & Serrano, J. (1999). Lecciones de Derecho Penal. Parte General (2ª ed. ed.). Barcelona: Ed. Praxis.
- Bustos, J., & Hormazabal, H. (1999). Lecciones de Derecho Penal Vol. II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Trotta.
- Córdoba, M. (2001). La tentativa. Monografías de derecho penal. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- Creus, C. (1992). Derecho Penal. Parte General (3ª ed ed.). Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Fernández, J. (2011). Derecho Penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas. Bogota: Ibañez.
- Hurtado, J. (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General I. Lima: Grijley .
- Jakobs, G. (1997). Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.
- Jescheck, H. (2002). Tratado de Derecho Penal. Parte general. Granada: Comares.
- Jimenez de Asua, L. (1970). Tratado de Derecho Penal, Tomo VII. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A.
- Jiménez de Asua, L. (1997). Principios de derecho penal: la ley y el delito. Buenos Aires: Ed. Sudamericaba.
- Mayer, M. (2007). Derecho Penal. Parte general. Madrid: BdF.
- Mezger, E. (1958). Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina.
- Mir, S. (2011). Derecho Penal. Parte General (9ª ed ed.). Barcelona: Ed. Reppertor.
- Muñoz Conde, F., & García, M. (2010). Derecho Penal. Parte General (8ª ed ed.). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Núñez, R. (1963). El delito imposible. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Romagnosi, G. (1956). Génesis de Derecho penal. Bogotá: Editorial Temis.
- Roxin, C. (2014). Derecho Penal. Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Thomson Reuters-Civitas.
- Vásquez, S. (2017). Actos preparatorios y ejecutivos en la tentativa. *Revista Justicia y Derecho*, 103-122.
- Velasquez, F. (2013). Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Welzel, H. (1956). Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires: Depalma.
- Zaffaroni, E., Slokar, A., & Alagia, A. (2002). Derecho Penal. Parte General (2ª ed ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E., Slokar, A., & Alagia, A. (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar.
- Zambrano, A. (2013). Teoría del delito y proyecto de Código Orgánico Integral Penal. *Revista Ensayos Penales*, 81-99.

CAPÍTULO 15:

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Andrés Ismael Jácome Rocha
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra
andgandresjacome@yahoo.com

Introducción

Las consecuencias jurídicas del delito, entendidas como la respuesta inmediata al cometimiento de un delito, se clasifican en dos: la pena y las medidas de seguridad. Son un tema de gran importancia para el derecho penal parte general y también son objeto de interés de otras ciencias del conocimiento como: la filosofía, la sociología, la criminología, etc. La pena, por un lado, es muy discutida dentro de la ciencia penal, pues, implica la privación de bienes jurídicos protegidos de las personas (derechos); sin embargo, las medidas de seguridad conllevan un profundo análisis como alternativa a la pena clásica.

Este artículo es una guía básica sobre las consecuencias jurídicas del delito, aquí encontrará una breve descripción de la pena, partiendo desde su vínculo directo con el delito, sus nociones básicas y su concepto, importantes para comprender el ámbito aplicativo de la misma. Se explica el fundamento de la sanción penal mediante el criterio de las corrientes filosóficas más importantes del derecho. No menos importante se explica el presupuesto justificador de la pena o en palabras sencillas, el fin que esta persigue, por supuesto, con la enunciación de las teorías legitimadoras de la pena como: la teoría general y especial de la pena. Adicional a ello, para el fácil entendimiento de la evolución penal, puede encontrar los distintos tipos de pena y una lacónica pero no menos importante comparativa de las penas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Los criterios expuestos en este trabajo son sintetizados teniendo en cuenta el pensamiento aportado por destacados juriconsultos como: Eugenio Zaffaroni, Claus Roxin, Günther Jakobs, Dalton Bacigalupo, Santiago Mir Puig, Francisco Muñoz Conde, entre otros. Todos ellos especialistas en derecho penal y que no han dejado de estudiar a las consecuencias jurídicas del delito como un tema de invaluable importancia.

Las consecuencias jurídicas del delito pueden abordarse en cientos de hojas y para tener un sólido conocimiento del tema se debe profundizar con la lectura y el pensamiento crítico. El presente, no es un trabajo acabado, sino una invitación para los que gustan de las ciencias sociales, para estudiantes y profesionales del derecho, para el amante de la investigación, para quien busca profundizar sus conocimientos previos con bases sólidas; y también, para aquellos que, de alguna manera, buscan mejorar mediante el aporte doctrinal la relación jurídico-empírica de la norma.

224

1. Nociones sobre la pena

El delito indudablemente produce en la sociedad una reacción desagradable, un sabor amargo. Cuando se menciona el término “delito”, pensamos de inmediato en un aciago acontecimiento como: el asesinato, la violación, la estafa, un robo o un asalto, por mencionar algunos. En este sentido, debemos tener presente que, la consumación del delito implica un daño considerable a la integridad de la víctima y, por otra parte, provoca una perturbación al orden social establecido. Sobre la base de lo expuesto y en su afán por proteger el orden social, el hombre desde los albores de su existencia ha buscado combatir al delito y al delincuente mediante el uso o la imposición de castigo o reprimendas. Este último es conocido como una de las consecuencias jurídicas del delito.

Para entender el precepto de pena mencionado en el párrafo anterior, debemos conocer su contenido semántico y dimensionarlo al campo legal. Una consecuencia es el efecto que produce el realizar un suceso. Claramente, la RAE define a *consecuencia* como el “hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro”.¹ Sin embargo, en el campo jurídico, no debe usarse a la consecuencia jurídica como sinónimo de resultado; pues, el primero implica la imposición de un castigo y el segundo presupone el deterioro a un bien jurídico protegido. 1 Consecuencia refiere a “Hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro” (Real Academia Española, s.f., definición 1).

Veamos: cuando X persona maneja un vehículo automotor en estado de ebriedad y producto de los efectos del alcohol se accidenta contra una persona ocasionándole graves lesiones, el resultado, es el deterioro al bien jurídico protegido (derecho protegido), en este caso es la integridad corporal o psicológica; y, la consecuencia jurídica, luego de identificar la culpabilidad del sujeto mediante sentencia condenatoria, a diferencia del resultado, es el castigo impuesto por el sistema judicial, verbigracia, la privación de libertad o el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Esto dependerá categóricamente de la tipificación existente en el ordenamiento jurídico de un Estado.

La consecuencia jurídica del delito, dicho de otra manera, es el castigo impuesto al mal provocado. El “delincuente” debe asumir la responsabilidad de sus actos y como consecuencia tiene que ser sancionado con una pena o una medida de seguridad. La idea es que el “criminal” sea responsable por el daño producido. A modo de ejemplo, en la antigua Babilonia, un castigo común era amputarle la mano a la persona que robaba.² Del mismo modo, en el siglo V d. C, el castigo por traicionar al pueblo germano, consistía en suspender al desertor de la rama de un árbol, cuya ubicación sea remota a la ciudad, esto, con el propósito de exiliarlo. Del último ejemplo se puede extraer dos elementos esenciales para este análisis: El primero, que el delito produce un resultado y que este siempre va a ser el menoscabo a un bien jurídico protegido, en este caso es el perjuicio a la honra y soberanía del pueblo germano; y segundo, este delito tiene como consecuencia un castigo corporal y el destierro de su pueblo, una pena determinada por los líderes germanos de la época.

Una vez que entendemos que la consecuencia jurídica a un delito puede ser conocida como una pena, una sanción o un castigo, es preciso señalar cuál es la naturaleza jurídica de la misma. En los ordenamientos jurídicos de un estado, podemos encontrar consecuencias jurídicas: En el derecho civil, cuando una persona casada le es infiel a su cónyuge, la consecuencia jurídica puede ser el divorcio. Se podría pensar, que a esta persona se le debe sancionar penalmente por bigamia (atentado al pudor/ delitos contra la moral pública), pero actualmente en el Ecuador este tipo penal se ha derogado.³ En el derecho administrativo, un restaurante puede ser clausurado si no cumple con las condiciones higiénicas básicas establecidas por el ministerio de Salud para su funcionamiento; en el derecho laboral, el trabajador puede ser despedido legalmente si ha faltado tres o más días sin justa causa.

En el derecho penal, sin embargo, existe una característica peculiar que le diferencia del resto; y es que, en este ámbito, la consecuencia jurídica implica una restricción al bien jurídico de la persona responsable y por lo general va a estar ligada al tipo penal, a modo de ejemplo: A contrata a B para matar a C a cambio de un pago de 20.000 \$. B le hace un seguimiento a C hasta encontrar el momento idóneo para ejecutar la orden. B utiliza un arma de fuego (Revólver), dispara contra C y la bala impacta en su cabeza provocándole la muerte. En este punto podemos concluir lo siguiente: El asesino, ha vulnerado el derecho de la víctima a la vida, por lo tanto, a “B” se le establece la responsabilidad de este hecho como autor directo y “A”, es responsable como autor mediato. La consecuencia jurídica de esta acción es una sanción impuesta por el ordenamiento que implica una restricción a sus derechos como ciudadano y que en este caso puede ser la privación de libertad.

La norma penal, además, está estructurada en dos partes: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, aquí es donde se diferencia de las demás normas mencionadas anteriormente. “El mandato jurídico: establece un modelo de conducta y que se dirige a implementar un ideal de justicia. [...] La sanción, consecuencia derivada el incumplimiento de la norma” (Biberley, 2020). En otras palabras, el supuesto de hecho contiene la conducta desaprobada y la consecuencia jurídica es el castigo o reproche por haberla transgredida. Así, por ejemplo: La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años (COIP, 2014, art. 170). El supuesto de hecho es el abuso sexual y la consecuencia jurídica es la privación de libertad de tres a cinco años.

Entonces, cuando un individuo realiza un acto clasificado como delito, el estado luego de determinar su responsabilidad, en respuesta al hecho le asigna un castigo restringiéndole un derecho y de esa manera busca restablecer la paz en la sociedad.

² La ley del talión, conocida comúnmente por el pasaje bíblico “Ojo por ojo, diente por diente”, es la pena tradicional basada en una justicia retributiva o recíproca. Gran parte del Código de Hammurabi (Babilonia, siglo XVIII, a. C.) contenía penas talionarias. Un ejemplo es la Ley 197 que ordenaba quebrarle el hueso al hombre que quebrase el hueso de otro.

³ Bajo el régimen laicista se ha empezado a separar el derecho penal del pecado y por ello se considera que todo delito es ilegal, pero no todo acto ilegal/pecado es delito.

1.1. Características de la pena

Tabla 1
Características de la pena

a) La pena es una condena impuesta por una Sociedad.	b) La pena consiste en producir un mal	c) La pena puede presentarse de diferentes maneras	d) La pena es “restablecedora de la paz”
Para que exista penas, debe coexistir una sociedad.	La infracción trae consigo la afectación de un bien jurídico protegido.	Privativas de libertad, no privativas de libertad, pecuniarias.	Su aplicación se vincula con el ideal de justicia.
El <i>Ius puniendi</i> es regulado por el Estado por ende el estado regula las penas.	La pena consiste en disminuir un derecho fundamental de la persona.	Penas que no son comunes de aplicar: Pena de muerte, corporales e infamantes.	Restablece el orden social y resarce el daño a la víctima.

Cuando tratamos de conceptualizar a la pena, a primera vista ya podemos enfatizar que se trata de un castigo, un reproche, una condena o una sanción. Sin embargo, se lo puede relacionar también con un dolor, una aflicción o una tristeza. Asimismo, se puede pensar en la pena como sinónimo de cárcel o trabajo forzado; y, por último, pensamos en la pena como la satisfacción de la víctima de su derecho vulnerado o inclusive se suele pensar en la pena como un medio de venganza. Cuando se trata de definir la pena, todas estas ideas son acertadas, sin embargo, en el campo jurídico debemos delimitar su concepto a partir de las siguientes características:

La pena es una condena impuesta por una sociedad. Se debe tener presente que para establecer una consecuencia jurídica debe existir una sociedad. El humano es un ser social por naturaleza, la sociabilidad es parte de su supervivencia y en toda sociedad coexiste un orden, un estado con normas que regula la conducta de sus ciudadanos. En este sentido, el estado a través del derecho penal regula el poder punitivo⁴ cuya legitimidad casi no se discute, sino la forma en cómo se ejerce. El legislador es el encargado de tipificar al delito y establecer el tipo de pena y a su vez, el medio necesario para restablecer el daño causado (reparación integral). El concepto de pena variará entonces, dependiendo del ordenamiento jurídico y del sentido que este le dé.

La pena consiste en producir un mal. La restricción de un bien o un derecho. Para el penalista alemán Gunter Jakobs, “la infracción de la norma siempre viene acompañado del menoscabo a un bien jurídico importante” (Jakobs, 1997). Así pues, la pena consiste en disminuir un derecho fundamental a la persona por haber trasgredido la norma. En general esta restricción de derechos es un mal y existen diferentes tipos de pena de acuerdo con el derecho limitado. Veamos: cuando alguien es privado de la libertad se le está restringiendo un derecho. Este derecho es la libertad. Paradójicamente, el juez llamado a tutelar el derecho de la víctima también es requerido para restringir o censurar los derechos del “delincuente”.

La pena puede presentarse de diferentes maneras. La sociedad es cambiante, su cultura y sus costumbres evolucionan. Al momento que la sociedad se transforma la pena también lo hace. La pena entonces, obedece a la idiosincrasia del pueblo en un modo y tiempo dado y por esta razón, no se presenta de forma inequívoca; no obstante, por sus particularidades se puede clasificarla en grandes grupos, tales como: las penas privativas de libertad, las cuales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son las más graves; Las no privativas de libertad como el trabajo comunitario y las penas pecuniarias, que son aquellas en las que se imponen multas; penas restrictivas del derecho a la propiedad como los comisos y penas por su destinación para instituciones o personas jurídicas.

En algún punto de la evolución humana existió castigos más severos como la pena de muerte, pena que de acuerdo con la declaración de los DDHH se busca superar. Desafortunadamente la pena de muerte, las penas corporales o penas infamantes, siguen existiendo en algunos países alrededor del mundo, en especial en países de oriente.

⁴ El poder punitivo o *Ius puniendi* es la facultad que tiene el Estado (delegado por el pueblo), para sancionar a quien ha infringido sus normas jurídicas.

La pena es “restablecedora de la paz”. La pena está relacionada con el ideal de justicia. Pretende ser un medio para restablecer el orden social y reivindicar el derecho vulnerado de las víctimas. No importa si la pena es una mera retribución, un medio ejemplificador para la sociedad o un reproche individual para el culpable de un delito. El símbolo de la pena es la realización de la justicia. Así entonces, con respecto a si la pena es algo justo o necesario, estribará en gran medida de la acepción que la sociedad le dé a la misma, teniendo en cuenta que el concepto de justicia puede variar dependiendo del enfoque⁵. Es así que: “la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad” (Ruiz, s.f.).

2. Concepto universal de la pena

El Diccionario Jurídico de la Real Academia Española establece: “Por pena se entiende la ejecución real y concreta de la punición que el Estado impone[...]” (s.f.), de tal manera que la pena es el fruto del derecho punitivo que el ente estatal ejerce sobre quienes han acoplado su conducta a un nivel delictivo y criminal.

El Diccionario de la Real Academia Española (2001) define a la pena como un castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.

Para Efraín Torres Chaves (2002), la pena es una retribución legal a un acto ilegal. Es una privación de bienes jurídicos, que recae sobre el autor, cómplice o encubridor de un delito, en más o menos proporción al mal causado por estos.

Para Francisco Muñoz Conde (2001), la pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo.

Eugenio Raúl Zaffaroni, define a la pena como una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye y ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002)

Es así, que en un intento por sintetizar el concepto y recogiendo los elementos en común mencionados en las anteriores definiciones, se podría decir que la pena, es la forma con que el poder punitivo castiga o sanciona la violación o transgresión a un bien jurídico protegido por el Estado, limitando o restringiendo un derecho fundamental del culpable del hecho punible, con el fin de restablecer y mantener las condiciones mínimas para una convivencia.

También se puede manifestar que la pena es aquel producto (de *ultima ratio*) que deviene de un proceso desarrollado a través del aparato jurisdiccional, el cual busca condenar una conducta típica, antijurídica y culpable. En otras palabras, la pena es el resultado de una acción punible (delito).

Tabla 2

Fundamento de la sanción penal

Fundamento de la sanción penal	Pregunta	Respuesta
Sentido y Justificación	¿Por qué?	Protege los bienes jurídicos de las personas a partir del ideal de derecho planteado.
Finalidad	¿Para qué?	Para satisfacer, castigar, purificar, prevenir.

La incidencia criminal es un problema que afecta exponencialmente la calidad de vida de las personas y es una de las principales causas de vulneración de derechos. El más alto deber del Estado, es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Por eso existen medios para prevenir el delito como

⁵ Filósofos como Aristóteles, Platón, Ulpiano, Bentham, Tomas de Aquino, entre otros, han definido a la justicia de diferente manera y no existe un concepto único y simple de esta. Por eso hay que observarla desde diferentes enfoques que nos pueden ayudar a identificarla, normalmente estos son: distributiva, procesal, retributiva o restaurativa.

el control social formal y el control social informal, por ejemplo: la escuela, la familia, las costumbres, los valores religiosos, etc.

Solo cuando estos controles sociales han fallado, entra en acción el derecho penal de *ultima ratio* (la última razón) para proteger los derechos a través del poder punitivo y la imposición de penas. La justificación de la pena se refiere entonces, al mecanismo del poder punitivo para proteger los bienes jurídicos de las personas cuando los controles sociales han fracasado. Por eso la pena inclusive, ha sido tratada como “un mal necesario”.

El sentido de la pena, por otra parte, viene siendo la razón de ser, la esencia ontológica y pertenece a un plano filosófico, no obstante, para entenderla existen varios criterios que han surgido de la dogmática penal, que no es más que el pensamiento propio de los estudiosos del derecho. Este, no ha sido un tema menos importante para ellos y para su estudio, es vital remitirse a las grandes escuelas o corrientes jurídicas de cada etapa evolutiva del derecho.

- **Escuela jurídica penal clásica**

Hasta poco antes del nacimiento de los Estados modernos (es decir, del derrocamiento de las monarquías al nacimiento de los Estados de derecho), las penas eran crueles e inhumanas. La ilustración puso de manifiesto la arbitrariedad del *Ancien Régime* (antiguo régimen). El nepotismo y la concentración de poderes, era caldo de cultivo para la corrupción. Los juzgamientos eran injustos y no garantizaban las condiciones básicas de un proceso. Por otro lado, no existía proporcionalidad de la pena con el daño causado (nula dosimetría penal/ la sanción no era proporcional al acto realizado). “Esta (la pena), se basaba en la utilización masiva de la pena de muerte y de las penas corporales (tortura, azotes, mutilación, etc.)” (Mir Puig, 2016).

En medio de este sistema nefasto, obsoleto y absurdo, surge la escuela penal clásica, que mediante el aporte de sus “representantes”, busca darle a la pena, un sentido menos perjudicial y abusivo. Asimismo, busca integrar el razonamiento lógico al derecho penal, cuyo objeto era garantizar el efectivo goce de los derechos del hombre consagrados en aquella época. Los miembros más sobresalientes de esta escuela son Hegel, Rossi, Romagosa y Beccaria. Ellos consideran al Estado el único encargado de establecer el hecho penalmente relevante (delito) y asignarle la consecuencia jurídica correspondiente (pena), cuya legitimidad, establecida bajo el manto del pacto social, no se discute.

Cesare Beccaria pone de manifiesto la condición subjetiva del ser humano, presenta al Juez como alguien que puede ser influenciado por emociones, instinto o convicciones personales, por lo que destaca la necesidad de la creación de códigos penales donde se detallan de manera clara o precisa los delitos y las penas. La obra de Beccaria además, establece el punto de partida para distinguir entre el derecho penal de autor y el derecho penal de resultado, lo que permitió aplicar la pena bajo la idea del libre albedrío que es básicamente la capacidad que tienen las personas para decidir sobre sus actos.

En esta escuela sobresale el sentido utilitarista de la pena. La pena debe ser justa y útil, de modo que debe aplicarse solamente si existe un daño al bien jurídico protegido (control de legalidad) y si el delito y la pena se encuentran instituidos en un código legítimo. Asimismo, aparece un incipiente rechazo por la asimétrica proporcionalidad de la pena.

- **Escuela jurídico penal positiva**

Esta escuela nace a partir del “Movimiento Internacional de Reforma del Derecho penal” que se caracteriza, principalmente, por la búsqueda de la extinción de la pena de muerte o en su defecto de apartarla para los delitos “más graves”. Sus representantes más importantes: Enrico Ferri, Cesare Lombroso y Raffaele Garofalo le dieron una connotación científica al derecho penal. Esta escuela se destacó por negar el libre albedrío de las personas. A través de las ciencias médicas, querían demostrar que el delincuente nacía con rasgos criminales definidos y biológicamente determinados. Las personas que poseían estos rasgos criminales estaban destinadas a ser “delincuentes” en función de su propia naturaleza.

Bajo este punto de vista, el Estado podía prevenir la ocurrencia del delito mucho antes de consumarse. La sociedad pasaría a ser el primer garante de su seguridad y a través de mecanismos preventivos debe predecir

o determinar la peligrosidad de las personas, para luego poner en marcha una inocuización de sospechosos. La protección ante los crímenes era de carácter preventivo con el uso de medidas de seguridad y un régimen de rehabilitación social, “sólo un tratamiento adecuado a la peligrosidad de cada delincuente podía constituir un medio de lucha científica contra la criminalidad” (Mir Puig, 2016, p. 694). De este modo, el sentido de la pena en la escuela positiva es la prevención del delito y la defensa social. La consecuencia jurídica al delito consumado o no, se caracteriza por ser indeterminada y condicionada al tratamiento preventivo del delincuente (Medida de seguridad), sustituyendo esta última a la pena clásica, lo cual es propio del derecho penal de autor.

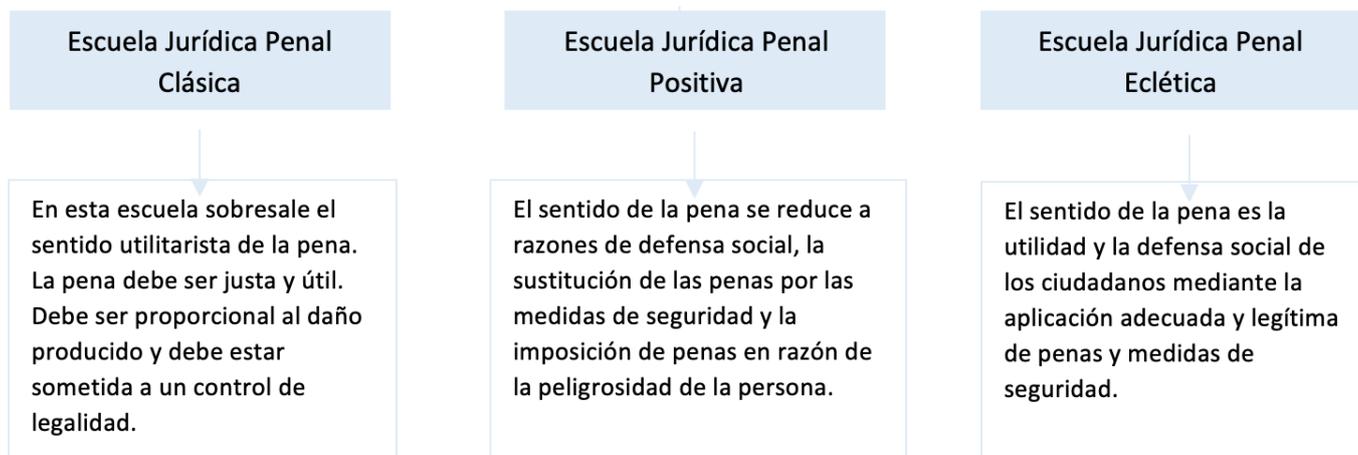
- **Escuela jurídico penal ecléctica**

Esta escuela es la compilación teórica y conciliatoria de las corrientes o escuelas penales anteriores. Sus máximos representantes son: Carnevali, Franz Von Liszt, Vicente Manzini, Bernardino Alimena, los cuales, a raíz del fracaso innegable de la escuela positiva, buscan instaurar un derecho penal sólido y justo. Hay que aclarar que no es una escuela en sí, sino la reunión de varias escuelas dentro una sola.

Esta corriente fusiona los postulados de la escuela clásica y la positiva para crear una corriente mixta. Para nuestro análisis, esta escuela considera a las consecuencias jurídicas del delito como bipartida en pena y medida de seguridad. El sentido de la pena es la composición filosófica aceptada por el Estado y forma parte del fundamento teórico del contrato social, además adhiere como causas del delito, factores sociales externos y factores individuales internos. Para esta corriente filosófica, el sentido de la pena es la utilidad y la defensa social de los ciudadanos mediante la aplicación adecuada y legítima de penas y medidas de seguridad en igualdad formal y material, encaminada a garantizar el orden y salvaguardar los bienes jurídicos protegidos.

Figura 1

El sentido de la pena

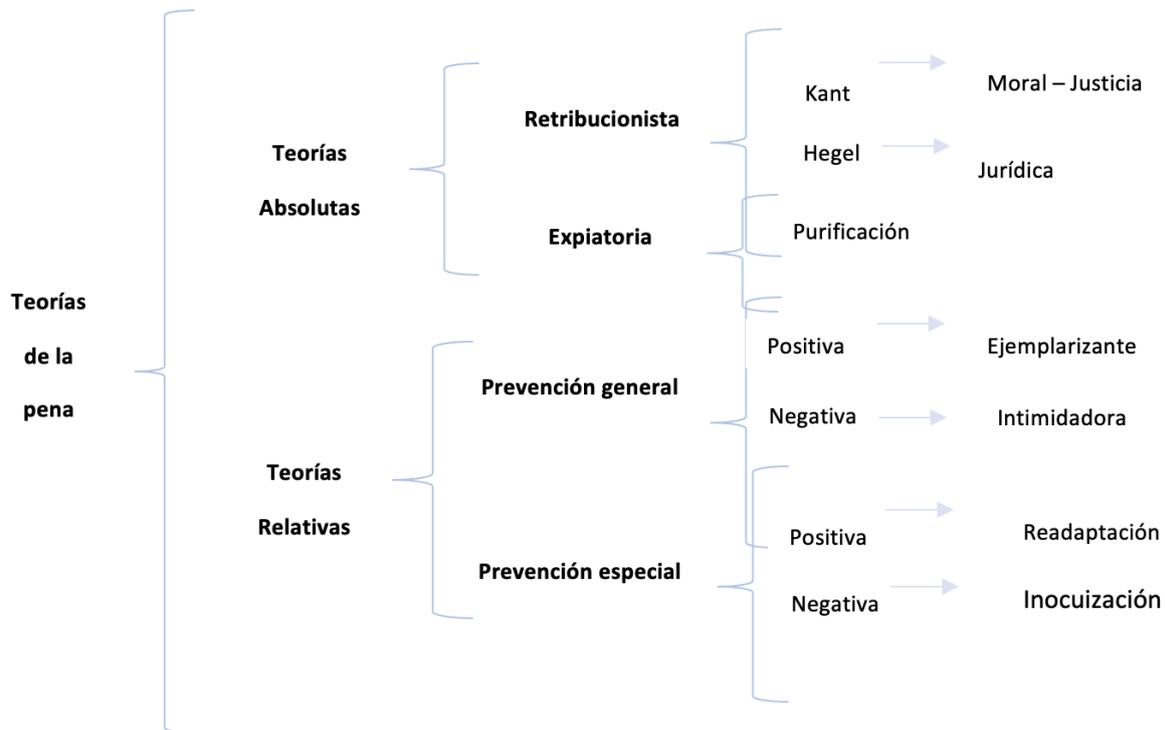


3. El fin o finalidad de la pena

El fin de la pena viene siendo el presupuesto justificador, el objetivo o el propósito que busca la sociedad para legitimar su aplicación y/o utilidad. Antes de establecer la consecuencia jurídica al delito, conviene señalar la finalidad que esta persigue. La pregunta que se debe plantear en estos casos es: ¿para qué se impone una pena? Sobre la base de esta interrogante, existen teorías idealistas que buscan darle respuesta. El *Ius puniendi* (poder punitivo) es ejercido por el sistema judicial; y las penas, se conciben en función del ordenamiento jurídico el cual, a su vez, establece el fin de la pena supeditándose a la política criminal del Estado. Por eso, es valioso señalar que existe una corriente abolicionista, un movimiento opositor al sistema delito-pena, aunque por el momento es motivo de otro análisis. Lo que nos ocupa entonces, es conocer las teorías más importantes que buscan legitimar la finalidad de la pena.

Figura 2

Teorías de la pena



3.1. Teoría absoluta

Para empezar, se debe mencionar que según esta teoría la pena no busca un fin social, aparentemente no busca un fin en específico. Consiste en castigar a una persona cuando esta ha cometido un delito sin que importe el resultado, por lo tanto “se sostiene que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores” (Zambrano Pasquel, 2014, p. 121). Es así que “se castiga pura y simplemente porque se ha cometido un delito” (Albán Gómez, 2015, p. 8). En este sentido, el fin de la pena no busca prevenir el delito, simplemente busca castigar. Con intención o por descuido, se sanciona a la persona que contraviene el ordenamiento. El delito es netamente la trasgresión de un bien jurídico que debía protegerse y por lo tanto este accionar conlleva un castigo. La teoría absoluta se divide en dos, la teoría absoluta retributiva y la teoría absoluta expiatoria.

a) Teoría absoluta retribucionista

La teoría absoluta retribucionista, desarrollada principalmente por Immanuel Kant y Friedrich Hegel explica que las penas deben ser atribuidas al infractor de una forma proporcional, de modo similar al ojo por ojo y diente por diente conocido como la ley del talión a la que Kant hace referencia, es decir, en este caso, el delito “grave”, tiene una pena grave o extensa, y un delito leve, tiene una pena leve o corta. Dicho esto, se entiende que la teoría absoluta retribucionista, plantea que “el delito, que es un mal, debe ser retribuido indispensablemente con otro mal, que es la pena” (Albán, 2015, p. 8) ya que la retribución significa “que la pena debe ser equivalente al injusto culpable” (Zambrano, 2014, p. 122),

Immanuel Kant, además, hacía alusión al castigo como una retribución netamente moral. Para entender el fin retribucionista de Kant, es necesario remitirnos a un ejemplo muy conocido y planteado por el:

Si los miembros de una sociedad decidieran disolverse; si, por ejemplo, el pueblo, que habita una isla, decide abandonarla y dispersarse por todo el mundo; antes de llevar a cabo esa decisión, debería ser ejecutado el último asesino que quedara en prisión, para que todo el mundo supiera el valor que merecen sus hechos y para que el crimen de homicidio no recaiga colectivamente sobre todo un pueblo por descuidar su castigo; porque de lo contrario podría ser considerado partícipe de esa injusticia. (Kant, 2005, p. 167)

Con este ejemplo, Immanuel Kant relaciona el castigo como la plena realización de la moral; debido a que, al cometimiento del delito, al menos se debe establecer una sanción que permita a la víctima directa o indirecta, afianzar su ideal de justicia. Kant expresa su pensamiento maniqueísta cuando precisa que: si alguien mata a una persona, consecuentemente debe morir, sin observar los factores o condiciones internas o externas que dieron lugar al delito. Además, plantea que “la pena es un imperativo categórico”. La pena es un fin en sí misma y no un medio para la realización de algo. Para Kant, no importa si se transgredió la norma, sino si el hecho, transgredió el ideal de justicia que está relacionado principalmente con lo que se debe hacer (deber ser) y la moral socialmente aceptada.

Por otro lado, Friedrich Hegel le da un fin netamente jurídico y dialéctico, básicamente, habla del delito como la negación al derecho y a la pena como la negación de la negación al derecho. Para entender este postulado imaginemos que una persona ha cometido un homicidio. Este delito es la transgresión o la negación al derecho; ahora bien, para reponer el estado anterior al daño hay que suprimir esta acción negatoria del derecho (delito) imponiendo una pena, en otras palabras, la negación a la negación del derecho. Sobre la base de lo expuesto, Hegel coincide plenamente con Kant cuando expresa que la pena no busca un fin preventivo.

b) Teoría absoluta expiatoria

Por otra parte, la teoría absoluta expiatoria concibe a la pena como un método de purificación, la pena enmienda o purga, permitiéndole al criminal reflexionar sobre el daño que ha ocasionado con su delinquir. “La imposición de la pena tiene un carácter moral. El sujeto sufre la pena para comprender el daño causado. Mediante la pena expía su culpabilidad” (Zambrano, 2014, p. 122), en otras palabras, “el delincuente debe pagar su culpa y debe hacerlo en forma pública, espectacular y aflictiva, porque sólo entonces el mal queda reparado y la sociedad, que ha sufrido el mal, se siente satisfecha y purificada” (Albán, 2015, p. 9).

El fin de la pena establecido en el COIP, no es un fin absoluto ni expiatorio; empero, al referirse a esta teoría, hay que mencionar al derecho indígena consuetudinario o justicia indígena del Ecuador que, de alguna manera, encaja con el fin expiatorio de la pena y que suele ser aplicado en las comunidades indígenas. Veamos: un miembro de la comunidad indígena es atrapado en delito flagrante robándose tres cabezas de ganado. El Cabildo o autoridades comunitarias inician un proceso con base en sus propias costumbres y tradiciones donde se le ha declarado culpable. La pena para el condenado, debe ser una purificación de sus pecados consistente en un largo baño de agua fría; número de azotes con cabestro y/u ortiga indeterminados, los cuales son proporcionados por sus mismísimos familiares (generalmente los padres) mientras es observado públicamente en un lugar concurrido de su comunidad. Podría pensarse que el castigo tiene como fin persuadir al resto de los miembros de la comunidad para que no cometan delitos; sin embargo, lo que se busca con esta pena es la reflexión y la purificación moral de la persona ante el crimen cometido y la expiación espiritual de su culpa con la *Pachamama*. Así entonces, se impone una pena denominada “purificación indígena”, cuyo procedimiento puede variar de cultura a cultura pero que siempre conserva su esencia expiatoria. En ciertos casos se habla también de la reconciliación con la madre tierra o *Pachamama* cuando se ha alterado su entorno. Hay que aclarar que las comunidades indígenas tienen jurisdicción y competencia exclusivamente dentro de su territorio y que están debidamente delimitadas para aplicar su derecho de manera legítima.

3.2. Teorías relativas

Franz Von List y Ludwig Feuerbach fueron los principales exponentes de la teoría relativa, manifestaban que la pena no debe ser un mero castigo o una retribución, más bien, debe cumplir un fin objetivo tendiente a combatir al delito mediante la prevención. Estas teorías plantean que una pena debe ser utilizada con el fin de que la persona o la sociedad no vuelva a cometer un delito, dicho con otras palabras, quien pretende aplicar un castigo “de modo razonable, no debe de realizarlo por el injusto ya cometido, sino en atención al futuro, para que en adelante ni el mismo delincuente vuelva a cometerlo ni tampoco los demás, que ven como se le castiga” (Jescheck, 1993, p. 63).

Lo que se pretende con esta teoría, es que, se pueda establecer un castigo previo, para que no se cometan hechos delictivos, “la pena será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito” (Zambrano, 2014, p. 121) además que “debe ser también un medio empleado por el Estado, junto a otros de diversa naturaleza, en la prevención y en la

lucha contra la criminalidad” (Albán, 2015, p. 10) garantizando de alguna manera la prevención de delitos, ya que, si se advierte sobre el castigo ante el cometimiento de un hecho reprochable, este tipo de actitudes decaerían en la sociedad. La teoría relativa, se divide en: teoría de la prevención general positiva y negativa y teoría de la prevención especial positiva y negativa. Las teorías generales son aquellas donde el fin de la pena va dirigido todos los ciudadanos y las teorías especiales recaen sobre el delincuente en específico.

a) Prevención general negativa

Un fin de la pena es la intimidación, *grosso modo*, infundir miedo en la sociedad para prevenir y reducir la incidencia del delito, por ejemplo: la guillotina, asociada principalmente con la Revolución Francesa (en especial al periodo del Terror), era una máquina que consistía en poner al condenado, en una estructura de contrapesos con su cuello aprisionado, el verdugo soltaba la cuerda y esta caía sobre su cuello cortándolo en dos partes. Finalmente, la cabeza era separada del resto de su cuerpo provocándole la muerte instantánea. Esta pena, puede cumplir un fin mixto, uno netamente sancionador y otro preventivo. Sancionador, porque su objetivo solamente es castigar al culpable y preventivo, por que busca atemorizar a los ciudadanos y así, estos, se abstengan de cometer más “delitos”.

La prevención general negativa, funciona como amenaza, con la pena se busca intimidar a los ciudadanos mediante la idea que, “si se hace algo malo, se tendrá un castigo”, “si se comete un delito, se obtendrá una sanción”. “La pena es un medio con el cual se busca intimidar a la sociedad para prevenir la comisión de delitos. La pena vendría a ser ejemplificadora para el resto de la sociedad” (Zambrano, 2014, p. 124) es así que se trata de “combatir al delito amenazando a los habitantes de la sociedad con la aplicación de sanciones más o menos severas en el evento de que cometan delitos” (Albán, 2015, p. 10).

En Latinoamérica de mediados del siglo XV, en pleno apogeo de la época colonial, la Corona Española descollaba por imponer impuestos indebidos o desproporcionados a los nativos indígenas. A estos últimos no les alcanzaba el dinero para saldar sus cuentas, por lo que generalmente un nuevo impuesto desembocaba en una revuelta. Para controlar esta situación los capataces de hacienda, obedeciendo las ordenes de la alta Corona Española, condenaban al líder del mitin castigándole severamente para que el resto desista de las manifestaciones. Una muerte lenta y dolorosa era la pena para los díscolos insubordinados, se les humillaba y avergonzaba delante de la gente. Las penas más intimidantes de este periodo colonial eran: la amputación de testículos con navaja o cuchillo y, el estiramiento de extremidades impulsado por caballos hasta el desmembramiento de cuerpo, todos acompañados de la infortunada humillación y exhibición pública.

La idea de aplicar estas penas en presencia de todo el pueblo era generar en los demás una paranoia colectiva. La amenaza o la intimidación, infunden terror sobre los castigos que se pueden aplicar si se desobedece el orden impuesto. Este es un claro ejemplo de prevención general negativa. En este sentido, la teoría general negativa precisa que la pena previene el cometimiento de un delito, siempre y cuando este contenida con una amenaza. Actualmente, la intimidación se puede ver materializado en un Código Penal, cuando dentro del catálogo de delitos se establece la pena que corresponde al delito, por ejemplo: si A extorsiona a B obteniendo un beneficio patrimonial en desmedro del otro, el primero tendrá una pena privativa de libertad de tres a cinco años; si C incendia un bosque, produciendo un daño irreparable al ecosistema, en estricto cumplimiento a las políticas de desarrollo sustentable, será sancionado con una pena privativa de libertad, una multa y trabajo comunitario. Es decir, el Estado a través de la norma te advierte que, si cometes un delito, tendrás una sanción, lo que se supone debe generar cierto nivel de intimidación y desistas de hacerlo.

Por otro lado, el catálogo de delitos puede dirigirse a los ciudadanos de manera netamente informativa. El fin de la prevención general negativa tiene la misma esencia en la actualidad, pero las penas no son tan severas como antes. En el Ecuador, el COIP establece el fin de la pena como la prevención general, pero no especifica si esta deba ser negativa o positiva. Sin embargo, la privación de la libertad (pena vigente) infunde temor en la sociedad, más aún por los factores internos que se producen en los centros de rehabilitación social como la inseguridad, el hacinamiento y la insalubridad de sus instalaciones.

b) Prevención general positiva

Al igual que en la prevención general negativa, el fin de la pena en la teoría general positiva va dirigido a todos los ciudadanos; empero, la pena no es intimidadora sino más bien, exhorta a la abstención del delito mediante el apaciguamiento de la conciencia normativa y el control social. La pena “refuerza los valores de la sociedad o por lo menos refuerza la vigencia del ordenamiento jurídico. En este sentido, la pena vendría a ser un medio para reforzar la validez del ordenamiento jurídico” (Zambrano, 2014, p. 124), por otro lado “las penas sirven para mantener a las normas como modelo de orientación para las relaciones sociales” (Albán, 2015, p. 10). En este contexto, es importante mencionar que siendo así, existe una comunicación entre el Estado y la sociedad a través de la norma. En cuanto al derecho penal, este debe estar sometido a la constitución siendo el marco valorativo de todo sistema penal y, por ende, se debe persuadir al ciudadano de actuar en pleno respeto al ordenamiento jurídico, fomentando la confianza y eficacia del derecho.

La pena impuesta en el contexto de la presente teoría demuestra que la aplicación de la norma penal es totalmente válida y aceptada socialmente. Dicho de otra forma, con la sanción no se intimida, se exige. Su éxito reside en la comunicación activa entre Estado y sociedad. Un ejemplo de la prevención general positiva son las señales de tránsito, estas informan sobre disposiciones y recomendaciones de seguridad al conductor y peatón como: señales de velocidad, señales de prohibición, señales de peligro, por mencionar algunos, los cuales procuran garantizar la seguridad vial. Sobre la base de lo expuesto, en resumen, la prevención general positiva inconcusamente busca prevenir el incumplimiento de una norma sin la necesidad de amenazas, advierte y se auto realiza en la eficacia de las instituciones públicas por lo que renueva la fidelidad de los ciudadanos hacia el orden instituido.

c) Teoría especial negativa

A diferencia de la teoría general, la pena ya no buscan persuadir a los ciudadanos de no cometer delitos, la pena va dirigida al “delincuente” (infractor de la norma) y solo a este exclusivamente. El delincuente representa un peligro inminente para el Estado y para la sociedad. Los ciudadanos no se encuentran seguros viviendo en conjunto con los delincuentes, corren el riesgo frecuente de ser víctimas de un delito. Según la teoría especial negativa, la pena consiste en separar al delincuente de la sociedad, así se protege a los ciudadanos y se evita la reincidencia. Esto es lo que se conoce como la inocuización o incapacitación del delincuente, *grosso modo*, aislar a delincuentes potencialmente peligrosos por tiempo indeterminado o, incluso, perpetuamente de la sociedad para que determinados delitos no ocurran nuevamente. “Si el delincuente está aislado no cometerá delitos”.

El aislamiento o la separación se producen incluso en campos no penales, por mencionar un ejemplo, en las instituciones educativas, se separa a los alumnos problemáticos (incorregibles) de los otros con el fin de proteger el bienestar de las posibles agresiones que pudiese ocasionar. El ejemplo no es propio del derecho, pero básicamente denota el ideal de esta teoría, aislar y/o apartar al transgresor de un “grupo”, para que deje de ocasionar daños durante su aislamiento. Veamos: un miembro del grupo insurgente Al Qaeda, es detenido por un atentado terrorista ocurrido en un vuelo Miami-Michigan (Estados Unidos). Una vez juzgado culpable, es trasladado a la cárcel de Guantánamo en Cuba (prisión militar de alta seguridad) para ser recluso y cumplir con su condena. No es encarcelado en una prisión estatal debido a su alta peligrosidad, por lo que ha sido totalmente neutralizado.

Eso es precisamente el fin que persigue la pena según la teoría especial negativa, la prevención mediante la inocuización del delincuente. Ataca directamente al responsable del delito y pretende aislarlo o alejarlo de la sociedad para protegerla. Zaffaroni (2002) expresa: “Para la prevención especial negativa la criminalización también se dirige a la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad...” (p. 64). Esta teoría especial, en su forma negativa, inhibe al sujeto de posteriores conductas delictivas a través del aislamiento o apartamiento de un conglomerado social, mediante la aplicación de una pena coercitiva, promoviendo la depuración de aquellos individuos sociales que no pueden ser reformados y categorizándolos dentro de una amenaza a su convivencia en una sociedad. “La característica del poder punitivo dentro de esta corriente es su reducción a coacción directa administrativa: no hay diferencia entre esta y la pena, pues ambas buscan neutralizar un peligro actual” (Zaffaroni, 2002, p. 64), por lo tanto, el ente estatal, encargado de ejercer y aplicar el poder punitivo, solamente minimiza y no erradica el acto criminal, puesto que no lo corrige, sino que lo elimina.

En el Ecuador, en ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales” (COIP, 2014, art. 52), sin embargo; los delincuentes que cometieron asesinato, violación, tráfico de drogas a gran escala, son recluidos entre los 15 a 25 años de prisión en centros de reclusión de alta seguridad como el Centro de Rehabilitación Social de Cotopaxi en la ciudad de Latacunga; el Centro de Rehabilitación Turi de la ciudad de Cuenca o el Centro de rehabilitación de La Roca de la ciudad de Guayaquil que básicamente neutraliza a estas personas, debido a la alta peligrosidad que representan para la sociedad.

d) Teoría especial positiva

Las teorías especiales han dejado de lado la función social de la pena. Como se mencionó anteriormente, el fin de la pena en las teorías especiales recae sobre el delincuente. Según la teoría relativa de la pena: prevención especial negativa, la pena lisa y llanamente busca la neutralización del delincuente, es un medio para “sacar de circulación” al delincuente, por lo que, en contraposición a la prevención especial negativa, se plantea la pena como una forma o un medio, para resocializar al sujeto infractor. La comisión de un delito y, por ende, la aplicación de la pena justificaría al Estado para intervenir en la vida del sujeto con programas de escolaridad, trabajo remunerado, rehabilitación psicológica, entre otros, con el fin de “corregir” o bien “sanar” al sujeto. Por consiguiente, la pena sería indeterminada hasta el punto de que solo se otorgaría la libertad cuando el sujeto estuviese “corregido”. El objetivo de la pena en esta teoría, dicho de otro modo, es la rehabilitación del delincuente para que no vuelva a delinquir, puesto que, mediante la rehabilitación esta, se puede convertir en una persona “socialmente aceptable”.

Según esta teoría, el delincuente es un ser inadaptado, un antisocial que ha cometido delitos por causa de factores externos. Por mencionar un ejemplo, el ladrón ha delinquirido porque el Estado no le ha proporcionado recursos necesarios para su manutención, este incluso no tuvo acceso a la educación y jamás fue encaminado con valores propios de la sociedad, pues nunca tuvo la protección familiar y social que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos. El delincuente es un ser humano y no necesita ser aislado. El ser humano es un ser social por naturaleza por lo que el aislamiento no previene el cometimiento de nuevos delitos, lo intensifica o empeora la situación de estas personas. Es por esto que la teoría solo es consistente si su integración va de la mano del aparato estatal, las instituciones de salud pública y el apoyo interdisciplinario de las ciencias objetivas. El delito no es un problema que deba ser abordado solamente desde la óptica penal, para esto existen ciencias como la criminología que han planteado soluciones objetivas al mismo, sin dejar de lado el soporte institucional del sistema de salud pública.

Para resumir, la teoría especial positiva busca la prevención del delito mediante la rehabilitación, resocialización y reinserción del delincuente en sociedad. En el Ecuador, el organismo encargado de la rehabilitación de las personas privadas de la libertad es el SNAI (servicio nacional de atención integral a personas privadas de la libertad y adolescentes infractores) que actualmente ha llevado a cabo un proyecto denominado transformación del sistema de rehabilitación social a nivel nacional, que busca la reinserción del delincuente mediante la implementación de programas como el estudio a distancia, talleres de capacitación, deporte integral y trabajo remunerado.

4. El fin o finalidad de la pena en el Ecuador

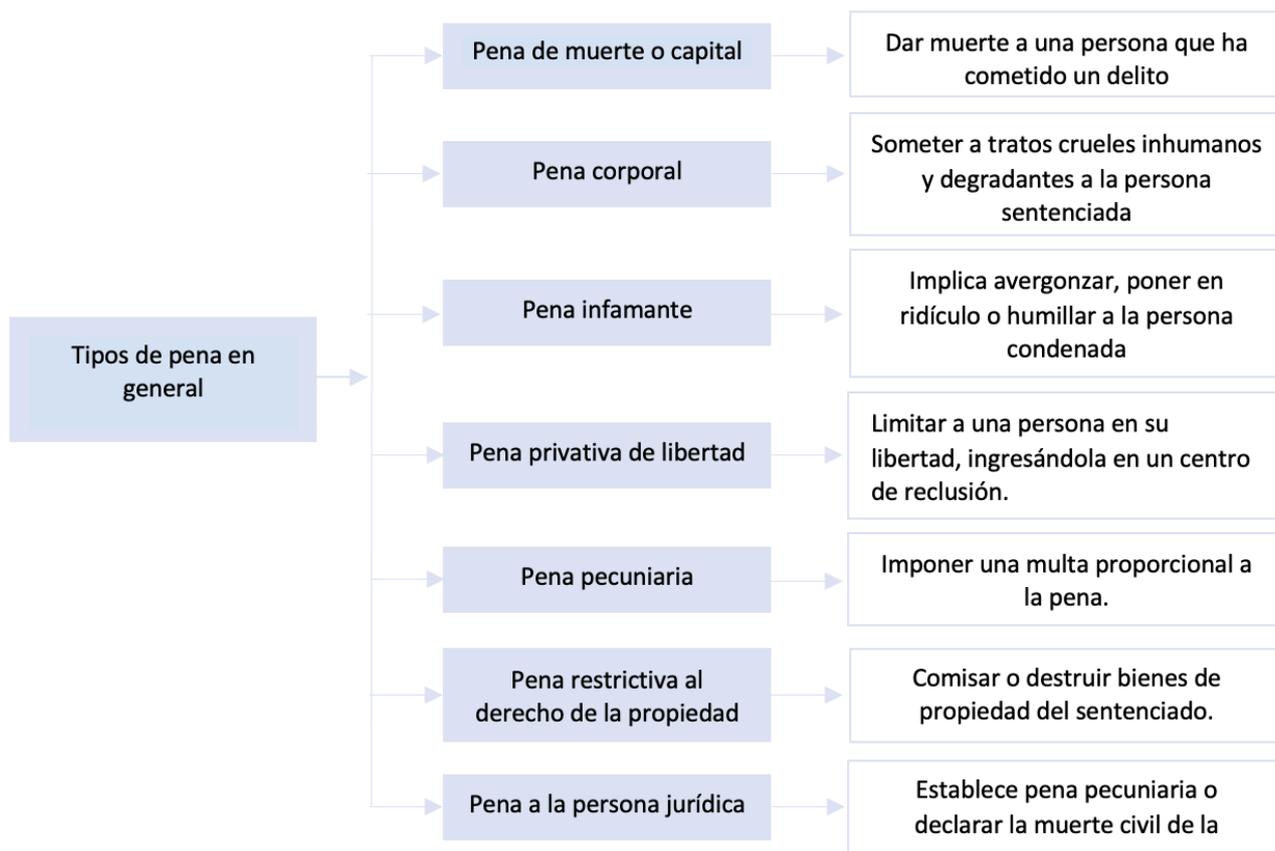
El sistema jurídico ecuatoriano define a la pena como “una restricción a la libertad y a los derechos de las personas como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles” (COIP, 2014, art. 51), dicho con otras palabras, la pena se convierte en la restricción de derechos de la persona que ha sido sancionada por una sentencia condenatoria ejecutoriada, esto, como el castigo por haber trasgredido la norma. Según el cuerpo legal, el COIP, la teoría legitimadora que persigue la pena en el Ecuador es, la teoría general relativa, enfocada a la prevención positiva ya que así se establece:

Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales. (COIP, 2014, art. 52)

De la misma forma, en el Código Orgánico Integral Penal, se encuentran descritos los delitos junto con la pena correspondiente, a fin de que la sociedad conozca las consecuencias jurídicas del delito.

Figura 3

Tipos de pena en general



Los tipos de pena han evolucionado con el paso del tiempo, es importante conocerlos ya que algunos siguen vigentes dentro de los distintos sistemas jurídicos del mundo, pero algunos de ellos han desaparecido o se han eliminado por ser innecesarios o severos. Uno de los más discutidos, por ejemplo, es la pena de muerte o capital, que desapareció de algunos Estados modernos por la influencia e incorporación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las normativas internas. En este sentido, este apartado muestra una clasificación universal y compendiada de los tipos penas, su estudio es transcendental para comprender la clasificación interna de las penas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Este tipo de penas, afectan directamente al bien jurídico de la persona condenada o sentenciada. La restricción se produce directamente a un derecho como la vida, la libertad o el patrimonio, así encontramos:

Penas de muerte o capital. Terminar con la vida de una persona, es la máxima sanción jurídica impuesta por una autoridad. La pena de muerte es tan antigua como el origen de la humanidad, era impuesta consuetudinariamente en la comunidad primitiva y es impuesta actualmente por Estados modernos. Por otro lado, en lo concerniente a lo legal, es incorporada dentro de una norma como tal, en el código de Hammurabi (1750 a. C), donde existía normas específicas relacionadas como la ofensa a “Dios”, este acto debía ser reprendido con el castigo más severo. Con el derrocamiento de los Estados teocráticos, la ofensa a Dios desaparece como principal causa de la pena de muerte, esta pena necesita un nuevo justificante, la ofensa al Estado o el peligro potencial que supone el delincuente en la sociedad.

A lo largo de la historia, bajo esta pena, las personas han sido ejecutadas por: decapitación, en la guillotina o con hachas, crucifixión, horca, muerte en espectáculos públicos, justas en el Coliseo Romano, muerte en la hoguera, fusilamiento, cámara de gas, silla eléctrica, inyección letal, entre otros. Veamos un ejemplo: el filósofo Sócrates, fue sentenciado a pagar con su vida, en uno de los juicios más memorables de la antigua Grecia. El pensamiento socrático obraba contra de la existencia polisémica de los Dioses, o de eso se lo acusaba, además de pervertir a la juventud. Condenado a morir ingiriendo Cicuta, fallece en el año 399 a. C, bajo la pena de muerte por envenenamiento.

Actualmente algunos países dentro de sus sistemas jurídicos mantienen en vigencia este tipo de pena, siendo aplicada con el fin de amenazar o como política inoquizadora para delincuentes altamente peligrosos; pese a ello, se ha evidenciado, que este tipo de sanción no es la más adecuada en cuanto a su aplicación, los argumentos sobran. En varias ocasiones se ha descubierto, que la pena de muerte ha sido impuesta a personas inocentes. En este sentido, la pena de muerte no debería ser aplicable bajo ningún concepto.

Penas corporales. La pena corporal a diferencia de la pena de muerte es menos severa, pero es cruel e inhumana, fue utilizada principalmente en los inicios del modo de producción esclavista y el feudalismo. Consistían en flagelar físicamente el cuerpo de una persona, causándole sufrimiento o dolor físico. Dentro de las penas corporales más conocidas encontramos: la lapidación, los azotes, vapuleo, mutilación, quemaduras, ahogamiento, etc.

Existen dos escenarios que ejemplifican de manera notable la práctica de las penas corporales: el esclavismo y el feudalismo. En el primero, las personas fueron cosificadas, consideradas menos que un animal, por su condición étnica o económica, eran vendidos y adquiridos como un bien. Estas personas trabajaban de sol a sol sin recibir una compensación económica, comían menos de lo necesario y vivían en condiciones deplorables en barracas. Cuando un esclavo obraba mal o se insubordinaba contra sus amos, era azotado frente al resto de sus compañeros, mientras estaba amarrado fuertemente de un tronco.

Como segundo escenario, en la edad media o modo de producción feudalista, en 1480, aparece el Tribunal de la Santa Inquisición encargado de establecer los castigos a quien no actuaba conforme a las reglas impuestas por la iglesia católica. La Santa Inquisición es recordada por imponer las penas más dolorosas e inhumanas en la historia de la humanidad. El objetivo principal del Santo Oficio era la unificación de la Iglesia, lamentablemente este se tornó en la persecución y la pesadilla terrenal de las personas que practicaban otras religiones, los herejes, científicos y similares. Por mencionar algunos ejemplos, el tipo de sanciones era: la combustión, torturas, descuartizamientos, asfixia, mutilaciones, laceraciones, entre otros. La característica principal de estas penas es provocar la agonía y el sufrimiento de los condenados.

Penas infamantes. La pena infamante es poner en ridículo o humillar a la persona condenada, este tipo de prácticas en la actualidad no es común que se lleven a cabo, pero aun así son aplicadas, principalmente en países donde aún su cultura lo permite, como en Irán, donde se aplica la lapidación pública por adulterio, humillando y haciendo pública la infidelidad; ahora bien, en la antigüedad eran comunes este tipo de prácticas.

La pena infamante era aplicada junto con la pena de muerte o la pena corporal, ya que éstas eran llevadas a cabo en público, exponiendo a la persona avergonzándole ante la vindicta pública. Veamos: Jesús de Nazaret fue despojado de sus prendas de vestir, coronado con espinas y obligado a transportar una cruz de madera pesada por las calles de Jerusalén frente a todo el pueblo mientras recibía azotes, escupitajos y golpes. Una vez que llega a la colina de Gólgota, es crucificado y en la parte superior de la Cruz, se le coloca un letrero que a la traducción señala “Jesús de Nazaret Rey de los judíos”. Es así, que en este ejemplo, se evidencia la aplicación de estas penas drásticas (la pena de muerte y pena corporal) junto con la humillación pública que es la pena infamante).

Penas privativas de la libertad. Hablar de la pena privativa de libertad, es decir que una persona será limitada en su derecho de movilidad y ciertos derechos sociales porque ha sido sentenciado por el cometimiento de un delito. Esta pena se cumple en un prisión, cárcel o centro de rehabilitación social, la idea es el encierro, donde se alojará la persona sentenciada por el tiempo que dure su condena.

Es común que este tipo de pena se confunda con la prisión preventiva, por ello es importante diferenciar que la pena privativa de libertad, se vincula con una sentencia donde se establece la responsabilidad penal de una persona sobre el cometimiento de un delito, esta, es emitida con base en las pruebas presentadas y es dictada por un juez o tribunal; por otra parte la prisión preventiva, es temporal y es utilizada para fines investigativos o preventivos, más no para el cumplimiento de la pena.

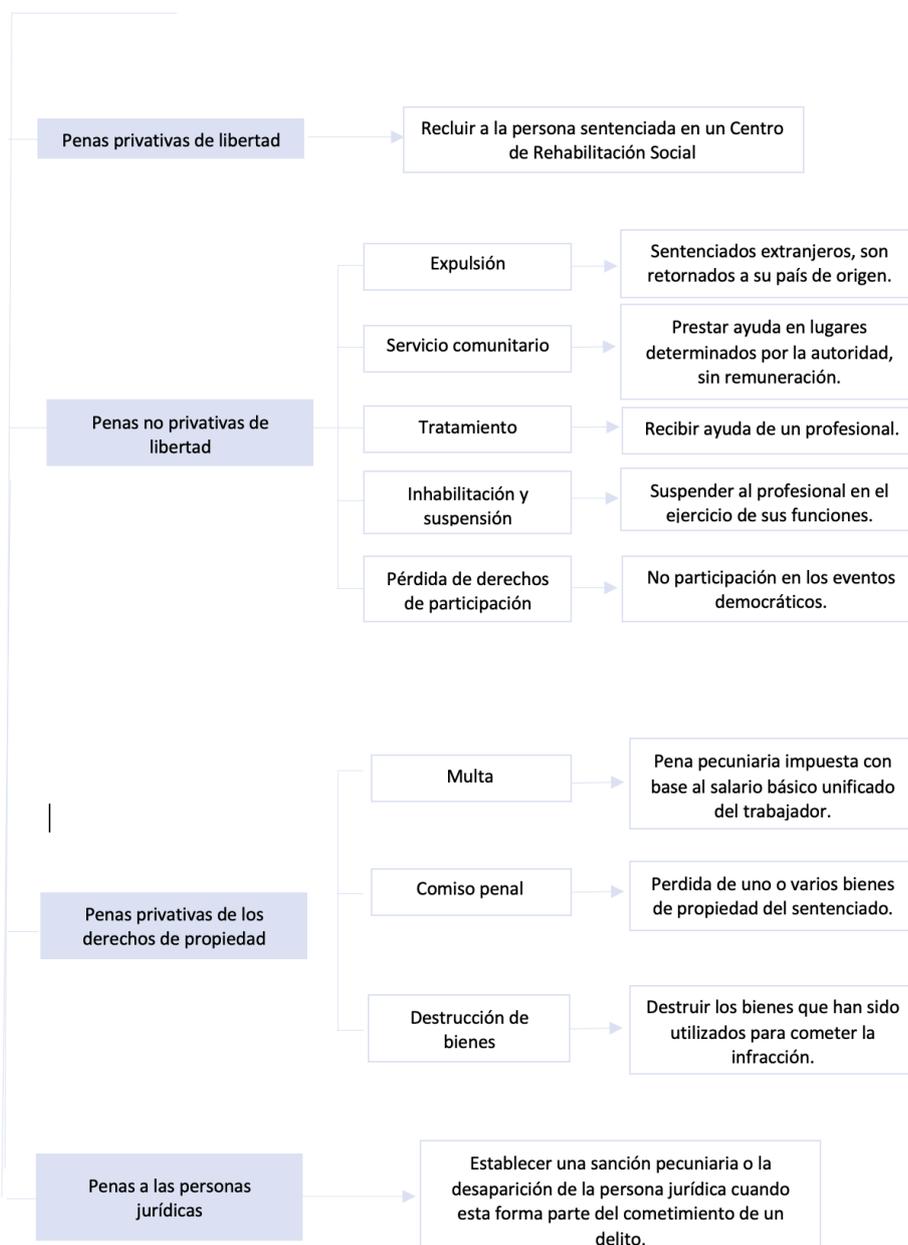
Penas pecuniarias. Estas penas corresponden a la imposición de multas, es decir que la persona que ha cometido una infracción, deberá pagar cierta cantidad de dinero, valor o especie por el daño ocasionado a un bien jurídico, esto principalmente, cuando son delitos leves como Falsificación de marcas, piratería lesiva contra los derechos de autor, o cuando son contravenciones. Pueden condenarse junto a otro tipo de penas para satisfacer la reparación integral de las víctimas.

Penas restrictivas del derecho a la propiedad. Esta sanción pretende limitar en el derecho a la propiedad a la persona sentenciada, imponiéndole multas o quitándole parte de sus bienes. Es así que este tipo de pena es común en los delitos aduaneros, principalmente el contrabando. Por ejemplo, una persona se encuentra transportando mercadería en la frontera sin haber pagado los respectivos impuestos para el ingreso, una vez puesta en manos de las autoridades competentes para el caso, en cuanto a la sanción, aparte de recibir una pena privativa de libertad, se le impone una multa correspondiente al tipo penal, se comisa toda la mercadería que se encuentra de forma ilegal, se debe pagar el impuesto correspondiente de la mercadería que ingresó de forma irregular al Estado y el vehículo que se utilizaba para transportar el material de contrabando es retenido o comisado conforme al COIP.

Penas a las personas jurídicas. Al igual que una persona natural, la institución denominada persona jurídica está dotada de derechos y obligaciones por lo que al ser responsable por un delito se le sanciona con penas pecuniarias, es así que, si en una institución existe la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una de una o más personas, en estos casos la pena como tal será pecuniaria. Si una persona jurídica es responsable de un delito grave como por ejemplo de lesa humanidad, al igual que una pena de muerte la sanción correspondiente es la extinción como persona jurídica.

Figura 4

Las penas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano



Dentro de este apartado, se explica lacónicamente los distintos tipos de pena que existen en el ordenamiento jurídico. A manera de resumen estas son: penas son privativas de libertad, no privativas de libertad, restrictivas del derecho a la propiedad, pecuniarias y a las personas jurídicas. Es importante mencionar que, en el Ecuador, la pena de muerte fue eliminada absolutamente del ordenamiento jurídico en el año de 1906,⁶ este principio es conocido como derecho constitucional a la inviolabilidad de la vida.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, acoge varias de las penas que se han descrito en líneas anteriores, mismas que son:

Penas privativas de la libertad. Esta sanción busca limitar el derecho a la libre movilidad de las personas en el ejercicio pleno de dicha facultad, “en la legislación ecuatoriana, las penas privativas de la libertad son, en casi todos los casos, las penas principales, mientras las demás penas son básicamente accesorias” (Albán, 2015, p. 252); Por otra parte, la normativa establece que “las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años” (COIP, 2014, art. 59), es decir que una persona en el Ecuador no podrá pasar más de cuarenta años privado de su libertad, y aunque haya cometido muchos delitos y tenga varias condenas de por medio, éstas no se acumulan sino hasta el límite de cuarenta años.

Penas no privativas de la libertad. Son conocidas como penas accesorias debido a que generalmente se imponen en conjunto con las penas privativas de libertad, dentro de este tipo de sanciones se encuentra la siguiente clasificación:

- **Expulsión:** este tipo de pena es aplicada a los delitos cuya sanción supera los cinco años de privación de libertad una vez cumplida la pena. Atañe directamente a las personas extranjeras que han cometido algún delito en territorio ecuatoriano, prohibiéndoles regresar al país en un lapso de diez años.
- **Servicio comunitario:** esta pena es llevada a cabo en lugares estratégicos como: asilos de ancianos, orfanatos, comedores municipales, aldeas S.O.S, donde la persona sancionada deberá prestar sus servicios no remunerado y colaborar con lo que sea requerido. Este servicio comunitario no es remunerado y actúa como pena accesoria o como sustitución de la principal privativa de libertad.
- **Tratamiento:** el sentenciado deberá recibir capacitaciones, cursar un taller orientado a la rehabilitación en proporción al delito cometido y si la situación amerita debe someterse a un tratamiento psicológico, mismo que deberá ser establecido por el juzgador, previo un examen pericial o informe técnico.
- **Inhabilitación y suspensión:** esto se aplica, cuando la sentencia versa sobre un delito que vincula a la persona con su profesión, como el homicidio culposo por mala práctica médica. En dicho caso, una vez cumplida la condena, al médico se le impedirá ejercer su profesión, de forma temporal o inclusive definitiva.
- **Pérdida de derechos de participación:** las personas sentenciadas, pierden parte de sus derechos al momento de cumplir con la pena impuesta, se limitan exclusivamente los derechos de participación, tales como ser partes de una democracia representativa o la democracia directa o comunitaria.

Penas privativas de los derechos de propiedad: este tipo de penas, afectan a los derechos reales, a los bienes muebles o inmuebles del titular donde recaiga la sanción. Estás se clasifican en: la multa, comiso penal y destrucción de bienes.

- **Multa:** esta sanción es pecuniaria, es decir que “consiste en el pago de una suma de dinero, establecida en sentencia, que el condenado está obligado a realizar a favor del Estado” (Albán, 2015, p. 256), esta es impuesta con base en el salario mínimo unificado del trabajador de forma proporcional con la pena que se le es asignada a la persona. La multa no corresponde al pago por reparación integral, son dos figuras diferentes, ya que la primera es una sanción pecuniaria impuesta por el juez, que debe ser pagada al Estado por el delito cometido; mientras que la reparación integral cuando esta es establecida como reparación económica, corresponde a una cantidad de dinero que debe ser pagada por la persona sentenciada para reparar el daño ocasionado a la víctima.

⁶ Ecuador ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en 1969, así como el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP-PF2), destinado a abolir la pena de muerte en 1993.

- Comiso penal: esta sanción recae sobre los bienes que utilizó una persona para el cometimiento de un delito, “consiste en la pérdida del dominio de ciertos bienes del infractor, cuya propiedad pasa al Estado” (Albán, 2015, p. 259). Esto se aplica en delitos dolosos, ya que para su ejecución se requiere de instrumentos como armas, dinero, material digital, equipos tecnológicos entre otros. En los casos culposos esta figura no es aplicada.
- Destrucción de bienes: esto corresponde a la destrucción de los bienes que han sido utilizados para el cometimiento de un delito, son destruidos bajo un protocolo y con los respectivos cuidados de la cadena de custodia, todo esto para que no existan inconsistencias o sean utilizados para fines delictivos. Algunos de los bienes que se han comisado, previa autorización puede ser utilizados con fines lícitos siempre y cuando no atenten contra la seguridad del Estado o de la ciudadanía.

Penas para las personas jurídicas: esta sanción en el Ecuador es aplicada de forma independiente a la responsabilidad de la persona natural dentro del cometimiento de un delito o contravención dentro del ordenamiento jurídico. Es así que la pena que se impone a una persona jurídica es:

- Extinción de la persona jurídica: esta figura es aplicada, cuando el delito cometido por una persona jurídica es muy grave, en este sentido se encuentran delitos como: lesa humanidad, trata de personas, delitos de diversas formas de explotación, ocupación uso ilegal de suelo o tráfico de tierras, falsificación de marcas y piratería lesiva a los derechos de autor, tráfico de migrantes, comercialización, distribución, importación, almacenamiento y dispensación de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso y consumo humano caducados, destrucción de bienes del patrimonio cultural, cohecho, tráfico de influencias, defraudación tributaria, lavado de activos, delitos contra el sistema financiero, financiación de terrorismo.
- Pena pecuniaria: esta pena es atribuida a la persona jurídica, cuando los delitos cometidos son graves, menos los delitos de lesa humanidad y leves. Se impone una multa con base en el salario básico unificado del trabajador en una cantidad proporcional al daño producido por la infracción.

4. Las medidas de seguridad como consecuencia jurídica del delito

El delito es un problema y la sociedad siempre ha buscado el modo de combatirlo. Se podría decir que el delito no se puede eliminar por completo, pero si existen mecanismos que hacen esfuerzos por intentar reducirlo. Una ciencia que se ocupa de estudiar este fenómeno es la criminología y que tiene sus orígenes en la escuela positiva. Esta escuela propone el uso de medidas de seguridad como alternativas al delito como forma de prevenir al delito mediante la inocuización de la persona peligrosa.

Con el avance de la ciencia del derecho, se implementaron afortunadamente las medidas de seguridad, que es una consecuencia moderna (no tan antigua como la pena) que favorece especialmente a las personas inimputables, es decir aquellos que carecen de madurez mental suficiente para atribuirles una pena. Su finalidad es mixta, pues busca la unión de las teorías relativas de la pena. Por lo tanto, en la actualidad existe un consenso total sobre la aplicación de penas y medidas de seguridad.

Hay que dejar en claro que las medidas de seguridad no son penas privativas de libertad y ni pretenden serlo, aunque tengan gran similitud con ellas; lo que se pretende con la aplicación de medidas de seguridad, no es la inocuización de los procesados por haber cometido actos típicos y antijurídicos que implicaría su culpabilidad. Las medidas de seguridad al tomar en cuenta la imputabilidad del procesado, pretenden no hacer juicios de reproche a pesar de haberse cometido actos típicos y antijurídicos, es por ello que el análisis de la culpabilidad como tercera categoría dogmática del delito ni siquiera se llega a analizar al requerir estrictamente imputabilidad; muchas legislaciones de corte dualista, han optado por la aplicación de medidas de seguridad para las personas procesadas que son inimputables y que por su condición no pueden ser sancionadas penalmente

Al dejar de lado la vieja concepción de derecho penal monista, cuya única finalidad era la aplicación de penas privativas de libertad, estamos reconociendo dentro de nuestros ordenamientos jurídico/penales una concepción del derecho penal dualista. El dualismo del derecho penal implica ya no solo la aplicación de penas privativas de libertad, sino también de medidas socioeducativas o rehabilitadores; es así que el derecho penal dualista se subsume dentro de los ordenamientos jurídicos ya no en forma de represión, sino que también en forma de medida de prevención de la delincuencia.

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán (2010) lo dejan muy en claro y manifiestan que: “la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la culpabilidad o responsabilidad del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la peligrosidad de éste” (p. 52). Peligrosidad entendida como una mera probabilidad de cometimiento de un futuro delito y su evitación a toda costa; peligrosidad que, si no es posdelictual, es ampliamente discutible dentro de ordenamientos jurídicos que optan por un derecho penal de acto y no de autor.

La doctrina no establece una única clasificación de las medidas de seguridad, es más, la clasificación depende de cada autor; por ello, de manera muy general, las medidas de seguridad se clasifican según la finalidad (estrictamente correctivas) y según su contenido. De las dos grandes clasificaciones anteriores, las medidas de seguridad se subdividen en: medidas de seguridad correctoras, que implica el tratamiento psicológico del infractor; medidas de seguridad de aseguramiento, que en su mayoría tiene que ver con el internamiento psiquiátrico; medidas de seguridad personal, que implica una libertad condicionada o vigilada y bajo ningún motivo una privación total de libertad y medidas de seguridad real, siempre y cuando exista afección a objetos materiales.

En el Ecuador, debido a las corrientes de pensamientos positivistas, las medidas de seguridad fueron introducidas al ordenamiento jurídico penal y se las concibió como un mecanismo de prevención aplicable a las personas que manifestaban un Estado de peligrosidad. Dentro del Código Orgánico Integral Penal, la única medida de seguridad como tal es la tipificada en el artículo 76 referente al internamiento en un hospital psiquiátrico y es aplicable solo cuando la persona cuya internación hospitalaria se requiere es inimputable; pero el COIP peca de ambiguo al establecer dentro artículo 619 el término “medida de seguridad apropiada” sin previamente establecer otras medidas de seguridad diferentes a las del artículo 76.

En referencia a las medidas de seguridad en el contexto jurídico ecuatoriano, el autor Ernesto Albán Gómez (2015) manifiesta lo siguiente: “también son en realidad medidas de seguridad, las medidas socioeducativas que se pueden imponer a adolescentes infractores, que también son inimputables” (p. 276). Lo anterior lo fundamenta en lo establecido en título V “Las medidas socioeducativas” del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia y siempre bajo estricto cumplimiento de los principios de legalidad, proporcionalidad y con observancia de las garantías del debido proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albán Gómez, E. (2015). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Tomo I Parte General (Primera ed.). Quito, Pichincha, Ecuador: Ediciones Legales.
- Amuchategui, G. (2012). Derecho Penal. Ciudad de México, México: Oxford University Press.
- Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador.
- Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Beccaria, C. (1993). Tratado de los delitos y las penas. Argentina: Editonnl Heliasta S.R.L.
- Biberley . (2020). Biberley. Obtenido de https://www.iberley.es/temas/norma-juridico-penal-estructura-elementos-funciones-46781?__cf_chlaptcha_tk__=pmd_59502d9685ace617ade6dbd3d9c5b0f4f155e055-1628713252-0-gqNtZGzNAzjcnBszQdO
- Diccionario Jurídico . (s.f.). Obtenido de <http://diccionariojuridico.mx/definicion/pena/>
- Doval Pais, A. (2018). Las consecuencias jurídicas innominadas Una reflexión sobre los límites del principio de legalidad penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 1-29. Obtenido de <http://criminol.ugr.es/recpc/20/recpc20-21.pdf>
- Gil, A., Lacruz, J. M., Melendo, M., & Nuñez, J. (2018). Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España. Madris: DYKINSON.
- Ilting, K.-H. (1997). Fundamentos de la filosofía del derecho.
- Jackobs, G. (1997). Derecho Penal Parte General. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas.
- Jakobs, G. (2003). La idea de la normativización en la dogmática jurídico - penal. Madrid, España: Civitas.
- Jescheck, H.-H. (1993). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada: Comares.
- Kant, I. (2005). La metafísica de las costumbres (Cuarta ed.). Tecnos.
- Luzón Peña, D. M. (2004). Curso de Derecho Penal Parte General. Madrid, España: EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.
- Meini, I. (2013). La Pena. Función y presupuestos. Derecho PUCP, 141-167. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>
- Mir Puig, S. (2016). Derecho Penal Parte General (10 ed.). Madrid, España: EDISOFER S. L.
- Muñoz Conde, F. (2010). Derecho Penal. Parte general. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Pérez Arroyo, M. R. (1996). Las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal peruano. Derecho & Sociedad, 226-238. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14363>
- Pérez Legón, D. (2007). Las teorías sobre la pena (Pena de muerte y privación de libertad). Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 135-146. Obtenido de <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/182/177>
- RAMIS, J. (2005). Reflexiones sobre el trasfondo político en el juicio contra Sócrates, (0716-1840), 1-2. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/atenea/n491/art05.pdf>
- Real Academia de la Lengua Española. (2001). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Obtenido de <https://www.rae.es/drae2001/pena>
- Ríos Corbacho, J. M. (2011). Las consecuencias jurídicas del delito y el cine: un acercamiento a la resocialización en el nuevo siglo. Ciencias Sociales, 6-23. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5035067>

- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. (D.-M. L. Peña, M. D. Conlledo, & J. d. Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.
- Ruiz, M. C. (s/f). Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal. *Derecho & Cambio Social*. Obtenido de <https://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm>
- Torres Chaves, E. (2002). *Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Velásquez, F. (2013). *Manual de derecho penal Parte General (Quinta ed.)*. Panamá : Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- Zambrano Pasquel, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Intergal Penal. Referido al Libro Primero Parte General*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

CAPÍTULO 16:

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Carmen Avelina Eguiguren Eguiguren
Universidad Técnica Particular de Loja
ceguiguren@utpl.edu.ec

1. Consideraciones generales

La posibilidad de imputar una infracción penal a una persona jurídica es el resultado de un importante debate en la historia del derecho penal; y es que la responsabilidad penal está ligada a elementos tales como conciencia,¹ voluntad y culpabilidad.² En cuanto a esta última, Muñoz y García explican que se trata, más que nada, de establecer si procede una pena al autor de un hecho típico y antijurídico (2010, p. 92); siendo que la culpabilidad es uno de los factores más importantes a la hora de imponer una pena.

Los autores reflexionan sobre los elementos positivos específicos del concepto dogmático de culpabilidad, de entre los que se destacan: capacidad de culpabilidad, conocimiento de antijuricidad, exigibilidad de otra conducta distinta, etc. O sea, una suerte de comprensión absoluta sobre la infracción penal.

Muñoz y García destacan que el concepto de culpabilidad “se emplea como proscripción de la responsabilidad por el resultado, o responsabilidad por el resultado, o responsabilidad puramente objetiva [...] el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible [...]” (2010, p. 93).

Sí, la culpabilidad es igual a reprochabilidad, porque infiere la posibilidad de imputar a una persona, natural o jurídica, una infracción penal, de reprocharle esa infracción. Por ello, ha habido una corriente histórica muy importante que ha negado la posibilidad de reprochar penalmente a la persona jurídica: “[...]la posición tradicional en el derecho europeo continental y latinoamericano fue negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas[...]” Así lo reseña Albán, recordando que, por otro lado, en las últimas décadas, el pensamiento penal ha evolucionado y que en algunos países se dieron pasos desde la tradición romanista hasta lo que antes solo se había encontrado en la tradición del *common law* (2015, p. 103).

Los elementos que este autor señala como preponderantes a la hora de argumentar en contra de responsabilizar penalmente a la persona jurídica, pasan por (i) la propia naturaleza de la persona jurídica,³ es decir, una creación legal y no un ser real; y, (ii) la imposibilidad de que una persona jurídica cometa actos delictivos porque no puede realizar el acto delictivo, pues este exige una conducta con contenido de voluntad; porque no se le podría achacar el reproche propio de la culpabilidad (elemento subjetivo del delito), en especial por la vinculación psicológica y normativa de una persona física con un acto concreto; y porque no es susceptible de penas características en los sistemas penales, ni de que estas cumplan con las finalidades retributivas, preventivas o rehabilitadoras que le son propias (2015, pp. 104-105).

En contraposición a lo dicho, Albán también destaca, en su obra, el pensamiento de muchos teóricos penales a favor de la reprochabilidad penal a las personas jurídicas. El principal argumento, dice:

[...] está vinculado a una realidad que la criminología considera especialmente grave en las sociedades modernas[...] muchos delitos se cometen, no sólo (sic) para beneficiar a empresas, constituidas como personas jurídicas, sino que se comenten a través de ellas [...] frente a tales hechos, se ha desarrollado la tendencia a considerar que no puede seguirse hablando exclusivamente de la responsabilidad de los individuos que dentro

1 Es importante recordar, para efectos de lo señalado, que *conciencia* es la capacidad del ser humano de distinguir entre bien y mal, permitiendo a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios; y, *consciencia*, es la capacidad del ser humano de reconocer la realidad que lo circunda y de relacionarse con esta (Real Academia de la Lengua, 2021).

2 “Los autores suelen atribuir a esta palabra dos acepciones distintas: en sentido lato, significa la posibilidad de imputar una persona un delito, sea de orden penal o de orden civil. En sentido estricto, representa el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad civil o de responsabilidad penal” (Ossorio, s.f.).

3 En Ecuador, ente ficticio que debe ser representada judicial y extrajudicialmente por una persona física (artículo 564 del Código Civil de Ecuador).

de las personas jurídicas realizan tales actos, sino que, en la política criminal de un Estado, debe preverse la posibilidad de que también las propias personas jurídicas sean calificadas como sujetos activos de delito [...]. (2015, pp. 105-106)

Lo cierto es que, con posiciones a favor o en contra, la responsabilidad penal de personas jurídicas es un hecho en el territorio ecuatoriano, por obra del artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal.⁴ Esta norma penal, reformada en febrero de 2021,⁵ para acrecentar su cuerpo normativo en materia de lucha contra la corrupción,⁶ desarrolla circunstancias atenuantes de la sanción para personas jurídicas, bajo ciertos presupuestos que prueban debida diligencia en el manejo de este tipo de entes.

Para comprender el alcance de la reprochabilidad penal a la persona jurídica y la posibilidad de sancionarla, es importante que revisemos qué es una persona jurídica a la luz de la norma civil y a ello vamos.

2. La persona jurídica en el derecho civil

El Código Civil del Ecuador denomina a la persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (art. 564),⁷ acepción que nos presenta un primer hecho importante, a saber: la persona jurídica es un ente ficticio. El mismo artículo, además, determina las especies de este tipo de personas: “corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”.⁸

2.1. Patrimonio y disolución

Sobre su patrimonio, el artículo 568 del mismo cuerpo normativo civil, establece que:

Lo que pertenece a una corporación, no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarla, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación. Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad.

Con estos elementos de la normativa civil ecuatoriana, ya sabemos que la persona jurídica es capaz de ejercer derechos, de obligarse y de ser representada,⁹ y que los delitos de estafa y más defraudaciones de los fondos de la corporación, se sancionarán “con arreglo a sus estatutos, sin perjuicio de lo que dispongan, sobre los mismos delitos, las leyes comunes”.¹⁰

4 Código Orgánico Integral Penal. Ley O. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Reformado el 17 de febrero de 2021. Ecuador (2014).

5 Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción. Registro Oficial Suplemento 392 de 17 de febrero de 2021. Ecuador (Asamblea Nacional, 2021). Por obra de la Disposición Final de este cuerpo reformativo, la mencionada Ley entra en vigencia ciento ochenta días a partir de su publicación en el Registro Oficial.

6 El primer considerando de la Ley Reformatoria al COIP, establece que DÓNDE SE CIERRAN COMILLAS “[...]la Constitución de la República del Ecuador determina que ... son deberes primordiales del Estado garantizar a sus habitantes el Derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática libre de corrupción. Así mismo, el segundo considerando de este cuerpo legal reformativo establece que “[...]la Carta Magna determina en el artículo 83 numeral 8, de los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos, el administrar el patrimonio público honradamente y con apego irrestricto a la Ley, así como también, denunciar y combatir los actos de corrupción”. De igual manera, el último considerando de esta Ley determina que: “[...]la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción constituyen norma para los estados en cuanto a la prevención y represión de actos irregulares cometidos por funcionarios públicos”. Con estos antecedentes, podemos comprender por qué estas reformas, básicamente, están encaminadas a la lucha contra la corrupción en Ecuador.

7 Código Civil. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Reformado el 08 de julio de 2019. Ecuador (2005).

8 Código Civil. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Reformado el 08 de julio de 2019. Ecuador (2005).

9 Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido este carácter. Art. 570 del Código Civil. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Reformado el 08 de julio de 2019. Ecuador (2005).

10 Art. 574 del Código Civil. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Reformado el 08 de julio de

En cuanto a su disolución, requieren aprobación de la autoridad que legitimó su establecimiento y también puede ocurrir por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros.¹¹

2.2. Derechos y obligaciones de las personas jurídicas en Ecuador

Larrea Holguín (2010, p. 430), cita a Luis Claro Solar a fin de definir a la persona jurídica como “un ser ficticio que el legislador crea para satisfacción de las necesidades sociales”; criticando al Código Civil ecuatoriano por conservar la definición de este tipo de personas como “ficticias”, porque dicha definición “está imbuida de la doctrina de la ficción, muy en boga en el siglo XIX, y hoy día prácticamente abandonada”.

Es así que, Larrea Holguín, no duda en definir a la persona jurídica como “[...] una organización de sujetos (individuales o colectivos) con un fin que el derecho debe proteger y por lo cual, actúan como titulares de Derecho reconocidos por el orden jurídico”. Considera que esta definición es “suficientemente amplia para englobar a las distintas personas jurídicas, tanto públicas como privadas” (2010, p. 430).

Rolando Tamayo señala que, además de seres humanos existen otras entidades, tratadas por el derecho como personas jurídicas (1984); y, en cuanto a su accionar, la persona jurídica “no siempre actúa; basta con que tenga la posibilidad de hacerlo; es suficiente con que tenga la *aptitud* para realizar actos jurídicos... Ser persona, consecuentemente, es una cualidad o atributo jurídico: poder celebrar actos jurídicos (p. 85). Más adelante, el mismo autor enfatiza que “persona jurídica” no significa “hombre”, “ser humano”; pues los atributos de una persona jurídica “no son predicados propios o exclusivos de seres humanos... los predicados de ‘persona jurídica’ son cualidades o aptitudes *jurídicas*, por las cuales ciertos actos tienen efectos jurídicos” (p. 89, énfasis en el original).

Parece necesario recordar ahora que, para nuestra norma civil, la persona jurídica es capaz de ejercer derechos y *contraer obligaciones civiles*, lo cual excluiría la generación de obligaciones por responsabilidad penal para este tipo de entes. Sin embargo, en cuanto a la reparación integral del daño, no hay contradicción ninguna, pues las obligaciones generadas en el ámbito penal se desplazan al ámbito civil:

[...] Esto no significa que en los efectos de la determinación de la indemnización civil y material se deba renunciar a los normas que establece el Código civil, todo lo contrario, nos encontramos ante una responsabilidad civil por daños, por lo que las reglas que se deben seguir para su aplicación son las civiles, sin embargo, esto no debe desvirtuar que esa responsabilidad civil indemnizatoria se determina en el marco de lograr la efectiva reparación integral de la víctima, un problema penal, cuya solución no se logra sin la efectiva reparación material, la rehabilitación, la restitución, el reconocimiento (medidas de satisfacción simbólicas) y las garantías de no repetición. (Vera *et al.*, 2017)

Ahora bien, debemos recordar que el artículo 2214 de la norma civil ecuatoriana determina que, quien comete un delito que infiere daño a otro “está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito...”¹²

Reconocer en la persona jurídica un ente capaz de contraer obligaciones, es quizá la forma que mejor nos hace comprender la posibilidad de que a un ente ficticio se le endilguen responsabilidades penales, pues no es sujeto, por ejemplo, de pena privativa de libertad. La persona jurídica es, de alguna manera, el patrimonio que la conforma¹³ y por tanto el que este (su patrimonio) se vea afectado por una sanción pecuniaria elevada o, incluso, por la desaparición del ente jurídico, resulta en un golpe durísimo para el patrimonio de sus asociados.

Si bien la persona jurídica se crea para llevar a cabo actividades lícitas que pueden llevar o no al lucro, según sea la finalidad del ente, existe la posibilidad de que se conforme como una cortina de humo para actividades ilícitas, o que, a pesar de haberse creado para realizar actos lícitos de servicio o comercio, se convierta en un artificio tras el cual se esconden actos delictivos tales como los que se hace constar en la figura 1 que aparece abajo.

2019. Ecuador (2005).

11 Art. 577 del Código Civil. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Reformado el 08 de julio de 2019. Ecuador (2005).

12 Código Civil. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Reformado el 08 de julio de 2019. Ecuador.

13 Esta puede ser una definición muy simplista de una persona jurídica, ya que detrás de ella también están los asociados y sus propios patrimonios, trabajadores o empleados que dependen de sus salarios, servicios que se entregan a clientes o usuarios, etc. Sin embargo, lo tangible, e incluso, lo intangible que pertenece a una persona jurídica, se puede resumir en un patrimonio.

No es tema de poca relevancia destacar que al hablar de persona jurídica se entiende la constituida en derecho, quedando claro que se trata de personas jurídicas de derecho privado y, por tanto, personas jurídicas civiles y personas jurídicas mercantiles; y, por cuanto en materia penal no es admisible la interpretación extensiva o analógica, deberán excluirse empresas, asociaciones u otras que actúen de hecho, siendo las reprochables las personas jurídicas legalmente constituidas (Mila, 2020, p. 157).

Así, desde su definición, patrimonio y alcance jurídico de obligaciones y derechos de la persona jurídica en Ecuador, podemos realizar un pequeño recorrido histórico por la norma penal ecuatoriana a fin de conocer desde cuándo las personas jurídicas son sujeto de responsabilidad penal en el país. Hagámoslo, entonces.

3. Breve recorrido histórico de la imputabilidad de la persona jurídica en Ecuador

La primera mención de reprochabilidad penal a representantes de una persona jurídica en Ecuador consta en el Código Penal de 1971,¹⁴ cuando en los artículos 364 y 577 de ese cuerpo normativo se establece la posibilidad de que estos representantes puedan ser imputados penalmente por “actos contrarios a los estatutos, leyes u ordenanzas que las rijan[...]”;¹⁵ y, cuando alguno de sus representantes “hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos culpables o fraudulentos que determinen la quiebra[...]”¹⁶ de una sociedad o persona jurídica.

Como se ve, en estos dos tipos penales consta la posibilidad de sancionar a representantes legales de personas jurídicas, pero aún no se determina la responsabilidad penal de la persona jurídica como tal, lo que no permite que se pueda imponer pena o sanción a la corporación o ente de beneficencia.

Más tarde, en 1974, se agrega un artículo al Código Penal vigente¹⁷ que prevé responsabilidad penal o sanción sobre representante legales, administradores o ejecutivos de personas jurídicas que, “sin autorización legal, alzaren o participaren[...]”, en el alza de los precios de los artículos alimenticios de primera necesidad destinados al consumo humano[...]”. Es en esta reforma donde se advierte la posibilidad de afectar el patrimonio de la persona jurídica, porque en caso de reincidencia, se advierte sobre “el decomiso de los productos o bienes motivos de la infracción”.

La publicación o autorización de balances o informes falsos o incompletos, con cualquier propósito, es reprochable penalmente a fundadores, administradores, directores, gerentes o síndicos de una sociedad o persona jurídica, por obra de la reforma del artículo 363 del Código Penal de 1971¹⁸ efectuada en 2002. En la redacción de este tipo penal, podemos darnos cuenta que la lista de posibles reprochables penalmente crece con relación a los representantes de personas jurídicas.

En los últimos años, se introducen normas que abren camino a la reprochabilidad penal de la persona jurídica. Así lo advierte Albán: “[...] Desde hace varios años el Código Tributario habló de la responsabilidad real de las personas jurídicas en infracciones tributarias [...] la propia Constitución (art. 54) franquea la posibilidad de tal incriminación en defensa de los consumidores[...]” (2015, p. 107).

En 2005 ocurre una reforma importante al Código Penal del año setenta y uno,¹⁹ y tiene que ver con (i) delitos de explotación sexual,²⁰ en cuyo texto se puede apreciar, por primera vez, la posibilidad de la pena de extinción de la persona jurídica o cierre de la empresa, si esta pertenece a una persona natural que lleve a cabo este tipo de actividades delictivas; y, (ii) delitos relativos a la extracción y tráfico ilegal de órganos,²¹ en cuyo

14 Código Penal. Codificación 0. Registro Oficial Suplemento 22 de enero de 1971. Derogado el 10 de febrero de 2014. Ecuador (1971).

15 Art. 364 Código Penal. Codificación 0. Registro Oficial Suplemento 22 de enero de 1971. Derogado el 10 de febrero de 2014. Ecuador (1971).

16 Art. 577, Código Penal. Codificación 0. Registro Oficial Suplemento 22 de enero de 1971. Derogado el 10 de febrero de 2014. Ecuador (1971).

17 Artículo 363-A, en reforma al Código Penal de 1971, por Decreto Supremo No. 87, publicado en Registro Oficial 480 de 25 de enero de 1974 (Ecuador).

18 Artículo reformado por el artículo 93 de la Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 635 de 7 de agosto del 2002. Ecuador (2002).

19 Reforma realizada mediante Ley No. 2, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de junio del 2005. Ecuador (Congreso Nacional, 2005).

20 Organizar, ofrecer o promover actividades turísticas que impliquen servicios de naturaleza sexual. Artículo sin número de capítulo sin número de la reforma al Código Penal de 1971. N

21 Incumplir las obligaciones o violar las prohibiciones previstas en los artículos 11, 19, 58, 69, 74, 76, 77, 78 y 79 de la Ley Orgánica

caso se determina que la inobservancia o incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones del tipo penal, conllevarán la presunción de “la responsabilidad penal de la máxima autoridad de la institución o representante legal de la persona jurídica”.

3.1. El Código Orgánico Integral Penal y la reprochabilidad penal para personas jurídicas

Es el Código Orgánico Integral Penal, de 2014, que determina todo lo referente a reprochabilidad penal para personas jurídicas y, sobre todo, la capacidad de los juzgadores de sancionar a este tipo de entes con penas tan graves como la disolución o extinción de la persona jurídica. Aunque en Ecuador no existe pena de muerte para la persona natural, podríamos decir que para las personas jurídicas sí, pues la disolución y extinción de este tipo de personas, por obra de una sentencia condenatoria ejecutoriada, representa su desaparición. Además, este tipo de sanciones se acompañan también con altas multas pecuniarias, que pueden alcanzar hasta los mil salarios básicos unificados del trabajador en general de Ecuador.²²

La norma penal ecuatoriana, integrada en un solo cuerpo normativo, determina principios del derecho penal, tipos penales, proceso para su investigación y juzgamiento y la ejecución de las penas; por ello, no podía quedar por fuera de este instrumento jurídico-penal todo lo relativo a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En el numeral 3 del primer párrafo de la exposición de motivos del COIP (Código Orgánico Integral Penal), se señala la aparente doble función contradictoria del derecho penal frente a los derechos de las personas, a saber: “por un lado protege derechos y, por otro, los restringe”. A partir de esta aparente doble función, podemos reflexionar en la necesidad de que el derecho penal determine sus límites a fin de no caer ni en la venganza privada ni en la impunidad.

Es así que en el artículo 49 del COIP de 2014 ya se determina la responsabilidad de las personas jurídicas, estableciendo que las de *derecho privado*²³ son penalmente responsables por delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, y determinando que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan, con sus acciones u omisiones, en la comisión de los delitos. Es este mismo artículo el que se modifica por obra de la reforma de febrero de 2021,²⁴ incorporando, sobre todo, las circunstancias modificatorias de la sanción penal, en cuanto a atenuantes se refiere.

A continuación, en el cuadro comparativo que sigue, podremos ver qué disponía el artículo 49 del COIP antes de la reforma de febrero de 2021 y cómo ha quedado redactado con las reformas antedichas.

de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. Artículo sin número del capítulo sin número de la reforma al Código Penal de 1971,

22 El salario básico unificado del trabajador en general de Ecuador —para 2021— es de 400 dólares estadounidenses.

23 Como antes ya se indicó, se trata de personas jurídicas, es decir, constituidas legalmente como tales.

24 Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción. Registro Oficial Suplemento 392 de 17 de febrero de 2021. Ecuador.

Figura 1

Cuadro comparativo del artículo 49 del COIP, antes y después de la reforma de febrero de 2021

Art. 49 en COIP 2014	Art. 49 en COIP reformado en febrero 2021
<p>En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no se inmiscuyan en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.</p> <p>La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.</p>	<p>En los supuestos previstos en este Código, las persona jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.</p>
<p>No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.</p>	<p>La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá aun cuando no haya sido posible identificar a la persona natural infractora.</p> <p>No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.</p>
	<p>La responsabilidad penal de la persona jurídica se atenuará de conformidad con el número 7 del artículo 45 del presente Código. Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto y de otras normas específicas: 1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo; 2. Controles internos con responsables para procesos que represente riesgo; 3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales; 4. Modelos de gestión financiera; 5. Canal de denuncias; 6. Código de Ética; 7. Programas de capacitación del personal; 8. Mecanismos de investigación interna; 9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos; 10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y, 11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia.</p>

Nota. Código Orgánico Integral Penal, COIP²⁵

25 Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado mediante Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento 392, de 17 de febrero de 2021.

Como se puede ver, Ecuador ha avanzado mayormente en la penalización de las personas jurídicas entre 2005 y 2021. De hecho, con ello, nuestro país está cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción:

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo. (2004)

4. ¿Por qué penar a la persona jurídica? Una cuestión en debate

Para José Meythaler²⁶ (2021) solo hace falta una estructura corporativa para que puedan configurarse los tipos penales en los que puede incurrir una persona jurídica, así como solo hace falta un ser humano para cometer un delito.

Meythaler cree que la ampliación de la responsabilidad penal de la persona jurídica según la norma penal ecuatoriana reformada, es una suerte de “invasión” de la esfera civil en la esfera penal pues, la conducta que antes provocaba una responsabilidad civil ahora provoca una responsabilidad penal, porque la reparación integral del daño causado ya no se refiere únicamente a la reparación de daños y perjuicios, sino de la integralidad del daño. Y es que, para este profesional del derecho, la inclusión de la posibilidad de que se sancione a las personas jurídicas en Ecuador es un alineamiento de nuestro Código Orgánico Integral Penal con las normas penales de otros países del mundo.

Para hablar de penalización de personas jurídicas debemos hablar también del sistema de imputación de responsabilidad penal a esta. Mila (2020, pp. 152-153) señala dos modelos, a saber: (i) El primer modelo, de responsabilidad penal indirecta de las personas jurídicas, que sub contiene (a) la Responsabilidad Vicaria (cuando obra la persona física que representa a la empresa cometiendo un delito y, entonces, también lo está cometiendo la empresa misma); (b) *High Managerial Test*, que se enfoca exclusivamente en la conducta desplegada por los administradores de la empresa; y (c) Teoría del Conocimiento Colectivo, que consiste en imputar a la empresa la suma de los conocimientos de los empleados si es imposible determinar con precisión el verdadero responsable de la comisión del delito. (ii) El segundo modelo, de responsabilidad penal propia o directa de personas jurídicas, que es un modelo que atribuye expresamente la responsabilidad penal a la persona jurídica, la culpabilidad por su propia actuación. Este modelo se basa en que la responsabilidad penal de la persona jurídica se construye a partir de la infracción de deberes propios que le incumben exclusivamente.

249

Para este autor, el sistema ecuatoriano se maneja con el denominado sistema vicarial o de responsabilidad indirecta de la persona jurídica:

En virtud de la cual las personas jurídicas serán responsables porque lo son las personas físicas que actúan en su nombre o representación y estas a su vez, transfieren a la persona jurídica su responsabilidad penal[...] Esto forma parte del denominado sistema de responsabilidad indirecta[...]. (p. 155)

La probabilidad de que la persona jurídica también pueda tener a su favor circunstancias atenuantes a la hora de ser juzgada y penalizada abre la puerta para los llamados sistemas de integridad y cumplimiento, así como también, de prevención y supervisión. Aunque de ellos trataremos más adelante con detalle, es importante enfatizar ahora que, la administración de la persona jurídica tiene en sus manos una herramienta potente de prevención que puede preservar su existencia y su salud financiera, en caso de que uno de sus funcionarios cometa un delito en beneficio de la empresa o en beneficio propio.

Hay algo importante a considerar a la hora de reflexionar sobre la reprochabilidad penal a la persona jurídica y es el dolo y la culpa. Como sabemos, actúa con dolo quien, conociendo los elementos objetivos del

26 Conferencia transmitida en el marco del evento organizado por la organización AMCHAM (Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, el 5 de agosto de 2021. Evento transmitido por la plataforma Zoom para los asociados de la Cámara.

tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta;²⁷ y, en cambio, actúa con culpa, la persona que infringe el deber objetivo de cuidado que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso.²⁸ Quizá este es el mayor reparo con el que nos topamos a la hora de debatir sobre la conveniencia o no de reprochar penalmente a la persona jurídica. Pero, no olvidemos que son sus asociados²⁹ los que actúan, sea en beneficio propio o sea en beneficio de la persona jurídica, pero son ellos quienes con sus acciones u omisiones ocasionan un hecho típico, antijurídico y culpable. Por ejemplo, pensemos en el gerente de una empresa que a fin de lograr un contrato para la persona jurídica a la que representa, incurre en ofertar un beneficio económico indebido a un funcionario público que tiene la potestad para asignar ese contrato (cohecho, artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal); no solo que será procesado penalmente por la infracción penal, sino que además transferirá esa reprochabilidad penal a la persona jurídica en la cual presta sus servicios, logrando que el proceso penal y las penas se extiendan a esta.

La infracción penal de la persona natural que pertenece a la persona jurídica o se relaciona con ella, ciertamente, puede estar impulsada por el dolo. Pero, no perdamos de vista el hecho de que la falta de acciones administrativas que prevengan esos actos delictuosos tiene que ver, justamente, con la falta de debida diligencia. Por eso, en cuanto hablamos de reproche penal a la persona jurídica, en cuanto un ente ficticio, mayoritariamente hablamos de la falta de procesos de cuidado y debida diligencia para evitar el cometimiento de acciones delictivas que puedan socavar su patrimonio y su existencia misma.

Recordemos, entonces, lo dispuesto por el artículo 50 del COIP³⁰ que determina que:

[...]la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento. Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.

Con ello, la posibilidad de imputar una infracción penal y la consecuencia sancionatoria de esa infracción a una persona jurídica se separa, de alguna forma, de la infracción y consecuencia jurídica de la persona natural. Nótese que el asociado (todos los que se enmarcan en este término y que se explican con detalle en la nota 30) puede haber eludido la justicia, o puede haber sido sobreseído, quizá la acción prescribió o la persona natural, incluso, puede fallecer, y eso no evitará que la persona jurídica sea sancionada según se dispone en la norma penal. Sin embargo, también se han de considerar las condiciones establecidas en el artículo 49 del COIP y las infracciones deben cometerse en beneficio de la persona jurídica o de sus asociados. Para ilustrar mejor esto, pongamos como ejemplo al mismo gerente de la empresa que incurrió en la figura delictiva de Cohecho. Supongamos que fuga del país o que, inclusive, fallece en esa fuga. En este caso, la persona jurídica no dejará de ser procesada y sentenciada, si fuera el caso.

No perdamos de vista, entonces que, aunque la persona jurídica es un ente ficticio, los actos de sus asociados la afectarán hasta el punto de que se determine su desaparición, de ahí la importancia de la debida diligencia en su administración y de un sistema de cumplimiento normativo que pueda salvaguardar los intereses del ente jurídico.

Quizá uno de los elementos a considerar cuando de penalización de personas jurídicas se trata es el efecto social que causa la imputación y sanción a estas. Para Albán (2015, p. 52) “el funcionalismo sistémi-

27 Art. 26 del Código Orgánico Integral Penal reformado mediante Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento 392, de 17 de febrero de 2021.

28 Art. 27, del Código Orgánico Integral Penal reformado mediante Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento 392, de 17 de febrero de 2021.

29 Art. 49, del Código Orgánico Integral Penal reformado mediante Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento 392, de 17 de febrero de 2021: “[...]quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”.

30 Reformado en febrero de 2021

co de Günter Jakobs preconiza que el derecho penal debe ser un instrumento para mantener la confianza de los ciudadanos en el sistema”, es, entonces, una suerte de efecto psicológico: prevención general positiva; y, justamente, uno de los cimientos de esta tendencia es la punibilidad de las personas jurídicas. El mismo autor señala que “a la persona jurídica no se le puede hacer el reproche propio de la culpabilidad... entendida como el elemento subjetivo del delito, como la vinculación psicológica y normativa de una persona con el acto concreto” (pp. 104-105).

Meythaler (2021) nos hace notar que el legislador ha modificado los tipos penales de tal manera que la persona jurídica sea responsable del ilícito aun cuando “no se haya dado con la persona natural responsable del mismo”; lo que nos da la pauta de que la reprochabilidad penal a la persona jurídica no es un asunto de mero trámite penal, sino la posibilidad de colocarla, incluso, ante la posibilidad de su extinción.

En esta línea de análisis, el nudo del debate puede estar en el hecho de la transferencia de la responsabilidad penal del asociado o la construcción de una culpabilidad penal de la propia persona jurídica (Van Weezel, p. 117) y, por tanto, es importante visualizar al ente jurídico como un ente *culpable* cuando en su seno ocurren acciones reprochables penalmente por parte de sus asociados. Es la esencia de una culpa organizacional la que interesaría a la hora de estructurar sistemas integrales de cumplimiento que prevengan acciones delictivas de parte de los asociados de las personas jurídicas, a menos, claro, que la persona jurídica haya sido creada con el afán de delinquir, en cuyo caso estamos ante otro escenario.

¿Cuáles son las infracciones por las que se reprocha penalmente y se sanciona a la persona jurídica en Ecuador? Vamos a verlo en el siguiente acápite.

5. Tipos penales que consideran reprochabilidad penal para las personas jurídicas y sus sanciones. Atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

5.1. Tipos penales

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano contiene algunos tipos penales que prevén la reprochabilidad penal de la persona jurídica. Recorriendo el articulado de este cuerpo penal, encontramos cómo ciertas infracciones y sus sanciones en el ámbito penal pueden, incluso, verse agravadas si en su cometimiento se vincula a una persona jurídica.

Figura 2

Tipos penales que consideran la penalización y sanción de personas jurídicas en Ecuador según el Código Orgánico Integral Penal

Delitos contra la humanidad

- Trata de personas (art. 94).
- Diversas formas de explotación: Tráfico de órganos, explotación sexual, prostitución forzada, turismo sexual, pornografía con niños y adolescentes, trabajos forzados, promesa de matrimonio, unión servil, adopción ilegal, empresario para mendicidad (art. 109).

Delitos contra el derecho de la propiedad

- Estafa (art. 186).
- Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras (art. 201).
- Insolvencia fraudulenta (art. 205).
- Falsificación de marcas, piratería lesiva contra los derechos de autor (art. 208 A).

Delitos contra la migración

- Tráfico ilícito de migrantes (art. 213).

Delitos contra el derecho a la salud

- Comercialización, distribución, importación, almacenamiento y dispensación de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso humano caducados (art. 217).
- Producción, fabricación, comercialización, distribución, importación, almacenamiento o dispensación de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso y consumo humano falsificados o adulterados (art. 217.1).
- Detención del servicio de salud (art. 218).

Delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado

- Engaño al comprador respecto de la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos (art. 235).

Diseño Web Delitos contra el derecho a la cultura

- Destrucción de bienes del patrimonio cultural (art. 237).

Delitos contra el derecho al trabajo y a la seguridad social

- Retención ilegal de aportación a la seguridad social (art. 242).
- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (art. 243).

Delitos contra la biodiversidad

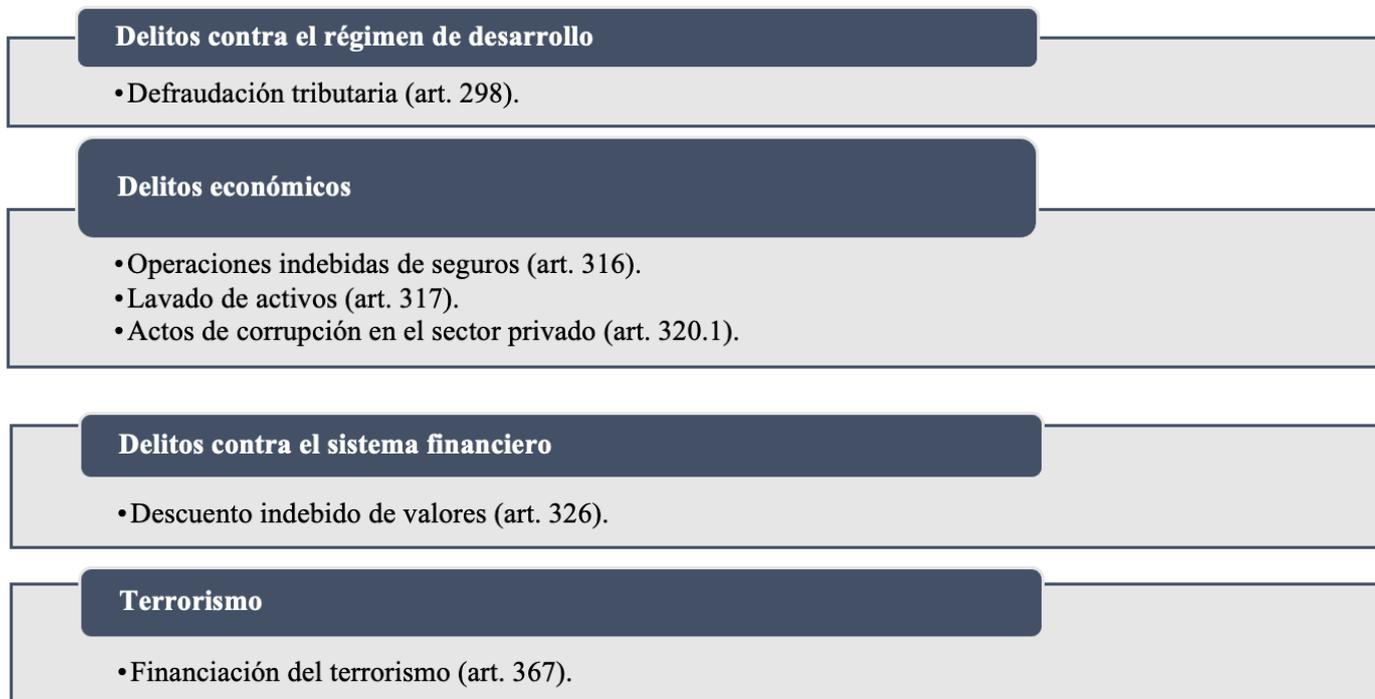
- Delitos contra la flora y fauna silvestres (art. 247).

Delitos contra los recursos mineros

- Almacenamiento, transporte, evasado, comercialización o distribución ilegal de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles (art. 264).

Delitos contra la eficiencia de la administración pública

- Cohecho (art. 280).
- Tráfico de influencias (art. 285).
- Testarferismo (art. 289).



Nota. Elaborada por la autora con datos tomados del Código Orgánico Integral Penal, COIP.³¹

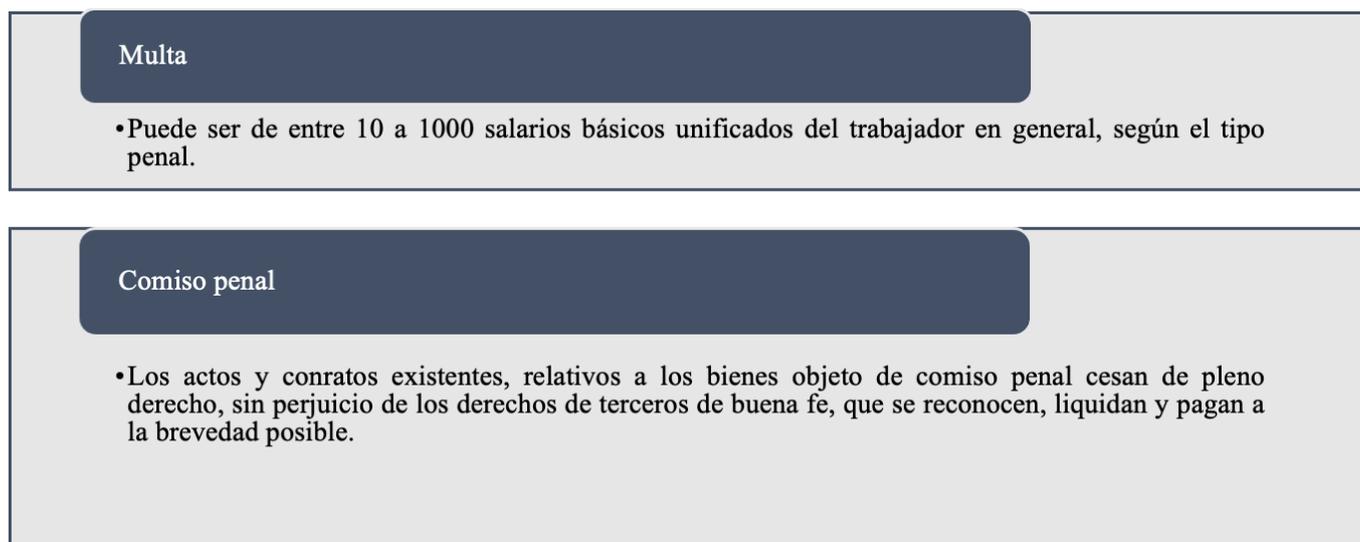
Como se puede ver, son algunos los tipos penales que el COIP establece como reprochables, no solo a las personas naturales, sino también a las personas jurídicas; por tanto, luego de haber hecho una síntesis gráfica de estos tipos penales, veamos cuáles son las sanciones aplicables a este tipo de actos.

5.2. Sanciones

El Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 71, establece las penas aplicables a las personas jurídicas; para lo cual el juzgador deberá verificar los daños a terceros a fin de imponer la pena (artículo 622³²):

Figura 3

Penas para personas jurídicas en Ecuador según el Código Orgánico Integral Penal



31 Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado mediante Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento 392, de 17 de febrero de 2021.

32 Numeral 7 del artículo 622 del Código Orgánico Integral Penal, reformado en febrero de 2021: “Cuando se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica, la o el juzgador deberá verificar los daños a los terceros para poder imponer la pena”.

Clausura temporal o definitiva

- De locales o establecimientos, en el lugar que se ha cometido la infracción penal.

Actividades en beneficio de la comunidad

- Sujetas a seguimiento y evaluación judicial.

Remediación

- De daños ambientales causados

Disolución de la persona jurídica

- Ordenada por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio.

Prohibición de contratar con el Estado

- Temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.

Nota. Elaborada por la autora con datos tomados del Código Orgánico Integral Penal, COIP.³³

Con este abanico de penas que se pueden imponer a una persona jurídica en Ecuador y que se detallan en la figura que antecede, cabe una reflexión al respecto de estas. Para ello, citemos a Albán (2015, p. 261 y siguientes), quien analiza este artículo del COIP, reflexionando sobre la multa y preguntándose si cabe, como en el caso de las personas naturales, el pago a plazos, tomando en cuenta que, en muchos casos, son multas elevadas. Analiza, además, el comiso y explica que este artículo incorpora las disposiciones de que actos y contratos relativos a estos bienes (entiéndase los enumerados en el artículo 69.2 del COIP³⁴) cesan de pleno derecho y que los declarados de origen lícito no son susceptibles de protección de ningún régimen jurídico, a lo que el autor concluye que, aunque parecería que son disposiciones aplicables al comiso dispuesto en sentencias contra personas naturales, nada se dice al respecto. En cuanto a la clausura temporal o definitiva de los establecimientos y en realización de actividades en beneficio de la comunidad, reliva el hecho de que serán apreciados discrecionalmente por el juez. En lo referente a la remediación integral de daños ambientales causados, indica que podría sobreentenderse la reparación integral de los daños prevista en los artículos 77 y 78 del COIP. Hace énfasis especial en la disolución de la persona jurídica en el país, parecería, según el texto de la ley penal, que no es aplicable a las personas jurídicas nacionales. Y, finalmente, con respecto a la prohibición temporal o definitiva para contratar con el Estado, también resalta el hecho de que, según la gravedad de la infracción, esta pena será apreciada por el juez.

Hay un hecho que debe ser tomado en cuenta y que debe ser considerado al momento del cumplimiento de sanciones por parte de las personas jurídicas sentenciadas y es que la pena prevista, por ejemplo, para

33 Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado mediante Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento 392, de 17 de febrero de 2021.

34 “[...]a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible. b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal. c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal. d) El producto del delito que se mezcle con los bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado. e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal. f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de bienes de la persona sentenciada[...]”.

el tipo penal determinado en el artículo 89 del COIP,³⁵ y que se establece en el artículo 90 del mismo cuerpo penal, es la **extinción** de la persona jurídica, sanción que no figura en el artículo 71 del mismo código (penas aplicables a las personas jurídicas), lo cual se convierte en un inconveniente con respecto al principio de legalidad que es, quizá, el más importante en derecho penal.

De hecho, Mila (p. 161) encuentra que el catálogo de penas constante en el artículo 71 del susodicho COIP no contempla la extinción, sanción que sí consta en algunos de los tipos penales que pueden ser reprochados a una persona jurídica, y por tanto en su criterio, es una falla que debe ser corregida por el legislador, pues, aunque se pueda colegir que la clausura definitiva equivale a una extinción, técnicamente no lo es. Y es que el uso de términos análogos puede afectar el principio de legalidad en lo atinente a la taxatividad y prohibición de interpretación analógica de la ley penal.

Las sanciones a las personas jurídicas no se pueden *bagatelizar*, pues “[...] su imposición es en todo caso algo socialmente grave y, desde la perspectiva individual, rayando en lo intolerable; por lo tanto, ni la multa más modesta está al margen de la necesidad de legitimación en el fondo y en la forma[...]” (Van Weezel, 116). Es decir que toda afectación pecuniaria e, incluso, de imagen, socaba el patrimonio de la persona jurídica y por el proceso penal debe probar que las infracciones se cometieron en beneficio de la persona jurídica o de sus asociados, en cuyo caso, se justificará la consecuencia jurídica sancionatoria.

5.3. Atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica.- Prevención y cumplimiento

A todo ello, entonces, si bien es oportuno analizar los pros y contras de la imputación penal a la persona jurídica, al ser ya un hecho normativo expreso desde 2014 en territorio ecuatoriano, vale la pena que analicemos cuáles son las acciones que una persona jurídica puede llevar a cabo en el ámbito de la prevención y el cumplimiento, enmarcadas en la debida diligencia y que protegerán al ente jurídico y su patrimonio. Para ello, recordemos que la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, que fuera publicada en el Registro Oficial ecuatoriano el 17 de febrero de 2021 y que entró en vigencia 180 días después de esta publicación, reforma el artículo 45 del COIP, agregando en este las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre las que se cuenta:

[...]d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización.

A continuación, hablaremos sobre este tipo de sistemas, con el fin de dar claridad sobre el tema que, por supuesto, aún es muy poco conocido en Ecuador y que empieza a desarrollarse como una forma de prevención que permita a la persona jurídica acogerse a las circunstancias atenuantes establecidas en el COIP, al momento de un fallo sancionatorio.

255

6. Sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección o supervisión

Aunque en la figura 1 se incluyó el texto reformatorio del artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, no está de más recordar cuáles son los requisitos mínimos que debe cumplir un sistema de integridad para que pueda ser considerado como una circunstancia atenuante a la hora de imponer sanción a una persona jurídica:

[...]1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo; 2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo; 3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales; 4. Modelos de gestión financiera; 5. Canal de denuncias; 6. Código de Ética; 7. Programas de capacitación del personal; 8. Mecanismos de investigación interna; 9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos; 10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y, 11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia.

³⁵ Delitos de lesa humanidad. Código Orgánico Integral Penal, reformado en febrero de 2021.

Es importante destacar que este sistema de integridad tiene que estar implementado en la persona jurídica *antes* del cometimiento de la infracción penal, a fin de que pueda ser considerado como circunstancia atenuante. Recordemos, brevemente, cómo actúan las circunstancias atenuantes a la hora de imponer sanciones y para ello nos vamos al artículo 44 del COIP:

[...]Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código... Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción [...]

Pero, la implementación de un sistema integral de cumplimiento antes del cometimiento de la infracción no es la única circunstancia atenuante que puede ser considerada a la hora de determinar una sanción para la persona jurídica, pues la Ley Reformatoria al COIP señala, también:

[...]a) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio. b) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio. c) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio[...].³⁶

Sin embargo, volvamos al sistema integral de cumplimiento que es columna vertebral para la consideración de la circunstancia atenuante antes referida. La esencia de este eje es la debida diligencia, el deber objetivo de cuidado. Donna afirma que:

[L]a exigencia del reconocimiento de la antijuricidad en los delitos culposos se da cuando el agente actúa en contra del deber jurídico [...] el reproche estará dado sobre la base de que el deber objetivo, la falta de cuidado, está precisamente en la relación entre el cuidado al bien jurídico y la omisión [...]. (1996, pp. 206-207)

En los casos en los cuales los asociados de la persona jurídica cometen una acción delictiva en favor del ente jurídico o de sí mismos, presenta a la justicia penal la impronta de una organización que merece un reproche penal porque se han dado las condiciones, anteriores al cometimiento de la infracción penal, para ello: “El reproche significa que el orden jurídico reprocha, al capaz de no cumplir su deber, de lo ilícito o injusto de su comportamiento” (Donna, 1996, p. 209).

Meythaler (2021) advierte que las personas naturales que, según el COIP, son susceptibles de conllevar a una sanción a la persona jurídica para la que trabajan, los “asociados” de los que habla el COIP, pueden ser todos los funcionarios, empleados y terceros que tengan alguna relación contractual con la entidad. “¿Quién no está?”, se pregunta. Están todos los que conforman la persona jurídica. Por ello, señala, es sumamente necesario que la organización cuente con una buena política de cumplimiento para evitar el cometimiento de delitos en su seno. Una oficina de cumplimiento, para organizaciones cuyo tamaño lo amerite; y, un oficial de cumplimiento, para personas jurídicas de menor tamaño, pero siempre esta figura que vigila que se cumpla la norma y que está en frente de los planes de cumplimiento en una organización. Por ello señala que más que nunca, hoy día, la figura del abogado es indispensable para alertar de la función de cumplimiento.

Y es que hay un papel innegable que la persona jurídica desempeña en la sociedad; el entrelazado de actuaciones sociales con estructuras empresariales, a veces, puede brindar el marco ideal al autor para que su acto se disuelva dentro de la persona jurídica. Además, la dimensión que adquieren ciertos daños y su reparación requieren el menoscabo del patrimonio de la persona jurídica culpable (Quintero, 2012, pp. 23-24); de ahí que un plan integral de prevención y cumplimiento resulte una herramienta indispensable de protección para la persona jurídica.

Sergio Martín Esquivel, presidente de la Asociación Mexicana de Integridad y Compliance, en el marco de un evento académico en marzo de 2021 (Corrupción en la administración pública y formas de pre-

36 Artículo 1 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción de Ecuador, que modifica el artículo 45 de ese código.

venirla), ha sostenido que el sistema de cumplimiento mejora la prevención, detección y manejo de comportamiento de riesgo, brinda la posibilidad de exigir un modelo determinado a los socios del negocio; facilita la debida diligencia ante terceros; previene la comisión de delitos; regula la conducta; promueve prácticas lícitas, transparentes éticas e íntegras, generando buena reputación; minimiza situaciones de riesgo e incrementa la productividad de la empresa.

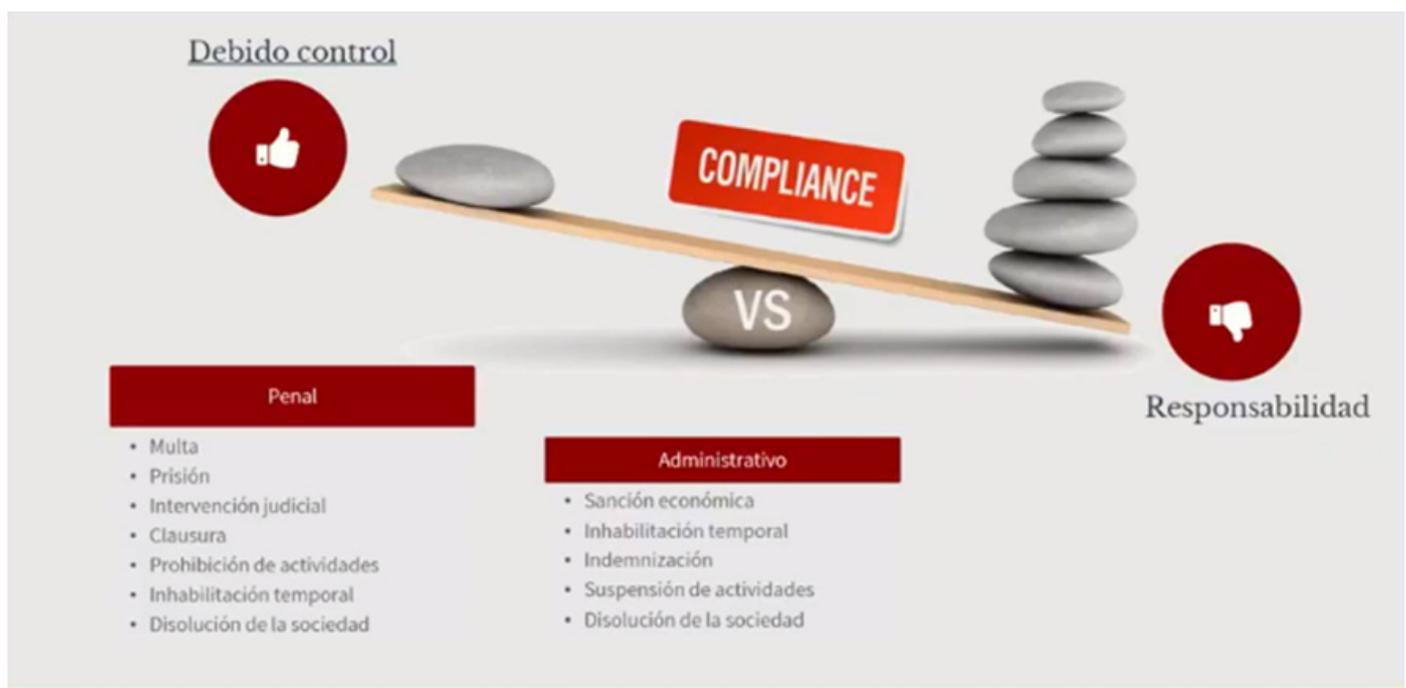
El experto no descarta que en la organización pueda haber “miedos” provocados por el sistema de cumplimiento:³⁷

[...]incurrir involuntariamente en la comisión de delitos y en responsabilidades administrativas; daño reputacional; multas y sanciones; pérdida de oportunidades de negocio; suspensión de actividades o disolución de la organización; inhabilitación para participar en ventas a gobierno; amonestaciones públicas o privadas; suspensión o destitución del cargo; indemnización por daños o perjuicios; disolución o clausura de la organización y responsabilidad de terceros [...].

Sin embargo, en sus propias palabras: “[...] evitar la corrupción comienza por el control de la tentación, conocimiento del riesgo, reconocimiento de valores y termina con buena reputación[...]”. Con ello, Martín Esquivel provoca una reflexión a partir de la siguiente figura.

Figura 4

Compliance: Debido control y responsabilidad de la persona jurídica



Nota. Esta figura consta en la presentación de Sergio Martín Esquivel, en el marco de su conferencia “Corrupción en la administración pública y formas de prevenirla” (2021).

³⁷ Los sistemas de cumplimiento son conocidos, mayoritariamente, por su término en inglés “Compliance” Aunque definiciones de compliance hay un sinnúmero en internet, creo que una definición clara es la que se transcribe en la página de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), que lo define como un sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en una organización, promoviendo una cultura de cumplimiento (AS3906- Compliance Programmes, Standars Australia 1988, parg. 1.2)”.

El sistema de cumplimiento cobra especial relevancia a partir de las reformas del Código Orgánico Integral Penal de febrero de 2021,³⁸ pues resulta en una herramienta importantísima para la protección de la persona jurídica, como antes acotamos.

6.1. Gestión de riesgos

Un sistema de cumplimiento inicia con un análisis exhaustivo de los riesgos que puedan generarse en la organización, en cuanto a la posibilidad de que sus funcionarios incurran en acciones delictivas. Tomemos el caso, por ejemplo, de un ente jurídico dedicado a la venta de vehículos importados: los riesgos pueden centrarse, principalmente, en el área de su alta administración, por posibles actividades fraudulentas con respecto a la carga impositiva que su actividad provoca; en el área financiera y en el área contable, por operaciones económicas indebidas o asientos contables fraudulentos; en su área legal, al provocarse actos y contratos que soporten las actividades fraudulentas; etc.

Luego de determinar los riesgos y de establecer cómo gestionarlos, se debe pasar a revisar el código o norma de ética de la institución, donde debe estar claramente establecida la política de lucha contra actos de corrupción al interno de la organización. Se debe, además, contar con un acto de determinación del más alto nivel de administración de la persona jurídica, que deje clara la posición de “cero tolerancia” del ente con respecto a actos de corrupción.

Habrà que adecuar la norma interna de la organización para que pueda recoger la política anticorrupción a la que la persona jurídica se está sometiendo; además, de establecer los mecanismos y procedimientos administrativos y de denuncia, para lo cual el canal de denuncias es básico.

Y, finalmente, una de las acciones más importantes a considerar para poner en marcha un plan integral de cumplimiento es la oficina u oficial de cumplimiento, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, que será la dependencia o persona encargada de velar por el cumplimiento del sistema integral.

38 Sobre todo, cuando en estas reformas se introduce el artículo 320.1 en el COIP, que adecua las conductas delictivas en el sector privado al tipo penal Actos de corrupción en el Sector Privado: “El director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, que intencionalmente acepte, reciba o solicite donativos, dádivas presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas financieras o comerciales, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

258 Será sancionada con la misma pena del párrafo anterior la persona que en forma directa o indirecta, prometa, ofrezca o conceda a directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores o cualquier empleado que ejerza cargo de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluíd (sic) las entidades irregulares, donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, con el fin de que como contraprestación, faltando al deber inherente a sus funciones, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales. Si los sujetos señalados en el primer y segundo párrafo, ejecutan los actos o no realizan el acto debido, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Serán sancionados con la misma pena del párrafo anterior, los sujetos descritos en el primer y segundo párrafo, que (sic) en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, intencionalmente abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representante, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.

Se aplicará el máximo de la pena para la conducta señalada si se comprueba beneficio económico o inmaterial a un tercero; cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; o, cuando las contrataciones se efectúen directa o indirectamente con el sector público y por ente existan recursos del Estado de por medio.

“En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, sin embargo si solo se benefició la persona natural responsable o terceros ajenos a la persona jurídica involucrada, la responsabilidad no recaerá sobre la persona jurídica” Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción. Registro Oficial Suplemento 392 de 17 de febrero de 2021 (Ecuador).

7. Breves conclusiones

La cuestión de que si la persona jurídica debe ser sujeto de reproche penal o no, es un debate que estudiosos del derecho penal siguen alentando alrededor del mundo; sin embargo, aunque muchos de ellos señalan que quizá las normas penales no deberían hablar de “pena” en el caso de la persona jurídica, sino de “medidas o multas”,³⁹ lo cierto es que nuestro Código Orgánico Integral Penal las considera penas y estas son muy relevantes con respecto al patrimonio y a la existencia misma de la persona jurídica de derecho privado.

El catálogo de delitos que pueden ser imputados a una persona jurídica en Ecuador no es menor; ni tampoco son menores las penas a imponer a este tipo de entes, pues pueden ir desde multas y reparaciones de daños, hasta su extinción.

Las reformas introducidas al Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en febrero de 2021, revisten especial relevancia a la hora de incluir la figura de la infracción penal de actos de corrupción en el sector privado y por ello es menester que los directivos de las personas jurídicas, grandes, medianas o pequeñas, provean a su organización de un sistema de cumplimiento, al menos con las condiciones mínimas exigidas para el efecto en la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal.

Estos sistemas de cumplimiento, también llamados “compliance” resultan en una herramienta muy efectiva a la hora de evidenciar la debida diligencia de la persona jurídica ante un proceso de juzgamiento por infracciones penales cometidas por personas naturales asociadas a la persona jurídica en beneficio de esta o de ellas mismas; y, por supuesto, a la hora de verse beneficiada con circunstancias atenuantes, siempre y cuando el sistema haya sido implementado antes del cometimiento del delito que se está juzgando.

Abogadas y abogados tendrán un papel preponderante en los sistemas de cumplimiento, en un futuro inmediato y a mediano y largo plazo, en las personas jurídicas ecuatorianas o extranjeras que operan en territorio ecuatoriano.

39 Para muestra de ello, ver la crítica que realiza Santiago Mir en su obra *Derecho Penal. Parte General* (2016, p. 210), con respecto a la legislación penal española: “Habría sido preferible que el legislador español no emplease el término ‘pena’ para las sanciones que ha introducido para la persona jurídica, sino algún otro como ‘medidas’ o ‘sanciones’ para personas jurídicas. Pero la observación de los presupuestos y el contenido de nuevas ‘penas’ para personas jurídicas son suficientes para poner de manifiesto que su significado real es bien distinto al de las penas clásicas[...]”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albán, E. (2015). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Vol. I). Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Asamblea Nacional. (24 de Junio de 2005). *Código Civil*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46.
- Asamblea Nacional. (10 de Febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 180.
- Asamblea Nacional. (17 de Febrero de 2021). *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 392.
- Congreso Nacional [Senado y Cámara de Diputados]. (Enero de 1971). *Código Penal*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 22.
- Congreso Nacional. (7 de Agosto de 2002). *Ley No. 75*. Quito, Pichincha, Ecuador: Resgistro Oficial 635.
- Congreso Nacional. (23 de Junio de 2005). *Ley No. 2*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 45.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (2004). Nueva York, Estados Unidos.
- Donna, E. (1996). *Teoría del Delito y de la Pena* (Segunda ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Larrea Holguín, J. (2010). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*. Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello.
- Martín Esquivel, S. (Marzo de 2021). Corrupción en la administración pública y formas de prevenirla. Ciudad de México, México. Obtenido de <https://www.facebook.com/watch/live/?v=195249828713902&ref=search>
- Meythaler, J. (5 de Agosto de 2021). La corrupción privada y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Quito, Ecuador.
- Mila, F. (2020). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho ecuatoriano. *Iut et Praxis (online)*, 149-170. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000100149&lng=en&nrm=iso
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal Parte General* (Décima ed.). Barcelona: Reppertor.
- 260 Muñoz, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (Octava ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- Ossorio, M. (s/f). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales* (Primera Edición Electrónica ed.). Ciudad de Guatemala: Datascan, S.A.
- Quintero, M. E. (2012). *Persona jurídica y Derecho penal. Un análisis sistémico*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/4.pdf>
- Tamayo y Salmorán, R. (1984). La persona Jurídica. En J. Barrera (Ed.), *Estudios de derecho en memoria a Roberto Mantilla* (págs. 733-745). México: Porrúa.
- Van Weezel, A. (Julio de 2010). Contra la responsabilidad de las personas jurídicas. *Política Criminal*, V(9), 114-142.
- Vera, A., Calderón, L., & Vera, M. d. (2017). Dogmática penal y responsabilidad civil. *Revista Penal México*(13), 207-219.

 **PUCE** | IBARRA

 **Publicaciones**
Centro de
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR



ISBN: 978-9978-375-69-3



9 789978 375693